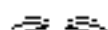


EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Foral en el
Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Friera González
3. La Protección Internacional
de los Derechos del Niño.
Natividad Fernández Sola
4. Informes del Seminario (1954-1958).
*Comisión Compiladora del
Derecho Foral Aragonés*
5. La Edad en el Derecho Civil
Aragonés.
Francisco Mata Rivas
6. El Testamento Mancomunado:
estudios de documentos notariales
aragoneses desde el siglo XVI hasta
la actualidad.
Elena Bellod Fernández de Palencia
7. La Junta de Parientes en el
Derecho Civil Aragonés.
Rafael Bernad Mainar
8. Los Antecedentes Históricos
de la Justicia Constitucional
en el Reino de Aragón.
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia
a la Prevención de la Delincuencia.
María José Bernuz Beneitez
10. Pactos o Capitulaciones
Matrimoniales
en Derecho Internacional Privado.
María del Pilar Diago Diago

COMENTARIO DE LA LEY 12/2001, DE 2 DE JULIO, DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARAGÓN



Gabriel GARCÍA CANTERO
(Coordinador)

Leticia ANORO FALCÓN	Sara MARAÑÓN FALCÓN
Ana BERNÉ LÓPEZ	Beatriz PALACIO JULIÁN
Juan CARNICERO FERNÁNDEZ	Olga PEIRÓ PÉREZ
Isabel CADEVILLA LAFUENTE	Celia L. PERALTA RUIZ
Margarita CISNEROS IGLESIAS	Santiago PÉREZ BELTRÁN
Ana CLARES PUNCEL	Julián RODRÍGUEZ CAJAL
Cristina CUESTA BARRERA	Noelia SAMPER VILLAGRASA
Jorge L. EMPERADOR BARTUMEUS	Ana M.ª SOLANAS FORCADA
Silvia FERRERUELA ROYO	David TEJERÍA CUBILLOS
Víctor J. LAGUARDIA OBÓN	Juan VACAS LARRAZ
M.ª Pilar LORÉN GARAY	Ignacio ZAERA LOZANO

Carlos MARTÍNEZ CERRADA
(Secretario)

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2002

Título: Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón

Autores: VV. AA.

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 2514-02

I.S.B.N.: 84-89510-39-3

Imprime: COMETA, S.A.

El presente volumen es el resultado del trabajo de investigación efectuado en el Seminario de «Derecho de Familia», del curso 5º A, realizado durante el año académico 2001-2002, bajo la dirección del Profesor Dr. Gabriel García Cantero, Catedrático de Derecho Civil, Emérito de la Universidad de Zaragoza. Ha actuado como Secretario del Seminario Don Carlos Martínez Cerrada.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	9
PRÓLOGO, Fernando García Vicente	13
PRESENTACIÓN, Gabriel García Cantero.....	15
DERECHO COMPARADO: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN FRANCIA, Ana Berné López	19
CUESTIONES INTRODUCTORIAS, Carlos Martínez Cerrada..	31
I. CARACTERES GENERALES DE LA LEY, Santiago Pérez Beltrán, David Tejería Cubillos, Juan Vacas Larraz..	45
II. ÓRGANOS COMPETENTES, Santiago Pérez Beltrán, David Tejería Cubillos, Juan Vacas Larraz	67
III ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES ARA- GONESES.. .. .	77
1. Derecho a ser bien tratado y a su identificación, Sara Mara- ñón Falcón	77
2. Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la información, Ignacio Zaera Lozano	101
3. Derecho a ser oído, Jorge Luis Emperador Bartumeus	143
4. Derecho a la libertad ideológica, a la participación, de aso- ciación y de reunión, Carlos Martínez Cerrada.....	159
5. Derecho a la libertad de expresión, a la integración, derechos laborales y económicos, derechos civiles y políticos, M.ª Pilar Lorén Garay, Beatriz Palacio Julián	183
6. Derecho a la educación, Margarita Cisneros Iglesias, Olga Peiró Pérez	221

ÍNDICE

7. Derecho a la cultura y a la adecuada utilización del ocio y del tiempo libre, Víctor J. Laguardia Obón	251
8. Derecho a la protección de la salud, Celia Lucila Peralta Ruiz	269
9. Derecho a disfrutar de entornos saludables y a la adecuada distribución del espacio urbano, Ana María Solanas Forcada	305
IV. DE LA LIMITACIÓN DEL ACCESO A MENORES DE ALGUNOS MEDIOS Y PRODUCTOS, Cristina Cuesta Barrera	325
V. DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS MENORES EN SITUACIONES DE RIESGO, Juan Carnicero Fernández, Julián Rodríguez Cajal.....	349
VI. SITUACIONES DE DESAMPARO, Leticia Anoro Falcón, Isabel Caudevilla Lafuente, Noelia Samper Villagrasa	377
VII. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, Ana Clares Puncel, Silvia Ferreruela Royo	423
BIBLIOGRAFÍA	455

ABREVIATURAS Y SIGLAS

- A.C.: Revista Actualidad Civil.
ADC: Anuario de Derecho Civil.
A.D.C.A.R.A.: Asociación de Desarrollo.
A.P.: Audiencia Provincial.
art.: Artículo.
ASPACE: Asociación de la Parálisis Cerebral.
C.A.: Comunidad Autónoma.
C.c.: Código civil.
CCI: Coordinadora Ciudadana de Infancia.
C.E.: Constitución Española.
C.O.A.: Centro de orientación y acogida.
Comp. Ar.: Compilación del Derecho civil de Aragón.
Conv. Eur. Men. 1996: Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996.
Conv. Men. 89: Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989.
C.p.: Código penal.
D.G.A.: Diputación General de Aragón.
D.G.R.N.: Dirección General de los Registros y Notariado.
Dis. Fin.: Disposición Final.
Dis. Gen.: Disposición General.
ed.: Editorial, edición.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

- ET: Estatuto de los trabajadores.
- I.A.S.S.: Instituto Aragonés de Servicios Sociales.
- INSALUD: Instituto Nacional de la Salud.
- LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
- L. Ar 89: Ley 10/1989 de protección de menores en Aragón.
- LECiv: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECiv 1881: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
- Ley Suc. Ar.: Ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón, de 24 de febrero de 1999.
- LIAA: Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón, de 2 de julio de 2001.
- LL: La Ley
- LO: Ley Orgánica.
- LODE: Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación.
- LOGSE: Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo.
- LOLS: Ley Orgánica de Libertad Sindical.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996.
- LOREG: Ley Orgánica de Régimen Electoral General.
- L.R.C.: Ley del Registro Civil.
- LUA: Ley Urbanística de Aragón.
- O.M.S.: Organización Mundial de la Salud.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- p.: Página.
- RADC: Revista Aragonesa de Derecho Civil.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

- RDP: Revista de Derecho Privado.
RJC: Revista Jurídica de Cataluña.
RPJ: Revista del Poder Judicial.
R.R.C.: Reglamento del Registro civil.
SAME: Servicio de Asistencia Jurídica al Menor.
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJPI: Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.
SSB: Servicios Sociales de Base.
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
TS: Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC: Tribunal Constitucional.
TS: Tribunal Supremo.
TSJ: Tribunal Superior de Justicia

PRÓLOGO

Hay que empezar felicitando al profesor D. Gabriel García Cantero por el acierto que ha tenido al elegir el tema: «Comentario de la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón» así como por los colaboradores que ha elegido.

Como toda ley nueva, plantea numerosas incógnitas. Es por eso que el trabajo realizado por los que entonces eran alumnos y hoy son todos ellos licenciados en Derecho, es en muchas cosas pionero y, sin duda, contribuirá a facilitar el estudio de otros profesionales del Derecho.

En este libro se nota la impronta del rigor, la seriedad y honestidad con la que siempre ha trabajado el profesor García Cantero y que, año tras año, ha venido transmitiendo a sus alumnos.

Quiero agradecer a D.^o Leticia Anoro Falcón, D.^o Ana Berné López, D. Juan Carnicero Fernández, D.^o Isabel Caudavilla Lafuente, D.^o Margarita Casneros Iglesias, D.^o Ana Clares Puncel, D.^o Cristina Cuesta Barrera, D. Jorge L. Emperador Bartumeus, D.^o Silvia Ferreruela Royo, D. Víctor J. Laguardia Ohón, D.^o M.^o Pilar Lorén Garay, D.^o Sara Marañón Falcón, D.^o Beatriz Palacio Julián, D.^o Olga Peiró Pérez, D.^o Celia L. Peralta Ruiz, D. Santiago Pérez Beltrán, D. Julián Rodríguez Cajal, D.^o Noelia Samper Villagrasa, D.^o Ana M.^o Solanas Forcada, D. David Tejería Cubillos, D. Juan Vacas Larraz, D. Ignacio Zaera Lozano y D. Carlos Martínez Cerrada el esfuerzo que han hecho y la ilusión que han puesto. Dicen que sólo se quiere lo que se conoce. Estoy seguro que para muchos de ellos el trabajo que han realizado les servirá en el futuro para comprender y estudiar mejor nuestro Derecho, que es una de las aportaciones más importantes que Aragón ha hecho a la cultura europea.

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

PRESENTACIÓN

No es la primera vez que me cabe el honor de presentar obras de esta índole. Durante el curso 1985-1986 vio la luz el volumen dedicado a los *Estudios sobre derecho sucesorio aragonés* elaborado en el «Seminario de Derecho Foral» del Departamento de Derecho Privado, en el que habían participado los alumnos de último curso de carrera, pertenecientes a la promoción con la que yo inicié mi docencia en esta Facultad. En el curso 1995-1996 se publicó también el volumen de *Estudios sobre contratos* realizado por los alumnos del curso de *Obligaciones y contratos*, que ese año impartía. Ahora me complace presentar el trabajo colectivo realizado conjuntamente en el Seminario de Derecho Familia por los alumnos de 5.º A) de la Facultad, del curso 2001-2002.

En el futuro, debido al nuevo Plan de Estudios que ha empezado a aplicarse, va a resultar dificultoso que un alumno curse Derecho civil siguiendo las clases impartidas por el mismo Profesor. Sin perjuicio de que algunos inconvenientes pueden originarse en algún caso, en general ello es beneficioso para el propio alumno y muy satisfactorio para el Profesor. En este caso puedo certificar que los intervinientes en este Seminario adquirieron tempranamente las técnicas investigadoras al cursar ya Parte General, perfeccionándolas en cursos sucesivos hasta ofrecer frutos maduros en el libro que presento. Todos los componentes del Seminario deberían ser aquí nominalmente citados, pueden exhibir merecidamente notas altas, no sólo en mi asignatura sino en las demás de la carrera. Incluso una alumna del Seminario que este año ha estado en la Universidad de Estrasburgo como becaria Erasmus-Sócrates, ha querido colaborar también en este volumen.

Me satisface igualmente que el tema del Seminario haya sido el estudio de la Ley aragonesa 12/2001, de la infancia y la adolescencia en Aragón. Se trata, probablemente, de la ley de mayor calado de las últimamente aprobadas por nuestras Cortes en el ámbito del Derecho civil a partir de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. En efecto, si efectuamos un corte vertical en la normativa aplicable, que ha tenido en cuenta el legislador aragonés, encontramos normas de ámbito internacional, de naturaleza estatal y de las promulgadas por nuestra Comunidad. Conviene recordar que el artículo 39 de la Constitución de 1978 emplea un calificativo singularmente expresivo al garantizar la *protección integral de los hijos*. Todavía a primeros del mes de mayo de 2002, la Asamblea General de la ONU dedicó al tema de la protección de los menores unas apretadas jornadas que han permitido aprobar, por unanimidad de 189 países presentes, un plan de actuación mundial para los próximos años.

Nadie puede discutir ni la actualidad, ni la urgencia de la ley, aunque los obstáculos de la presente empresa aquí emprendida tampoco resultan difíciles de descubrir. En primer lugar, va a constituir el primer estudio que se haga sobre la ley en su conjunto, con la obvia ausencia casi total de comentarios doctrinales, totales o parciales al respecto; en segundo lugar, por la extraordinaria amplitud de las perspectivas asumidas por el legislador, que desborda lo civil o foral para relacionarse con el Derecho constitucional, el administrativo, el penal y el procesal. Por último, porque sus autores han simultaneado su trabajo de Seminario con los estudios normales del último curso de la Licenciatura.

No se busque en el libro lo que éste no puede dar, pero dentro de las coordenadas en que se inscribe la obra, puedo afirmar que sus autores han salido airosos del empeño, que han llevado a cabo honradamente y de modo sistemático, siguiendo el orden de materias de la propia ley, sin perjuicio de las evidentes correlaciones que existen en bastantes materias. El esquema exegético ha sido uniforme para todos los comentarios, lo que ha evitado

PRESENTACION

la dispersión en los mismos, y hasta la posible anarquía que podría derivarse de opiniones discrepantes sobre el mismo tema

Esta obra no podría ver la luz pública sin la ayuda eficaz del Justicia de Aragón, a quien expreso mi reconocimiento y el de mis alumnos. También es de justicia mencionar el trabajo de Secretario, abogado, silencioso y eficaz, de Carlos Martínez Cerrada, alumno destacado del Seminario y Becario puntualmente cumplidor de sus deberes.

Zaragoza, 18 de mayo de 2002

Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho Civil y
Emérito de la Universidad de Zaragoza

DERECHO COMPARADO: PROTECCIÓN DE LA INFANCIA EN FRANCIA

Ana Berné López

Hoy en día ya no se considera a la Humanidad como sujeto de derechos de manera abstracta, pues existe una reivindicación para la protección de las minorías; de entre todas ellas la infancia es la más débil porque no puede vivir y desarrollarse sin la ayuda de y la asistencia de otros; es por ello que su protección es una prioridad en la mayoría de países, y Francia no es la excepción.

La mentalidad sobre la infancia en la sociedad occidental, y por consiguiente en Francia, ha evolucionado desde la Antigüedad: desde el poder absoluto sobre la vida y la muerte de su familia que tenía el «paterfamilias» en el derecho romano, pasando por la consideración del niño como individuo ordinario aunque débil físicamente que prevaleció hasta los inicios del siglo XX, ahora puede decirse que en Francia se desarrolla un «militantismo de los derechos de la infancia», representado, aparte de en un gran número de estudios y libros sobre el tema, en el hecho de que exista una revista jurídica especializada precisamente en esta materia, el franco-belga «Journal du Droit des Jeunes».

La legislación relativa a la protección de la infancia en Francia no se encuentra recogida en un texto único, sino que hay que acudir a fuentes diversas, tanto de derecho interno como de derecho internacional.

Entre los textos de derecho interno destacan la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958; el Código Civil, en cuanto deter-

mina las relaciones del niño con su familia y las medidas de protección de los menores en situación de riesgo; el Código penal, en lo que se refiere a los delitos contra los menores, y la Ordenanza de 2 de febrero de 1945 relativa al menor delincuente; el Código de la Familia y de la Ayuda Social, que recoge las medidas de protección social del menor; el Código de la Salud Pública que coordina la protección médica infantil; el Código del Trabajo al definir las condiciones de acceso al empleo de los menores. Aparte hay que incluir otros textos no codificados, ya sean leyes parlamentarias, Ordenanzas (que se equiparan a aquéllas), los decretos, los «arrêts» ministeriales (equivalentes a las órdenes ministeriales españolas), municipales y prefecturales. En cuanto al derecho internacional, según la jurisprudencia tanto de la Cour de Cassation (arrêt de 24 de mayo de 1975) como del Consejo de Estado (arrêt «Nicolo» de 20 de octubre de 1989), por aplicación del artículo 55 de la Constitución de 1958, los tratados, ya sean bilaterales o multilaterales, firmados por Francia, tienen fuerza superior a la ley en la jerarquía normativa.

En lo relativo a la protección de la infancia destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, las Convenciones de La Haya, de 5 de octubre relativa a la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores y la de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del raptó internacional de menores. También la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del Niño y, sobre todo, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de la Asamblea general de la ONU de 20 de noviembre de 1989 (resolución 44/25) y ratificada por Francia el 6 de agosto de 1990. Según un gran número de autores de la doctrina francesa¹,

1. (Raymond, G., «Droit de l'enfance et l'adolescence» ed. Litec 1995; Rondeau-Rivier, «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation: un traité mis hors jeu» Recueil Dalloz 1993, 1, 203; Neirinck, C. et Martin, P.-M., «Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt «Le Jeune», Semaine juridique 93,

este texto debería haber podido ser aplicado directamente y con preferencia sobre el derecho interno, según la jurisprudencia de la Cour de Cassation y el Consejo de Estado, pero la Cour de Cassation lo negó en un arrêt de 10 de marzo de 1993. Sin embargo, el Consejo de Estado decidió en un arrêt de 22 de septiembre de 1997 que ciertas disposiciones de la Convención son de aplicación directa, en particular el artículo 3, que se refiere al «interés superior del niño» como consideración primordial en todas las medidas que se tomen concernientes a los niños.

Idealmente el niño está desde su nacimiento integrado en una familia, y es allí donde encuentra sus raíces y construye su identidad. Por tanto uno de los primeros derechos del niño es el de estar legalmente vinculado a su padre y a su madre, y así disfrutar de una filiación consagrada. Según la legislación francesa la filiación puede ser de tres tipos: legítima, aquella en la que los progenitores del niño están casados entre sí; natural, en la que no lo están, y adoptiva, que puede ser simple o plena. Según el artículo 334 del Código civil francés existe plena igualdad entre las tres, pero pueden encontrarse algunas singularidades en cuanto al proceso de establecimiento de cada filiación y también en cuanto a la solidez de los vínculos que derivan de ellas.

Las consecuencias fundamentales para el niño derivadas de la existencia de la filiación están recogidas por la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, que en su artículo 7 prescribe:

«1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan

ed. Générale I, 3677; Rubellin-Devichi, «Droit de la famille», Semaine juridique 93, ed. Générale I, 3677; Rubellin-Devichi, «Droit de la famille», Semaine juridique 93, I, 3688.

contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida».

De aquí se deriva una especie de derecho a la identidad, que tiene su traducción en la legislación francesa: en primer lugar, todo niño nacido en Francia debe ser inscrito en la Alcaldía en los tres días siguientes a su nacimiento. En segundo lugar hay que referirse al nombre y a la nacionalidad, que son elementos constitutivos de su estado. De ellos, el nombre (el apellido en España) es el signo más aparente de pertenencia a una familia. En Francia el hijo nacido dentro del matrimonio («legítimo») debe llevar obligatoriamente el apellido del padre, al igual que ocurre en el caso del niño cuya filiación ha sido establecida mediante la adopción plena; en el supuesto de la adopción simple el niño tendrá dos apellidos: el de su padre biológico y el del adoptante. El sistema para establecer el apellido de un niño nacido sin estar sus padres casados («natural») es mucho más complejo.

Por otra parte, según una ley de 23 de diciembre de 1985, toda persona puede añadir a su patronímico el apellido del progenitor que no lleva según las reglas legales: el de la madre, tratándose de los hijos «legítimos» y adoptados, o el del padre o la madre, según el caso, tratándose de los hijos «naturales». Este apellido de uso («nom d'usage») no es transmisible a los descendientes.

En cuanto al nombre propio, se rige por una ley de 11 germinal, año XI, y es elegido por los padres incluso en caso de adopción, aunque se puede solicitar un cambio ulterior del nombre si existe un interés legítimo.

Del origen familiar también depende la nacionalidad que ostentará el niño: ésta forma parte de los componentes de su identidad reconocidos al niño; cada niño tiene derecho desde su nacimiento a una nacionalidad. En lo que respecta a la nacionalidad francesa, ésta reposa alternativamente sobre los criterios del vínculo familiar («jus sanguinis») y de presencia en el territorio («jus soli»), aunque las reglas de adquisición de la nacionalidad fran-

cosa fueran profundamente reformadas en perjuicio del «*ius soli*» por la llamada «*ley Pasqua*» de 22 de julio de 1993.

Dentro del ámbito de relación del niño con su familia hay que referirse a dos derechos que se encuentran también en el artículo 7 de la Convención, pero que en Francia son tratados de muy diferente manera: el derecho del niño a conocer sus orígenes y el de vivir con su familia. El derecho a conocer la identidad de los progenitores recogido en el artículo 7 de la Convención no ha sido traspasado al derecho francés, en el que se permite que la madre dé a luz «*sous X*», bajo secreto de su identidad; los niños abandonados no tienen derecho a conocer su acta de nacimiento originaria, conste en ella o no la identidad de sus padres biológicos; estas medidas tienen su justificación en un intento de evitar el aborto o el infanticidio. En cambio, el derecho del menor a vivir con su familia, recogido en los artículos 7 y 9 de la Convención está plenamente asegurado: el artículo 372-2 del Código civil, relativo a la asistencia educativa afirma que «*mientras sea posible*» el menor debe ser mantenido en su medio familiar, pero la consagración legislativa más importante de este derecho es sin duda el derecho a la reagrupación familiar, regida por una ordenanza de 2 de noviembre de 1994 (modificada posteriormente en varias ocasiones); significa que el estado francés autoriza la entrada en Francia de los hijos de los extranjeros que residen habitualmente en Francia, y en sentido inverso que el padre extranjero de un niño francés tiene derecho a un título de residente si ejerce la autoridad paterna. Según la profesora Dekeuwer-Défossez, éste es uno de los grandes ejes de la política de inmigración, justificando la mayoría de regularizaciones².

Otro de los derechos del niño, que encuentra su reflejo en la correspondiente obligación de los padres (o del representante legal elegido por el Consejo de Familia, que a su vez es nombrado por

2. Dekeuwer-Défossez, Françoise «*Les droits de l'enfant*» Collection Que sais-je? PUF 5e édition.

el juez tutelar), es el de esperar que se hagan cargo de él afectiva, educativa, jurídica y financieramente, para conducirlo progresivamente a la edad adulta. Esta obligación de la familia de velar por el menor se denomina autoridad paterna en lo referente a la persona del niño y administración legal en cuanto a su patrimonio, y es llevada a cabo por los padres, por ambos a la vez ya que en Francia ya no existe el concepto de «jefe de familia». Los dos progenitores tienen competencia para los actos usuales, de la vida corriente, según el artículo 372-2 del Código civil, pero deben tomar de común acuerdo las decisiones importantes. El contenido de los poderes de los padres con respecto a su hijo reside en la incapacidad jurídica de éste, no puede ejercer por sí mismo sus derechos, lo que es un mecanismo de protección contra su inmadurez, por lo que se va atenuando a medida que entra en la adolescencia. La incapacidad del menor comporta inaptitud para toda actividad jurídica: impide tanto comprometer su patrimonio (artículo 1124 del Código civil) como tomar decisiones concernientes a su persona, aunque el niño mayor de trece años debe consentir personalmente ciertos cambios de estado, como en caso de adopción, o de matrimonio, y también con ocasión de un aborto, transplante y extracción de órganos o contratos sobre derechos de la personalidad del menor (de imagen o de autor). Esta incapacidad no entraña sin embargo irresponsabilidad: el menor puede comprometer su responsabilidad si causa daño a otro, y puede ser obligado a indemnizar a su víctima con sus ingresos futuros. La autonomía del niño irá progresivamente manifestándose en los actos de la vida corriente, que son aquellos en los que los usos le permiten intervenir en solitario (artículo 389-3 del Código civil) y en determinados actos personales, como el aborto, donde en caso de conflicto con los padres se puede acudir al juez para que dicte una medida educativa que soslaye la autoridad de éstos.

La incapacidad jurídica del menor tiene como consecuencia una sumisión del menor a sus padres, pero esta dependencia implica una responsabilidad por parte de los padres, que deben propor-

cionar a su hijo sustento, educación y sostenimiento financiero; los artículos 203, 213 y 371-2 del Código civil prevén que las obligaciones de los padres son las mismas sea cual sea el tipo de filiación; la obligación de sostenimiento de los hijos va más allá de la obligación de alimentos clásica en la que están obligados a su vez los hijos hacia sus padres, y está admitido que esta obligación no cesa con la mayoría de edad. En cuanto a la educación, no existe en un ningún texto el derecho de corrección y los castigos corporales no están permitidos, aunque la jurisprudencia los tolera si no han causado al niño ningún perjuicio físico o moral.

El Código civil reconoce al menor el derecho a tener relaciones permanentes con familiares distintos de sus padres; con sus abuelos en el artículo 371-4, y con sus hermanos en el 371-5.

La autonomía del menor se despliega en toda su extensión con la emancipación, ya sea por matrimonio o por decisión del juez de tutelas a petición de los dos padres o de uno de ellos, siempre a partir de los dieciséis años. Algunos autores como Dekeuwer-Défossez consideran que también se debería permitir al menor solicitar la emancipación.

Una cuestión importante es la del matrimonio: el menor no puede casarse sin el consentimiento de sus padres, pero éstos no pueden obligar a casarse a su hijo (artículo 148 del Código civil): se quiere evitar la amenaza del matrimonio forzado. A mediados de los años noventa se propuso un estatuto de la pre-mayoría (la «prémajorité») por el que el menor de más de dieciséis años decidiría libremente todo lo que le concerniera, mientras que los padres conservarían un derecho de oposición cuando el proyecto de su hijo les pareciera gravemente perjudicial para él mismo. Este proyecto, a pesar de los apoyos recibidos, no ha llegado a hacerse realidad³.

3. Rapport Alfandari, Dekeuwer-Défossez, Monéger, Verdier, Verkindt au secrétaire d'État a la famille, 1993 «Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant».

Un asunto de gran importancia que cada vez tiene más relevancia práctica es si existe un derecho del menor a acudir ante la justicia. Al ser un incapaz, el menor no puede ni entablar un proceso ni ser parte en el mismo; son sus representantes legales quienes ejercen en su nombre sus derechos y acciones (aunque existen dos excepciones: acudir al juez de menores si se encuentra en una situación de riesgo en su medio familiar y recurrir al «Conseil de prud'hommes» (la jurisdicción laboral francesa) en caso de conflicto con su empleador, si se trata de un menor asalariado). Si se observa que sus intereses son contrarios a los de sus padres ha de nombrarse un administrador «ad hoc»; además, el artículo 12 de la Convención afirma que el menor tiene derecho a ser oído en todo procedimiento que le concierna, y la ley de 8 de enero de 1993 ha reglamentado el derecho de expresión judicial del menor.

Por último, los hijos tienen otro tipo de derechos con relación a sus padres, los derechos sucesorios: los hijos se reparten el total de la sucesión a excepción del usufructo de una cuarta parte de los bienes, que va al cónyuge superviviente. Los hijos nacidos de padres no casados («naturales») tienen derecho a la misma parte que los hijos matrimoniales («legítimos»), pero los hijos adulterinos se ven desfavorecidos frente a los llamados «protegidos»: sus derechos sucesorios quedan reducidos a la mitad. Todos son protegidos contra la desheredación con la institución de la reserva, que les asegura al menos una parte mínima del patrimonio de cada progenitor.

Al lado de la familia, la colectividad representada por las autoridades públicas va a velar por la protección y desarrollo de los menores, ya sea porque el niño carece de familia o debe ser separado de ella, pero incluso cuando el niño está a cargo de su familia la legislación francesa encarga a las instituciones de velar por su salud, sus valores morales y sobre todo crear estructuras educativas. En Francia existe una institución específica encargada de la protección de los niños en su conjunto, el Defensor de la Infancia, creado a imitación de las figuras existentes en los paí-

ses nórdicos por ley de 6 de marzo de 2000. Su misión es velar por la situación de los derechos de la infancia en Francia y recibir las reclamaciones de menores, sus representantes legales o de asociaciones de protección de la infancia, de las que informa a las autoridades competentes, y a la vez publica un informe periódico con recomendaciones. Por otra parte, la legislación francesa reglamenta los aspectos relacionados con la infancia en lo relativo a la educación, la salud, el trabajo y el acceso a la justicia. En cuanto a la educación, existe un derecho del niño a ir a la escuela recogido en el artículo 1 del Código de la enseñanza. La enseñanza es obligatoria desde los seis hasta los dieciséis años (aunque puede comenzar a partir de los tres años), y gratuita. Los derechos del niño en los centros educativos fueron reforzados por un informe ministerial anterior al decreto de 18 de febrero de 1991, y pueden clasificarse en individuales y colectivos. Entre los individuales están los derechos al respeto de su persona, de su conciencia y de sus bienes, ya que se admite que debe existir una disciplina pero no que ésta se pueda garantizar a cualquier precio: hoy en día están prohibidos los castigos corporales y cualquier tipo de sanción humillante o degradante. Los menores también tienen derecho a la libertad de expresión, aunque ésta hay que conciliarla con el principio de laicidad de la educación pública; esto creó un conflicto a principios de los años noventa en relación con el vestido religioso, cuando varias alumnas fueron expulsadas de las escuelas por negarse a dejar de llevar el pañuelo islámico. Estas expulsiones fueron revocadas por un *arrêt* del Consejo de Estado de 2 de noviembre de 1992 al entender que se estaba desconociendo su libertad de expresión. Entre los derechos colectivos está la participación en los órganos decisorios del centro a partir de la enseñanza secundaria: «colleges» y «lycées»; los derechos de reunión y asociación, aunque estrictamente regulados, y el derecho de expresión colectiva. La tarea educativa confiada a las autoridades francesas comprende también el velar por los valores morales de la infancia. Entre las medidas legislativas existentes en este ámbito destaca una ley de 16 de julio de 1949 relativa

a las publicaciones destinadas a la juventud, que incluye sanciones penales para aquellas que presenten bajo una óptica favorable el banditismo, la mentira, el robo, la pereza, la cobardía y todos los actos calificados como crímenes o delitos o de «naturaleza desmoralizadora de la infancia o la juventud»; aquí se incluye la prohibición de venta de las publicaciones pornográficas a menores. En los cines debe haber publicidad en el exterior de la sala indicando si la película sólo puede ser visionada a partir de una determinada edad: 12, 16 ó 18 años según el contenido de la cinta. En las emisiones de televisión hay que atender a las recomendaciones de las cadenas, que están bajo la vigilancia del Consejo Superior del Audiovisual. Por otra parte, en los establecimientos en los que se despachan bebidas alcohólicas no se permite la entrada a menores de dieciséis años no acompañados, y ciertas bebidas alcohólicas no pueden ser consumidas más que a partir de una edad determinada.

En lo referente a la protección de la salud de la infancia, el nivel de desarrollo de Francia permite que se pueda hacer efectivo el mandato del artículo 27 de la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la salud y al derecho a recibir cuidados médicos. Esto se concreta en medidas del Código de Salud Pública relativas a la protección de la lactancia materna, la obligatoriedad de determinadas vacunaciones y la puesta en marcha de medidas de vigilancia médica para los niños en edad escolar. Además existe un dispositivo de protección de los menores minusválidos, ya sean físicos o psíquicos. El artículo 23 de la Convención sobre los derechos del Niño encarga a los Estados Partes o velar por su protección, que en Francia está a cargo de la «educación especial», regida por unos principios afirmados por la ley de orientación de 30 de junio de 1975 en favor de las personas minusválidas. Existen centros especiales según el tipo de minusvalía donde los niños pueden integrarse a partir de los tres años, aunque el objetivo es que, aun recibiendo los cuidados médicos específicos que requiere,

se integren en las estructuras educativas normales en la medida de lo posible.

La Convención sobre los derechos del niño no ha prohibido el trabajo de los menores, al considerarlo una aspiración ilusoria. El artículo 31 reconoce el derecho al descanso y al esparcimiento de los niños, mientras que el artículo 32 prohíbe el trabajo de los menores en actividades peligrosas o nocivas para su desarrollo. Francia lleva mucho más allá estas disposiciones y reglamenta estrictamente las posibilidades de contratación de los menores.

El artículo 37 de la Convención de la ONU prescribe que el arresto de un menor no debe ser más que una medida excepcional, y lo más breve posible; Francia respeta estos designios de la Convención, pues basa su sistema judicial en lo relativo a los menores en tres pilares: en primer lugar la responsabilidad está graduada según la edad y según la gravedad de la infracción cometida; en segundo lugar se trata de un procedimiento particular, rodeado de garantías; la característica más importante es que el encargado de instruir el proceso y juzgar es un juez de menores, un magistrado que ha recibido formación especializada, salvo en caso de crímenes donde el encargado de la instrucción es un juez de instrucción de derecho común. El tercer pilar sobre el que se asienta el régimen es el hecho de que tienen preferencia las medidas educativas y se experimentan nuevas formulas, como las llamadas «maisons de justice et du droit», creadas por las comunas para que allí los magistrados resuelvan sobre los asuntos menos graves⁴. Aparte de la protección general que la sociedad dispensa a la infancia en su conjunto, existen medidas especiales para aquellos menores que por cualquier razón se encuentran en situación de desamparo o de riesgo. En este ámbito la protección está organizada en Francia en torno a dos instituciones: en primer lugar los servicios sociales departamentales (centros de PMI y la Ayuda

4. Bernuz Beneitez, María José «Las funciones de la justicia en las políticas sociales y jurídicas francesas de infancia y juventud» Actualidad Civil núm. 25 2001

social a la infancia) bajo la autoridad del Presidente del Consejo general del departamento, y encargados de identificar, vigilar y asistir a las familias con dificultades. En segundo lugar se encuentra un conjunto de autoridades judiciales dispersas: jueces de menores, jueces de tutelas, juez de familia, Tribunales de Grande Instance. Esto crea sin embargo una situación de confusión entre todos los órganos que no beneficia al objetivo buscado, que es el bienestar de los menores.

Anexo: la ley francesa 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001 relativa a los derechos del cónyuge supérstite y de los hijos adulterinos y modernizadora de diversas disposiciones de Derecho sucesorio ha puesto fin a la discriminación sucesoria de la que eran víctimas los hijos adulterinos, al equiparar sus derechos en esta materia a los de los hijos «legítimos». Esta ley es aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 1 de julio de 2002.

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Carlos Martínez Cerrada

A lo largo de este apartado introductorio voy a comentar las características principales que rigen la LIAA y que las encontramos reguladas en los primeros artículos de la ley, en concreto en su título I *-Disposiciones Generales-* (arts. 1-5) y en el capítulo I, *-De la prevención y garantías-* del título II *-Derechos de la infancia y la adolescencia y sus garantías-* (arts. 6-8). El contenido de la mayoría de estos artículos, al ser en muchos casos principios que rigen la ley, será tratado en los sucesivos epígrafes del trabajo, comentando su desarrollo.

La ratio legis de la ley se indica con claridad en el apartado I del Preámbulo, al describir el marco jurídico de protección:

La presente Ley pretende establecer un marco normativo general que garantice a los niños y adolescentes de la Comunidad de Aragón el ejercicio y desarrollo de los derechos que legalmente les corresponden.

La Constitución Española de 1978, al enumerar, en el capítulo III del Título I, los principios rectores de la política social y económica, hace mención en el artículo 39 a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de la familia y de los hijos, estableciendo, asimismo, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Las Comunidades Autónomas asumieron las competencias en la protección y defensa de los intereses de los menores. Así, el Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 30 de agosto, en su texto reformado por artículo 35.1.26, 27, y 28, la compe-

tencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de asistencia, bienestar social, fundaciones de carácter benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón, así como la protección y tutela de menores. (...)

Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco de protección proviene también de diversos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil, trata de dar respuesta a las lagunas que se detectaron en la aplicación de la Ley 21/1987, a las nuevas necesidades surgidas y demandadas por la sociedad y a la nueva filosofía y concepción que la misma tiene sobre los niños y adolescentes.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha constituido una necesaria reforma legislativa en esta materia recogiendo las garantías de nuestro ordenamiento constitucional y de las normas de Derecho internacional. Pretende contemplar la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en principios orientados hacia su reeducación, con base en las circunstancias personales, familiares y sociales, teniendo en cuenta que la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores es competencia de las Comunidades Autónomas.

Con estas explicaciones acometo la exégesis de sus preceptos.

Artículo 1: Objeto.

Es objeto de esta Ley la promoción y protección del ejercicio de los derechos reconocidos a los niños y adoles-

centes así como establecer mecanismos de coordinación de las actuaciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a la atención y desarrollo integral de los mismos.

Durante mucho tiempo la regulación respecto de los derechos de los menores, solía considerar a éstos como meros sujetos pasivos, que necesitaban de la protección de los mayores de edad y de la Administraciones. Actualmente, y esta ley trata de impulsarlo, como se indica en su Preámbulo, los niños, como personas que son, tienen los derechos propios de su condición humana con la peculiaridad de su condición infantil o adolescente.

Partiendo de esta afirmación, la LIAA, consciente de la particular situación de los menores de edad, no sólo busca la protección de sus derechos, sino que también la promoción de los mismos (aspecto en el que entraré más a fondo al tratar sobre el art. 7 LIAA), para lo cual, como se indica hay que establecer mecanismos de coordinación entre las distintas instituciones competentes tratando de buscar en todo momento el mejor desarrollo de los derechos de los menores.

Estas ideas se recogen también en el apartado II del Preámbulo de la Ley.

La concepción que la sociedad tiene sobre la infancia ha dejado de ser la de un sujeto pasivo, un proyecto de futuro, necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona. Los niños y adolescentes tienen hoy la consideración, por sí mismos, de sujetos activos de derechos, de protagonistas principales de su propia historia. Los niños son personas y como tales deben ser tratados, es decir, como personas singulares, únicas, libres, como sujetos de derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil.

Los niños y adolescentes no pueden ser considerados como patrimonio de sus padres, de su familia o de la administración; no pueden ser discriminados por razón de sexo, edad, condición, idioma, religión, etnia, características socioeconómicas de sus padres o familia, ni por cualquier otra circunstancia.

Los niños y adolescentes tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral como personas en el seno de una familia, preferiblemente con sus padres. Pero la protección es cosa de todos. La aplicación de los principios del Estado de Derecho a la protección de los menores conlleva una responsabilidad compartida entre sus padres y los poderes públicos.

Los padres o tutores representan el contexto normal de desarrollo del niño y son el primer nivel de responsabilidad que debe cubrir sus necesidades aplicando los recursos existentes en la sociedad. El entorno familiar constituye un nivel de apoyo inmediato al niño y a sus padres y, en caso necesario, es el primero en sustituirles en su función parental. Los sistemas públicos de salud, educación, acción social y justicia, de prestación obligatoria para las Administraciones públicas, en los términos que establecen las leyes, constituyen un tercer nivel de protección que debe ayudar a los padres a asegurar los derechos de sus hijos. Los servicios especializados de «protección de menores» deben actuar subsidiariamente cuando los anteriores niveles no sean suficientes para garantizar sus derechos. Todo ello con la garantía y la superior vigilancia del sistema judicial, con la consideración de los menores como sujetos de derechos y deberes y partícipes fundamentales de su desarrollo, y con la participación solidaria de la comunidad.

Así, para asegurar el desarrollo de los derechos de la infancia se articularán los mecanismos necesarios de coordinación y colaboración de los distintos profesionales e instituciones, evitando la duplicidad de servicios y la disparidad de criterios. Las políticas de protección, mediante la elaboración de planes y leyes integrales, deben coordinar las distintas instituciones implicadas en el desarrollo de los derechos de los menores.

Se evoluciona de la «protección del menor» a la promoción y desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes, en los que la protección social y jurídica del menor en situación de desamparo no es sino uno de sus apartados. Al afectar a derechos sustentados y promovidos por distintas Administraciones públicas, se necesita la coordinación de todas ellas en aras de una mayor eficacia.

Artículo 2: *Ámbito de aplicación.*

La presente Ley es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación legal, salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación civil aplicable.

De este artículo se pueden comentar a mi juicio dos aspectos diferenciados; por un lado en relación a la edad que deben tener las personas para que les sea aplicable esta ley y la relación con otras circunstancias, y por otro lado el ámbito territorial para la aplicación de la misma.

En relación a la edad, el principio general es claro, se aplica a todos los menores de dieciocho años. Los problemas pueden surgir al analizar circunstancias, que no por no ser excesivamente frecuentes en la actualidad debemos dejar de estudiar. Es el supuesto de los menores de edad emancipados o habilitados; así como el caso de los menores de edad que al casarse se emancipan, con la particularidad de que en Aragón será respecto de menores a partir de los 14 años. Como se aprecia, la posible discusión respecto de la aplicación de la Ley se centra en los sujetos entre 14 y 18 años; así aparecen casos de menores de estas edades que realizan vida independiente, que si estuvieran en alguna de las situaciones antes indicadas (emancipación ...) no habría dificultad en admitir que esta ley no les es aplicable, pero en el caso de que simplemente realicen vida independiente sin estar inmersos en estas otras circunstancias, la opinión de la doctrina mayoritaria, y que yo comparto, es que sí entrarían en el ámbito subjetivo de aplicación de la LIAA; pero algunas interpretaciones consideran que este último supuesto también quedaría fuera del ámbito de aplicación de la LIAA.

El segundo aspecto a comentar está en relación con el ámbito territorial, el artículo que comento no deja dudas al decir «residan o se encuentren transitoriamente en Aragón». Pero al anali-

zar esta frase podemos ver posibles contradicciones con otras legislaciones del mismo tipo de otras Comunidades Autónomas, ya que podría darse el supuesto de menores que, al margen de su vecindad civil, teniendo su residencia en otra Comunidad Autónoma, se encontraran transitoriamente en Aragón; según la LIAA sería aplicable la propia ley. Pero en el supuesto contrario, que un menor residente en Aragón estuviese transitoriamente en otro territorio, también se entendería aplicable la ley aragonesa. Como vemos el problema de derecho interregional existe y la solución en mi opinión no debería ser dada por el legislador autonómico, sino por el legislador estatal, para evitar así problemas de ley aplicable. Este problema también puede tomar una dimensión internacional, si la LIAA resultara aplicable a menores de nacionalidad y residencia extranjera que estuvieran transitoriamente en Aragón.

Artículo 3: Principios de actuación.

1. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma asegurará el ejercicio de los derechos de los menores a través de políticas integrales encaminadas al desarrollo de los mismos durante su infancia y adolescencia.

3. Las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y en garantía del ejercicio pleno de sus derechos, deberán responder a los siguientes principios:

a) La prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente.

b) La prevención de las situaciones y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su formación y desarrollo integral.

c) Que las medidas que se les apliquen sean preferentemente de carácter educativo y se adopten siempre en su interés, interpretando las limitaciones a su capacidad de obrar de forma restrictiva.

d) La promoción de la integración familiar y social de los niños y adolescentes, garantizando la permanencia, reinserción y restitución en su entorno familiar y social siempre que no les sea perjudicial.

e) La vigilancia y protección del menor contra todo tipo de abuso o negligencia en el desempeño de las obligaciones familiares y sociales.

f) El fomento de los valores de tolerancia, solidaridad, paz, respeto a la naturaleza, igualdad y, en general, de los principios democráticos de convivencia establecidos en la Constitución.

g) La promoción de la participación de la iniciativa social en relación con la atención y promoción de la infancia y la adolescencia, procurando su incorporación a los planes y programas de atención impulsados por las Administraciones públicas.

h) El fomento de la sensibilización de los ciudadanos ante las situaciones de indefensión y malos tratos de los menores y su compromiso con el bienestar de los mismos.

i) La eliminación de cualquier forma de discriminación hacia los menores por razón de nacimiento, sexo, origen nacional o étnico, religión, lengua, cultura, opinión, impedimentos físicos, psíquicos o sensoriales, condiciones sociales, económicas o geográficas o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

j) La protección y asistencia necesarias a la familia para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades respecto a los menores.

Tanto respecto de los principios de actuación de que trata el art. 3, como de la interpretación de la ley a que se refiere el art. 4 (cuya literalidad no transcribo), no realizaré ahora ningún tipo de comentario, sino que me remito a lo que se dirá en los apartados siguientes de este trabajo, en los que también se estudiará estos artículos.

Artículo 5: *Prioridad presupuestaria.*

La Administración de la Comunidad Autónoma tendrá entre sus prioridades presupuestarias las actividades de prevención, atención y reinserción de la infancia y la adolescencia. Asimismo, los Ayuntamientos y, en su caso, los órganos comarcales deberán tener en cuenta tal prioridad, dentro de sus posibilidades y competencias. En todo caso, el contenido esencial de los derechos de los menores no podrá verse afectado por falta de recursos básicos.

Como se puede apreciar la LIAA enumera durante todo su articulado una serie de propósitos muy plausibles, siempre con el objetivo de favorecer el ejercicio de los derechos de los menores. Pero para la materialización de estas metas es necesario un soporte financiero, que se plasma en aportaciones económicas. Y como el legislador entiende acertadamente que el tema de la protección de la infancia y la adolescencia no es un tema baladí, establece en este artículo la prioridad presupuestaria de la prevención atención y reinserción de los menores.

La redacción del precepto, en su inciso final nos señala expresamente que la eventual falta de recursos no es causa suficiente para desatender la protección de estos derechos. Se trata de una regla final bienintencionada aunque de difícil aplicación.

Artículo 6: *Derechos de la infancia y la adolescencia.*

Los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconocen la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado

español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como el Código Civil, la Compilación de Derecho Civil de Aragón y las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Este artículo enuncia el ejercicio de los menores de todos los derechos que en este trabajo son analizados, principalmente en el apartado III del mismo. Se trata de derechos que también son contemplados en otras muchas normas como la Constitución o el Convenio de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. La enumeración que realiza este artículo es *numerus apertus*, por lo que también se amplía el reconocimiento de los derechos de los menores a otras leyes o tratados que pueda ratificar España.

El legislador aragonés se sirve sin duda de los preceptos que tanto estas normas como otras dedican a los derechos individuales o colectivos, ya sea a nivel general, o haciendo especial relevancia a los menores, como también puede ser la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, ley que es fuente inspiradora del legislador aragonés en no pocas ocasiones.

Artículo 7: Prioridad y fines.

1. En la atención integral a los niños y adolescentes tendrán carácter preferente las actuaciones dirigidas a promover y asegurar el ejercicio de sus derechos y a prevenir las situaciones de riesgo o desamparo así como las carencias afectivas, materiales o de cualquier índole que menoscaben su desarrollo.

2. La prevención se dirigirá a:

a) Velar por el respeto y garantía de los derechos de los niños y adolescentes mediante actividades de información, divulgación, promoción y formación.

b) Fomentar las actividades públicas y privadas que favorezcan la integración sociofamiliar y apoyen a los res-

ponsables de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus responsabilidades.

c) Fomentar las actividades públicas y privadas que favorezcan y aseguren el ejercicio del derecho a la educación, salud, cultura y el uso creativo, educativo y socializador del tiempo libre.

d) Limitar el acceso de los niños y adolescentes a medios, productos y actividades perjudiciales para su desarrollo integral.

e) Potenciar acciones públicas o privadas tendentes a la erradicación de los factores de riesgo de marginación.

Como ya indiqué con anterioridad, tradicionalmente al tratar de los menores se hacía en términos de protección; sin embargo la nueva regulación alude expresamente a la promoción y desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes. Como indica el Preámbulo en su apartado IV:

El cambio que efectúa esta Ley al pasar de una concepción meramente de «protección», como existía hasta ahora, a una «promoción» y desarrollo de los derechos de todos los niños y adolescentes requiere de una Administración ágil y dinámica, por lo que parece oportuno incorporar toda esta actividad en el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, organismo autónomo especializado en el bienestar social de todos los ciudadanos aragoneses, cuya actuación está regida por los principios de eficacia, simplificación, racionalización, descentralización de la gestión y participación de los interesados.

Vemos como la Administración, como se ve en este artículo, no se centra solamente en fines proteccionistas, sino que hace especial empeño por promover los derechos de los menores, y facilitar de este modo la progresiva integración de éstos en la sociedad.

Por su parte el segundo apartado de este mismo artículo se limita a enumerar los fines a los que se dirige la prevención, fines

que se reflejan a lo largo de toda la ley, y que por consiguiente, también se verán a lo largo de todo el trabajo.

Artículo 8: *Medidas para garantizar el ejercicio de los derechos.*

1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas competentes la asistencia necesaria para el efectivo ejercicio de sus derechos.

2. Para la defensa y garantía de sus derechos, el menor puede:

a) Acceder al sistema público de servicios sociales de las Administraciones públicas.

b) Solicitar la protección y tutela de la Administración de la Comunidad Autónoma.

c) Acudir ante la autoridad judicial.

d) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos, con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.

e) Plantear sus quejas ante el Justicia de Aragón o, en su caso, el Defensor del Pueblo.

3. Los menores pueden dirigirse a las Administraciones públicas encargadas de su protección y asistencia, sin conocimiento de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, cuando sea preciso por motivos de urgencia o situación de conflicto y en la medida en que la comunicación con aquellas personas pudiese frustrar la finalidad pretendida. La Administración guardará la debida reserva y tomará las medidas necesarias para la efectiva asistencia de los menores en el ejercicio de sus derechos.

4. El Justicia de Aragón defenderá los derechos de la infancia y la adolescencia, velará por el respeto de la legis-

lación vigente en materia de protección de la infancia y la adolescencia, propondrá medidas susceptibles de mejorar la protección de la infancia y la adolescencia y promoverá la información sobre los derechos de la infancia y la adolescencia y sobre las medidas que es necesario tomar para su mejor atención y cuidado. Para garantizar el ejercicio de los derechos de los menores:

a) Adoptará las medidas necesarias para facilitar el acceso de los menores a esta institución.

b) Actuará de oficio o a instancia de parte mediante la tramitación de los expedientes de queja por posible vulneración de los derechos de los menores.

c) Requerirá de la Administración pública cuantos datos e informes le sean necesarios en el ejercicio de sus funciones.

d) Valorará, en el informe anual a las Cortes de Aragón, la actuación de la entidad pública competente, especialmente en lo que se refiere al respeto del ejercicio de los derechos de los menores. El informe recogerá apartados específicos sobre la situación de los menores que son objeto de medidas protectoras o que cumplen medidas judiciales.

e) Podrá requerir a la Administración autonómica o local el cumplimiento efectivo de los derechos o la puesta en marcha de programas o actuaciones previstos en las leyes.

Este extenso artículo de la LIAA explica los diferentes modos por los que el menor puede defender sus derechos en el supuesto de que no pueda ejercerlos con normalidad.

La ley da diversas posibilidades según la situación en la que se encuentra el menor que requiere de protección, así vemos como el menor puede solicitar por sí mismo diversas soluciones ante el Juez o el Ministerio Fiscal. Personalmente me parece bien esta previsión del legislador que permite al menor pedir el auxilio

directamente, pero en mi opinión pueden surgir problemas sobre la capacidad en la actuación del menor.

De igual modo parece difícil en la práctica que el menor se presente por su propia iniciativa ante estas instituciones, sino que creo que normalmente lo hará acompañado de algún mayor de edad (amigo, familiar, etc...), que dados los hechos de que se trata no parece que vayan a ser los padres o tutores. Por este motivo, puesto que creo que es posible que el menor se presente representado por algún mayor de edad, opino que el legislador podría haber contemplado esta posibilidad en este momento. Aunque en cualquier caso debemos entender que se da remisión automática a lo previsto en la Ley 1/1996.

Desde mi punto de vista es interesante, a la par que positivo, la mención que este artículo realiza de la figura aragonesa del Justicia de Aragón, como otro de los medios a los que el menor puede dirigirse, y como otra de las instituciones encargada de la defensa y protección de los derechos de los menores en Aragón.

Para poder garantizar el ejercicio de estos derechos es necesario previamente que la propia ley sea aplicada con normalidad por parte de la Administración, a este fin el Preámbulo reconoce en su apartado VI la necesidad de crear mecanismos de supervisión y seguimiento de la misma, facilitando periódicamente datos sobre su aplicación.

Igualmente, se reconoce la necesidad de crear mecanismos de supervisión y seguimiento de esta Ley, de forma que se faciliten periódicamente datos comparados derivados de su aplicación. Estos mecanismos de supervisión deben ser, necesariamente, diversos y recoger no sólo la autoevaluación de la propia Administración, sino también análisis imparciales como el de la institución del Justicia de Aragón.

I. CARACTERES GENERALES DE LA LEY

Santiago Pérez Beltrán

David Tejería Cubillos

Juan Vacas Larraz

1. ANÁLISIS DE LA ELABORACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY 12/2001 DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

Si duda, la materia objeto de estudio, protección de menores, presenta dos peculiaridades notables si nos centramos abstractamente en la misma, es decir, su contenido material abarca de lleno dos ramas del ordenamiento jurídico tan dispares por su carácter privado y público como necesariamente convergentes por la necesidad de eficacia de la ley. Con esto me refiero a lo siguiente: la protección de menores en general y la ley objeto de estudio en particular contienen normas de naturaleza administrativa y civil. Si bien el objeto de este trabajo en su conjunto es el estudio de los aspectos civiles de esta materia, no podemos dejar de lado los administrativos, y todo ello por la necesidad de analizar con la máxima precisión el contenido de cada precepto legal.

Asimismo, nos encontramos ante una ley que no se queda en la mera regulación de los derechos del menor, sino que va más allá y también regula los mecanismos para prevenir cualquier agresión sobre menores, proteger esos derechos regulados y castigar su violación, contenido extremadamente necesario para dar efi-

cacia jurídica a esos derechos, pues es bien sabido que los derechos sin mecanismos de tutela de los mismos no son derechos.

También esta materia y consecuentemente esta ley afectan de lleno a nuestro modelo de organización territorial, es decir, al Estado de las Autonomías. He aquí un aspecto en el que vale la pena detenerse: la distribución competencial en materia y asistencia de menores.

La Constitución Española, en su reparto competencial de los artículos 148 y 149, incluye en el primero la competencia de asistencia social, en la que debe entenderse incluida la de protección de menores, si bien se trata de una amplia atribución⁵. Dicho precepto suponía un ofrecimiento de competencias a las Comunidades Autónomas, que debía completarse con la asunción de la misma por aquéllas en sus Estatutos de Autonomía. En Aragón esto se dio en 1982, por medio de la Ley Orgánica 8/82 que aprobaba el Estatuto de Autonomía de Aragón y en cuyo artículo 35.1 26.º se recogía la competencia de «asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario; juventud y promoción de las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural». Pero dicha regulación era harto difusa, planteaba dudas interpretativas que fueron superadas gracias a la inequívoca redacción que la reforma del Estatuto en 1996 dio al ordinal 28.º del precepto citado anteriormente: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en protección y tutela de menores».

Por otra parte, el artículo 149.1 8.º C.E. atribuyó competencia exclusiva al Estado central «en legislación civil».

Dicha materia, la legislación civil, inevitablemente incluye aspectos relativos a la protección y tutela de menores como la adopción, la tutela, la guarda o el acogimiento, instituciones todas

5. Artículo 148.1 20.º C.E.: «Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... 20.º Asistencia social».

ellas que habían estado reguladas en el Código Civil desde su promulgación y que además debían ser reguladas en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos españoles con independencia de la Comunidad Autónoma en la que residieran, con la finalidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 149.1 1.º C.E.⁶.

Pero una vez asumida la competencia de menores por la C.A. de Aragón empezó a funcionar tanto en la materia de ejecución y gestión inicialmente, como de legislación desde 1989, año en que promulgó la, hasta el año pasado, vigente ley de protección de menores (Ley 10/89 de protección de menores).

Esta ley nació condicionada por el contenido de la Ley 21/87 de reforma del Código Civil, que regulaba materia de menores con base en el anteriormente mencionado artículo 149.1 8.º C.E. y que por tanto debía respetar la C.A. 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 C.A. 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.

En 1996 se publicó una nueva ley de reforma del C.c., LOPJM, que planteó problemas mas graves de competencia. Aparentemente en la Disposición Final de la ley de 1996 se establecía que las remisiones hechas al C.c. con base en el artículo 149.1 8.º se aplicarían sin perjuicio de la normativa de las C.A., de aquí parece deducirse que toda ley de la C.A. debía supeditarse a esta LOPJM, quedando un margen de actuación mínimo a las C.A.

Pero esto de ninguna manera puede entenderse así, y cabe afirmar con rotundidad que Aragón tiene sobradamente marco

6. Artículo 149.1 1.º C.E.: «El estado (central) tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1.º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

competencial para regular una normativa que garantice a los niños y adolescentes de la C.A. de Aragón el desarrollo y ejercicio de los derechos que legalmente les corresponden, y todo ello con base en los artículos antes mencionados del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Todo lo que sea negar dicha potestad legislativa es negar la evidencia del contenido de esos preceptos y de los preceptos de la propia Constitución; no es el Estado central quien marca las pautas a seguir, ni siquiera las bases que luego las CC.AA. deben respetar, sino que la única labor que la Constitución permite al Estado Central es regular la legislación civil, lo que necesariamente afectará a cuestiones de protección de menores, pero no en el ámbito funcional u organizativo, sino mas bien a las instituciones jurídicas existentes y a su regulación.

La evolución posterior a esta controversia será la que marque el origen de la vigente ley. Sin duda en ello influirá el definitivo asentamiento en la sociedad de la concepción de la infancia no como sujeto pasivo del derecho sino como sujeto activo del mismo. Los niños no pueden ser considerados patrimonio de un padre, familia o de la administración, dice la ley, sino que son realidades por sí mismos⁷, si bien es cierto que los padres y el entorno familiar en sentido amplio y la administración en caso de que deba actuar se convierten en elementos indispensables para la protección, cuidado y desarrollo de la infancia y adolescencia.

En 1997, se elaboró un borrador de ley sobre esta materia, pero fue sucesivamente modificado en tres ocasiones, si bien no se alcanzó el consenso necesario para su aprobación. Con la llegada a la DGA el actual gobierno elaboró un nuevo borrador, que tras convertirse en anteproyecto y proyecto de ley fue aprobado

7. Preámbulo de la LIA, Apartado II.

en las Cortes el 12 julio del 2001, dando origen a la Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón⁸.

2. CARACTERES GENERALES DE LA LEY: TÉCNICA Y SISTEMÁTICA

Como ya se apuntó anteriormente la ley objeto de análisis regula materias concernientes al derecho civil y al derecho administrativo.

Constituye uno de los aspectos más relevantes de la ley la lista de derechos subjetivos que se reconocen a los menores, derechos cuya naturaleza no es solo civil, sino que destacan también derechos de contenido procesal (como el derecho a ser oídos, o el de participación o cuando se habla de ejercer derechos políticos conforme a las leyes vigentes).

De la misma manera pueden observarse con gran precisión funciones que corresponde realizar a la administración: así destaca la función administrativa de fomento, que puede verse reflejada en la regulación que se hace de las subvenciones a entidades privadas de protección de menores, sobre lo que más adelante se profundizará; la función de policía que viene plasmada en todos aquellos mecanismos recogidos en la ley para garantizar la protección de los menores y asegurar la eficacia de los derechos que se les reconocen; y por último la función prestacional que se observa en la existencia de Centros de menores.

En cuanto a la SISTEMÁTICA de la ley cabe decir lo siguiente: La ley se divide en nueve Títulos, a los que antecede un Preám-

8. Es también interesante un informe del Consejo Económico y Social de Aragón sobre el proyecto de esta Ley 12/2001 y que fue publicado el 11 de septiembre de 2000. En el se hacían una serie de consideraciones generales y específicas sobre el por entonces proyecto de ley. Un estudio de esas observaciones permite ver que están bastante en consonancia con el contenido finalmente recogido en la ley.

bulo bastante clarificador y que constituye una buena declaración de intenciones. Un estudio exegético de estos nueve Títulos de la ley permitiría observar lo siguiente:

- A) TÍTULO I: Recoge una serie de disposiciones generales que serán posteriormente analizadas.
- B) TÍTULO II: Reconoce una serie de derechos subjetivos a la infancia y adolescentes. Dicho reconocimiento tiene básicamente dos aspectos criticables: por una parte que tal reconocimiento no deja de ser redundante de la lista de derechos fundamentales y principios rectores de la política social que se recogen en la Constitución; así véanse derechos como el de asociación, al honor, a la educación y así con la mayoría.

Otro problema se plantea en relación con las denominadas «Leyes propaganda»⁹: muchos de estos derechos reconocidos no son sino meras declaraciones que carecen de un contenido jurídico real o mejor dicho que ya se recogen y garantizan por otros mecanismos contenidos en el ordenamiento jurídico, así por ejemplo el derecho a ser bien tratado: es evidente que ha de tratarse bien a un niño, no es un derecho que tiene sino una obligación de sus padres y en caso de incumplir dicho deber ya hay mecanismos en el ordenamiento jurídico para castigar el mal hecho y prevenir que se le cause más; o el derecho a la intimidad en la relación padres-hijos, ¿donde acaba el deber de educar de uno y el derecho del otro?

- C) TÍTULO III: Establece mecanismos de garantía de esos derechos reconocidos en el título anterior. Sin duda, la

9. Ver informe del CES de 11 septiembre de 2001, consideraciones generales: «el Teniendo en cuenta que la declaración de intenciones es positiva ya que muestra el espíritu de la ley, la regulación debería dirigirse a establecer derechos positivos más que proclamaciones retóricas y reconocimientos puramente formales de derechos que muestran una escasa utilidad y efectividad normativa».

relación entre este título y el anterior es esencial: de no existir garantías jurídicas, no se puede hablar de derecho subjetivo.

Hasta aquí cabía un estudio individualizado de estos títulos, mas de aquí en adelante resulta más productivo centrarnos en un estudio analítico del contenido de los títulos restantes:

- A) Los TÍTULOS IV, VI y VII recogen cuestiones concretas todas ellas relacionadas en materia de protección de menores al tratar de: los conflictos sociales y políticas integradoras para superar esos conflictos. Todo esto será objeto de análisis detallado más adelante.
- B) Los TÍTULOS V, VIII y IX hacen referencia a cuestiones administrativas tales como: distribución competencial, derecho sancionador y registros.

3. ESPÍRITU DE LA LEY: PRINCIPIOS GENERALES. ANÁLISIS COMPARATIVO DE ESTOS PRINCIPIOS CON OTROS TEXTOS NORMATIVOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Si bien la práctica ha arrojado resultados distintos, se puede afirmar que la regulación y expresión legal de los principios en cuanto a protección de menores sigue una línea firme y ciertamente homogénea.

Como norma suprema del ordenamiento, figura la Constitución de 1978. Ésta, en su ya mencionado art. 39.2, con eficacia de principio rector (no directamente aplicable por lo tanto) expresa la protección integral de los hijos. De este precepto, parece deducirse que el interés superior del menor es inspirador de todas las actuaciones tanto ejecutivas como legislativas que en torno a él se lleven a cabo, si bien el término protección integral puede crear cierta confusión. De modo especial se atribuye esta protección a

los padres, por lo que se observa cómo se prima su desarrollo en el ámbito familiar.

Las primeras consecuencias de este mandato constitucional se reflejan en el articulado del Código Civil a través de sucesivas reformas, ya mencionadas entre las que destaca la Ley 21 / 87 de Modificación del Código Civil y que supone una desjudicialización de la protección de menores para dar a ésta un carácter puramente asistencial-administrativo. Ciertamente era ésta una materia prolija que solía colapsar a los órganos judiciales. El motor de esta actividad administrativa son los Servicios Sociales de la Administración. Asimismo, introduce la noción de desamparo, concepto fundamental más amplio que el de abandono y que seguirá presente hasta la actualidad.

Sin duda, el instrumento normativo central en cuanto al contenido de estos principios es la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 1989.

Lógicamente sus principios se remiten a los Estados Parte, no a particulares. Destaca que sobre la base de la no discriminación a los menores por sus creencias, raza o credo, así como por la de sus padres, se exige que, atendiendo al interés superior del niño, se asegure el bienestar de los menores.

La Convención localiza ese bienestar en su propia familia. Por ello las medidas administrativas y legislativas que se adopten deberán dar efectividad a los Derechos reconocidos en la Convención y apoyar a los familiares.

Esta última parece encuadrarse dentro de las afirmaciones o Derechos Propaganda (y más cuando se refiere a Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Como tales, son repetidos en la legislación interna, pero su efectividad depende en gran medida de los medios humanos y económicos que se destinen a su cumplimiento. A este respecto, la Convención exige que la asignación de recursos sea la máxima posible.

Asimismo, la Ley Aragonesa de 14-12-1989 se hace eco de

estas exigencias y enuncia su interés por conseguir una protección integral, basada en la prevención y posterior corrección de las situaciones de desamparo. La acción protectora no debe cohibir el desarrollo de la personalidad del menor por lo que el internamiento permanente no es aconsejable. Destaca que resalte la importancia de las entidades privadas, augurando con acierto el papel primordial que realizan hoy día.

La Ley 1/96 de Protección Jurídica del Menor supone un paso cualitativo importante. No sólo trata la protección integral del menor, al cual trata de dotar de autonomía como sujeto, sino que realiza una prolija enumeración y asignación de derechos.

Entre ellos aparecen nuevas afirmaciones, excesivamente indeterminadas, como «integración social», «sensibilizar a la población» y «promoción de la solidaridad social». Sí resulta más acertado su afán por investigar y calificar la situación de desamparo y por dotar de agilidad al procedimiento administrativo en esta materia.

El punto de llegada en Aragón lo constituye la ley de 2001:

Siguiendo el orden de la ley, se exige la adecuación de las actuaciones de los poderes públicos a dicha ley, algo reiterativo puesto que es una exigencia constitucional, a la vez que solicita la elaboración de políticas integrales, que en Aragón bien pueden plasmarse en un futuro Plan Integral¹⁰.

10. Planes integrales de atención a la infancia y a la adolescencia

Regula nuestra LIAA, en su Título VI, este Plan Integral entendido como «instrumento básico para la planificación, ordenación y coordinación de los recursos, objetivos y actuaciones en materia de infancia» establecido además como vinculante.

De tal redacción y número de artículos dedicados, concluimos la importancia concedida por la Ley aragonesa a esta figura, como vehículo que articule la protección integral al menor consagrada en la misma. Sin embargo, de los precedentes registrados en relación a los Planes Integrales se infiere la decisiva importancia de la práctica administrativa en lo que atañe a su eficacia y operatividad.

Así, nos encontramos como referencia el Plan Integral del Menor 1994, que ha

Manteniendo la línea apuntada la Ley se adhiere a la idea de prevención y remoción de obstáculos, siempre con el ya mencionado «**interés superior del menor**» presente a la hora de resolver conflictos. Seguramente por ese interés del menor, la solución pasa por tratar de resolver las controversias en un ambiente familiar.

Y es que la familia es la gran protagonista de la ley: Como medio de solución se trata de evitar la sustracción del menor de dicho ambiente (algo vedado para situaciones de cierta gravedad). Asimismo uno de los principios es el **apoyo a la familia** para que pueda cumplir sus obligaciones (empleo, bolsa de alquileres, etc). Como contrapartida se proclama la lucha contra los abusos o la negligencia en el desempeño de las obligaciones familiares y sociales.

La dicción de la ley arroja dos principios más:

estado vigente desde entonces, con una vocación de permanencia que sería deseable para aquel que lo sustituya.

El proceso de elaboración del nuevo Plan Integral se recoge en el art. 89 LIAA, corresponde al Gobierno de Aragón no su redacción y aprobación, y tendrá en cuenta las propuestas y consideraciones formuladas por instituciones y entidades relacionadas con la infancia. Habrá de ser, por tanto, un documento muy consensuado, no contingente ni temporal, que requiere ser acompañado de las correspondientes dotaciones presupuestarias. Con ello se busca una globalidad en las actuaciones y un tratamiento integral de las situaciones sociales, para la consecución de los objetivos y la garantía de igualdad en el acceso a los servicios sociales.

Este instrumento general se complementará con Programas Sectoriales, para atender necesidades de grupos con especiales dificultades.

Observamos cómo se está elaborando por partes, existiendo actualmente unos Documentos de Base, que versan sobre: Gestión directa, Colaboración con ONG's, Colaboración con Servicios de Atención Primaria y Seguridad Social, y Análisis de los casos en Instituciones Técnicas.

Habremos de atender a este proceso de elaboración, ya que de él pueden derivarse: bien una mera presentación de ONG's y Servicios Sociales, bien una verdadera coordinación de recursos, atribuyendo competencias, y con apoyo claro en el texto del futuro Reglamento. Este último resultado, fruto de la colaboración de los implicados, guardaría mayor conexión con el espíritu de la LIAA, ya apuntado.

— **Eliminación de discriminación a menores:** siguiendo la línea iniciada por la Convención de la ONU.

— **Fomento de la tolerancia, solidaridad, paz y respeto a la naturaleza.** Éste es un verdadero ejemplo de la declaración programática y que, además, copia el Preámbulo de la Convención de la ONU.

4. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA LEY 12/2001

La redacción y espíritu de este artículo en relación con la sistemática de nuestra reciente Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (LIAA), responde a la evolución que, en defensa del menor, ha experimentado la legislación internacional a través de sus textos, y que ha recogido nuestro ordenamiento jurídico ya desde la norma constitucional patria.

Es por ello que, a partir y a través de este precepto, hemos de interpretar cada concepto, cada derecho o cada obligación recogida en la LIAA conforme al interés superior del menor, que es el fin principal pretendido, y de acuerdo a aquellos textos internacionales que en esta materia haya ratificado el Estado español.

Artículo 4: *Interpretación de la Ley.*

La interpretación de la presente Ley, así como la de sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a la infancia y la adolescencia debe realizarse teniendo en cuenta el interés superior del menor y de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Estado español y, especialmente de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

A) Interpretación del Reglamento

Siguiendo la expresión literal del precepto transcrito, el Reglamento de desarrollo de la Ley aragonesa 1989, en vigor hasta la aprobación de nuevo Reglamento¹¹, habrá de interpretarse de acuerdo a los criterios apuntados, tratando de mantener vigente lo que sea susceptible de validez de acuerdo a la nueva Ley. Por tanto, se atenderá siempre al interés del menor, favoreciendo sus derechos y restringiendo las limitaciones.

B) El interés superior del menor

Del modo ya apuntado, el presente art. 4 LIAA se configura como un punto de llegada, resultado de un cambio en el tratamiento de la posición jurídica del menor a lo largo de este siglo, unido a fenómenos políticos y sociales. Sólo así se puede entender la actual concepción del interés superior del menor, su carácter indubitado y su aplicación en las más diversas ramas y manifestaciones del Derecho: la defensa del menor desborda el Derecho Civil, que fue su punto de partida en el ámbito familiar, regulándose también en lo laboral, lo administrativo o lo procesal.

De tal forma que nuestra LIAA introduce este concepto como criterio interpretativo, tanto de modo general (como es el presente artículo, que ilumina toda la Ley), como particular, esto es, en artículos concretos, que encuentran su adecuado estudio a lo largo de esta obra. A ello nos remitimos.

Este principio, que comento a la luz de la LIAA en cuanto criterio interpretativo, ha sido elevado por gran parte de la doc-

11. Según fuentes consultadas (IASS), los servicios jurídicos de dicho organismo autónomo se encuentran redactando el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley 12/2001, tal y como se exige en su Disposición Final 3.ª: «El Gobierno de Aragón, en el plazo de un año, deberá desarrollar reglamentariamente lo previsto en esta ley para hacer posible su completa aplicación». Parece que las previsiones temporales que marcaba la ley no serán cumplidas.

trina a Principio General del Derecho, constituyendo, por tanto, fuente normativa de último grado, supletoria en caso de no haber Ley. Sin embargo, en este estudio nos ceñiremos a esta figura como criterio interpretativo de la propia Ley.

Tendrá la impresión el lector de que aludo reiteradamente al interés superior del menor, sin expresar su contenido, sin afrontar lo que nuestra dogmática jurídica denomina concepto. Ello responde a la dificultad que plantea su concreción, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general a delimitar en cada caso concreto, «de acuerdo a los intereses en juego y las especificidades del menor en cuestión»¹².

Debido a este razonamiento, introduciremos el concepto en otro apartado, configurándose como el resultado de la unión entre los precedentes que justifican la LIAA y el espíritu de la propia Ley.

a) Antecedentes

Constituyen antecedentes de este concepto, tanto aquellos textos que están en el origen de la evolución apuntada, como aquellos otros más recientes, que aún se encuentran en vigor. Sin embargo, comentaremos en este apartado únicamente los más remotos, ubicando los vigentes en el apartado **legislación**, debido a que son actualmente aplicables.

Así, asoma por vez primera el interés superior del menor dentro del más genérico Derecho de Familia, aunque aún con grandes limitaciones. Nuevos conceptos como el *favor legitimatis* en la determinación de la filiación y el *favor filii* dentro de la patria potestad¹³ chocan con el interés de la familia, que responde a una concepción autoritaria de la misma. Se observa siempre al menor como sujeto susceptible de protección.

12. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «El interés del menor», Ed. Dykinson, 2001, p. 24.

13. Conceptos apuntados por Rivero Hernández.

Posteriormente se incorpora este concepto a diferentes disposiciones internacionales de este siglo, de una forma más flexible. Se trata de textos tales como la Declaración de los Derechos del niño de 1924 y 1959 (en ésta última el interés superior del menor se concibe como una suprema consideración), la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948, el Pacto internacional de Derechos Humanos, la Declaración de la ONU sobre la adopción de 1986, o la Convención europea para los Derechos del niño de 1996.

b) Legislación

aa) Legislación internacional

Este apartado ha de centrarse necesariamente en el estudio de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño de 1989, que supone una nueva concepción o filosofía en torno al menor, siendo precisamente el interés del menor su principio guía.

Tal principio se recoge de modo genérico en el art. 3 de la Convención, que lo denomina «interés superior del niño como consideración primordial», «a primary consideration» en su redacción original. Se configura como un principio normativo básico a la hora de tomar medidas administrativas o judiciales que afecten o conciernan al menor. La terminología se reitera en el art. 21 de la Convención, mientras que en el art. 18 se habla de «preocupación fundamental».

Sea cual fuere el término empleado, encontramos referencias concretas al interés del menor en toda la Convención: como criterio delimitador en caso de separación necesaria (art. 9), como preocupación fundamental de los padres en la crianza de los hijos (art. 18), como criterio de determinación de la conveniencia del medio familiar (art. 20), como criterio inspirador de la adopción (art. 21), como criterio de separación del niño respecto de los padres (art. 37 c), o finalmente como principio que asegure la presencia

de asesor jurídico en todos los procesos penales en que actúen menores (art. 40.2 a iii).

bb) *Legislación interna*

aaa) Constitución española

Incluso con anterioridad a la aprobación de la Conv. Men. 89, ya nuestra norma suprema introdujo en el ordenamiento interno una nueva filosofía en torno al menor, a través de diversos artículos.

El art. 39.2 C.E., que se configura como principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, consagra la protección integral del menor, con asistencia de todo orden por los padres. Junto al precepto clave que supone tal protección integral, el constituyente regula en el art. 39.4 C.E. la protección del menor de acuerdo a lo establecido en los tratados internacionales que le sean de aplicación. Se configura, por tanto, un criterio interpretativo del interés superior del menor, recogido claramente en nuestra LIAA.

Por último, el art. 10.1 C.E. protege la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de modo genérico, pero aplicable especialmente al menor, al ser el sujeto más necesitado de tal protección.

bbb) Código Civil

Difícil tarea supondría encontrar un atisbo del interés superior del menor en la redacción original del Código (1889)¹⁴. Sin embargo, diversas leyes de reforma del C.c. han ido introduciendo este principio, por lo que podemos hallarlo en varios artículos. El art. 154 regula el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los hijos; el art. 170.2 establece la recuperación de la patria potes-

14. Ver artículo 178 sobre tutela en la redacción originaria del Código Civil: La tutela debía ser aprobada por el juez si «lo creía conveniente».

tad en beneficio e interés del hijo; el 172.4 busca en la guarda el interés del menor; el art. 176.1 somete la adopción al interés del adoptando; el 216 asegura la tutela en beneficio del tutelado.

A su vez, podemos objetivar la «justa causa» aludida en los arts. 48, 84, 160 y 320.3 C.c. en el interés superior del menor. Estos preceptos pueden unirse al art. 29 C.c., que conserva su redacción original, considerando al *nasciturus* como nacido para todos los efectos que le sean favorables. Late, por tanto, el interés superior del menor (el *nasciturus* en este caso) a efectos del nacimiento.

Del análisis de estos artículos, es forzoso concluir que, aunque no haya un principio general que lo consagre, los preceptos del C.c. relativos al menor habrán de interpretarse conforme al interés superior del menor, del cual encontramos numerosas manifestaciones concretas. De hecho, nuestro TS ha declarado el interés superior del menor como principal criterio de interpretación del C.c., a partir de la C.E. y los Convenios internacionales referentes en la materia.

ccc) Ley Orgánica 1/1996

Supone ésta la primera Ley interna en recoger la nueva filosofía en torno al menor iniciada por la Conv. men.1989 y en erigir el interés superior del menor como principio de nuestro ordenamiento.

Comienza haciendo referencia a tal principio en su Exposición de Motivos, consagrándolo de modo general en el art. 2, aunque no como criterio interpretativo, sino como prevalencia. Y se puede observar en particular en relación con la intimidad del menor (art. 4.3), con su derecho a ser oído (art. 9.2), o con la actuación de la Administración (art. 11.2 a).

ddd) Ley aragonesa 1989

Ya en esta Ley apareció el principio objeto del presente comen-

tario, pero como mera prevalencia del interés del menor, no como criterio interpretativo. Así lo recoge el art. 2 í, como principio básico de la Ley. Ello se debe a que late una perspectiva completamente distinta respecto a nuestra actual Ley: La Ley 1989 se dirige a la protección del menor quien, por tanto, no se configura como sujeto activo con creciente autonomía, lo cual es determinante en la interpretación que del concepto se haga.

c) Concepto

Como ya apuntamos *supra*, sólo se puede concretar lo que significa interés superior del menor en casos concretos. Para ello, y siguiendo la doctrina sentada al respecto por el profesor Rivero, ha de «determinarse el significado del concepto y atender a las circunstancias concretas»¹⁵. El significado del concepto comprenderá tanto los bienes materiales (patrimoniales) como los espirituales o ideales (subjetivos) que desea el menor. Ese deseo y necesidad variará, a su vez, dependiendo de la edad del menor.

Lo cual lleva a reflexionar qué se entiende por menor: tanto en la LIAA como en diversos textos inspiradores de la misma (12 C.E., 315 C.c., 1 LO 1996, y Convención ONU) es el menor de 18 años. Al respecto interesa destacar la distinción que realiza la LIAA entre niños y jóvenes.

Indicios de lo que hayamos de entender por interés superior del menor los encontramos en diversos preceptos de la legislación vigente, que regulan su contenido en casos concretos. De modo expreso lo encontramos como integración en la vida de familia del tutor (art. 234 C.c.) y como inserción en la propia familia (art. 172.4 C.c.). En cambio, ha de deducirse en relación con la determinación de la filiación cuando es incestuosa (art. 125 C.c.)

15. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «El interés del menor», Ed. Dykinson, 2000, p. 52.

y en relación con los actos patrimoniales del guardador de hecho (art. 304 C.c.)¹⁶,

d) Obligaciones que conlleva para las Administraciones

Las Administraciones Públicas aragonesas, a la luz del interés superior del menor consagrado en la LIAA, han de proceder a una protección integral del menor, a través de: medidas de prevención, directamente o mediante Convenios con Instituciones públicas o Asociaciones privadas, subvenciones a las mismas; la integración social del menor; la colaboración con la familia; la guarda del menor por la propia Administración cuando convenga a su interés (siempre con carácter subsidiario, fomentando el carácter principal de la familia); el respeto del elenco de derechos del menor.

C) Convención ONU 1989

La LIAA configura este criterio interpretativo como complemento del anterior. Se debe a la importancia que tienen los textos internacionales ratificados por España y, en concreto la Conv. Men. 89, no sólo por haber declarado el interés superior del menor, sino también por el global cambio de filosofía que produjo.

Puesto que la Ley aragonesa remite a estos textos en cuanto criterio interpretativo, se han de diferenciar de la aplicación directa que de los mismos se puede predicar. Veámoslo.

Los Tratados internacionales, de un lado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico una vez han sido ratificados por España y publicados en el B.O.E., de acuerdo a los arts. 96 C.E. y 1.5 C.c. Así, serán directamente aplicables desde su entera publicación en el B.O.E. De otro lado, son criterio de interpretación de las disposiciones constitucionales, tal y como establece el art. 10.2 C.E. de modo general y el 39.4 C.E. en materia de menores.

16. Según interpretación de Rivero Hernández.

Pues bien, tanto el art. 3 LOPJM como el art. 4 LIAA se refieren a su eficacia en cuanto criterio interpretativo, reiterando la regulación constitucional. Se configura como una eficacia mediata o de segundo grado de los Tratados internacionales, que inspiran la regulación interna de los Estados en esta materia.

Ante ello el lector se preguntará, ¿Qué supone esta interpretación conforme a los textos internacionales? Atendiendo fundamentalmente a la Conv. Men. 89, ya se apuntó cómo introduce una nueva concepción en torno al menor, que pasa de ser un sujeto meramente protegido y tutelado, a ser un sujeto activo, con autonomía creciente, que se interrelaciona y satisface sus necesidades, educado en el espíritu de ideales de la ONU. La familia se concibe de otro modo, ya no autoritaria, ya no meramente privada, sino inmersa en la colaboración entre lo público y lo privado para el pleno desarrollo de la personalidad.

Esta concepción ya se introdujo en la LOPJM, que concibe a los menores como sujetos activos participativos, promoviendo su gradual autonomía, la capacidad para ejercer sus derechos. Para ello elabora todo un sistema cohesionado y ordenado de atención a la infancia.

Sin embargo, esta Convención presenta un deficiente sistema de ejecución y garantía, pues sólo prevé la elaboración periódica de informes acerca de su aplicación por parte de aquellos países que la hayan ratificado. El profesor Faya¹⁷ sugiere algunos mecanismos alternativos que conllevarían una mayor eficacia del Tratado, como el sometimiento por sus miembros al Tribunal Internacional de Justicia, la queja, o diversos mecanismos de investigación. Ello conllevaría una garantía reforzada del Convenio. Hemos de recordar que la importancia del Convenio, con todas las características señaladas, dependerá del grado de aplicación que registre, pues, en caso contrario, no supondría más que «una hoja de papel»

17. FAYA BARRIS, Antonio Luis. «La protección internacional del menor», pp. 260-261.

(en terminología lasalleana) y no toda una nueva filosofía, como se ha defendido.

5 EFICACIA DEROGATORIA

La propia LIAA regula, en su Cláusula Derogatoria Única, aquello que ha de continuar en vigor y lo que no, ya sea de modo expreso o tácito.

Así, de modo expreso deroga la Ley aragonesa de 1989, a la cual sustituye, pues responde cada una a filosofías bien distintas.

De modo tácito deroga todo aquello que se oponga a lo establecido en ella como, por ejemplo, el Reglamento de desarrollo de la Ley 1989 de modo parcial: es decir, se mantendrá vigente todo lo que sea susceptible de validez conforme a la nueva Ley. Ha de acudirse, por tanto, a los criterios interpretativos del art. 4 (véase comentario *supra*).

Veamos la redacción literal establecida por el legislador de tales derogaciones:

Única: *Cláusula derogatoria.*

Queda derogada la Ley 10/1989, de 14 de diciembre de Protección de Menores, de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como cualquier otra disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en la presente Ley.

A) Análisis Ley 10/1989

La derogada Ley aragonesa de 1989 supuso un primer intento de regulación de la situación jurídica del menor, a la luz de la C.E., dirigido a la protección del menor, pero caracterizado por la escasez de medios y de ambición, lo cual se puede observar en el escaso articulado. Se ocupa, así, de la protección del menor frente al «Derecho de la Minoridad» (según expresión de Jimé-

nez-Aybar¹⁸) con autonomía legislativa propia que supone la regulación de la LIAA.

Empero, introduce ya principios que serán recogidos por nuestra actual Ley, tales como la prevalencia del interés del menor o el derecho a la educación, servicios sanitarios y sociales. Y estableció un plazo de 6 meses para su desarrollo reglamentario, que no se produjo hasta su aprobación por Decreto 79/1995, es decir, 6 años después.

Hemos de tomar este dato como referencia para el Reglamento de la LIAA, que debería ser más respetuoso con la previsión legislativa, de acuerdo al nuevo espíritu consagrado en la actual Ley, por igual protectora y promotoradora de los derechos de los menores.

18. JIMÉNEZ AYBAR, Iván: «Perspectivas en materia de protección de menores de Aragón tras la reforma del Código Civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)», artículo publicado en RDCA-2000-VI-n.º 1, p. 131.

II. ÓRGANOS COMPETENTES

Santiago Pérez Beltrán
David Tejería Cubillos
Juan Vacas Larraz

1. ÁMBITO ADMINISTRATIVO¹⁹

A) Estructura orgánica en materia de protección de menores²⁰

Como ya se vio *supra*, la competencia en materia de protección de menores es ostentada por las Comunidades Autónomas, más ello no es óbice para que el resto de las administraciones públicas españolas realicen alguna clase de función sobre dicha competencia. Así, de manera sintética podría decirse lo siguiente:

La ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA es la que juega el papel más importante al respecto. En lo más alto de la jerarquía administrativa y dentro de la DGA se situaría la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar social. Mas dicho departamento ha optado por una descentralización funcional lo que equivale a la creación de una serie de organismos públicos, organismos autónomos concretamente, a los que una vez constituidos se delegan parte o todas las materias titularidad de esa consejería. Para el caso de Sanidad, Consumo y Bienestar social la delegación de

19. Presenta esta materia una peculiaridad bastante notable, y es el continuo proceso de reorganización a la que se somete a estos órganos. Según fuentes consultadas (IASS), en el momento presenta se está produciendo una reestructuración de los órganos administrativos en materia de menores. De esta manera los diferentes órganos analizados pueden ser objeto de modificación o sustitución en los próximos meses.

20. Fuentes: Consultas realizadas en el IA55 y demás órganos administrativos competentes.

materias en organismos autónomos ha sido parcial, de esta manera nos encontramos con una serie de Secciones Provinciales, así como Direcciones Generales (tanto de consumo como de planificación). Pero sin duda, lo que aquí nos interesa es la creación de organismos autónomos, y concretamente el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), así como el Servicio Aragonés de Salud.

Centrándonos en el IASS²¹, destaca su estructura organizativa, extremadamente compleja, si bien muy amplia, con la finalidad de llegar al máximo número de puntos de toda la región. Hay que reseñar que de entre todas las funciones delegadas al IASS, la que con objeto de este trabajo interesa es la relativa a menores.

Habría que hacer un análisis de sus órganos en dos ámbitos diferentes: el territorial y el funcional. Desde el punto de vista territorial destaca la existencia de tres Direcciones Provinciales, que solo en Zaragoza se complementan con una Subdirección Provincial de Menores, órgano exclusivamente dedicado al tema de menores. Por otra parte, hay que hablar también de órganos de ámbito funcional, que serían los Jefes de Servicios de Centros y los Jefes de Servicios de Prestaciones, que se encargan de funciones, tanto unos como otros, eminentemente organizativas.

El IASS tiene como funciones principales la adopción de acuerdos de colaboración con entidades privadas en materia de menores (entre otras), así como la subvención de sus actividades; y por otra parte realiza una labor de financiación y colaboración con la administración municipal, cuya incidencia en materia de menores se caracteriza por lo siguiente.

La ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL tiene también un papel muy interesante en materia de menores y protección. Se regula fundamentalmente en el art. 84 LIAA, donde se establecen como

21. Organismo autónomo dependiente del Departamento de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en el cual se encuentra delegada la materia de menores y protección social, entre otras.

funciones la «prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como de colaboración con la Administración autonómica».

Dicha colaboración se objetiva a través de Convenios entre la Comunidad Autónoma (a través del IASS) y las Corporaciones locales, aludidos en la Disposición Adicional Primera. Estos Convenios abarcan materias como financiación, pautas o bases de actuación, aunque sin contener disposiciones de autoridad directa.

Dentro de las Corporaciones locales, atendemos fundamentalmente a los Servicios Sociales de Base²² (SSB) en los municipios rurales y su equivalente en los grandes municipios, los Centros Municipales de Servicios Sociales.

El IASS da pautas comunes para decidir, en aplicación al caso concreto, cuándo los asuntos van al SSB o a la Dirección Provincial del IASS, atendiendo a la vulnerabilidad familiar, la posibilidad de reforma o la posibilidad o predisposición a aceptar ayuda. De acuerdo a ello los SSB conocen de aquellos asuntos en los que hay negligencia leve para con el menor. Sin duda, entrar en cuestiones más detalladas al respecto nos alejaría del objeto principal de nuestro trabajo.

Casi para acabar y de modo anecdótico habría que comentar la mínima intervención que la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO realiza en materia de menores, pese a ser competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, como ya vimos anteriormente. Dicha intervención se realiza por medio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y consiste en la financiación de actividades de protección de menores de otras administraciones o de entidades privadas, y en ostentar la competencia exclusiva en materia de adopción internacional.

22. Tienen una estructura homogénea a lo largo de todo el territorio nacional ya que deben cubrir un servicio mínimo. Su labor es desarrollada fundamentalmente en municipios rurales donde no es tan sencillo que lleguen los planes que se prevén por municipios más grandes o administraciones distinta a la municipal.

Por último, aunque no por ello menos importante, destaca la labor del Justicia De Aragón, que ha consistido en la elaboración de informes en materia de menores que serán analizados más detalladamente en la tercera parte del trabajo, si bien destaca mencionar el contenido de dichos informes: uno sobre consumo abusivo de alcohol en jóvenes y otro sobre violencia juvenil. Asimismo destaca su labor como órgano defensor de los intereses de los ciudadanos aragoneses, entre ellos los menores.

B) Registros

Regulados en Reglamento, se centralizan en dos registros según las siguientes materias:

- Menores: Recoge nominalmente a:
 - Menores sujetos a medidas de protección cualquiera que sea.
 - Adoptantes, acogedores y los que lo soliciten.

En este registro prima el refuerzo al Derecho a la Intimidad y el Derecho de Acceso del Fiscal, que siempre es protector de los menores

— Asociaciones y Fundaciones: Dependiente de la DGA. Supone una sección dentro del Registro de Asociaciones y recoge las asociaciones de interés social.

La inscripción es uno de los requisitos para acceder a subvenciones.

C) Subvenciones

Se engloban éstas dentro de la actividad de fomento de la Administración. Consigue con ello aumentar el compromiso de las instituciones privadas en el panorama de protección al menor así como dar margen a la iniciativa privada.

Dichas subvenciones en ningún caso pueden superar el límite

de la partida presupuestaria habilitada a tal efecto. Se distinguen las específicas y las inespecíficas:

— Las específicas tienen unas bases expresadas en la convocatoria que recogen los criterios que rigen la concesión. Las bases especifican las entidades que pueden concurrir, actividades que se subvencionan y las incompatibilidades entre otras.

Hay que comentar que existían unos criterios generales recogidos en un Decreto de 1987. Sin embargo, dicha normativa fue derogada en el año 2000, con lo que el panorama actual consiste en que las subvenciones se convocan siguiendo los acuerdos de una comisión con representantes de los distintos partidos.

— Las inespecíficas se encuentran reguladas también por Decreto y sirven como categoría residual que recoge aquellas subvenciones que no pueden ser encuadradas dentro de materias concretas.

En la actualidad cobra especial importancia el hecho de justificar el destino dado al importe de la subvención como requisito para poder concurrir a otras posteriores.

D) Sanciones

La materia sancionadora es un sector bastante complejo dentro del Derecho Administrativo puesto que concurren tres regulaciones:

- La Estatal, ley de Procedimiento Administrativo Común y el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador.
- Decreto 2001 de la Comunidad Autónoma aragonesa.
- Regulación Sectorial.

Aplicado a menores hay que hacer notar que mientras la regulación sectorial se decanta por una decidida protección al colectivo de los menores, tanto la regulación estatal y autonómica en

cuanto al procedimiento son eminentemente defensoras de los Derechos del Infractor.

Señalar que la regulación de la Comunidad Autónoma aparece en una clara simbiosis con la estatal. No puede traspasar sus límites y, en gran medida, copia sus artículos por lo que simplemente recoge las cuestiones procedimentales que, en su conjunto, más pueden afectar a esta materia de menores:

a) Por un lado rigen en un punto elevado los principios rectores del procedimiento sancionador eminentemente garantistas de los derechos del infractor: Principio de Legalidad, irretroactividad, tipicidad, presunción de inocencia, responsabilidad y proporcionalidad.

b) La regulación aragonesa hace hincapié en la distinción órgano instructor y sancionador, así como en la determinación objetiva de estos por ley sectorial.

Básicamente coinciden en lo que a formas de iniciación del procedimiento, fases del mismo y posibilidad de alegar y probar. La legislación aragonesa, a diferencia de la estatal, exige un contenido concreto y mínimo a la propuesta de resolución.

En materia de menores, parecen relevantes las menciones a:

— La concurrencia del procedimiento administrativo-penal: Si hay en curso uno penal se suspende el administrativo o cuando el funcionario detecte indicios de delito lo llevará a la Jurisdicción Penal (malos tratos, abusos, etc).

— Existencia de actuaciones previas; antes de iniciar el procedimiento se indaga sobre los hechos. Los Servicios Sociales pueden ser de gran utilidad al órgano instructor.

— También las medidas provisionales; para evitar aumentar o mantener el perjuicio al menor se adoptarán las medidas oportunas. El problema es que, art. 4.4 del Decreto aragonés, han de estar expresamente previstas.

Es la **regulación sectorial** la que debe dar respuesta a estos interrogantes:

— Constituyen infracción las acciones u omisiones dolosas y culposas.

— Las leves (que pueden ser objeto de procedimiento abreviado) aluden a actos que no causan perjuicio directo a los menores. Son incumplimiento de normas de funcionamiento.

— Las graves por el contrario son para casos de perjuicio directo al menor. Es un catálogo muy casuista y que parece no cumplir su objetivo de exhaustividad, pues no recoge la vulneración de todos los derechos de la ley.

Quizá se haría necesaria una infracción más que, a modo de cláusula residual aludiera a cualquier vulneración de los Derechos de tal título o capítulo. A estos efectos no sirve el artículo 103 de la ley 12/2001, puesto que es excesivamente indeterminado.

— Las muy graves aluden a las que causan daño irreparable y el dolo es muy intenso en ellas.

Comentar que parece poco consecuente con la realidad el plazo de prescripción de las infracciones. El menor puede tardar en denunciar ciertas conductas, que no son objeto de otro procedimiento (por ejemplo penal) y la conducta quedar sin sanción. El plazo de 1, 3 y 5 años parece escaso y bien podría solucionarse poniendo como *dies a quo* la mayoría de edad del menor.

Por último, decir que, legalmente no hay fundamento para aplicar medidas provisionales, ya que la ley no las recoge. Habrá que esperar al reglamento para que las concrete y tengan virtualidad.

2 PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ÁMBITO DE INSTITUCIONES PRIVADAS

Incide también la LIAA, en su Título VII, en una completa regulación de aquellas instituciones que colaboren con la Administración autonómica en iniciativas de carácter social relacionadas con la infancia.

Se entiende por instituciones colaboradoras, en el art. 92, aquellas asociaciones, fundaciones u otras entidades privadas encargadas de la atención integral a los menores, que no tengan ánimo de lucro y sean habilitadas por el IASS, de acuerdo a los requisitos establecidos en el art. 93 LIAA, y su ulterior desarrollo en Reglamento. La habilitación se inscribirá en el Registro de Instituciones colaboradoras creado al efecto.

Nos encontramos con una serie de entidades privadas ya existentes en Aragón, con gran presencia en el ámbito de la infancia, que se configuran como objeto de esta regulación legal.

Destaca, entre ellas, MOLIMO, «asociación aragonesa para la promoción y defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia». Entre sus objetivos destacan desarrollar una cultura social y educativa basada en los derechos de la infancia y la adolescencia, detectar y analizar situaciones que menoscaban tales derechos, demandar políticas globales en relación con la prevención y tratamiento, o informar y asegurar a colectivos y asociaciones que trabajan con la infancia en Aragón. Esta asociación, cuyo fin es el interés del menor, cuenta con un Convenio de Colaboración con el IASS, de 2001.

De igual modo, es de destacar, en la misma línea de Molimo, la Coordinadora Ciudadana de Infancia (CCI), creada en 1993, con un talante integrador ante la dispersión existente en materia de menores. Consagra como finalidad «aunar esfuerzos en la lucha por conseguir un desarrollo coherente y armónico de las políticas de infancia».

Sus principales objetivos son: sensibilizar respecto a las carencias y necesidades de los menores, a través de la denuncia de las mismas, favoreciendo recursos de manera coordinada y fomentando la participación ciudadana. Tal Coordinadora se encuentra integrada por diversas asociaciones juveniles, fundaciones cristianas en sus Programas de infancia, etc..

Además, resaltamos el Servicio de Asistencia Jurídica al Menor (SAME), creado por un Convenio de Colaboración de 1999 suscrito entre el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza en virtud de las atribuciones de éste por Ley 4/1987 de Ordenación acción social. Se gestiona desde el Instituto de la Mujer, con cesión de locales por parte del mismo, y aporta información sobre los derechos y deberes de los niños y adolescentes, así como sobre las vías jurídicas para su protección.

El IASS firma habitualmente Convenios con ellos.

III. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES ARAGONESES

1. DERECHO A SER BIEN TRATADO Y A SU IDENTIFICACIÓN

Sara Marañón Falcón

A) DERECHO A SER BIEN TRATADO (ART. 9)

Este derecho de formulación genérica engloba todos los supuestos de maltrato que puede sufrir un menor, por lo que las situaciones en él contenidas deben entenderse como mera enumeración, es decir, nos encontramos ante un supuesto de *numerus apertus*.

Artículo 9: Derecho a ser bien tratado.

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a ser bien tratados y a ser protegidos frente a cualquier forma de violencia, amenaza, abuso, abandono, negligencia, sustracción, traslado ilícito y secuestro, explotación laboral, económica y sexual y frente a cualquier forma de malos tratos.

2. Las Administraciones Públicas promoverán la sensibilización ciudadana ante los malos tratos y crearán instrumentos ágiles que permitan a las personas, a las instituciones y a los propios interesados notificar dichas situaciones con confidencialidad, urgencia y el debido respeto a los menores y a terceros.

3. Toda persona que detecte una situación de riesgo o de posibles malos tratos a menores está obligada a ponerlo en conocimiento de la autoridad competente y a prestarles los auxilios inmediatos necesarios.

4. Es obligación de cada Administración asegurar, en el ámbito de su competencia, el ejercicio de los derechos de los menores y vigilar, creando los mecanismos de control necesarios para que no se produzca maltrato institucional.

5. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá y coordinará políticas integrales con las distintas Administraciones competentes en defensa de los derechos de los menores y en garantía del buen trato a la infancia y a la adolescencia.

a) Antecedentes

Hay varias leyes aragonesas anteriores a la LIAA que contemplaron el derecho a ser bien tratado:

- Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social (BOA n.º 36, de 30.3.87).

Art. 13: «La Diputación General de Aragón prestará en cada provincia un servicio de acogida y atención primaria de menores que se encuentren en situación de abandono, semiabandono, malos tratos y, en general, cualesquiera de los previstos en el artículo 1 de la presente Ley.»

Esta ley puede considerarse el primer antecedente del derecho a ser bien tratado de la LIAA, y en concreto del párrafo 1.º del artículo 9, ya que hace una breve enumeración de las situaciones de malos tratos que puede sufrir un menor para, a continuación, establecer un sistema de asistencia a los menores en dichas situaciones.

- Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores en Aragón.

Es el antecedente directo de la LIAA. Esta ley, en sus artículos 5 y 6 dentro del título II «de los derechos de los menores», regula el derecho a ser bien tratado de modo mucho más escueto que en la actual ley, pese a emplear dos artículos y no uno como en la LIAA.

Art. 5: «Los poderes públicos promoverán las medidas jurisdiccionales y administrativas pertinentes para corregir las situaciones de explotación, marginación, abusos y demás transgresiones de los derechos del menor».

Este artículo se corresponde con el apartado 1.º del artículo 9 de la LIAA el cual enumera de forma mucho más amplia los supuestos de malos tratos que puede sufrir un menor. En ambos casos se trata de *numerus apertus*, pero siempre es mejor enumerar el mayor número de supuestos posibles para evitar errores en la interpretación de la voluntad del legislador.

Art. 6: «En el informe anual del Justicia de Aragón a las Cortes se valorará la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores, especialmente en lo que se refiere al respeto en el ejercicio de sus derechos. Para ello el Justicia podrá requerir de la Administración de la Comunidad Autónoma cuantos datos le sean necesarios».

La LIAA, en su apartado 4.º del artículo 9, que es el paralelo a este artículo 5, no hace ningún tipo de referencia al Justicia de Aragón ya que no habla de «valoración de la actuación de la Administración», sino que establece, como obligación de cada Administración, el respeto a los menores en el ejercicio de sus derechos. Así pues establece una protección más contundente frente al maltrato institucional, es decir, frente al maltrato proveniente de la propia Administración (aunque todo ello sin perjuicio del informe del Justicia).

La Ley 10/1989 no hace ningún tipo de referencia a la actuación ciudadana frente a los malos tratos de los menores (apartados 2.º y 3.º de la LIAA), ni a la coordinación entre las distintas

Administraciones competentes de la Comunidad Autónoma para garantizar el buen trato a los menores (apartado 5.º de la LIAA).

La conclusión de todo esto es que la nueva ley aborda nuevos aspectos no tocados por la Ley 10/1989 y profundiza mucho más en los ya regulados.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución Española

El artículo 39 C.E., en concreto su párrafo segundo, establece la protección integral de los hijos que sirve de base para el desarrollo de las leyes relativas a la infancia y adolescencia y, en concreto, para este artículo 9 de la LIAA, ya que se trata de una protección genérica que luego debe ser desarrollada a través de otras leyes.

bbb) Ley Orgánica 1/96, de protección jurídica del menor

Esta ley estatal es muy escueta en la enumeración de los derechos del menor, por lo que no hace ningún tipo de referencia al derecho a ser bien tratado. Tampoco establece ninguna fórmula de protección en general frente a los malos tratos de los menores.

bb) Legislación internacional

Cabe comenzar señalando la abundancia de legislación internacional que hay respecto a este derecho siendo el texto más importante la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Aparte hay normativa procedente de Naciones Unidas, de la Conferencia de la Haya y del Consejo de Europa que trataremos posteriormente y que se refiere a manifestaciones concretas de malos tratos frente a los que debe ser protegido el menor, los cuales se

hayan contemplados en el párrafo primero del artículo 9 de la LIAA.

aaa) Convención sobre los derechos del niño de 1989

Cabe destacar de ella el gran número de artículos que se dedican a las diversas formas de malos tratos así como a su protección. Estos artículos son:

Art. 11: *«Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero...».*

Art. 19: *«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual...».*

Art. 32: *«Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud...».*

Art. 33: *«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas... para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas».*

Art. 34: *«Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales...».*

Art. 35: *«Los Estados Partes tomarán todas las medidas... para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma».*

«Los Estados parte protegerán al niño contra todas las formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar».

Art. 37: *«Los Estados Partes velarán, porque:*

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes...».

Como puede observarse este derecho del menor a ser bien tratado está ampliamente regulado y protegido en Conv. Men. 89, aunque puede tener el inconveniente de tener su regulación muy dispersa a lo largo del texto.

Un aspecto muy importante es la recuperación y reintegración social del menor una vez que ha sufrido malos tratos, la cuál únicamente es abordada en el Conv. Men. 89 en su artículo 39. Cabe señalar que ni la LIAA (ni ninguno de sus antecedentes), ni la LOPJM se refieren a este aspecto tan relevante.

Art. 39: *«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados».*

bbb) Otra legislación internacional

Esta legislación puede dividirse en tres apartados según su fuente de procedencia:

- Naciones Unidas

— *«Convenio Número 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, de junio de 1973».*

Su objetivo principal es que se vaya elevando progresivamente la edad mínima de admisión al empleo para que sea posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

— *«Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, de 3 de diciembre de 1986».*

Pone de manifiesto que el principal interés a tener en cuenta en todo momento es el interés del niño.

— «*Declaración de Estocolmo contra la explotación sexual infantil con fines comerciales, de 31 de agosto de 1996*».

Se trata de una amplia regulación sobre la explotación sexual del menor que abarca tanto los aspectos de prevención, como los de protección, recuperación y reintegración del menor una vez producido el mal.

• Conferencia de la Haya

— «*Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980*».

Se centra en la restitución del menor una vez que la sustracción se ha producido. No abarca el tema de la prevención.

• Consejo de Europa

— «*Resolución (76)6, sobre recomendaciones a los gobiernos para la prevención de los accidentes que sobrevienen a los niños, de 18 de febrero de 1976*».

Establece un plan modelo de prevención de los accidentes de los niños en el hogar, que abarca aspectos como coordinación, investigación, legislación y normas, educación y formación...

— «*Recomendación (79)3 relativa a la inserción de los jóvenes en el mundo del trabajo, de 7 de febrero de 1979*».

Recomienda a los Estados tomar medidas que faciliten a los jóvenes el acceso al trabajo, elaborar medidas de cara a sensibilizar a los jóvenes en los problemas relativos a la vida profesional.

— «*Recomendación (79)17 sobre protección de los niños contra los malos tratos, de 13 de septiembre de 1979*».

Invita a los Estados a promover la investigación sobre este problema, a mejorar la organización de la protección de la infancia...

— «*Recomendación 92/241/CEE sobre el cuidado de niños y niñas, de 31 de marzo de 1992*».

Recomienda a los Estados que adopten iniciativas destinadas a hacer compatibles las obligaciones profesionales, familiares y educativas, de los hombres y de las mujeres, derivadas del hecho de tener a su cargo niños y niñas.

— «Directiva 94/33/CEE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, de 22 de junio de 1994».

Su objeto es la adopción de medidas necesarias por parte de los Estados Miembros para prohibir el trabajo de los niños.

c) Comentario

Cabe comenzar señalando que este derecho se incluye en el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la salud, a la dignidad, a la libertad... Todos estos derechos son manifestaciones del derecho a ser bien tratado.

La actual regulación de este derecho en la LIAA es muy acertada ya que completa lo regulado en su precedente de la ley 10/1989, dándole una mayor cobertura jurídica. También destaca el hecho de que la ley estatal (LOPJM) no contemple este derecho, ni de forma directa ni indirecta, lo cual resalta el mérito de la LIAA al incluirlo entre su articulado.

Frente a la normativa internacional, la LIAA aparece muy conforme con ella aunque la protección dada por los diversos órganos internacionales es superior. El aspecto más negativo de la LIAA al respecto es el hecho de no hacer alusión (como hace el Conv. Men. 89) a ningún tipo de medidas relativas a la recuperación física y psicológica, así como a la reintegración social de un menor que haya sufrido malos tratos.

Ponderando todos estos hechos se puede llegar a la conclusión de que nuestra ley autonómica es muy avanzada en su formulación respecto a la legislación estatal al incluir derechos, como éste, no contemplados por aquella los cuales, además, están en perfecta concordancia con la legislación internacional.

B) DERECHO A LA IDENTIFICACIÓN (ART. 10)

El momento que marca el comienzo de la personalidad civil²³ es el nacimiento, el cual debe ser acreditado a través de su inscripción en el Registro Civil. Así pues este derecho a la identificación es algo absolutamente imprescindible en todo ser humano ya que la identificación mediante la inscripción en el Registro Civil prueba la existencia de la persona y, en consecuencia, le otorga a ésta un nombre y apellidos, así como una nacionalidad y vecindad.

Artículo 10: Derecho a la identificación.

En los centros de atención sanitaria en los que se produzcan nacimientos se establecerán las garantías necesarias para la inequívoca identificación de los recién nacidos.

a) Antecedentes

La Ley 10/89, de 14 de diciembre, de protección de menores en Aragón no hace ningún tipo de mención a este derecho.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución Española

La Constitución no nombra específicamente un derecho a la identificación pero sí establece claramente en el artículo 11 una consecuencia fundamental de la identificación, la nacionalidad. Así el párrafo segundo de este artículo establece que ningún espa-

23. Sobre este tema ver: ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil I-1.* (14.ª ed.) (Barcelona, 1996), pp. 213 a 226; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho civil vol. I/1.* (2.ª ed.) (Madrid, 1998), pp. 127 a 135; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I-2.* (revisado por Jesús Delgado Echeverría) (Madrid, 1999), pp. 11 a 23.

ñol de origen podrá ser privado de su nacionalidad. A este respecto cabe señalar que el artículo 149.1.2.º establece que la nacionalidad es competencia exclusiva del estado.

Muy relacionado con el derecho a la identificación está el Registro Civil ya que en él se practicará la inscripción de nacimientos. A este respecto hay que decir que éste también es competencia exclusiva del estado por así disponerlo el artículo 149.1.8.º C.E.

bbb) Ley Orgánica 1/96, de protección jurídica del menor

Esta ley tampoco hace ningún tipo de referencia en su articulado a este derecho.

ccc) Ley del Registro Civil y Código Civil

La legislación básica de este derecho es la L.R.C y el C.c los cuales, junto al R.R.C. y la doctrina de la D.G.R.N, dan una regulación del derecho a la identificación dividible en tres apartados: inscripción de nacimientos, nombre y apellidos y nacionalidad y vecindad.

• Inscripción de nacimientos

Se regula en el Título V, sección 1.ª, capítulo I (art. 40 a 46)

Art. 40: «*Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil*».

A efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y que viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (art. 30 C.c). Los fetos que no reúnan estas características del art. 30 se entenderán que son criaturas abortivas (art. 745 C.c) y se inscribirán en el legajo de abortos (art. 45 L.R.C).

Art. 41: «*La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar de nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito*».

Respecto a la filiación matrimonial paterna y materna cabe decir que esta queda determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (art. 115.1 C.c). La prueba de los hechos inscritos se regula en el art. 2 L.R.C.

Cabe destacar la Resolución 24-9-90 D.G.R.N respecto a la fecha de alumbramiento, la cuál no es una simple mención de identidad del nacido susceptible de rectificación por vía de expediente del art. 93.1.º de L.R.C, sino que solo cabe su rectificación por vía judicial ordinaria. Este principio general tiene excepciones como la Resolución 24-3-86 que considera viable el cauce del expediente administrativo cuando en el propio asiento aparece una contradicción insalvable en cuanto a la fecha del alumbramiento (por ejemplo, que esté en contradicción con las fechas de las inscripciones anteriores y posteriores del mismo tomo).

Art. 42: *«La inscripción se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento. Esta declaración se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo los casos en que el Reglamento señale un plazo superior».*

El R.R.C regula las inscripciones de nacimiento en los art. 165 a 170. Cabe destacar la inscripción fuera de plazo del art. 95 L.R.C y de los art. 311 a 316 R.R.C.

Art. 43: *«Están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente:*

- 1.º *El padre*
- 2.º *La madre*
- 3.º *El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.*
- 4.º *El jefe de establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.*
- 5.º *Respecto a los recién nacidos, abandonados, la persona que los haya recogido.»*

El art. 137 R.R.C regula las menciones de identidad, el art. 138 R.R.C las horas y el lugar del hecho y el art. 166 R.R.C la ampliación del plazo de declaración. Sobre inscripción fuera de plazo del nacimiento destaca la Instrucción 7-10-88 D.G.R.N.

Art. 44: *«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, en todo caso el médico, comadrona o ayudante técnico sanitario que asista al nacimiento estará obligado a dar inmediatamente parte escrito del mismo al encargado del Registro. En defecto del padre, el encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro Civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario.»*

El R.R.C en su art. 168 regula la comprobación del hecho y en su art. 315 el parte del alumbramiento. Las funciones del médico del Registro Civil aparecen enumeradas, además de en la L.R.C y el R.R.C, en la Instrucción 19-10-87 D.G.R.N.

Art. 45: *«Las personas obligadas a declarar o a dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos.»*

Respecto a los abortos el R.R.C regula la comprobación de estos en el art. 72, el legajo de abortos en el art. 74 y las declaraciones de abortos en los art. 171 a 174.

Art. 46: *«La adopción, las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Cuantos hechos afectan a la patria potestad, salvo la muerte de los padres, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos.»*

En la inscripción de la adopción cabe señalar la Instrucción 15-2-99 D.G.R.N sobre constancia registral de la adopción («BOE» núm.52, de 2 de marzo) que establece las siguientes reglas:

Primera: «Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces correspondiera, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de estos.»

Segunda: «En la nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (libro número, folio número, página número), la cual será cancelada formalmente.»

Tercera: «De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asunto.»

Cuarta: «La publicidad del asiento anterior cancelado quedará limitada a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil.»

Quinta: «A solicitud de los adoptantes, y respecto de las inscripciones ya practicadas, se procederá conforme a las reglas anteriores.»

La finalidad de esto es evitar que la superposición de filiaciones de lugar a confusiones y a que irregularmente se dé publicidad, a través de una certificación literal, a datos que afectan a la intimidad familiar.

- Nombre y apellidos²⁴

Art. 53: «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos.»

24. Sobre este tema ver: ALBADALEJO, Manuel, Derecho civil I-2.º (14.ª ed.) (Barcelona, 1996), pp. 50 a 60; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho civil I/1.º (2.ª ed.) (Madrid, 1998), pp. 232-233; LACRUZ BERDEJO, José Luis, Elementos de Derecho civil I-2.º (revisado por Jesús Delgado Echeverría) (Madrid, 1999), pp. 108 a 113.

El artículo 109 C.c establece que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

Art. 54: *«En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto ni más de dos simples.»*

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo.

No puede imponerse al nacido el mismo nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiese fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua.

A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquél por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas.»

Este artículo ha sido redactado conforme al artículo 2.º de la *«Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, BOE núm.266, de 6 de noviembre de 1999»*. Esta ley introdujo la posibilidad, si la filiación está determinada por ambas líneas, de que el padre y la madre de común acuerdo puedan decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

Esta nueva redacción dada por la ley 40/1999 tiene su adecuación reglamentaria en el *«Real Decreto 193/2000 de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos»*.

Respecto a la inscripción del nombre del nacido hay una serie de Resoluciones de la D.G.R.N que tratan este tema:

- Se puede hacer constar por nota al margen de la inscripción de nacimiento, como dato de hecho, que son utilizados habitualmente tres nombres (Resolución de 17-5-99).
- Cuando se pretenda consignar un nombre propio inadmisibles el encargado advertirá el defecto a los interesados para que elijan otro nombre. Pasados tres días sin haberlo hecho se practicará la inscripción de nacimiento imponiéndose el nombre de oficio por el encargado (Resolución de 3-3-88).
- Queda prohibida, por el artículo 54 L.R.C y 192 R.R.C, la conversión en nombre propio de apellidos, así como de cualquier nombre que haga confusa la identificación de la persona (Resolución 5-3-93).
- No pueden coincidir totalmente el nombre de hermanos vivos pero si hay alguna diferencia entre uno y otro ya no existe peligro de confusión en la identificación de las personas (Resolución 18-11-93).
- Rige el principio de libertad de los padres para imponer el nombre que estimen conveniente cuyos límites y prohibiciones son los del artículo 54 L.R.C y 192 R.R.C. La justificación de esto es el respeto a la dignidad de la persona del nacido y la necesidad de evitar confusiones en su identidad (Circular 2-7-80).

Art. 55: «La filiación determina los apellidos. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determinar, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos.»

El orden de los apellidos establecidos para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación.

Alcanzada la mayoría de edad, se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos.

El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos.

El encargado del Registro a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y, fonética de la lengua española correspondiente.»

Respecto a todo esto hay doctrina de la D.G.R.N:

- Todo español debe ser designado legalmente con dos apellidos, lo cuál es un principio de orden público que no puede ser excepcionado (Resolución 28-11-83).
- El cambio de apellidos por voluntad del hijo solo puede ejercitarse por este al llegar a su mayoría de edad, y no por sus representantes legales (Resolución 6-2-91).
- Estando determinada la filiación el apellido materno que ha de pasar al hijo es el primero y no el segundo (Resolución 8-2-2000).
- El artículo 195 R.R.C establece que, a petición del propio interesado, se antepondrá la preposición «de» al apellido paterno que fuere usualmente nombre propio. La finalidad de esto es evitar confusiones entre el nombre propio y los apellidos por lo que fuera de este caso dicha pretensión no tendrá apoyo legal (Resolución 10-9-94).

Art. 57: «El Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombres y apellidos, previo expediente instruido en forma reglamentaria.

Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellido:

1.º Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado.

2.º Que el apellido o apellidos que se traten de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario.

3.º Que proceda de la línea correspondiente al apellido que se trata de alterar.

Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.»

Respecto al cambio de nombre de un menor a instancia de uno solo de los cónyuges en separación matrimonial cabe citar la Resolución 8-1-99 D.G.R.N que establece que corresponde al rotular de la patria potestad de un menor promover el cambio de nombre, no pudiendo prosperar el recurso formulado por el padre, dado que de conformidad con el artículo 156 C.c. corresponde el ejercicio de aquella a aquel que mantenga al menor bajo su custodia y convivencia.

Art. 58: *«No será necesario que concorra el primer requisito del artículo anterior para cambiar o modificar un apellido contrario al decoro o que ocasione graves inconvenientes, o para evitar la desaparición de un apellido español.*

Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

En todos estos casos, la oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable.»

Un caso de modificación del apellido por ser contrario al decoro sería, por ejemplo, apellidarse Incógnito ya que antiguamente se utilizaba este tipo de expresiones para señalar que el nacido era hijo de padres desconocidos.

Art. 59: *«El Juez de Primera Instancia puede autorizar previo expediente:*

1.º El cambio del apellido Expósito u otros análogos, indicadores

de origen desconocido, por otro que pertenezca al peticionario o, en su defecto, por un apellido de uso corriente.

2.º *El de nombres y apellidos impuestos con infracción de las normas establecidas.*

3.º *La conservación por el hijo natural o sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad.*

4.º *El cambio del nombre por el impuesto canónicamente, cuando éste fuere el usado habitualmente.*

5.º *La traducción del nombre extranjero o adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos también extranjeros.»*

Respecto a la adopción cabe señalar la Resolución 23-2-99 D.G.R.N que establece que excepcionalmente subsisten los vínculos con la familia anterior (ya que la adopción supone, en principio, la ruptura de dichos vínculos y la creación de una nueva relación de filiación entre adoptante y adoptado), cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, en cuyo caso el hijo conservará en el orden que legalmente le corresponda el apellido precedente de dicho consorte.

Art. 60: *«Para el cambio de nombre y apellidos a que se refiere el artículo anterior se requiere, en todo caso, justa causa y que no haya perjuicio de tercero.»*

Art. 61: *«El cambio gubernativo de apellidos alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan.»*

Rectificados en la inscripción de nacimiento por vía de expediente el nombre propio y el primer apellido del nacido, así como el del padre, se produce la obligada rectificación por nota de los demás asientos fundados en la inscripción rectificada (artículo 310 R.R.C), como serían las de los hijos de aquel (Resolución 11-11-93 D.G.R.N).

• Nacionalidad y vecindad civil²⁵

Esta aparece regulada en el título V, sección 1.ª, capítulo IV L.R.C pero su fundamento radica en el C.c. Respecto a la nacionalidad como consecuencia del derecho a la identificación podemos diferenciar dos supuestos según se trate de si el hijo es adoptado o no:

— Atribución automática de la nacionalidad española de origen.

Art. 17 C.c. «1. Son españoles de origen:

a) Los nacidos de padre o madre españoles

b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

c) Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español

2. La filiación o nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación»

25. Sobre este tema ver ACARIBALEJO, Manuel, Derecho civil I-1.º (14.ª ed.) (Barcelona, 1996), pp. 293 a 325; Díez-Piñazo, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho civil vol. I/1.º (2.ª ed.) (Madrid, 1996), pp. 182 a 185; LACRUZ BARRERO, José Luis, Elementos de Derecho civil I-2.º (revisada por Jesús Delgado Echeverría) (Madrid, 1991), pp. 169 a 203.

Como podemos ver hay preferencia al *ius sanguinis* sobre el *ius soli* el cuál tiene carácter subsidiario y sirve para evitar casos de apatridia.

— Adquisición automática de la nacionalidad española de origen por adopción.

Art. 19 C.c: «1. *El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen.*

2. *Si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción.»*

Aquí interesa el apartado primero de este artículo el cuál trata el tema de la nacionalidad de los menores adoptados por españoles. Cabe señalar que esta adquisición no será retroactiva.

Un supuesto excepcional son los casos de doble o triple nacionalidad (si el hijo nace en el territorio de un estado que adopta como criterio de atribución el *ius soli*). En estos casos el hijo solo perderá la nacionalidad española si reside habitualmente en el extranjero y renuncia expresamente a ella una vez emancipado.

Cabe destacar la Resolución 9-5-90 D.G.R.N que establece que la adquisición de origen de la nacionalidad española no da lugar por la mera declaración de los particulares a inscripciones específicas en el Registro Civil sino que dicha nacionalidad adquirida en el momento del nacimiento es una consecuencia que se derivará de los restantes datos de la inscripción.

Respecto a la vecindad del nacido (la cuál la tienen exclusivamente las personas físicas de nacionalidad española y determina la sujeción al derecho civil común o especial) pueden establecerse dos formas de atribución:

— Por filiación

Art. 14 C.c: «2. *Tienen vecindad civil en territorio de derecho co-*

uicio, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.»

Este párrafo segundo es aplicable a los supuestos en los que solo haya una posible vecindad aplicable como, por ejemplo, cuando ambos progenitores tengan la misma vecindad o cuando uno u otro sea extranjero.

«3. Si al nacer, o al ser adoptado, los padres tuviesen distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.»

En el caso de que los progenitores tengan vecindades diferentes se establece la posibilidad de que los padres elijan entre una u otra dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, lo cual evita la imposición de una de ellas dependiendo únicamente de que progenitor se determinó antes la filiación.

— Por el lugar de nacimiento

El párrafo primero del apartado tercero del artículo 14 C.c establece la vecindad del lugar de nacimiento con carácter residual respecto a la determinación por filiación. Cabe señalar que en los casos de hijos españoles nacidos de padres extranjeros, así como para quienes no tengan determinada la filiación, este lugar de nacimiento será esencial para determinar la vecindad.

ddd) Otra legislación aplicable

• Inscripción de nacimientos

— «Ministerio de justicia. Orden de 10-11-99 sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro Civil»: Sigue el camino de actualización de este cuestionario, iniciado, en cuanto a la identificación física, con la Orden de 15-11-96, conforme al artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 y los artículos 2, 3, 6 de la Declaración universal de los Derechos Humanos.

• Nombre y apellidos

— «Orden Ministerial de 18-4-85, sobre renovación gratuita para la sustitución del nombre propio del titular por su traducción a cualquiera de las lenguas españolas.»

— «Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el documento nacional de identidad»: Señala que el DNI es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona.

bb) *Legislación internacional*

aaa) Convención sobre los derechos del niño de la ONU de 1989

Conv. Men. 89 en sus artículos 7 y 8 establece claramente el derecho a la identificación. No utiliza la terminología «derecho a la identificación», pero establece el derecho a la inscripción, al nombre y a adquirir una nacionalidad que son el núcleo de la misma.

El artículo 10 de LIAA toma como único antecedente estos dos artículos ya que como hemos visto ni la Ley aragonesa anterior de 1989 ni la Ley estatal de 1996 hacen mención del derecho a la identificación.

bbb) Otra legislación aplicable

Siguiendo la clasificación empleada anteriormente distinguimos:

• Nombre y apellidos

— «*Convenio 5-9-80, n.º 19/1980. Ratificado por instrumento 26-7-89 (B.O.E de 19-12-89) relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos*».

— «*Convenio relativo al cambio de apellidos y nombres de 4-9-58 (B.O.E núm. 15, de 18-1-77)*».

c) Comentario

La actual regulación de este derecho en la LIAA es muy acertada ya que la identificación es un aspecto fundamental en todo ser humano. Sin identificación no se es «nadie», por lo que no se puede ejercitar ninguno de los otros derechos que le son atribuidos.

Además cabe destacar el carácter innovador en derecho español de esta incorporación, ya que ni la Ley 10/89 ni LOPJM hacen referencia a este derecho. A nivel internacional sí que está recogido, aunque con distinta formulación.

La conclusión de todo esto es el acierto de la nueva ley en incluirlo, aunque no pueda regular sus consecuencias fundamentales (inscripción en el registro, nombre y apellidos, nacionalidad y vecindad) por ser éstas competencia exclusiva del Estado.

2. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD, A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INFORMACIÓN

Ignacio Zaera Lozano

A) DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Este apartado está dedicado al análisis del artículo 11 de la Ley 12/2001, de la infancia y la adolescencia en Aragón (LIAA), que se dedica a la regulación de los tres derechos mencionados.

Es por todos ya conocido que nos situamos en un campo muy importante y problemático ya que estos derechos se encuadran dentro del ámbito de los derechos de la personalidad, que como ya definiere De Castro se trata de «aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades»²⁶. Ello nos sitúa ante una fuente inagotable de conflictos como ha puesto de relieve la realidad social. Son muchas las diferentes concepciones que al respecto de este tema tienen los tratadistas más importantes en Derecho Civil, pero no es esto lo que interesa poner aquí de relieve.

Lo importante es que, una vez apreciada la importancia de estos derechos para todo ser humano (afectan a su vida y liber-

26. Ver en CASTÁN TOSCANAS, José, *Derecho Civil español común y foral 2-2.º* (14.ª ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos) (Madrid, 1987)

tades más íntimas), hay que destacar el especial papel que van a jugar en la vida del menor. Huelga decir que esa importancia se debe a la especial situación de debilidad en que se encuentra el menor frente a los ataques o abusos que contra estos derechos reflejados en su persona se puedan cometer (y que son más frecuentes de lo que en principio parece o se conoce realmente ya que en muchas ocasiones se amparan en la cotidianidad de la vida diaria).

No procede ahora extenderme más en este apartado cuya finalidad es meramente introductoria. Simplemente, a modo de adelanto, señalar que en este ordinal se pretende el análisis del contenido del artículo poniéndolo en relación con la legislación estatal e internacional así como con algún antecedente de legislación autonómica. Ello permitirá apreciar con una mayor calidad qué influencias, buenas o malas, necesarias o innecesarias, ha tenido la LIAA.

Artículo 11: *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.*

1. Los niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. Los padres o quienes los sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.
3. La Administración debe preservar a los menores de la difusión de información y de la utilización de imágenes, nombre y datos que permitan su identificación cuando sea atentatoria contra su dignidad y reputación o contraria a sus intereses, aunque medie el consentimiento de sus padres y representantes legales.
4. La intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor

dará lugar a una intervención del Ministerio Fiscal, de conformidad con la legislación vigente.

a) Antecedentes

El artículo 11 que voy analizar, no es fruto de una iniciativa legislativa totalmente original, que parta de cero. El tema de los derechos del menor ha venido siendo importante ya desde la antigüedad cuando las ideas cristianas comenzaron a influir con aires de cambio sobre el arraigado pensamiento de que el hijo era «un mero apéndice de sus padres», tratando de que fuese reconocido como persona y que como tal se le reconociesen los derechos que le correspondían. Así poco a poco se iría avanzando y se pasaría de una situación en la que el menor carecía de capacidad jurídica a una situación de mayor protección, hasta llegar con el devenir de la historia a la situación que atraviesa en la actualidad.

En esa evolución histórica han sido muy numerosas las normas que a nivel internacional, estatal y autonómico se han ocupado de la situación jurídica del menor, siempre en una única dirección: mejorar su protección. No procede aquí realizar un listado exhaustivo de normas que han sido un antecedente ya que, ni la extensión, ni un análisis centrado en la materia que tratamos lo permiten, pero sí que puede resultar conveniente señalar aquellas que por su importancia, representatividad, influencia o novedad he utilizado para realizar un análisis comparativo. Así nos encontramos con:

— La Convención sobre los derechos del niño de la ONU del año 1989, a nivel mundial (Conv. Men. 89).

— La Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños del año 1996, a nivel europeo.

— La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, a nivel estatal. (LOPJM).

— La Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, sobre protección de menores, como antecedente autonómico inmediato.

Tampoco deben perderse de vista otras normas que fruto del desarrollo de los derechos del menor contenidos en esta Ley 12/2001, puedan tener importancia:

— Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

— Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el estatuto de la radio y la televisión.

— Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al Ordenamiento estatal una directiva comunitaria en materia de radiodifusión televisiva: Directiva 89/552/CEE.

— Numerosas otras leyes de carácter autonómico, como la aragonesa que se ocupan de la materia de protección jurídica del menor.

En estas Leyes se podrán observar coincidencias y discrepancias, algunas incluso ya han quedado derogadas como es el caso de la antigua Ley aragonesa aunque la mayoría siguen en vigor. Con el estudio de los puntos más relevantes de algunas de estas normativas, en lo que a la materia que estamos analizando se refiere, se complementa el análisis de los artículos de la Ley 12 /2001, consiguiendo que la crítica a la normativa acerca de la protección jurídica del menor adquiera una visión global que a mi juicio es más enriquecedora.

b) Comentario

aa) Sujetos activos de este derecho: niños y adolescentes

La finalidad de este apartado no es otra que delimitar quién es el titular del derecho que estamos tratando. Es importante aclarar este punto en primer lugar para obtener luego una buena comprensión del alcance de la protección. Además este es un punto

que, como vamos a ver a continuación, no queda totalmente claro en el tenor literal de los diferentes textos normativos.

En el Conv. Mun. 89 ya en su titulación destaca el uso de la palabra «niño». Para saber qué entiende el Convenio por niño, acudimos al artículo 1 del citado texto: «... todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.»

En la LOPJM se produce un cambio en la denominación y ya no se habla de «niños» sino que se habla de «menores». Pese al cambio de denominación, esta Ley se refiere a los mismos sujetos que el Convenio antes mencionado ya que en su artículo 1 se puede encontrar una definición muy similar: «... los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad». Como se puede observar es un cambio meramente nominal respecto al Convenio. Lo único que varía es que la LOPJM se refiere a aquellos menores que se encuentren en territorio español, pero esto no es más que una consecuencia del ámbito territorial de aplicación.

En tercer lugar la Ley aragonesa de 1989 también hablaba de menores, pero a diferencia de las normas hasta ahora vistas, no recogía en ninguno de sus artículos qué entendía por menor. A mi juicio el hecho de que esto no se mencionase podía claramente suplirse, o bien a través de la analogía acudiendo a las Leyes en las que sí que se recoge un precepto donde se indica qué se entiende por menor, o bien acudiendo a los conceptos que, de mayoría y minoría de edad, se pueden extraer de la Constitución. En cualquier caso no hubiese estado mal el que la Ley hubiese incorporado un artículo describiendo su ámbito de aplicación.

Por último acudiendo a la LIAA, que es en este caso la que más nos interesa, se puede observar un importante cambio respecto a las normativas anteriores. En esta Ley ya no se habla de «menores» ni se refiere sólo a «niños», sino que la Ley habla de

«niños y adolescentes». Tal y como se deduce del tenor literal del artículo 2 de esta norma, que recoge el ámbito de aplicación de la Ley, tanto los niños como los adolescentes son considerados menores: *«La presente Ley es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación legal, salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación civil aplicable»*.

Como se observa, en esta Ley se habla del menor que resida o se encuentre transitoriamente en Aragón con independencia de la situación legal en que se encuentre. Esto es en mi opinión un avance importante ya que permitirá extender la protección de este derecho, que recoge el artículo 11, a los menores extranjeros tanto regulares como irregulares. No es este un tema de poca importancia si se tiene en cuenta que, a nuestra comunidad, pueden llegar un buen número de extranjeros menores irregulares cuya situación, si cabe, será de mayor vulnerabilidad que la del resto de menores. Esta mención es un buen intento de mejorar su situación; el hecho de que en otras normativas hasta ahora vistas no se mencione, no deja sino una puerta abierta a las interpretaciones restrictivas nada favorecedoras en lo que, se supone, es una Ley de protección al menor.

Ante la lectura del artículo parece que los menores de edad emancipados o habilitados de edad quedarían excluidos del ámbito de esta Ley; la mayoría doctrinal parece coincidir con esta interpretación²⁷. Desde un punto de vista teleológico de la Ley y teniendo en cuenta la, en absoluto baladí, distinción entre niños y adolescentes que ésta realiza, cuando menos se nos plantean dudas ante la rigidez de esa interpretación que hace la mayoría doctrinal. El hecho de que normalmente los emancipados y los habilitados de edad se encuentren dentro de la etapa de la adolescencia (con los problemas que conlleva delimitar la adolescen-

27. LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica del menor», ed. Montecurvo S.A. (Madrid, 2001), p. 39.

cia en un menor) y ese omnipresente «interés prevalente del menor» que impregna toda la Ley desde el artículo 3, hacen pensar en la posibilidad de que se puedan entender incluidos estos «menores casi mayores», pues como dice Linacero de la Fuente citando al profesor Alonso Fernández: «el menor emancipado es un menor que amplía su capacidad hasta aproximarse a la mayor edad»²⁸.

Una parte de la doctrina opina que el *nasciturus* (concebido pero no nacido), no puede ser titular de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen ya que estos derechos se adquieren con el nacimiento, como todo derecho de la personalidad. El concebido al nacer adquiere los derechos y es, a partir de ese momento, cuando puede comenzar a articularse una protección de los mismos. Pese a esto, con base en la redacción del artículo 29 del Código Civil, se puede afirmar sin duda que no habría problema en reconocer estos derechos al *nasciturus* para todo aquello en lo que le fuesen favorables, tal y como se deduce de su tenor literal. Se trataría de, mediante una ficción, entender que el *nasciturus* adquiere personalidad antes de su nacimiento para poder ser titular de esos derechos en todo aquello en lo que le sean favorables.

Así pues la conclusión que puede extraerse del ámbito de titularidad al que la Ley extiende estos derechos, diferenciando entre niños y adolescentes, parece bastante positiva. Lo que se plantea sin embargo es si estamos ante una mera distinción nominal o realmente esta distinción lleva aparejada una diferencia de trato por la Ley. En principio y como ya se ha mencionado, no resulta fácil delimitar a ciertas edades de una forma contundente cuando un niño deja de serlo y pasa a ser adolescente o cuando un adolescente, físicamente hablando, es también adolescente psicológicamente. Pese a este problema, resultaría conveniente establecer una edad en la que se pueda entender que comienza la

28. LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica del menor», ed. Montecorvo S.A. (Madrid, 2001), p. 40.

adolescencia ya que las necesidades de los niños y de los adolescentes no son las mismas y por tanto, la protección que deben recibir unos y otros tampoco.

Siguiendo al profesor De Castro²⁹ se podría establecer que una edad apropiada para considerar a un sujeto como adolescente se situaría en los 12 años. No se puede afirmar esto de un modo tajante pero como el propio De Castro dice, a partir de esta edad el Juez pasa de explorar meramente la voluntad del menor, a tener que contar de forma obligatoria con su opinión y con su consentimiento para determinados actos, como por ejemplo para ser adoptado. El hecho de que la Ley comience a considerar al menor es indicativo de que hay un cambio en ese menor. A partir de los 12 años y hasta los 18, que es cuando se alcanza la mayoría, se podría entender que el menor es adolescente, siendo conscientes de que en ese intervalo de tiempo están comprendidas otras edades significativas para el derecho, como son los 14 o los 16 años.

bb) *Concepto de honor, intimidad y propia imagen*

El apartado 1.º del artículo 11 de la LIAA reconoce al menor estos derechos. Lo primero es pues, analizar qué significan los términos honor, intimidad y propia imagen con carácter general y sin extenderme demasiado pues no es este el objetivo de esta reflexión. Ello no impide sin embargo que, conociendo qué es lo que significan, esto ayude luego a poder desarrollar mejor las especiales condiciones en que se reconocen al menor estos derechos.

Es también necesario mencionar que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no da una definición de estos conceptos.

29. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Derecho civil de España» Tomo II, Ed. Civitas (Madrid, 1984), p. 151.

aaa) Derecho al honor.

En primer lugar procede hacer una breve mención a cómo se refieren las diferentes normativas que estamos viendo a este derecho que la LIAA denomina «al honor»:

— El Conv. Men. 89 no menciona para nada la palabra honor sino que se habla de «honra y de reputación».

— La LOPJM habla de un derecho al honor pero luego cuando lo desarrolla lo identifica con ataques a la honra y a la reputación, al igual que el Conv. Men. 89.

— La Ley aragonesa de 1989 no menciona expresamente este derecho sino que se debía entender incluido en la remisión general del artículo 3 en su apartado 1.º a los derechos constitucionales que se reconocen a toda persona, y por ello al menor como tal. Así se tendría que acudir al artículo 18 de la Constitución que es donde se reconoce este derecho de la personalidad. Lo cierto es que a mi modo de ver parece cuando menos criticable la técnica legislativa que utilizaba la anterior Ley de menores aragonesa que, en su ánimo de no repetir lo que ya se recogía en la legislación de desarrollo del precepto constitucional, se olvida de que es bueno que en una Ley como esta aparezca un reconocimiento expreso de este derecho a los menores, dadas las condiciones de especial protección que éstos necesitan. Como señala Iván Jiménez-Aybar no eran pocas las opiniones doctrinales que pedían una reforma³⁰.

— Así se llega a nuestra Ley actual, LIAA de 2001, que reconoce expresamente el derecho al honor, y lo desarrolla haciendo referencia a los actos atentatorios contra la «dignidad y reputación» del menor. Esto es algo que favorece a la regulación aragonesa pues es mejor que hablar de honra y reputación, ya que

30. JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, «Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código Civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)», RADIC, 2000-VI-(n.º 1).

están más cerca del concepto que del honor tienen algunos de los mejores tratadistas de Derecho Civil, como vamos a ver.

Lacruz y otros autores como Castán o Puig Brutau, coinciden en la dificultad de dar un concepto claro y conciso del honor. A lo largo de la historia se han dado múltiples conceptos del honor todos ellos aproximándose a una idea del mismo. Sin embargo quizá la opinión más acertada sea la que predomina hoy en día entre nuestra doctrina.

Los autores, en su mayoría, coinciden en hablar de un aspecto objetivo y de un aspecto subjetivo en el concepto de honor:

— El honor objetivo sería en palabras de Lacruz³¹ el «reconocimiento que de la dignidad hacen los demás». Sería la fama o reputación.

— El honor subjetivo sería la estimación que uno tiene de sí mismo. Se correspondería con la dignidad³².

No nos debe extrañar que, tanto Lacruz como Castán Tobeñas³³, se decanten por adoptar la definición que da De Cupis: «la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona».

De esto se deduce la afirmación que lanzaba en el sentido de que es mejor hablar, como hace la LIAA, de «dignidad» que de «honra», concepto este que puede ser tachado de anticuado e incluso peyorativo para referirse al honor.

Una vez visto qué podemos entender por honor, procede pre-

31. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Elementos de Derecho Civil» parte general I-2 (edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Ed. Dykinson (Madrid, 1998), pp. 81 y siguientes.

32. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Elementos de Derecho Civil» parte general I-2 (edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Ed. Dykinson (Madrid, 1998), pp. 81 y siguientes.

33. Ver en CASTÁN TOBEÑAS, José, Derecho Civil español común y foral I-2.º, p. 391, (14.ª ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos) (Madrid, 1987).

guntarse: ¿qué virtualidad tiene el reconocimiento de este derecho a los niños y adolescentes?, o lo que es lo mismo ¿tienen los niños y adolescentes conciencia de lo que es su honor? No sería descabellado pensar que en un determinado momento del desarrollo de los menores por su falta de madurez, de desarrollo, estos no tuviesen claro qué es el honor, o ni tan siquiera les preocupase. Sin embargo a mi modo de ver y tras examinar el concepto de honor, la situación es justo la contraria. Los niños y adolescentes tienen un concepto muy desarrollado de lo que es su honor y no hay más que mirar a la realidad más cotidiana para observarlo: por todos es conocido el sentimiento de vergüenza que experimentan los niños pequeños ante determinadas situaciones. Esto podría verse como una muestra de ese honor que mezclaría lo subjetivo con lo objetivo. A mi juicio esto se acentúa si cabe con los adolescentes ya que a menudo se producen peleas, riñas, etc. por insultos que ofenden lo que se podría calificar como su honor. Esas reacciones no son sino una muestra de la autoconciencia que ellos tienen de su derecho al honor en los términos en los que ha sido definido.

En cualquier caso si se atiende al espíritu proteccionista de la Ley y a ese principio del interés superior del menor, parece que ese derecho al honor debería protegerse aunque el menor no tuviese conciencia de ello. Para ello están los representantes legales del menor e incluso el Ministerio Fiscal, pero esto se tratará más adelante conforme avance el análisis.

bbb) Derecho a la intimidad personal y familiar

— El Conv. Men. 89 no habla de intimidad personal y familiar sino que dice que el niño no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o familia.

— La LOPJM habla de intimidad personal y familiar.

— La Ley aragonesa de 1989 no recoge este derecho expre-

samente en su articulado. Por ello le es aplicable lo mismo que aplicaba al derecho al honor en el apartado anterior.

— La LIAA lo recoge con los términos citados: intimidad personal y familiar.

Pasando a analizar el concepto de intimidad, nos encontramos con la visión que del mismo nos ofrece Lacruz³⁴, para quien hablar de intimidad supone reconocer al individuo una esfera de vida personal, exclusiva y excluyente. Sería una zona de su vida que pretende mantener en secreto, que no quiere que sea conocida por los demás. Actualmente se reconocen dos aspectos en este derecho a la intimidad:

— Uno negativo: se excluye a los demás de entrar en esa esfera.

— Uno positivo: es el titular quién cuenta con mecanismos para controlar esa esfera y si entra o no entra alguien.

Castán Tobeñas ha identificado este derecho con el derecho a una vida privada, como también hacía el Conv. Men. 89. Pese a esto Lacruz, entre otros, mantiene que hay diferencias entre lo que es vida privada e intimidad. A su juicio la intimidad contiene aspectos que se consideran como vida o vivencia y la vida comprende ámbitos que no se pueden incluir en la intimidad por ser conocidos o cognoscibles.

Además, como ya se ha visto, se habla de intimidad familiar. Esto se debe a que el individuo vive integrado en un grupo familiar, algo que en el caso del menor es prácticamente imprescindible tal y como se configuran las tendencias sociológicas actuales; con dicho grupo establece una serie de relaciones que inciden en esa esfera de la personalidad que ya ha sido mencionada.

34. LACRUZ BERRIO, José Luis, «Elementos de Derecho Civil» parte general 1-2 (edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Ed. Dykinson (Madrid, 1995), pp. 81 y siguientes.

De los tres derechos que analizo en el artículo 11, el derecho a la intimidad quizá sea uno de los más conflictivos ya que choca frecuentemente con otros derechos que también tienen la consideración de fundamentales; es el caso del choque con el derecho a la información, pero se analizará en otro apartado con posterioridad.

ccc) Derecho a la propia imagen

Para un cierto sector de la doctrina este derecho sería una especialidad dentro del derecho a la intimidad cuando es visto como una de las manifestaciones más importantes de lo que se denomina vida privada. Sin embargo esta no es una opinión unánime, como los propios defensores se han encargado en ocasiones de poner en relieve. La jurisprudencia así lo ha manifestado también en alguna de sus sentencias: es un derecho independiente del derecho al honor y del derecho a la intimidad aunque está muy relacionado con estos. Esta opinión se ve reforzada tras la lectura del artículo 18 de la Constitución Española de 1978 que como ya he mencionado es el precepto que recoge estos derechos o de la lectura del articulado de la Ley 1/1982, pues parecen tratarlo como un derecho con sustantividad propia.

También este derecho, como indica Lacruz³⁵, contiene una dimensión positiva y una negativa al igual que la intimidad:

— Dimensión negativa: se prohíbe a terceros utilizar la imagen sin el propio consentimiento.

— Dimensión positiva: el sujeto tiene la posibilidad mediante la prestación de su consentimiento de permitir el uso de su imagen como a él le convenga.

35. LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Elementos de Derecho Civil» parte general 1-2 (edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA), Ed. Dykusion (Madrid, 1999), pp. 81 y siguientes.

De los problemas que genera la prestación del consentimiento por el menor se tratará con posterioridad en otro apartado.

cc) *Papel de los padres y de los poderes públicos en la protección de este derecho: actuación del Ministerio Fiscal*

aaa) El papel de los padres

Sería bueno como introducción a este tema mencionar la idea apuntada por De Castro que resume el papel de los padres o de aquellos que les sustituyen en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad en lo siguiente: *«la importancia primaria de la protección, que deja así en segundo término la falta de independencia, se ha logrado en el derecho moderno al convertirse la patria potestad y la tutela en «oficios» de protección. De este modo los principios del derecho de la persona se independizan y priman sobre los de jerarquía familiar y sobre la consideración otorgada a la seguridad en el tráfico»³⁶.*

Esta idea resume a la perfección cual es el papel de los representantes legales del menor ante los derechos que aquí son objeto de estudio: deben proteger al niño o al adolescente por encima de sus propios intereses o apetencias, favoreciendo los intereses del menor aunque sea a costa de la conocida como «patria potestad» que, en la actualidad, como ya se ha visto, pese a conservar su nombre, ya no es una potestad absoluta sino un «oficio», una «función» de protección que tiene respecto al hijo.

Desde mi punto de vista este es el espíritu que impregna la regulación de la LIAA y también de la LOPJM, ya que como se desprende de la lectura del texto del propio artículo, va a resultar indiferente que los padres presten su consentimiento a la intromisión en la esfera de estos derechos de la personalidad si esta

36. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Derecho civil de España» Tomo II, Ed. Civitas (Madrid, 1991), p. 176.

es considerada como ilegítima (apartado 3.º del artículo 11 de la LIAA y apartado 3.º del artículo 4 de la LOPJM.)

Ambos preceptos otorgan a los representantes legales del menor la misión de proteger a sus representados frente a los ataques de terceros, es decir, les legitima para ejercitar los medios de tutela que la legislación civil y penal prevén para estos casos. A la vez se está resolviendo otro problema: la colisión de los intereses de los representantes legales del menor con los intereses del menor (que en este caso estarían defendidos por el Ministerio Fiscal como más adelante se analizará). Esta colisión en todo caso se va a resolver en sentido positivo para el menor; sus intereses van a ser prevalentes frente a los de los padres. Así se desprende de la lectura del precepto y también de uno de los principios inspiradores de toda esta regulación: el principio de interés prevalente del menor (artículo 3. 3.º, LIAA).

bbb) El papel del Ministerio Fiscal

Como ya he puesto de relieve, la LIAA en esos casos en que los intereses del menor chocan con los de sus representantes legales y por lo tanto se ven desatendidos pudiendo sufrir un menoscabo en su derecho al honor, intimidad personal o familiar o propia imagen, es cuando prevé la actuación del Ministerio Fiscal (M.F.).

De la lectura de los apartados 3.º y 4.º del artículo 11 se desprende una gran importancia del papel del Fiscal; tiene una doble vía de intervención:

— Concurrirá con los padres a la hora de defender al menor, es decir aun en los casos en que los padres ponen en marcha los mecanismos de defensa, el M. F. también puede actuar en el proceso junto a los padres.

— Está legitimado para actuar ante cualquier tipo de vulneración incluso si esta proviene de los padres. Aquí es donde más importancia cobra el M. F.

El papel que la LIAA. otorga al M. F. no es una novedad en el sentido de que la LOPJM. en el apartado 4.º de su artículo 4 ya lo recogía también en unos términos muy parecidos. Hay que destacar que la Ley 50/1981 que recoge el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 7, apartado 3.º también señalaba ya que, el M. F. intervendría de oficio en todo proceso en el que se vieses envueltos menores, en defensa de sus intereses. Pese a esto no consideramos que sea superfluo el que tanto la LIAA. como su antecesora, la LOPJM., lo recojan también ya que se trata de un aspecto muy importante dentro de la protección de los derechos del menor y en concreto aquí se refiere a los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen.

Como señala Pantoja García, en estos casos el Ministerio Fiscal solicitará tanto la reparación del daño causado como la indemnización de daños y perjuicios que le pudiese corresponder al menor por aquellos que hubiese podido sufrir³⁷.

Por último dentro de este apartado solamente queda apuntar el cambio que tanto la LOPJM. como la LIAA. han supuesto en cuanto a la regulación que la Ley 1/1982 hacía de la relación entre los padres y el Ministerio Fiscal. La Ley 1/1982 en el apartado 2.º de su artículo 3 recoge que si son los padres los que prestan el consentimiento en lugar del menor, deberán hacerlo por escrito y comunicarlo al Ministerio Fiscal. Si este se opone en el plazo de 8 días, resolverá el Juez sobre si se entiende o no otorgado el consentimiento para entrometerse en la esfera jurídica del menor que protege estos derechos.

Ante esto cabe preguntarse si las nuevas regulaciones, la LIAA en nuestro caso, han derogado lo que se contiene en la Ley Orgánica de 1982. Parece que la LIAA, que como ya sabemos contiene influencias directas de la LOPJM., introduce una protección más efectiva ya que el M. F. no tiene que esperar a que los padres le

37. PANTOJA GARCÍA, F., «El derecho y los servicios sociales», Ed. Comares (Madrid, 1997), p. 241.

pongan en conocimiento por escrito de la prestación del consentimiento para poder actuar, con los problemas de cumplimiento efectivo que esto pudiese acarrear. Algún autor, entre otros María Linacero de la Fuente³⁸ han puesto de relieve este problema y se lamentan de la falta de claridad existente en un tema tan delicado como este. En todo caso la derogación debía de haberse llevado a cabo por la LOPJM, que es Ley orgánica al igual que la Ley de 1982.

Ante tal disyuntiva creo que lo más conveniente sería acudir al principio de prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés, incluidos los legalistas, para acudir así a la regulación que diese una protección más favorable para el menor ya que no se dice nada claramente. Lo cierto es, que pese a no decirlo expresamente, parece que ambas normas podrían complementarse: ese requisito de presentación por escrito del consentimiento podría verse como una especie de formalismo que actúa como una forma de control y que de no cumplirse no sucede nada pues el M. F. tiene legitimación igualmente para actuar si detecta la intromisión en la esfera jurídica del menor y esta es ilegítima. Esta idea es apuntada por María Linacero de la Fuente junto con otros autores³⁹.

dd) *La tutela Civil y penal de estos derechos*

En este apartado se trata de describir el conjunto de medidas que prevé la legislación vigente para permitir esa defensa de los derechos del menor que he analizado en el apartado anterior. Para ello me basaré en el estudio llevado a cabo por Fernando Garrido Falla (et alii.) en su libro «Comentarios a la Constitución»⁴⁰.

38. LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica del menor», Ed. Montecorvo S. A. (Madrid, 2001), p. 100.

39. LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica del menor», Ed. Montecorvo S. A. (Madrid, 2001), p. 103.

40. GARRIDO FALLA, Fernando, «Comentarios a la Constitución», Ed. Civitas, tercera edición (Madrid, 2001), pp. 407 y siguientes.

aaa) Tutela civil

La Ley Orgánica 1/1982, que se dedica a la protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, establece en su artículo 9 los siguientes mecanismos de protección frente a las actuaciones e intromisiones ilegítimas contra estos derechos del menor: acudir a la vía ordinaria, acudir al proceso preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución y por último recurrir a la vía del recurso de amparo una vez que se han agotado las posibilidades anteriores sin ver satisfechas las pretensiones.

Además en ese artículo 9 se recogen también todas las pretensiones que se pueden solicitar cuando se reclame la tutela: medidas para el cese de la intromisión y para la reparación del daño causado, así como medidas para el restablecimiento de los derechos vulnerados. Entre estas medidas se mencionan: las medidas cautelares, la difusión de la sentencia, el derecho de replicar y la posible indemnización por daños y perjuicios.

El problema es que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha introducido reformas respecto a la regulación de la Ley Orgánica de 1982, que acabamos de mencionar.

Así, parece a la vista del artículo 249. 2, que la vía ordinaria y la vía preferente del artículo 53. 2 de la Constitución ya no son dos vías diferentes sino que se funden en una sola, puesto que a la luz de la nueva regulación se otorga carácter preferente a los procesos relativos a los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, pero este procedimiento preferente se tramitará por la vía ordinaria.

Además la LECiv. regula en los artículos 725, 726 y 727 las medidas cautelares de forma novedosa; a estas medidas podrían equipararse las del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982.

El carácter dispositivo que la LECiv. otorga a estos procesos hace necesario que todas las posibles pretensiones que se quieran ver satisfechas deban ser alegadas por el demandante en la de-

manda, no pudiendo el Tribunal conceder de oficio ninguna pretensión que no se haya expresado en su momento.

La doctrina se ha planteado que la posibilidad de solicitar la indemnización por daños y perjuicios se conceda con base en una responsabilidad objetiva o subjetiva:

— El hecho de que el artículo 9. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 afirme la existencia de perjuicio siempre que la intrusión legítima quede probada, haría pensar en una responsabilidad objetiva.

— Para otro sector doctrinal el hecho de que se de la intrusión ilegítima no genera sino una presunción iuris tantum de que ha habido perjuicio y por ello es necesario probarlo. Aquí la responsabilidad sería subjetiva. Los autores que apoyan esta postura se basan en que el hecho de valorar la indemnización del daño moral en base a las circunstancias que rodearon el daño es una prueba de que hay que demostrar al Tribunal la existencia de ese daño.

bbb) Tutela penal

Ha sido realmente tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, cuando la protección de estos derechos ha ganado en efectividad y perfección.

Ello porque, si bien esta claro que la vulneración de estos derechos supone un delito en muchos casos, además de generar la responsabilidad civil como hemos visto, el bien jurídico protegido por cada uno de ellos es distinto y por ello no se les puede dar el mismo trato a los tres.

El Código Penal recoge en su Título X los delitos contra la intimidad y la propia imagen, mientras en el Título XI recoge los delitos contra el honor:

— En los artículos 197 a 200 del Título X se recogen los delitos de violación de secretos documentales, la interceptación de las comunicaciones y la violación del secreto informático.

— En los artículos 205 y 208 del Título XI se recogen los delitos contra el honor: la injuria y la calumnia.

Por último, solo resta apuntar que la Disposición Final 4.ª de la Ley Orgánica 10/1995 ha modificado el artículo de la Ley Orgánica 1/1982 con lo que actualmente permite ejercitar la acción civil de daños aunque la intromisión ilegítima constituya delito y este pendiente un proceso penal. Bien entendido que, según la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 24/1991, esto se limita a los delitos perseguibles a instancia de parte.

ee) *Injerencias ilegítimas o contrarias al interés del menor.*

Consentimiento del menor

Hasta ahora se han venido mencionando estas injerencias ilegítimas como aquellos supuestos en que se produce una vulneración de estos derechos del menor. Procede pues, dedicar un apartado a analizar en qué consisten estas intromisiones ilegítimas, cómo se regulan en la Ley y en qué caso no serán las intromisiones «ilegítimas», teniendo aquí mucha importancia el consentimiento del menor.

Como se ha venido haciendo en distintos apartados de esta exposición, en primer lugar voy a examinar cómo se ocupan las diferentes normativas de esta injerencias ilegítimas:

— El Conv. Men. 89 en su artículo 16 habla de «*injerencias arbitrarias o ilegales*» y se remite a la Ley para que proteja al menor frente a estos ataques. No dice qué son estas injerencias sino que parece remitirse a la Ley interna de cada Estado para que las defina. Lo cierto es que ante esta circunstancia surge la pregunta de si no sería conveniente que en un Convenio de esta importancia a nivel mundial no quedasen cuando menos apuntadas las líneas generales sobre qué debe o no debe ser una intromisión ilegítima. Con ello lo que se conseguiría es establecer un nivel de garantía igual para todos los menores de los Estados que se adhie-

ran a este Convenio, que tratándose de un documento impulsado por la ONU son bastantes a nivel mundial.

— La LOPJM, en su artículo 4, apartado 3.º, explica en qué consiste una intromisión ilegítima en los derechos del menor: «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que implica un menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». Como pone de manifiesto Gullón Ballesteros⁴¹, este precepto no es resultado de una buena técnica legislativa. En efecto, basta con echar un simple vistazo al precepto citado y al precepto correspondiente de la L.O. 1/1982 (artículo 7), para ver que la regulación de la LOPJM, es deficiente con respecto a la de la L.O. de 1982. Pese a esto se introduce un inciso que resulta novedoso respecto a la Ley de 1982: se habla de intromisión ilegítima como aquella que pueda resultar contraria a los intereses del menor. Esta previsión parece hacer referencia a los casos en que se presta el consentimiento a la intromisión por el menor, pero aun así este es contrario a sus intereses y por ello la intromisión es ilegítima.

— La Ley Orgánica de 1982 en este aspecto es la que ofrece una regulación más completa. En su artículo 7 (a cuya lectura me remito) recoge una serie de intromisiones ilegítimas que trata de ser lo más completa posible pero que no es *numerus clausus* tal y como ha venido declarando la jurisprudencia constitucional (Sentencias de: 4 de noviembre de 1986, 28 de octubre de 1986 o 18 de julio de 1989). Es más, la propia Ley, para completar esa regulación, que se correspondería a una determinación positiva de lo que es una intromisión ilegítima, enumera en su artículo 8 (a cuya lectura también me remito) una serie de supuestos en los que la intromisión no es ilegítima. Sería una determinación negativa de lo que es intromisión ilegítima.

41. GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor», La Ley, 8 de febrero de 1996, p. 2.

— La LIAA. recoge en el apartado 3.º de su artículo 11 una fórmula muy parecida a la de la LOPJM. En este sentido se podría decir que es heredera de la misma y que por lo tanto adolece de los mismos fallos que la anterior: *«difusión de información y de la utilización de imágenes, nombre y datos que permitan la identificación, cuando sea atentativa contra su dignidad o reputación o contraria a sus intereses, aunque medie el consentimiento de los padres o representantes legales»*.

Por todo esto, a mi modo de ver, la regulación más completa es la que se recoge en la Ley Orgánica de 1982 que se refiere a este tema de una forma más atenta y menos genérica que las otras regulaciones, y más aún teniendo en cuenta la importancia del tema. En cualquier caso hay que dejar claro que pese a la protección que a estos derechos otorga el principio de *«interés prevalente del menor»*, no se está ante derechos absolutos y por ello también van a aparecer casos en que, ante intromisiones en esa esfera del menor, van a ceder en favor de otros derechos fundamentales. Es lo que sucede por ejemplo cuando chocan el derecho a la intimidad del menor con el derecho a la información.

No debe extrañar ante esta situación que, pese a la buena cobertura legal que existe, sean a menudo los tribunales los que tengan que valorar si se produce o no la intromisión ilegítima teniendo en cuenta el comportamiento y la situación de la persona afectada y la postura que adopta la sociedad ante esa intromisión. De hecho, así se expresa el legislador en el apartado 1.º del artículo 2 de la Ley Orgánica de 1982 (a cuya lectura me remito). Esta última referencia apuntada es algo que no se recoge en la LIAA, probablemente por ese afán protector del menor, cuyo interés, en base al espíritu de esta Ley, debe prevalecer en todo caso. Esto no ha escapado a las críticas de algunos autores que tachan de excesivamente proteccionistas estas regulaciones.

Otro tema capital que hay que abordar en este apartado es el del consentimiento del menor. Para tratar este problema me

centraré en analizar la regulación de la LIAA comparándola con la de la Ley Orgánica de 1982.

La Ley de 1982 no considera ilegítima la intromisión cuando cuente con el consentimiento del titular. Así parece deducirse del apartado 2.º de su artículo 2. Ello se completa con una especialidad referida a los menores, que es lo que a nosotros nos interesa: el artículo 3 en su apartado 1.º afirma que tratándose de un menor, este deberá prestar su consentimiento cuando tenga suficiente madurez. En los casos en que no sea así, dice el apartado 2.º que ese consentimiento lo prestarán los representantes legales de este, recogiénolo por escrito y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En estos casos, lo que de por sí sería una intromisión ilegítima, dejará de serlo.

En cualquier caso la doctrina coincide en destacar una serie de requisitos que debe cumplir ese consentimiento:

- Nunca debe suponer abdicación absoluta del derecho.
- Debe ser siempre revocable.
- Puede ser expreso o tácito pero no presunto.
- La revocación, en caso de hacerse, debe hacerse de buena fe.
- La revocación conllevará una indemnización.

Pero parece sin embargo, que la LIAA, siguiendo a su más claro antecedente (LOPJM.), tiene otra visión de la prestación del consentimiento por el menor: el hecho de que el menor o sus representantes legales presten el consentimiento es irrelevante si la intromisión es contraria a los intereses del menor. Esto sitúa ante dos frentes:

- Se reduce con ello la capacidad de obrar del menor que venía siendo ampliada por las legislaciones sobre protección jurídica del menor en los últimos tiempos.
- Surge la difícil tarea de averiguar qué es el interés pre-

valente del menor. Ante esta ardua tarea lo primero que resulta evidente es que nos situamos ante un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción. La propia Constitución de 1978, así como toda la legislación de menores, toma este criterio como principio rector de toda actuación referida al menor, pero en ningún caso dan una definición de su contenido. Ha sido la doctrina la que ha asumido esta labor; son múltiples los intentos, siendo unos más completos que otros pero en cualquier caso siendo todos opciones válidas. María Linacero de la Fuente recoge algunos de los más significativos intentos⁴² antes de ofrecer ella misma una solución que cabría calificar de ecléctica: para ella la determinación de este principio pasaría por ponerlo en relación con los derechos fundamentales recogidos en el Conv. Men. 89, y porque la valoración de este interés por los tribunales sea racional, evite perjuicios al bienestar del menor y tenga en cuenta la protección de los derechos del niño a nivel nacional e internacional.

ff) Inviolabilidad del domicilio familiar, de la correspondencia y de las comunicaciones

La Constitución de 1978 en su artículo 18 y junto a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, reconoce en los apartados 2.º y 3.º la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones.

La LOPJM. en su artículo 4, apartado 1.º también recoge como parte de los derechos que estamos analizando, los derechos a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, así como al secreto de las comunicaciones.

Resulta extraño que en la LIAA. no se mencionen en el artículo que se está analizando estos derechos. En principio esto causa extrañeza ya que considero que la LOPJM. ha tenido una gran

⁴² LINACERO DE LA FUENTE, María: «Protección jurídica del menor», pp. 37 y siguientes.

influencia en la Ley aragonesa y lo que es más, siendo que en la Ley aragonesa de 1989, de indudable inferioridad que la actual, también se reconocía la protección del domicilio familiar, la correspondencia y el secreto en las comunicaciones del menor (artículo 4, apartado b). Este olvido, por así denominarlo, podría en mi opinión salvarse considerando que estos derechos no son sino manifestaciones concretas del derecho al honor y del derecho a la intimidad y que por ello el legislador aragonés las ha obviado, considerándolas incluidas en la mención genérica a estos dos derechos que se contiene en el apartado 1.º del artículo 11 de la LIAA.

En cualquier caso estos derechos no deben tomarse a la ligera y darles menos importancia de la que tienen ya que su violación puede dar origen a numerosos problemas al igual que su colisión con otros derechos:

— Por ejemplo, qué debe prevalecer, el secreto de la correspondencia del menor o el derecho que le asiste a él a través de sus padres de ser protegido frente a malas influencias, función esta que se derivaría de la patria potestad. Además, ¿no es importante el control de los padres para poder cumplir con su función educativa correcta y adecuadamente (derecho a la educación del menor)?

— Cuando se habla de la inviolabilidad del domicilio se plantea el siguiente problema: el menor normalmente vive en un domicilio que es titularidad de sus padres, y en el que suele tener un espacio reservado para poderse mover en un ámbito de relativa intimidad, en el cual desarrolla ciertas actividades por así decirlo, un poco al margen del resto de la familia. Supuesto esto, ¿debe entenderse la violación referida a este espacio que el menor ocupa dentro de la vivienda familiar o por el contrario debe entenderse referido a la violación que, terceros ajenos a la familia, puedan hacer del domicilio familiar considerado como un todo? En todo caso también se plantea una cuestión de parecido calado a la anteriormente vista, acerca del alcance de la patria potestad en este aspecto.

En principio no parece fácil dar a priori una respuesta. Quizá lo más prudente sea que la decisión se tome por los Tribunales en cada caso atendiendo a las circunstancias que lo rodeen. Lo que sí queda claro es que la LIAA, no parece plantearse estos problemas de una forma específica, pues la ausencia de su mención es evidente dentro del articulado.

gg) *Problemas que plantea la intimidad*

El principal problema que plantea este derecho surge cuando colisiona con el derecho, también fundamental, a la información. La importancia de esta cuestión ha dado lugar a trabajos doctrinales y líneas jurisprudenciales que hoy ya están consolidadas. Esta cuestión sin embargo solo va a quedar apuntada en este apartado y su análisis se reserva para otro apartado cuando se trate el derecho del menor a la información.

Otro problema de relevancia es el de la intimidad del menor en el proceso. Esa relevancia viene dada porque en principio la Constitución de 1978 proclama que los procesos judiciales gozarán de publicidad como regla general; el problema surge ya que la publicidad de determinados extremos de un proceso en el que se vean envueltos menores puede afectar de un modo grave a su intimidad. Las normativas tanto a nivel internacional, nacional, como autonómico se han preocupado por este asunto:

— En el Conv. Men. 89 se recoge en el artículo 40. 2, b), VII), donde se dice que hay un deber de garantizar que se respetará la intimidad del menor en todas las fases del proceso.

— En la LOPJM, en su artículo 9, apartado 1.º, párrafo 2.º dice que las comparecencias del menor en los procedimientos judiciales se realizarán cuidando de preservar su intimidad. Parece que la protección que otorga el Conv. Men. 89 es mayor pues la extiende a toda fase del proceso, la Ley de 1996 por contra solo se refiere a las comparecencias.

— La LIAA, en el artículo 13, apartado 1.º también dice que

se velará porque se cumplan las condiciones de discreción, seguridad y ausencia de presión sobre el menor cuando comparezcan ante un tribunal. Como se ve y se deduce del artículo, aquí parece que la protección se reduce también al momento de la comparencia ante el Tribunal, pues no se debe olvidar que estas previsiones se encuentran insertas en el artículo que se ocupa de regular el derecho del menor a ser oído por el Tribunal.

El fin de todas estas medidas parece claro: se trata de evitar que ante un proceso en el que participa un menor y en el que su intimidad ya se ha podido ver seriamente menoscabada (pensemos en casos como abusos, tráfico de menores, malos tratos, etc.), no se agrave su situación con una publicidad innecesaria que haría del proceso un mecanismo de vulneración o de empeoramiento de su situación en lugar de mejorarla.

Otro de los grandes frentes en los que se puede ver afectada la intimidad del menor es el de la adopción. Para comentar este problema referido a la divulgación de datos sobre la adopción me remito a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias 197/1991 y 134/1999:

En primer lugar dice el T. C. que el derecho que se puede ver afectado por la divulgación de datos de esta índole (revelan quién es la madre biológica) no es otro que el derecho a la intimidad en sus dos vertientes: personal y familiar. El T. C. dice que este derecho tiene por finalidad garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos públicos o privados, que esta ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad, como es por todos ya conocido, atribuye a su titular la facultad de reservar para sí o para su familia ese ámbito frente a una publicidad no querida. Es por ello que, en mi opinión, la identidad de la madre biológica así como la condición de adoptado de ese menor, es algo que el citado puede reservar para su solo conocimiento o hacerlo extensible a su familia. No tiene por qué soportar la revelación o publicación de esa información que solo le atañe a él o a su familia,

siendo lo que excede de este ámbito mera curiosidad y nunca información.

De todos modos este tema puede completarse también con los comentarios que con posterioridad se harán al choque que se produce entre la intimidad y el derecho a la información.

B) DERECHO A LA INFORMACIÓN

En este epígrafe me voy a ocupar de analizar la regulación que la LIAA. hace del derecho a la información que asiste al menor y que se regula en el artículo 12.

Como a nadie escapa, y así lo ha puesto de manifiesto el T. C. y también la doctrina en numerosas ocasiones, el derecho a la información fue una de las grandes conquistas constitucionales junto con el derecho a la libertad de expresión.

La Constitución le dedica el artículo 20 que goza de una extensión considerable, en el cual aparece ya recogida expresamente la protección a la juventud y a la infancia en apartado 4.º.

Esto nos debe poner ya sobre la pista de la importancia que va a tener este derecho en el menor, además de la que tiene para toda la sociedad en general pues fomenta la formación de una opinión pública libre. Es este hecho de ser un derecho que influye de forma determinante en la formación de una opinión y un juicio propio, lo que ha hecho especialmente sensible al menor frente al mismo.

No debe extrañar pues, que las Leyes que se ocupan de la protección del menor dediquen una parte considerable de su regulación a tratar estas cuestiones y otras conexas, como se verá en el desarrollo de este comentario. Además se da la oportunidad de comprobar como la LIAA. hace hincapie en cuestiones que, a mi juicio, gozan de una importancia merecida y que en otros textos legislativos no aparecen mencionadas.

Es menester mencionar en la introducción que en lo referente a los antecedentes legislativos en los que nos vamos a basar para el estudio de este derecho cabe una remisión a lo mencionado en el apartado a.-) dentro de los dedicados al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ya que salvando las distancias, la normativa que se ha ocupado de la protección de este derecho referido al menor es muy prolija también y los textos legislativos que utilizaré serán los que se han usado para el estudio comparativo de esos derechos: Conv. Men. 89, LOPJM. y Ley aragonesa de 1989.

Artículo 12: Derecho a la información

1. Los niños y adolescentes deben ser informados de sus derechos, haciendolos comprensibles según su desarrollo evolutivo y madurez.

2. Los niños y adolescentes tienen derecho a recibir, buscar elaborar y utilizar la información y orientación adecuadas para el ejercicio de sus derechos y el desarrollo adecuado de su personalidad integral.

3. Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

4. Las Administraciones públicas informarán a los ciudadanos de los derechos de la infancia y la adolescencia y procurarán que la información dirigida a los menores respete los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitaran el acceso de los niños y adolescentes a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales. Promocionarán asimismo los medios de información dirigidos a menores con necesidades especia-

les por razón de su etnia, cultura, lengua, religión o dificultades físicas, psíquicas o sensoriales.

5. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá con los distintos medios de comunicación la elaboración de criterios, códigos o líneas de actuación para que la información dirigida a los menores sea beneficiosa para su desarrollo integral y a fin de encontrar sus posibles efectos nocivos.

6. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a la Administración de la Comunidad Autónoma el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de la publicidad ilícita.

a) Comentario

aa) *Concepto del derecho a la información*

A diferencia de lo que pueda ocurrir con otros derechos, es normal que todo el mundo tenga una idea de qué es el derecho a la información ya que en la actualidad se habla de que nos encontramos inmersos en «*la sociedad de la información*», de forma que esto es algo que nos afecta a todos de un modo u otro. Sin embargo parece conveniente, antes de pasar a analizar la regulación que de este derecho hace la LIAA., hacer una breve mención al concepto de información de forma que así se puedan aclarar posibles confusiones o dudas al respecto con el objetivo de una posterior mejor comprensión de la regulación.

De acuerdo con la profesora Chinchilla Marín⁴³, para describir este derecho seguiré el siguiente orden:

— Objeto: es la noticia, el conjunto de hechos que puedan considerarse noticiables o noticiosos por ser de actualidad y tener

43. CHINCHILLA MARIN, Carmen: «Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre», Revista Poder Judicial, número 3, p. 61.

relevancia pública (este mismo concepto puede observarse en la jurisprudencia constitucional).

— Sujeto tal y como reza el artículo 12 de la LIAA, serían los niños y adolescentes.

— Estructura: es un derecho con una doble óptica ya que consiste en recibir información pero también en transmitirla.

Siguiendo con el intento de delimitar en qué consiste este derecho quizá sería bueno establecer una delimitación respecto al derecho o la más bien conocida como libertad de expresión. En este intento se ha centrado la jurisprudencia, que de forma reiterada, señala como estos derechos son diferentes (Sentencias del T. C.: 6/1981, 104/1986, 105/1990; Sentencias del T. S.: 4-11-1986, 13-12-89, 4-1-90, 13-1-1991).

— La libertad de expresión abarca pensamientos, ideas, opiniones e incluso creencias.

— La libertad de información abarca hechos noticiables que como ya se ha dicho son aquellos que tienen actualidad y relevancia pública.

A la primera no se le puede exigir su veracidad por la dificultad de su prueba, pero a la segunda sí. Es más, algunos autores, como Clemente García García o Andrés García Gómez⁴⁴, recogen una serie de requisitos para poder hablar de derecho a la información:

- Debe ejercitarse de buena fe.
- Debe ir referida a hechos.
- Esos hechos deben ser noticiosos.
- Esos hechos deben ser veraces.

44. GARCÍA GARCÍA, Clemente y GARCÍA GÓMEZ, Andrés, «Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión: su protección jurídica», editado por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia (Murcia, 1994), pp. 62 y siguientes.

bb) *Información al menor y a sus representantes legales sobre los derechos del menor*

A mi juicio el artículo 12 de la LIAA. presenta una doble dimensión que no se aprecia en las regulaciones que otras normas de protección del menor recogen. Esa doble dimensión no se refiere al derecho a informar y a ser informado que ya hemos mencionado antes; aquí tiene otro sentido hablar de doble dimensión ya que con ello lo que pretendo diferenciar es lo siguiente:

— El derecho de los menores a recibir información general adecuada a su condición de menor.

— El derecho de los menores y de los demás ciudadanos a recibir información en especial sobre los derechos de los menores.

Esta especialidad que recoge la LIAA. y de la que también se podían apreciar visos en la Ley aragonesa de 1989, en el apartado 4.º de su artículo 3 (a cuya lectura me remito), es, desde el punto de vista del menor, fundamental. No considero en absoluto que esta mención expresa a la información sobre sus derechos sea una cuestión baladí, sino que, por el contrario, lo que no se entiende es que otras regulaciones de vital importancia como puedan ser el Conv. Men. 89 o la LOPJM. no la recojan.

Es evidente que el ejercicio de los derechos, y más en el caso de los niños, depende de su conocimiento. Es normal que los menores, por encontrarse todavía en el comienzo de su formación educativa y como personas, no conozcan el amparo que les brinda la Ley. Por ello no serán pocos los casos en que los menores vean vulnerado alguno de estos derechos y ni siquiera sepa que él es titular de ese derecho, o que si bien conoce o le parece que se está vulnerando un derecho, no conozca los mecanismos para hacerlos valer. Es por ello también muy importante que se informe a los adultos de los derechos que amparan a los menores, en especial a los padres por la relación y el papel que juegan junto al

menor. Así se conseguirían dos finalidades a cada cual más importante:

— Que los adultos conozcan los derechos que asisten a los menores ya que la falta de conocimiento conlleva, en ocasiones, su vulneración sin pensar que con esa actuación se está actuando de forma contraria a derecho.

— Que los adultos, en especial los padres, sean los que cumplan con esa misión de informar al propio menor de sus derechos (algo que, como ya se sabe, forma parte de este derecho del menor) ayudándoles también a asimilar la información recibida mediante una correcta explicación de la misma en el seno de la familia, y conforme a los conocimientos que los padres tienen del desarrollo de sus hijos menores. Esto, en mi opinión, es fundamental pues en gran medida la información a la que tienen acceso depende o les llega por la vía de sus padres o de los adultos que les rodean.

El hecho ya mencionado de que se haga esta previsión en la Ley aragonesa 12/2001 y de que en otras normas de las que ha recogido numerosas influencias, como ya se ha visto, no aparezca, es una muestra de que la normativa autonómica aprovecha para mejorar y no dejarse caer en un mero juego legislativo de replicar lo ya regulado en otras normas. Bien entendido que podría alegarse que esta cuestión de la información del menor sobre sus derechos podría decirse que está incluida en el derecho a la información en general, creo que la matización y especificación, es en este caso, un acierto pues supone un aumento del nivel de protección del derecho a la información del menor y del resto de derechos en general, y eso es bueno bajo cualquier punto de vista.

cc) *Respeto y protección de este derecho por las Administraciones Públicas y por los representantes legales del menor*

aaa) Los padres y aquellos que les sustituyan en el desempeño de las funciones propias de la patria potestad

Estos sujetos aparecen aludidos en el apartado 3.º del artículo 12 de la LIAA. En ese apartado se impone a los padres la obligación de velar porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Como la mayoría de la doctrina reconoce, esto no es sino una utopía, una regulación programática que carece de sentido. Es ciertamente difícil que los padres puedan controlar la información que reciben sus hijos hoy en día. Como ya se ha mencionado con anterioridad, nos movemos en lo que se ha dado en denominar «*la sociedad de la información*», donde los medios de comunicación nos someten a un bombardeo continuo de información y de publicidad cada vez más agresiva.

La televisión, la radio, la prensa escrita, la publicidad en cualquiera de sus formas e incluso ya los nuevos fenómenos como internet, se muestran cada vez más como una influencia negativa en la formación integral como persona del menor. Las imágenes de violencia, sexo, consumismo, transgresión cultural, etc. son continuas en estos medios y por lo tanto difíciles de controlar y de evitar por los padres que deberían estar pendientes en todo momento de lo que su hijo recibe por cualquier medio. Como ya he mencionado un fenómeno nuevo que se está mostrando implacable en este aspecto es internet. En «*la red*» confluyen varios factores que la hacen especialmente peligrosa:

— Su gran popularidad debido a los esfuerzos para fomentar su uso, por parte incluso de la Administración.

— Su facilidad de acceso. Hoy en día tal y como está la situación no es necesario más que un ordenador conectado a la red

para poder acceder a todo tipo de espacios previstos en internet y también para divulgar todo tipo de información, que es uno de los mayores peligros.

— La novedad de este fenómeno hace que carezca de una regulación clara, completa y precisa. Es difícil restringir pues, el acceso a la red y controlar lo que en ella se divulga. Pese a ello los Estados están tomando conciencia del problema y ya se está comenzando a trabajar en la regulación normativa de este fenómeno de la información. Buena muestra de ello es la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas sobre contenidos ilícitos y nocivos en internet, de 17 de febrero de 1997.

Todo esto no conduce sino a la conclusión de que por muchas funciones que se les asignen a los padres en el control de la información que reciben sus hijos, esto no deja de ser un tema muy complicado de llevar a la práctica, ya que además hay que tener en cuenta que según como desarrollasen los padres esta función, hasta podría resultar perjudicial para el menor: permitir el acceso del menor a una información seleccionada de forma que se influya en él en un determinado sentido. No resulta fácil conseguir una fórmula equilibrada.

bbb) Papel de las Administraciones Públicas

En los apartados 4.º y 5.º del artículo 12 de la LIAA, se pretende implicar a la Administración directamente en la protección del ejercicio de este derecho a la información correctamente por el menor, en todas sus vertientes.

A pesar de esto, la regulación es a mi modo de ver insuficiente pues se mueve en unos parámetros de generalidad, indeterminación y falta de compromiso y obligatoriedad, a mi juicio, inadmisibles si realmente se quieren atajar los problemas a través de vincular en ello a la Administración.

Así por ejemplo, en el apartado 4.º se habla en términos como: «las Administraciones Públicas procurarán...», «...al mismo tiempo que

facilitarán el acceso de niños y adolescentes...» Las Administraciones no deben «procurar» que la información dirigida a niños y adolescentes respete los criterios enunciados, sino que es una obligación cuyo cumplimiento se le debe exigir. Igualmente no basta con que «faciliten» el acceso a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales; las Administraciones lo que deben hacer es promover y garantizar ese acceso. El uso de estas formulas es un síntoma claro de que ante la dificultad que entraña cumplir con estos objetivos, la Administración no busca comprometerse de una forma tal que le pueda reportar protestas.

Para terminar con el análisis del artículo 12, el apartado 4.º recoge un último inciso dirigido a los menores con especiales necesidades por razón de su etnia, cultura, lengua, religión o dificultades físicas, psíquicas y sensoriales. Evidente es, y no hay más que mirar a la realidad que rodea nuestra Comunidad Autónoma, que los objetivos marcados a la Administración en este punto no se cumplen, pero no solo eso sino que la situación de información de estos menores a nivel público es de absoluto desamparo. Son habitualmente las iniciativas de tipo privado o benéfico las que tiene que suplir la falta de apoyo por parte de la Administración que tienen los menores que se encuentran en estas situaciones de especial necesidad.

Analizando ahora el apartado 5.º del artículo 12 se puede apreciar que es una continuación de los mismos fallos que acusa el anterior. Se mueve en el ámbito de la indefinición y la falta de compromiso. Es en este punto en el que sí que pienso que la regulación debería de ser más firme que en cualquier otro ya que todas las medidas que se tomen o prevean en las Leyes quedarán vacías de contenido siempre que no se logre atajar el problema de la programación que emiten los medios de comunicación. ¿De qué sirve que se impongan medidas de carácter activo y positivo a los padres o a las Administraciones si los medios de información actúan en sentido contrario, movidos por sus intereses económicos? Resulta

evidente que es muy difícil luchar por proporcionar una información adecuada al menor si no se consigue concienciar a la sociedad y en concreto a los medios de información del problema que se genera con un mal uso de la misma cuando se dirige a unos individuos tan desprotegidos como resultan ser los menores. Es necesario adoptar una actitud determinada y firme ante los medios de comunicación si realmente lo que se quiere y lo que interesa es proteger al menor; todo lo que no parta de ahí, solo obtendrá como resultado una regulación programática, vaga y carente de compromiso.

dd) *Colisión entre el derecho a la información del menor y el derecho a la intimidad de ese menor*

La colisión que se puede producir, y que a menudo se produce entre estos dos derechos requiere de un trato casuístico e individualizado, como ha puesto de relieve a menudo la jurisprudencia. Es difícil generalizar puesto que van a ser muy importantes las circunstancias que rodeen cada caso. Este hecho es lo que me lleva a basarme en la doctrina que emana de algunas de las Sentencias más representativas del Tribunal Constitucional sobre la materia, para llevar a cabo el desarrollo de este apartado. La jurisprudencia al respecto es muy abundante pero he tomado como referencia las siguientes sentencias: SSTC: 197/1991, 114/1997 y 134/1999, de las cuales he extraído los principales argumentos que se esgrimirán aquí.

En primer lugar debo adelantar que la colisión entre ambos derechos se produce porque pese a ser ambos derechos fundamentales, así proclamados por la Constitución en los artículos 18.1 y 20, ninguno de los dos derechos puede calificarse de «absoluto». Esto es proclamado por la propia Constitución en el apartado 4.º del artículo 20 que se refiere al derecho a la información: «*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que los desarrollan y, espe-*

cialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y al propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

La consecuencia de esto es que va ser muy difícil fijar una frontera que separe de forma nítida los ámbitos de actuación de ambos derechos con lo que los problemas serán constantes.

En estos casos parece que el interés del menor en que no se revelen los datos relativos a su intimidad personal supone un límite al derecho de información, que de hacerlo se estaría entrometiendo en esa esfera privada que debe quedar al resguardo del resto del mundo, y cuyo contenido solo interesa al individuo y a su familia. En estos casos, como señala el T. C., la veracidad de la información que se saca a luz no es una excepción a la intromisión como puede suceder en los casos en que se da un conflicto con el derecho al honor. Aquí la veracidad es un presupuesto del ejercicio del derecho a la información, he ahí la diferencia.

El que la información sea veraz no excluye que se vulnere la intimidad pues puede ser que datos o hechos veraces acerca del menor estén dentro de esa esfera íntima que debe quedar al resguardo de su conocimiento por la sociedad. Ese es el fundamento sobre el que se asienta la existencia de un derecho a la intimidad. En cualquier caso si la información no fuese veraz, no estaríamos en presencia de una información, sino que estaríamos hablando de una creencia, una suposición o una opinión. Esto supondría trasladarnos al campo de la injuria o la calumnia que están dentro del ámbito del derecho al honor.

La relevancia que la información pueda tener para el público ha sido alegada en ocasiones como una excepción a la vulneración de la intimidad del menor. Tal y como dice el T. C. una información posee relevancia pública cuando sirve al interés general, y ello lo será porque se refiere a un asunto que afecta al conjunto de los ciudadanos, es decir, que es un asunto público.

La dificultad radica aquí, en diferenciar ésto de la mera curiosidad del público por la vida de ciertos menores que podemos

calificar con relevancia pública o que son hijos de personajes que tienen esa notoriedad pública (famosos). Conviene tener claro que no es lo mismo hablar de personaje con notoriedad pública que hablar de personaje público. Estos últimos son los que tienen atribuida la administración del poder público y por ello deben someterse al escrutinio legítimo por los ciudadanos de su actuación pública. Sin embargo, según el T. C., la notoriedad pública se predica de aquellos personajes que alcanzan esa notoriedad precisamente por exponer su vida a los demás. Estos sujetos suelen ser, por regla general, mayores de edad, por ello pueden hacer con su intimidad lo que les dicte su conciencia; ahora bien la actuación de esos mayores no debe extenderse al círculo de intimidad de los menores que tienen bajo su responsabilidad, pues estamos hablando de un derecho personalísimo. Así la revelación de datos referidos a la intimidad de un menor con notoriedad pública supondría situarnos en el campo de la curiosidad y no en el campo de la información noticiosa.

Pero podría darse el caso de que el menor fuese el que revelase datos de su intimidad. Independientemente de la causa por la que los revelase, su intimidad seguiría siendo protegida y aquél que informase sobre ellos, no podría apartarse de lo revelado por el menor aunque haga comentarios al respecto, siempre que no se traspase la línea de la injuria o de la calumnia.

El T. C. califica como una intromisión ilegítima en la intimidad del menor la información que los padres puedan dar acerca de intimidades de éste, en un claro incumplimiento de las funciones propias de la patria potestad. Esto, si cabe, es más grave pues supone un claro incumplimiento de la función que la patria potestad otorga a los padres para proteger los intereses del hijo menor. En este caso la defensa de la intimidad del menor no podría ejercerse por los padres sino que sería el Ministerio Fiscal el que se encargaría de ello, de oficio o puesto de sobreaviso por el propio menor, si así lo creyese procedente.

En cualquier caso este tema, como ya avanzaba, es muy casuís-

tico y deben ser los Tribunales competentes los que determinen si se da o no se da violación del derecho a la intimidad del menor. A título de ejemplo se puede mencionar una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (pensemos en que por el carácter reciente de nuestra Ley todavía no hay una jurisprudencia asentada en cuanto a la aplicación de sus preceptos) de 1 de junio de 1999 que, pese a ser susceptible de casación o incluso de amparo, no reconocía violación del derecho a la intimidad de unos menores por la divulgación de una información acerca de las violaciones repetidas que habían sufrido por parte de unos familiares. La Audiencia consideraba que tras la ponderación de los derechos en conflicto no resultaba violada la intimidad de los menores puesto que las fotografías publicadas no permitían identificar a los menores (eran antiguas y los menores aparecían con los ojos tapados), sus nombres no aparecían: se habían consignado a través de las iniciales y además en el reportaje los menores recibían un trato exquisito por parte de los periodistas. En este caso además la información sí que contaba con el carácter de hecho noticioso, con interés público, pues pretendía poner de manifiesto y denunciar las situaciones de malos tratos de menores, alejándose del mero morbo y la curiosidad.

Lo que debe quedar claro es que el Tribunal a la hora de realizar esa ponderación de derechos debe tener en cuenta en primer lugar siempre el interés prevalente del menor que aconsejará proteger su intimidad.

ee) *Relación del artículo 12 (derecho a la información de niños y adolescentes) con los artículos 41, 42 y 43 de la propia Ley 12/2001*

Por la relación que guardan con el derecho a la información del menor se podrían realizar unos apuntes sobre los artículos 41, 42 y 43 de la LIAA, que se dedican respectivamente a las publicaciones, prensa y medios audiovisuales publicidad dirigida a los niños y adolescentes.

Además con el análisis de estos artículos se podría comprobar como el legislador pretende corregir en parte, aquellos aspectos de los apartados 4.º y 5.º del artículo 12 que he criticado, pese a la dificultad que para el legislador tiene regular un tema de la complicación de que goza este y de la cual soy consciente, por ser poco concretos, poco comprometidos y en parte algo utópicos.

Pero estos puntos serán desarrollados con posterioridad en otros apartados de este trabajo y por ello baste aquí con mencionar esa relación y remitir a dichos apartados para su lectura.

3. DERECHO DE SER OÍDO

Jorge Luis Emperador Bartumeus

AL DERECHO A SER OÍDO (ART. 13)

Son muchos los procesos y actuaciones en que se ven envueltos los menores. Bien sea por circunstancias familiares o personales, la influencia en su desarrollo como personas es, a veces, decisiva. Esto lleva aparejado no sólo, que se deba aplicar en estos casos el principio del interés superior del menor, sino que sea tomada en cuenta, por lo menos, su opinión cara a tomar una decisión al respecto.

Hay que valorar por ello su edad, madurez; y sobre todo la idea de que no se puede actuar con ellos de igual forma que con un mayor de edad.

Artículo 13: Derecho a ser oído.

1. Además de en los supuestos previstos legalmente, los niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez, independientemente de sus posibilidades de comunicación, tanto en el ámbito familiar como en todo procedimiento en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que les afecte en la esfera personal, familiar o social. En los procedimientos, los menores serán escuchados en comparecencia realizada de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo. Las Administraciones

públicas de Aragón velarán para que, en aplicación de este derecho, se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio.

3. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de las personas que le representen legalmente o asistan, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o, en su caso, a través de otra persona que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

4. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente o asista, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al ministerio Fiscal y a aquéllos.

a) Legislación internacional

Como punto de partida, siempre que se habla de los derechos de la infancia y de la adolescencia, es necesario remitirse a la Con. Men. 1989. En su art. 12, se afirma:

«1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

Si se analiza su apartado 1.º, estamos ante un derecho procesal fundamental. Matizándose el tratamiento que se le da en función de sus facultades (tácitamente reconocidas o por medio de evaluaciones) se puede decir que en toda actuación en que se vea afectado un niño o un adolescente no sólo podrá expresar su parecer sino que también, se le deberán notificar todos los hechos; y las posibilidades puestas a su disposición de tal forma que la seguridad jurídica no se vea afectada lo más mínimo.

Respecto al 2.º apartado, señalar el hecho de que no se restringen a la audiencia ante el juez, sino que comprende todo el personal, tanto el estrictamente jurídico como el técnico psicológico⁴⁵. Hay que tener en cuenta que estos *desiderata*, se verán consuetudidos a los medios económicos y humanos que dedique cada Estado, y que no siempre son los más adecuados. Además, se debe considerar la opción de, en tanto se busque el beneficio del menor, su protección y su comodidad, encontrar sitios más adecuados al menor, que un despacho o una sala de justicia; en tanto sea posible sin alterar la legislación vigente.

Dependiendo de la limitación de su capacidad de obrar, se decidirá si se expresa por sí mismo o por medio de representante.

No se puede menos que recordar que al estar ratificado por España, este Convenio, le es susceptible de aplicar el art. 10.2 C.E., por el que será principio interpretador de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la C.E. reconoce. Así se verá cuando haga referencia a la legislación ordinaria española.

Por otra parte, merece mención el Conv. Eur. Men. 1996. A pesar de no estar ratificado por España, su importancia radica en el hecho de constituir una normativa moderna y dinámica alrededor del derecho de audiencia del menor. Así su art. 3 afirma

45. BERNUZ BENETTY, María José, El derecho del niño a ser oído en Los derechos de la infancia y la adolescencia (Zaragoza, 2000), pp. 293 y ss.

que al menor considerado por el derecho interno con discernimiento suficiente en los procesos ante autoridad judicial, se le confiere el derecho, del que él mismo puede pedir beneficiarse, a recibir toda información pertinente, ser consultado y expresar su opinión y ser informado de las eventuales consecuencias de la puesta en práctica de su opinión e incluso las de toda decisión. Como se puede observar, no se habla de edad determinada sino simplemente de discernimiento.

Esto puede llevarnos a pensar que la remisión a la legislación nacional, en cuanto a la fijación de la edad a partir de la cual otorgar tal facultad; pero también remarca «la madurez del menor», como se expresa en la normativa española, resaltando aún más como los niños deben ser evaluados personalmente y no tratados uniformemente por un patrón como si todos los casos fueran iguales.

Pero la verdadera revolución para nuestra legislación se encuentra en los artículos 4 y 5 cuando se habla del derecho a solicitar, por él mismo o por intermediario, la designación de un representante especial en los procesos ante autoridad judicial, en la medida que los titulares de la responsabilidad de representarle tengan un conflicto de intereses; y que las partes examinen la oportunidad de reconocerles derechos procesales suplementarios, como los de: pedir ser asistidos por persona de su elección, con el fin de expresar su opinión; la de pedir un representante distinto, en el caso apropiado un abogado; el derecho a designar su propio representante o incluso la facultad de ejercer todas o parte de las prerrogativas de una parte en tales procesos; respectivamente. No obstante, hay que señalar que se limita a los procesos civiles familiares.

Si se llegase a producir la aprobación y posterior ratificación por nuestro país, de dicha regulación, se deberían producir modificaciones importantes en nuestra legislación procesal, respecto a la capacidad procesal y la designación de abogado y procurador.

b) Previsiones legales

Una idea clave en el art. 13 LIAA es la necesidad de oír al menor en todo proceso en el que se vea afectado, conforme a lo establecido en los convenios internacionales, teniendo en cuenta las circunstancias ya mencionadas en los anteriores apartados.

No obstante, ante la expresa mención acerca de la existencia de previsiones legales, al inicio del art. 13 LIAA, es necesario su desarrollo.

El art. 9 LOPJM reitera el derecho a ser oído en términos semejantes a los de Con. Men. 1989. Si que llama la atención, por una parte, en el segundo párrafo del apartado 1.º, en relación a la Dis. Adic. 8.ª 1) Ley 30/1981, al hablar de que se realizarán de forma más adecuada las audiencias, está posibilitando las realizadas a puerta cerrada e incluso fuera de lo que la sede judicial, y le da una importancia que es reconocida por la jurisprudencia al considerarlas un trámite imperativo.

En el apartado 2.º, se afirma que: «a falta de poder ejercer su derecho por sí mismo, lo harán sus representantes legales», entendiéndose como tales los padres y, «sólo en caso de conflicto de intereses entre estos o de ellos con el menor se nombrará otra persona con carácter subsidiario».⁴⁶

Por otra parte, en su último apartado que será también el del artículo en cuestión de la LIAA, refiriéndose a la actuación del fiscal, no se detalla a través de que procedimiento el Ministerio Público podrá actuar de esa forma. En todo caso se da «un reconocimiento pleno de la titularidad del derecho en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlas»⁴⁷.

46. GARCÍA MAS, F. J., *Programa general de Ley 1/1996 de 11 de enero, de protección jurídica del menor*. A.C. n.º 13, septiembre, 1997, p. 820

47. PASTOR GAJETA, Félix, *Algunas notas y comentarios de LO 1/1996 de protección jurídica del menor (1997)*

La referencia a esta LOPJM, no queda aquí, pues es utilizada para la modificación de varios artículos del C.c. y de la LECiv 1881.

Respecto a los arts. del C.c., reformados que interesan ser destacados en este estudio, son:

— En su Dis. Fin. 4.º, se modifica el art. 158, estableciéndose en la nueva redacción, respecto de las Dis. Gen. de las relaciones paterno filiales; el hijo es uno de los legitimados para instar al Juez a» dictar:

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

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

3.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios...».

— En su Dis. Fin. 11.º, se refiere al art. 177 C.c., con la necesidad del consentimiento del adoptado para que la adopción se lleve a cabo, o si no cumple la edad establecida, en todo caso oírle, si tiene la suficiente madurez.

— En la Dis. Fin. 16.º, respecto al art. 248 C.c., en el que para decretar la remoción del tutor, es necesario, entre otros trámites, que se de audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.

— Se practican en la Dis. Fin. 18.º las siguientes reformas:

— El art. 273 C.c. precisa para que el juez autorice o apruebe alguno de los actos descritos en los dos artículos anteriores: facultades del tutor para internar al tutelado en establecimiento de educación o formación especial; enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar con-

tratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción; renunciar derechos; transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado; aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades; hacer gastos extraordinarios en los bienes; entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; para dar y tomar dinero a préstamo, disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado; ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado. Respecto de la partición de la herencia y la división de cosa común necesitan aprobación judicial, una vez practicadas, habrá de escuchar al tutelado que cumpliese la edad exigida o si la Autoridad Judicial, así lo considerase oportuno.

— En el art. 300 C.c., el menor es una de las personas que puede pedir al Juez el nombramiento de un defensor.

Pero también hay otras normas del C.c. no modificadas por la L.OPJM. Así, el 2.º párrafo del art 92 señala que se requerirá su audiencia, para decidir las medidas judiciales sobre su cuidado y educación, en los procesos de nulidad, separación o divorcio. Es una de las situaciones en que más se debe atender a la protección del menor. Su opinión es de gran utilidad al juez a la hora de determinar las medidas a aplicar sobre las relaciones paterno-filiales, al conocer de su boca su voluntad. Aunque no vincula al juez, sí que tiene su influencia, e incluso cierto poder, como lo demuestra el art 160, puede resolver cancelar el derecho de los padres de relacionarse personalmente con los hijos menores a petición de estos.

Por otra parte, no se le debe crear más temor ni incomodidad en el momento de ruptura de la unidad familiar. Así la comparecencia ante el juez puede realizarse, de hecho suele hacerse, sin la presencia de los padres.

«No puede darse una regla general en cuanto a la edad a

partir de la cual deben ser oídos los hijos, depende de su madurez psicológica tanto intelectual como emocional»⁴⁸.

Los servicios psicológicos, si los hubiera, deberán actuar con el fin de no empeorar el estado de ánimo del menor.

En el art 173.2, se precisa de su consentimiento para poder llevar a cabo su acogimiento. Observándose este precepto junto al art. 177 sobre la tutela y el art. 9 LOPJM, se puede hablar de que «se convierte en agente definidor de su propio interés»⁴⁹.

En el Derecho de sucesiones, se estima a través de los arts. 633 y 688, que tienen capacidad para hacer testamento, excepto el ológrafo; lo cual se une a que pueda ser testigo en el testamento en caso de epidemia.

También puede ser testigo en actos inter vivos (art. 1246.3), o solicitar al Juez su emancipación o el beneficio de mayor de edad, si estaba sometido a tutela (arts. 320 y 321 respectivamente). Incluso casarse bajo la dispensa solicitada en el art. 46.

c) Criterios establecidos sobre la edad y la «suficiente madurez»

Respecto a los derechos establecidos anteriormente, es lógico pensar que no se pueden conceder a todos los menores por igual. Ni siquiera se puede establecer una tabla rasa, a partir de la cual otorgar todas las facultades.

De este modo, puede observarse lo siguiente:

A partir de los 12 años se establece la facultad del adoptado de consentir su adopción en el art. 177.1C.c. (si no los tuviera pero se determine su suficiente juicio sería simplemente oído), y la necesidad de oír al tutelado según el art. 273; y a los mayores de

48. RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO, Comentario al art. 92, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del C.C.* (2.ª ed.) (Madrid, 1994) pp. 1014-1043.

49. HERRERO PEREZAGUA, J., FRANCISCO, *Tutela cautelar del menor en el proceso civil* (1997).

tal edad se les dará también audiencia en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

Respecto a la edad del adoptado, este cambio rompe con la tradición, plasmada en la Ley 1970, de esperar a que tuviese 14 años. Este adelanto nos sitúa en el Derecho Comparado en una posición intermedia entre la premura de las legislaciones socialistas, en adaptación y los países de Europa Occidental, que la retrasan un poco más.

Las personas que cumplan los 14 años podrán realizar testamento, ser testigo intervivos y casarse mediante dispensa.

Desde que se cumplen los 16 años, se puede solicitar la emancipación judicial y el beneficio de la mayor edad, así como ser testigo en testamento en caso de epidemia.

Es fácil observar de esta forma, cómo se va concediendo gradualmente mayor capacidad y se da más peso a la opinión del menor, la cual debe ir acompañada en todo momento de una suficiente información por parte de la Autoridades y la certidumbre de una suficiente y acreditada representación, sin conflictos de intereses con el menor.

En todo caso, es clara la voluntad del legislador de dar la oportunidad de expresarse al menor por sí solo, requiriendo que la exprese por él su representante sólo en el caso de que ese sea su mayor interés, pues éste y no otro debe ser el principio que inspire estas actuaciones.

En la LIAA al establecerse un derecho general, se limita a condicionar su posibilidad de ejercicio concreto «a su edad y condiciones de madurez»; cuando en la mayoría de leyes autonómicas reguladoras de dicha materia, expresan su obligatoriedad a partir de los 12 años y facultativa anteriormente, si tiene suficiente juicio⁵⁰. Este último criterio es muy subjetivo y no se puede decir que exista ningún barómetro fijo.

50. GUZMÁN FERRA, Vicente Carlos, Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil (Madrid, 2000).

Cada Juzgado con su equipo técnico, es libre de valorar a cada menor, más todavía si se tienen en cuenta las grandes diferencias que existen a esas edades, en el desarrollo emocional de cada persona.

Los equipos técnicos a los que me refiero tienen su origen en los Equipos Técnicos de Valoración, que surgen en el orden penal respecto en este ámbito determinado, teniendo su equivalente en la justicia civil con los equipos multidisciplinares de psicólogos, médicos forenses y trabajadores sociales, que realizan los pertinentes informes periciales.

Lo evidente es que la profesionalización y especialización de todos los agentes implicados en estas actuaciones y procesos es cada vez más evidente y necesaria, siempre y cuando se tengan los medios necesarios para hacerlo posible. De hecho, la LAJG, en su art. 25, ya tiene prevista dicha especialización.

A este respecto, es de reseñar el hecho de que en la LIAA no se encuentre, de forma expresa, ningún principio de colaboración con la Administración de Justicia, como sí se encuentra en las leyes de algunas CCAA (por ejemplo, en los arts. 78 a 80 de Ley 1/97, 7 febrero de atención integral a los menores de la CA canaria).

d) Especial referencia a los actos patrimoniales y derecho foral aragonés

En el estudio de una ley aragonesa, no se puede olvidar nunca hacer mención a las especialidades forales contenidas en la Comp. Ar. Aunque la capacidad de obrar del menor está restringida, nuestro Derecho especial aragonés ha facilitado las cosas al menor. A este respecto hay que recordar que, frente al ámbito de aplicación de la LIAA a todo el territorio de la Comunidad Autónoma, el Derecho foral tiene una aplicación personal.

Así, el art. 5 Comp. Ar. establece que a partir de los 14 años, quien ostente la vecindad civil aragonesa, «aunque no esté eman-

cipado puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso de uno cualquiera de sus padres...», llegando a poder vivir independiente, con el beneplácito de sus padres, con la libre administración de todos sus bienes; lo cual disminuye en al menos dos años la edad necesaria para muchas de estas facultades, aunque la práctica sea algo diferente, ante la prohibición legal de realizar un trabajo remunerado a los menores de 16 años.

No obstante, en todo caso, el menor de 18 años requiere para la aprobación de las cuentas de administración de sus bienes, de «la asistencia y asentimiento de la Junta de Parientes o autorización judicial»(art. 6 Comp. Ar.).

e) El menor y la jurisdicción voluntaria

Tal y como establece la Disp. Derog. Única 1. 1.º LECiv., se exceptúa de la derogación de LECiv 1881: «*Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria, respectivamente...*».

Esto resulta de vital importancia para el tema, puesto que algunos de los procesos de Derecho de familia se resuelven mediante expedientes de jurisdicción voluntaria.

Hay que indicar que el derecho a ser oído se ha visto como derivación constitucional del art. 24; pero en este caso hay quien ha visto dudas de constitucionalidad por este citado artículo, a que se sigan por esta vía los procesos familiares.

Al respecto hay que decir que la mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia así lo avala, la respalda. En primer lugar, frente a la posibilidad de acudir a órganos administrativos, pues el juez ampara mejor las decisiones en el Derecho de familia, con todos los elementos de interpretación que se deben usar.

Por otra parte, no se duda del respeto a las garantías proce-

sales, que representa la jurisdicción voluntaria frente a la dudosa necesidad de tener que acudir posteriormente a un declarativo.

En la regulación de la jurisdicción voluntaria, hay que tener en cuenta los artículos modificados por la LOPJM, sobre la sustracción internacional del menor, acudiendo a los arts. 1905 y 1907, sobre la audiencia al menor en la comparecencia.

En cuanto al resto de artículos que interesa destacar; el art. 1828 Leciv 1881 se refiere al procedimiento de acogimiento y la necesidad de oír al menor en caso de que este tuviese al menos 12 años. Mientras, el art 2012 establece como requisito necesario, para decretar la enajenación o gravamen, de los bienes del menor o incapacitado, en los supuestos que necesite autorización judicial.

No obstante hay procesos como los matrimoniales, que se rigen por la LECiv. En estos, se siguen los trámites del juicio verbal (art. 770), señalándose en su apartado 4.º el mencionado trámite de audiencia al mayor de 12 años; lo cual se repite en el art. 777.5, en los casos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro.

En otro orden, puede observarse como el apartado 4.º del art. 13 de LIAA es idéntico al art. 9.3 LOPJM, por lo que también vale el comentario a él referido sobre la incertidumbre sobre el procedimiento que se requiere para esas actuaciones ante el Ministerio Fiscal.

f) La protección en el testimonio del menor

El último inciso del art. 13.1 LIAA responsabiliza a las Administraciones aragonesas de «velar para que, en aplicación de este derecho, se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión».

En varias ocasiones, se han comentado ya estos aspectos en el ámbito civil, mas es principalmente en el orden penal donde

la legislación ad hoc, debe preocuparse de ello, y sobre todo en los abusos sexuales.

Las SSTC 201/1989, 229/1991, y 283/1993 afirman que en ausencia de regulación legal la declaración de la víctima vale como prueba testifical. Esta necesidad provoca lo que se ha venido a llamar «victimización secundaria, que se manifiesta mediante sentimiento de miedo, autocompasión, y sentimiento de culpabilidad o de impotencia»⁵¹.

La legislación al respecto ha evolucionado, debiendo hablar de dos importantes reformas. En primer lugar, la LO 14/1999, modificadora de la LECrim., consigue una solución al problema de la víctima de tener que cruzarse en la sala con el presunto, con el riesgo de la ya calificada «victimización secundaria» sobre todo si, como suele ocurrir nos encontramos ante el único testigo directo. Para darle validez, la jurisprudencia del TS establece como requisitos la ausencia de resentimiento o enemistad anterior procesado-víctima, la verosimilitud (ciertas pruebas objetivas así lo verifiquen), y la persistencia de la incriminación.

Anteriormente no se hacía ninguna distinción hacia los testigos menores, con una gran falta de medios. Hay que tener en cuenta que, en todo caso hay que dar seguridad jurídica y no producir indefensión en el acusado. Se deben garantizar los principios de contradicción, y con todas las garantías; lo que hace muy difícil, por ejemplo, el que valga la simple lectura de lo declarado en las fases procesales anteriores.

A partir de la reforma serán factible «colocar cualquier obstáculo en la propia sala de visitas como una mampara de material opaco»⁵², «cualquier medio técnico o audiovisual», según el 2.º párrafo, que se añade al art. 707 LECrim en esta reforma; así

51 TAMARIT SUMALLA, Joseph María. La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual (Elcano, Navarra, 2000).

52 TAMARIT SUMALLA, Joseph María, *Ob. cit.*

como un biombo (antes imposible) o incluso a través de un circuito cerrado de TV, todo con tal de evitar presiones mayores al testigo, sin vulneración de derecho alguno del acusado.

No obstante este es un tema que por el desarrollo de los medios de comunicación está sometido a constante evolución, y solucionado a través de la jurisprudencia.

En segundo lugar, la LO11/1999, a partir de la acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de niños, adoptada por el Consejo de Europa de 14 febrero 1997, añade un último párrafo al art. 132.1 CP por el que no se computa el plazo de prescripción de los delitos contra la libertad sexual, hasta el día de su mayoría de edad, o la fecha de fallecimiento del todavía menor. De esta forma se consigue que comparezca con la madurez y seguridad de un mayor de edad, aunque el DNI no le haga olvidar los desgraciados hechos sufridos.

Con la LO 19/1994, 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, ya se había avanzado, en la medida que se intentaban proteger sus datos personales y llegaba incluso a la protección policial y evitar su identificación visual. A lo que no se podía llegar, por violación de los derechos del acusado, según el TEDH, era a su anonimato, es decir, la ocultación de la persona que era testigo.

g) Conclusión

Se puede deducir de lo expuesto, que el art. 13 LIAA contiene un derecho procesal de gran importancia para el menor. Su posición en las actuaciones que le afecten queda reforzada, su opinión no puede ser menospreciada.

En todo caso, se aprecia la necesidad de que el legislador siga desarrollando la regulación de materias como la protección del menor que es víctima de un delito o incluso, en mi opinión, la incorporación a nuestro ordenamiento del Conv. Eur. Men. 1996.

No obstante, lo fundamental es la aportación de los recursos económicos, técnicos y humanos necesarios para cumplir fielmente lo dispuesto en las normas objeto de estudio. El menor debe ser tratado como tal, un ser en desarrollo, parte débil; y por tanto necesitada de protección, en cualquier proceso tanto judicial como administrativo.

4. DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA, A LA PARTICIPACIÓN, DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN

Carlos Martínez Cerrada

A) DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA (ART. 14)

Rivero⁵³ define la libertad de pensamiento como la posibilidad que tiene el hombre de escoger o de elaborar por sí mismo las respuestas que considera acertadas a todas las preguntas que le planteará su vida personal y social, de adaptar tales respuestas a su comportamiento y de comunicar a los demás lo que considera verdadero; este último inciso se adecuaría más a la libertad de expresión. En cualquier caso, voy a partir de esta definición para saber de qué trataremos en las próximas páginas, en las que daré especial importancia en ocasiones a la libertad religiosa, que en este trabajo, al igual que la doctrina mayoritaria, entiendo como una manifestación más de la libertad ideológica; centrándome en este momento en el plano individual de la libertad religiosa constituido por la libertad de conciencia, y no tanto en la libertad de culto, que sería la manifestación externa de estas creencias religiosas y que entraría más en el ámbito de la libertad de expresión, la cual no examinaré a fondo en este apartado del trabajo.

Como se puede apreciar la libertad ideológica es uno de los

53. RIVERO, *Les libertés publiques*, II, P.V.F., (Paris, 1977), p. 120.

derechos más importantes para el desarrollo de la personalidad, y en cuanto tal debe ser protegido y garantizado a todas las personas en condiciones de igualdad. Partiendo de esta afirmación, es evidente que los menores también deben gozar sin trabas de este derecho, el cual, como otros muchos, les debe ser facilitado en la medida de lo posible. Pero la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual en la vida, sino que también comprende una dimensión externa de *agere licere*, de actuar conforme a sus ideas⁵⁴; ya lo indiqué en la definición inicial, pero como también dije estas manifestaciones externas serán tratadas junto con el derecho a la libertad de expresión.

En el análisis de este apartado, que trata sobre el artículo 14 de la LIAA, estudiaré todo lo relacionado con la libertad ideológica de los menores de edad, en especial su dimensión legislativa, su ámbito de aplicación, sus repercusiones y todos los posibles problemas que pudieran plantearse.

Artículo 14: Derecho a la libertad ideológica.

1. Los menores tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma velará para que el cumplimiento del derecho y el deber de los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar tienen de guiar a los niños y adolescentes en el ejercicio de este derecho contribuya al desarrollo integral de los derechos del menor.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma vigilará, asimismo, por que este derecho sea respetado en las intervenciones de los poderes públicos y de las institucio-

54. STC 120/1990.

nes colaboradoras y se facilite el efectivo ejercicio del mismo.

4. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

a) Antecedentes

La libertad ideológica de los menores es un tema que en los últimos años ha sido tratado por gran parte de la doctrina, sin embargo la legislación al respecto no es tan abundante como pudiera pensarse, y los casos más importantes aparecen tanto a nivel nacional como internacional, como veremos a continuación.

El único antecedente a nivel autonómico que he encontrado es la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores (derogada por la ley que analizamos en este trabajo); que como ya se habrá hecho notar en el análisis de los artículos anteriores trata de los derechos de los menores en un ámbito más reducido al de la LIAA, ya que sólo se ocupa de los menores sujetos a protección. En el articulado de esta ley apenas nada se dice al respecto de la libertad ideológica, tan sólo merece la pena reseñar el apartado c) del artículo 4, donde se enuncia el derecho de los menores sujetos a protección a recibir educación religiosa y a practicar su religión, aspectos ambos relacionados con la libertad ideológica, en concreto con su dimensión externa, con las consecuencias que ello supone y que ya apunté.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

En primer lugar y como antecedente principal debo hablar de la Constitución Española de 1978, que fija la base a nivel estatal del derecho fundamental a la libertad ideológica. Su art. 16,

en sus apartados 1 y 2, reconoce el derecho a la libertad ideológica y religiosa. No se hace mención expresa a los menores de edad, pero se debe entender que también gozan con plenitud de este derecho, ya que así se deduce de la redacción del artículo, que alude a los individuos y comunidades.

En relación con la libertad religiosa, como es evidente, atendemos a lo que nos dice la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. En ella se indican todas las características y facultades de este derecho en relación a todas las personas, y al no haber nada que indique lo contrario también se entiende que son aplicables a los menores. Solamente el apartado 1.c) del artículo 2 hace alusión expresa a los menores, al tratar del derecho de los padres para elegir la educación religiosa y moral que deseen para sus hijos; esto podría plantear algún problema como analizaré más adelante.

Sin duda la ley inspiradora de la LIAA es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que trata sobre el derecho a la libertad ideológica y religiosa en su artículo 6, cuyo contenido es similar al art. 14 LIAA. En este art. 6 de LOPJM se afirma el derecho del menor a la libertad de ideología conciencia y religión. Esta afirmación recogida en el apartado 1, se amplía en dos apartados más que dado su parecido con la redacción de la LIAA, no merecen ningún tipo de comentario en este momento.

bb) *Legislación internacional*

Muchos son los textos, proyectos y recomendaciones que a nivel internacional se han realizado acerca de los derechos de los menores, y éstos se han dado a todos los niveles (ONU, UE, Consejo de Europa ...). Pero toda la doctrina coincide en dar una importancia superior a la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, puesto que ha sido la base de muchos otros textos internacionales y de muchas legislaciones estatales.

La importancia de la Conv. Men. 89 se debe a que en ella se recogen y se explican todos los derechos de los menores, y dada la importancia de la ONU a nivel mundial, el contenido de esta convención ha llegado a numerosas legislaciones, las cuales se han hecho eco de estos derechos desarrollándolos en su propia legislación, como es el caso español con la LOPJM. Respecto de la libertad ideológica, se recoge en el artículo 14, cuya redacción inspiró tanto la redacción del art 6 LOPJM como el art. 14 LIAA, con lo que será analizado en páginas siguientes.

c) Objeto del estudio

El objeto de este apartado del trabajo es analizar el derecho a la libertad ideológica de los menores de edad en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el apartado siguiente trataré de analizar los aspectos que me parecen más relevantes en relación con este derecho, el cual como es sabido por todos es de una importancia vital en la actualidad, aunque a lo largo de la historia haya sido ignorado en muchas ocasiones. Sin embargo ahora gozamos de una situación privilegiada, y conscientes de ello no podemos dejar de preocuparnos por la libertad ideológica, sino todo lo contrario, debemos facilitar el ejercicio de la misma por las personas que tienen en ocasiones más difícil su ejercicio, como es el caso de los menores de edad. Y ello es lo que se busca con la aprobación de leyes como la que está siendo estudiada en este trabajo; aunque en su análisis puedan surgir problemas y conflictos como se verá a continuación especialmente en el ámbito de la libertad religiosa.

d) Estudio del derecho a la libertad ideológica

aa) Introducción

Como ya he indicado con anterioridad tanto el contenido como la redacción de este artículo está inspirado en el Conv. Men.

89, que a su vez también es la base de la LOPJM que trata de los derechos de los menores a nivel estatal.

El art. 14 LIAA, *Derecho a la libertad ideológica*, se divide en cuatro apartados. El primero de ellos afirma el derecho de los menores a la libertad de pensamiento conciencia y religión. El segundo trata sobre el deber de los padres o tutores de guiar el ejercicio de la libertad ideológica del menor, facilitando el desarrollo de sus derechos, bajo la vigilancia de la Administración de la Comunidad Autónoma. La Administración de la Comunidad Autónoma también vigilará para que este derecho sea respetado y facilitado por los poderes públicos y las instituciones colaboradoras, como indica el tercer apartado. Por último, el cuarto punto versa sobre las limitaciones a este derecho, que son las fijadas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

bb) *Deber de obediencia de los hijos a sus padres*

A lo largo de la ley se incide en múltiples ocasiones en la obligación que tienen los padres de potenciar y facilitar el desarrollo de los derechos del menor. La ley trata de dirigir la actividad tanto de los padres o tutores como de la Administración, siempre en defensa del interés superior del menor. Pero no se para a pensar qué ocurre cuando estas decisiones van en contra de la opinión del menor; en estos casos podríamos encontrarnos ante la paradoja de que al querer garantizar los derechos del menor, estamos impidiéndole el ejercicio de su libertad ideológica. Por ello y para evitar esta actitud dirigista, es siempre aconsejable comparar los términos y ver con qué actitud es con la que realmente se favorecen los derechos de los menores.

Pero en este tipo de problemas como en los que se plantearán a continuación surge el problema de saber a partir de qué edad se puede considerar que los menores de edad pueden ejercer estos derechos. Este es un tema discutido por la doctrina y en el que es difícil dar una respuesta exacta, ya que la capacidad y

el desarrollo de cada persona es distinta, como también lo es el entendimiento que se requiere para el ejercicio de cada uno de los derechos que tratamos. En el caso concreto de la libertad ideológica no podemos dar una edad concreta, pero en mi opinión se debería de encontrar en los años más cercanos a la mayoría de edad, ya que aunque siempre se debe escuchar a los menores de 7 o 8 años, es evidente que en estos casos su discernimiento todavía no es el suficiente, y debe prevalecer la opinión de sus padres en beneficio de una mejor educación para el niño.

En la propia LIAA, al tratar del derecho a la educación se alude a este deber de obediencia y respeto de los hijos respecto de sus padres. También se encuentra regulado en el art. 155 C.c., es un derecho que puede plantear numerosos problemas. Castán⁵⁵ nos indica que este deber es respecto de las órdenes lícitas, y no respecto de aquellas ordenes que puedan ser contrarias a derecho. En el caso de desobediencia de los hijos a las órdenes lícitas, Castán habla de ejercer una facultad correctora que no viene al caso entrar a analizar en este trabajo. Al respecto de este deber de obediencia de los hijos también tratan otros autores, como el profesor Lacruz⁵⁶.

El caso que expuse anteriormente hacía referencia a conflictos entre padres e hijos respecto de la libertad ideológica, quizás se entienda mejor al ponerlo en relación con la libertad religiosa. Por ejemplo sería el supuesto de un menor de 16 o 17 años (que ya tiene un conocimiento suficiente) que no quiere ir a un colegio religioso o no quiere recibir el sacramento de la confirmación, mientras que sus padres le obligan a ello, también cabría el caso inverso, que sea el menor el que quiera y no los padres. ¿Cómo se soluciona este problema? No hay una respuesta única, ya que

55. CASTÁN TORRES, José, *Derecho civil español común y foral*, V-2.º (10.ª ed. revisada por Gabriel GARCÍA CÁMERA y José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ) (Madrid, 1993), p. 315.

56. LACRUZ BERNARDO, José Luis, *Elementos de Derecho civil IV-2.º* (Barcelona, 1989), p. 250.

habría que ver las circunstancias del caso concreto, pero la mayoría de la doctrina⁵⁷ entiende que el derecho del menor a profesar o no una confesión religiosa prevalecerá sobre la decisión contraria de los progenitores, a pesar de su derecho educar a sus hijos en su propia fe. Baste este ejemplo para mostrarnos que las cosas no son tan fáciles como pueden parecer en un principio, aunque como vengo de decir, si el hijo tiene las «condiciones de madurez suficientes» tendrán preferencia sus opiniones sobre las contrarias de sus padres.

cc) *Libertad religiosa*

aaa) Conflictos

Ya al tratar sobre el deber de obediencia de los hijos me he introducido es este complicado tema que como se ha visto no es ajeno a las controversias. El tema más importante puede que sea el de los conflictos en materia religiosa entre padres e hijos, el cual acabo de explicar al habernos basado en un ejemplo de libertad religiosa para hacer ver la primacía de la libertad ideológica (y también religiosa) del menor en caso de conflicto con sus padres o tutores.

Pero los problemas pueden ser más complicados que el planteado en relación a la edad y el entendimiento del menor o el tema del que se trate. Además como también nos dice la profesora Linacero⁵⁸ cuando la decisión del menor pueda causarle perjuicios podrá invocarse junto al interés superior del niño, el art. 158.3 C.c. que permite al juez adoptar las medidas oportunas para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

57. LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor* (Madrid, 2001), p. 123.

58. LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor* (Madrid, 2001), p. 124.

bbb) El problema de las sectas

Como ya apunté al finalizar el apartado anterior si la decisión del menor puede ser gravemente perjudicial, ésta puede ceder en beneficio de la educación, la salud y la seguridad del mismo. Este es el supuesto de las sectas, cada vez más frecuente en la actualidad, pero en estos supuestos no sólo se debe vigilar cuando la víctima sea el menor, sino también cuando lo sean los padres de los menores, ya que los hijos también quedarían afectados en mayor o menor medida⁵⁹.

Las situaciones en que los menores llegaran a encontrarse en un caso así podrían ser entendidas como incluidas en las situaciones de desamparo, que regula el Capítulo III del Título III LIAA, y que se analizarán más adelante en este trabajo. En cualquier caso señalar que se deben ver las circunstancias del caso y buscar siempre el beneficio del menor. Los casos en este tema van en aumento y con ellos también la jurisprudencia⁶⁰ al respecto.

Como indica Pantoja⁶¹ respecto de la LOPJM, tampoco la LIAA hace a este respecto alusión alguna al Ministerio Fiscal, sin embargo si se diera una situación de riesgo o de desamparo en el ejercicio de la libertad religiosa del menor (caso de sectas) sí que se podría pensar en una actuación suya, en base al art. 158.3 C.c., ya apuntado anteriormente.

ccc) Relación con la objeción de conciencia

La objeción de conciencia es un tema muy extenso que no tendría por qué estar dentro de la libertad religiosa, ya que su

59. MAGUIÑA AMEL, M^a Luisa, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado* (1^a ed. 1996), p. 191.

60. STC 260/1994, de 3 de octubre.

Resolución del Parlamento europeo de 22 de mayo de 1984

61. PANTOJA GARCÍA, Félix, *Algunos datos y comentarios a la ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica* (Madrid, 1997), pp. 43 y 44

ámbito es más amplio y puede ser alegada debido a muchas causas que no tienen por qué ser religiosas. Sin embargo aquí me centraré en señalar brevemente los problemas que supone la alegación de causas de objeción de conciencia para oponerse a ciertos tratamientos médicos; es el caso de las transfusiones de sangre para los Testigos de Jehová, donde confrontan en nuestro caso la libertad ideológica y religiosa del menor y/o de sus padres, con el derecho a la salud del menor.

Las situaciones que se pueden plantear al respecto pueden ser varias según sea el menor, los padres o ambos quienes se opongan a las transfusiones de sangre por motivos religiosos. En los supuestos que se han planteado en nuestro país, el Tribunal Supremo⁶² ha indicado que el derecho de los padres a organizar la vida de sus hijos conforme a su religión tiene el límite de no perjudicar su salud ni su desarrollo, con lo que se dará preferencia al derecho a la salud. Una solución similar a ésta es la que toma la LIAA en su art. 32.3 en relación con la protección de la salud del menor.

Esta solución ha sido apoyada por la profesora Combalía⁶³ que como la doctrina mayoritaria entiende que partimos de un conflicto entre dos derechos fundamentales recogidos en la C. E., como son el derecho a la libertad religiosa (art. 16) y el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15) en el que también incluimos el derecho a la salud. En esta situación se da primacía a la salud y a la vida, «por ser el centro y principio de los demás derechos» como manifiesta el T.S. Frente a esta posición, algunos autores consideran la libertad religiosa como la primera de las libertades, y por ello le conceden primacía, son pocos supuestos y para casos de mayores de edad.

62. Auto del TS de 27 de septiembre de 1978.

63. COMBALÍA, Zoila, *La salud como límite al derecho de libertad religiosa*. Suplemento HUMANA IURA de derechos humanos 3 -separata- (1993), pp. 53-56.

dd) *Libertad ideológica y libertad de expresión*

Como nos indica la jurisprudencia del TC⁶⁴ la libertad ideológica no se agota en la dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida; también abarca una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas. Como vemos la libertad ideológica está en estrecha relación con la libertad de expresión, que también contempla la LIAA y todos los demás textos legales enunciados. Llegados a este punto es innegable la importancia de la libertad ideológica, pero es también evidente que la afirmación de la libertad ideológica, tanto en general como del menor en este caso, quedaría prácticamente vacía de contenido sino existiese el derecho a la libertad de expresión, ya que gracias a este segundo derecho el menor tiene la posibilidad de comunicar y difundir sus propias ideas, que de otro modo quedarían en su seno interno, sin posibilidad de transmitir las ni oral ni por escrito al resto de personas; con lo que podemos decir que un derecho necesita al otro.

e) *Opinión personal*

En relación a la redacción del art. 14 LIAA que ahora hemos tratado, en mi opinión la expresión y estructura utilizadas en el apartado segundo son demasiado farragosas y se hace difícil su comprensión en una primera lectura; y respecto de los contenidos en general, aunque un poco ambiguos en oraciones, no tengo ninguna crítica concreta de los mismos.

64. STC 19/1995 y STC 130/1990.

B) DERECHO DE PARTICIPACIÓN, ASOCIACIÓN Y REUNIÓN (ART. 15)

En el estudio de cualquier derecho fundamental suele destacarse su importancia a todos los niveles; en el caso de los derechos que voy a tratar a continuación ésta es evidente dada su estrecha conexión con la dignidad de la persona, la sociabilidad humana, la libertad personal y el pluralismo político, social y cultural. Además otros importantes derechos como las libertades de pensamiento, religiosa o de expresión, encuentran en derechos como el de asociación o el de reunión medios claves para su desarrollo⁶⁵.

Como veremos, el art. 15 LIAA es bastante extenso, ya que en sus diez apartados trata de regular las peculiaridades de tres derechos tan importantes como el de participación, el de asociación y el de reunión en el ámbito de los menores de edad. A pesar de que son regulados conjuntamente y de que los tres derechos destacan por fomentar la participación en la vida social y cultural de los menores, es evidente que cada uno de estos tres derechos tiene unas particularidades que le son propias.

Esta diferenciación es clara y más adelante tendremos tiempo para ponerla de manifiesto, puesto que al analizar más en detalle la regulación de estos derechos en el apartado que trata sobre el estudio de los mismos, además de ver sus características respecto de los menores, los definiré y trataré las diferencias entre ellos. Pero antes de esto voy a hacer unas breves referencias a los antecedentes y a la legislación al respecto, lo cual haré de los tres derechos en conjunto para hacer más llevadera y menos repetitiva la lectura de los dos primeros apartados de esta parte del trabajo.

Artículo 15: Derecho de participación, asociación y reunión.

65. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, (Madrid, 1996), p. 19.

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente, de acuerdo con su capacidad y desarrollo evolutivo, en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

2. Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de la infancia.

3. Los menores tienen derecho a constituir asociaciones infantiles y juveniles y a ser miembros de las mismas, y también a ser miembros de organizaciones juveniles, de partidos políticos y de sindicatos, de acuerdo con la legislación vigente y los estatutos, como manifestación de sus intereses y aspiraciones, y a participar en ellos activamente, de acuerdo con sus condiciones de madurez.

4. Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus estatutos, a un representante legal con plena capacidad.

5. Las asociaciones de menores deben respetar los principios y valores de una sociedad democrática, fomentando el civismo, la convivencia y la tolerancia.

6. Ningún niño o adolescente puede ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en ella contra su voluntad.

7. Las Administraciones públicas desarrollarán y fomentarán los programas necesarios para prevenir y proteger a los niños y adolescentes de los efectos nocivos de grupos o asociaciones cuya ideología, métodos o finalidad atenten contra los derechos reconocidos a aquéllos. Cualquier persona física o jurídica o entidad pública que tenga conocimiento de que la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impide o perjudica el desarrollo

integral de los derechos del menor deberá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva la medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

8. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas en los términos establecidos por la ley. En iguales términos tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

9. Las Administraciones públicas promoverán que los menores que asisten a sus centros participen en la gestión y en las decisiones de los mismos, asumiendo responsabilidades proporcionadas a su grado de madurez y desarrollo personal.

10. Las Administraciones públicas promoverán a través de las organizaciones no gubernamentales de infancia y adolescencia el apoyo de espacios y canales de protagonismo y de participación social de los menores, para lo que emprenderán acciones de concienciación y promoción.

a) Antecedentes

Tras la promulgación de la C.E. en 1978, el panorama legislativo y la situación de estos derechos dieron un giro de prácticamente 180 grados. A partir de entonces los derechos de participación, asociación y reunión tomaron una mayor dimensión, no sólo a nivel general, sino también en relación con los menores de edad.

Sin embargo, y como ocurre con otros muchos derechos la legislación a nivel autonómico se hizo esperar, y hasta la Ley aragonesa 10/1989 de protección de menores no aparece ningún antecedente legislativo en relación a los derechos que tratamos. Como ya se ha comentado esta ley sólo se ocupa de los derechos de los

menores sujetos a protección, en el apartado a) del artículo 4 enuncia los derechos de reunión, asociación y participación de estos menores. Cierzo es que esto supone un antecedente a la regulación actual, pero es obvio que el desarrollo y la extensión que da a estos derechos la LIAA son ampliamente superiores en relación con la ya derogada Ley aragonesa 10/1989.

b) Legislación

aa) *Legislación estatal*

Al igual que ya hice al tratar sobre la libertad ideológica, también ahora parto de la C.E. que en sus arts. 21, 22 y 23 examina el derecho de reunión, el derecho de asociación y el derecho de participación respectivamente. La redacción de estos artículos nada dice al respecto de los menores de edad, pero puesto que la fórmula empleada es el impersonal «se», entiendo que cualquier persona es titular de estos derechos, y por lo tanto también los menores de edad, aunque con las limitaciones que más adelante señalaré.

En el ámbito de las asociaciones se partía de la ley preconstitucional 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, que regulaba este tema sin hacer relación a los menores. Sin embargo la nueva Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en la letra b) de su art. 3 sí que contempla la capacidad de los menores para constituir asociaciones. Al margen de esta ley, hay que tener en cuenta otras normas. Es el caso de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical y la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, que las nombro puesto que la LIAA alude a estos temas, pero no hay referencia expresa al ejercicio de este derecho por los menores de edad. Si que tiene más relación con los menores el Real Decreto 397/1988, de 22 de abril de 1988, de Asociaciones juveniles, así como la diversa legislación en materia de educación y centros educativos, que siempre contempla el derecho de asociación de alumnos. Como se

puede apreciar la legislación en materia de asociación va creciendo y, en más de una ocasión, se contempla la posibilidad de las asociaciones de menores.

Respecto del derecho de reunión, también una ley básica lo regula, es la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión; en la que aun sin alusión expresa a los menores, del requisito de plena capacidad, podemos deducir que éstos sí que pueden disfrutar de estos derechos de reunión y manifestación, las limitaciones, como trataré más adelante, aparecen a la hora de promoverlas y convocarlas.

Al igual que ocurría con la regulación de la libertad ideológica, también en los derechos de participación, asociación y reunión se encuentra su referente más inmediato en la legislación estatal en la LOPJM. Estos derechos se regulan en el art. 7, la estructura es diferente que en la LIAA, ya que el artículo consta tan solo de tres apartados (frente a los 10 de la LIAA), cada uno de los cuales se dedica al desarrollo de los derechos enunciados; pero el contenido de ambas leyes es muy similar, razón por la que no lo trataremos ahora, sino al ver las características de la LIAA.

bb) *Legislación internacional*

No me extenderé en este apartado del trabajo, puesto que aunque hay muchas resoluciones, convenios y recomendaciones tanto a nivel internacional como comunitario que tratan al respecto, la piedra angular de todo este sistema, así como la fuente de inspiración de la LOPJM y la LIAA es el Conv. Men. de 1989, donde la ONU fija las bases elementales de los derechos de los menores de edad. Respecto de los derechos de asociación y reunión (del derecho de participación no hace referencia expresa) están regulados en el art. 15, cuyo tratamiento es bastante breve en comparación con el que dan la LOPJM y la LIAA ya nombradas.

c) Objeto del estudio

En el apartado siguiente trataré las diferentes características de este artículo, y lo que es más importante, la situación en la que se encuentran los menores de edad para ejercer sus derechos de participación, asociación y reunión, para lo que los analizaré por separado.

Sin embargo, estos tres derechos como ya apuntaba al inicio del comentario de este artículo están también relacionados entre sí (como también trataré brevemente más adelante), puesto que todos ellos suponen un gran avance para los menores para su progresiva integración en la vida social, política y cultural en el entorno que les rodea. Así pues el objeto del trabajo es examinar todas las ideas que vengo señalando en estas últimas líneas.

d) Estudio del derecho de participación, asociación y reunión

aa) *Derecho de participación*

Seguramente, de los tres derechos que se afirman en este artículo sea éste el que menos problemas plantea, en gran medida, y aunque parezca paradójico, debido a su amplitud y ambigüedad. El mismo se encuentra regulado en los dos primeros apartados del art. 15, como se puede ver el primero de ellos hace una enumeración de las posibilidades de participación, las cuales se quedan en un propósito de buenas intenciones. El segundo apartado simplemente indica que los poderes públicos promoverán, sin dar más detalle sobre el modo de hacerlo.

Tradicionalmente al hablar de derecho de participación lo entendemos del modo que lo recoge el art. 23.1 de la C.E., como el derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes elegidos por elección con sufragio universal. Este sentido del derecho de participación puede quedarse vacío al tratar de los menores, pues por todos es sabido que no cuentan con el derecho de sufragio para elegir a sus representantes; al menos del

modo en que todos pensamos. Diferente es que tengan derecho a participar y a elegir a sus representantes en otro tipo de ámbitos inferiores como el escolar o las asociaciones infantiles, para lo que sí que sería válida esta acepción.

Frente a este sentido más general, también se puede entender el derecho de participación del modo en que lo enuncia la LIAA, como una participación en la vida social, cultural, artística y recreativa; bien es cierto que esta redacción tampoco concreta en demasía, pero sí que es posible pensar en diversos modos de participación de los menores en los aspectos que acabo de decir; es el caso de actividades culturales o deportivas, visitas de museos o el ejercicio de los derechos de reunión y asociación que ahora estudiaré. Además este segundo significado de la participación también lo encontramos regulado en la C.E., ya que en su art. 9.2 nos dice que corresponde a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», la afirmación de este derecho se hace con carácter general, con lo que también considero incluidos a los menores de edad.

bb) Derecho de asociación

aaa) Definición

Muchas cosas se podrían decir sobre este derecho en su relación con los menores, a continuación analizaré las que me parecen más importantes en relación con la LIAA, pero antes de ello definiremos lo que la doctrina entiende por asociación. El profesor Lucas Murillo de la Cueva⁶⁶ tras un largo análisis define este derecho como «la facultad de constituir, con otras personas, un vínculo dotado de una mínima estabilidad, que se fundamenta en la común voluntad de alcanzar unos fines lícitos prefijados por ellos, cooperando

66. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*, (Madrid, 1996), p. 94.

en la realización de determinadas actividades con sometimiento a unas reglas internas de adopción de decisiones, y se apoya y renueva, mediante una organización que se configura en virtud de dichos fines y actúa hacia el exterior como una unidad». Podría transcribir otras muchas definiciones muy válidas, como la del profesor Lacruz⁶⁷. Siguiendo con el profesor Lucas Murillo de la Cueva⁶⁸, también debo aludir al doble nivel de protección de este derecho: como libertad individual de formar asociaciones y como libertad de asociación misma.

Otra concreción más a esta definición la da el TC⁶⁹ al indicar las tres dimensiones de este derecho: libertad de creación de asociaciones y de asociarse a las ya existentes, libertad de no asociarse y libertad de organización y funcionamiento interno. Todo lo que acabamos de exponer es explicado a nivel general, pero igualmente se puede entender aplicable para el derecho de asociación de los menores, con las peculiaridades que indico en los apartados siguientes.

bbb) Derecho a constituir asociaciones

Este derecho lo recoge el apartado 3.º del artículo que analizo, si bien es cierto que lo hace en referencia a asociaciones infantiles y juveniles. La afirmación de este derecho es clara, pero en el apartado 4.º vemos que las asociaciones no podrán obligarse civilmente, salvo que hayan nombrado un representante legal con plena capacidad, con lo que se reduce el ejercicio de este derecho y entiendo que se hace necesario que el fundador de la asociación tenga plena capacidad, aunque la restricción es totalmente comprensible de cara a la seguridad jurídica. El profesor Albadalejo⁷⁰ en relación con el mismo contenido de la L.O.PJM entiende

67. LACRUZ BERCEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I-2.º* (Madrid, 1995), p. 271.

68. *Ob. cit.*, p. 92.

69. STC. de 23 julio 1998.

70. ALBADALEJO, *Derecho civil I-2.º*.

que debe ser un representante voluntario, y se plantea la duda de si los menores tienen capacidad para nombrar este representante, ya que para otorgar poder, en principio, se requiere contar con la capacidad necesaria para realizar los actos que se dan por apoderado, cosa que no parece que se dé en estos supuestos.

Hasta ahora nos hemos centrado en el derecho a constituir una asociación por parte de personas menores de edad, y ya hemos indicado que se exige representación por parte de un representante con plena capacidad (mayor de edad o menor emancipado). Pero no es lo mismo constituir una asociación que ser socio de una ya creada previamente; para esta posterior adhesión sí que es defendible que los menores tengan capacidad suficiente⁷¹, pero el problema surge igualmente respecto de los casos en que deban responder. A este respecto, la profesora Sofía de Salas⁷² también hace esta distinción, permitiendo al menor la constitución de asociaciones juveniles e infantiles, y tan sólo el ingreso en una asociación ordinaria ya constituida, pero en su opinión este ingreso no podría ser en condición de socio, salvo que se considerase que hay una subsanación tácita del vicio cuando el menor llega a la mayoría de edad.

A pesar de estas mínimas restricciones, es apreciable como la legislación sobre el derecho de asociación y ahora en concreto la LIAA, amplían el marco de este importante derecho en la esfera político-social, permitiendo su ejercicio a los menores de edad, siempre de acuerdo a su desarrollo y su capacidad para ejercitarlo.

ccc) El problema de las sectas

Al tratar a cerca de la libertad ideológica y religiosa ya titulamos un apartado de este mismo modo, no es casualidad que

71. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I-2.º* (Madrid, 1998), p. 281.

72. DE SALAS MURILLO, Sofía, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*. (Madrid, 1999), pp. 148 y 160.

ahora lo volvamos a repetir, ya que para el legislador éste no es un tema baladí, y busca a toda costa proteger al menor frente a este problema. El art. 15 LIAA, aun sin hacer referencia expresa a las sectas, contempla este supuesto en sus apartados 6.º y 7.º.

Como ya indiqué, el hecho de que un menor se integre en una organización de este tipo es considerado por el legislador como una situación de riesgo, con lo que debe intervenir los poderes públicos⁷³. Como indica la ley cualquier persona que conozca de estas situaciones deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal, que tomará las medidas que considere oportunas para radicar esta situación; solución que le parece adecuada a la doctrina⁷⁴.

ddd) Otras leyes autonómicas⁷⁵

La ley vasca admite que puedan constituir y ser miembros de asociaciones los menores de edad, pero sólo respecto de asociaciones juveniles reguladas en la propia ley o de asociaciones de alumnos. La catalana también admite la constitución y pertenencia de los menores a asociaciones juveniles, pero además una asociación no específicamente juvenil puede tener entre sus miembros a personas menores de edad, si bien los estatutos regularán el ejercicio de sus derechos, en su caso mediante su representante legal.

73. MAQUEDA ARREU, M.ª Luisa, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. (1.ª ed. 1996), p. 191.

74. LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*. (Madrid, 2001), p. 129.

PARRERA GARCÍA, Félix, *Algunas notas y comentarios a la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*. (Madrid, 1997), p. 44.

75. LACRUZ BUZONJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I-2.º*. (Madrid, 1998), p. 281.

cc) *Derecho de reunión*

En primer lugar definiré lo que se debe entender por derecho de reunión y su peculiaridades para ver después las circunstancias en que este derecho es ejercitado por los menores de edad. He de indicar que se pueden distinguir tres modalidades: la reunión en sentido general, la reunión en lugar de tránsito público y la manifestación. De la primera de ellas, la reunión privada, no trataré, puesto que actualmente todas las personas son libres de reunirse privadamente donde y con quien quieran sin ningún tipo de limitación, con lo que una reunión de menores de este tipo tampoco plantea mayores discusiones.

Sí tiene mayor importancia la dimensión pública de este derecho, formada por las reuniones públicas y las manifestaciones, ya que el reconocimiento de este derecho como indican Bailey, Harris y Jones⁷⁶ es un elemento esencial en una sociedad abierta y libre. Con el profesor Gavara de Cara⁷⁷ afirmo que la reunión o manifestación requiere como mínimo una pluralidad de personas que se pongan de acuerdo y permanezcan unidas durante un cierto tiempo para expresar una opinión colectivamente. Diferenciando la manifestación por su carácter dinámico y la reunión por el carácter estático, pero siendo las dos en lugares de tránsito público, ya que las reuniones en privado (p. ej. en casa del convocante) afortunadamente pueden ser realizadas sin ningún tipo de control.

Siguiendo con las distinciones, la diferencia principal entre el derecho de reunión y el de asociación, es que el primero no tiene una tendencia a durar, mientras que una asociación busca perdurar en el tiempo⁷⁸, razón por la que también requiere de mayores mecanismos de control, lo que no quiere decir que las

76. *Civil liberties. Cases and materials*, 2.^a ed. (Londres, 1985), p. 119.

77. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*. (Madrid, 1997), p. 1.

78. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Ob. cit.* Introducción, p. XX.

reuniones y manifestaciones están ausentes de ellos, puesto que la ley impone el requisito de la comunicación previa (no autorización) y determinar una serie de circunstancias como el lugar, el tiempo de duración o las medidas de seguridad, actuaciones que deben llevarse a cabo por parte del promotor, y en razón a las cuales la Administración se reserva la posibilidad de no permitir la reunión o manifestación en base a causas razonadas, el TC⁷⁹ ha delimitado en varias ocasiones los límites de este derecho; mucho se podría escribir a este respecto, pero no es este trabajo el lugar más idóneo para hacerlo.

En relación con los menores de edad, como ya he indicado no hay nada que discutir en lo que hemos denominado como reuniones privadas; en principio tampoco existe restricción alguna al hecho de que los menores participen en reuniones públicas y manifestaciones convocadas por personas capaces y dentro de los límites de la legalidad; no sólo no supone ningún problema, sino que desde mi punto de vista es plausible que los menores participen en este tipo de actos y se vayan introduciendo progresivamente en la vida social y política del país.

El problema para los menores surge a la hora de promover y convocar este género de reuniones, ya que la figura del promotor tiene una serie de obligaciones y responsabilidades que un menor de edad al no tener plena capacidad no puede asumir. Esta circunstancia la se aprecia en el apartado 8.º del art. 15 LIAA, donde se indica que el menor también puede promoverlas y convocarlas con el consentimiento de sus padres. En relación con este mismo supuesto respecto de LOPJM la profesora Linacero⁸⁰ se plantea qué ocurre si este consentimiento que la ley pide, no se obtiene, y nos da dos posibles soluciones. En primer lugar es posible entender que a pesar de esta ausencia de consentimiento, las reu-

79. SSTC 59/1990, de 29 de marzo, o 66/1995, de 8 de mayo.

80. LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor* (Madrid, 2001), p. 130.

nes o manifestaciones convocadas por menores se autorizarán, si la autoridad competente entiende que se dan las medidas necesarias para garantizar su desarrollo. En segundo lugar también cabe la interpretación contraria, y entender que en el caso de ausencia de autorización, y más aun en caso de oposición de padres, tutores o guardadores, los menores no podrán convocar ni promover reuniones ni manifestaciones; solución que en mi opinión parece más conforme con lo expresado tanto por la LOPJM como por la LIAA.

Sin embargo esta limitación a los menores hace que surjan opiniones contrarias a la misma; el profesor Gavara de Cara⁸¹ explica que esto supone una restricción de los derechos fundamentales de los menores de edad. Apunta incluso la inconstitucionalidad de este límite por contradicción con el art. 14 C.E. y con los amplios términos en que se establece este derecho en el art. 21 C.E. Nos explica como esta regulación es la causa de que muchas manifestaciones de carácter estudiantil, organizadas por menores de edad, deban forzosamente ser realizadas al margen de la regulación vigente.

e) Opinión personal

Me limito a recordar la importancia de estos derechos, y señalar que personalmente las limitaciones que surgen respecto de los menores me parecen acertadas de cara a la seguridad jurídica. Respecto a la redacción del art. 15 LIAA, sólo indicar que en la redacción de su apartado 7.^o ha sido omitido un «que», que daría mayor sentido a la frase: «... asociación que impide o perjudica ...».

81. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Op. cit.*, p. 33.

5. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, A LA INTEGRACIÓN, DERECHOS LABORALES Y ECONÓMICOS, DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

M.ª Pilar Lorén Garay
Beatriz Palacio Julián

A) DERECHO DEL MENOR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Artículo 16: Derecho a la libertad de expresión

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Este derecho incluye la libertad de recibir y difundir opiniones e ideas de todo tipo, ya sea oralmente, por escrito o mediante imágenes, de forma impresa, mediante soporte informático o de cualquier otra forma.

2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende a la publicación y difusión de sus opiniones, a la edición y a la producción de medios de difusión.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público. Asimismo, esta libertad de

expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor.

a) Antecedentes del artículo

La derogada Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores establecía en su art. 4.b) lo siguiente: «*Comunicarse libremente sin que su correspondencia o comunicaciones puedan controlarse, salvo decisión judicial o justificado interés del menor, apreciado por el órgano responsable del centro*».

b) Referencias legislativas específicas

aa) Convenciones y textos de Derecho Internacional

— Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, arts. 12 y 13.

— Convención Europea de los Derechos del Menor de 1996, art. 3.

bb) Legislación nacional

— Constitución Española de 1978, art. 20.

— Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de protección jurídica del menor, art. 8.

— Ley de Propiedad Intelectual.

c) Desarrollo de las cuestiones del tema⁸²

La libertad de expresión es un derecho reconocido prácticamente en todos los textos dedicados a los derechos del menor. La ley aragonesa (art. 16), la estatal (art. 8) y la Convención sobre los

82. GÁLVEZ MONTES, F. J., «Artículo 20, CE», en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, pp. 463 y ss.

derechos del niño de 1989 (arts. 12 y 13) recogen este derecho en términos similares: enuncian el contenido del derecho, enmarcan dentro de la libertad de expresión la creación intelectual y, finalmente, mencionan sus restricciones, también semejantes en las diferentes normas.

El art. 20, CE es el punto de partida del reconocimiento de la libertad de expresión en el ordenamiento español. El art. 20.1.a), CE reconoce el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio. El bien jurídico protegido con la consagración de este derecho constitucional no es la libertad de opinión personal, sino la comunicación particular o pública de las ideas o de los juicios. Así la libertad de expresión contiene una dimensión positiva y otra negativa:

— La positiva supone el respeto al juicio u opinión emitida.

— La negativa supone que ese juicio u opinión manifestada no supongan un diferente trato para quien lo emitió.

Pero en el caso de los menores la libertad de expresión se debe contemplar desde otro punto de vista. En primer lugar, no todos los menores deben tener igualmente reconocido este derecho, ya que para emitir un juicio u opinión se debe tener un grado de juicio y madurez que se va alcanzando con la edad, por lo que no cualquier menor está en condiciones de emitir juicios sobre conceptos de los que todavía no tiene noción suficiente. Por este motivo los textos sobre los derechos de los menores enfocan este derecho desde el punto de vista del derecho a la información y a la comunicación con la siguiente fórmula: «Derecho a que los menores puedan recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo», (Convención de 1989).

Desde esta perspectiva lo que requiere la libertad de expresión, lejos de ser limitada y restringida, es ser promovida y fomentada favoreciendo así que el menor se forme juicios adecuadamente sobre los asuntos que le afecten. Ésta es la libertad de expresión del menor que debe ser protegida, aquella opinión que

se emita con un grado de madurez en el conocimiento sobre el tema, y no aquellas ideas que un menor reproduce sin tener consciencia plena de lo que está expresando, y que debe ser corregido por los padres o por los responsables legales del menor.

La opinión del menor no deja de ser importante en los asuntos que le afecten y se deben tener en cuenta, como se proclama en los diferentes textos normativos sobre el menor en el apartado dedicado al derecho del menor a ser oído. Pero no sólo en materia procesal, sino también en aspectos relacionados con su familia o su vida cotidiana, en los centros de docencia, por ejemplo la de delegados de clase o en las elecciones a juntas de estudiantes.

En lo referente al aspecto de la libertad de expresión relacionado con la propiedad intelectual, hay que tener en cuenta que todos los textos, en la LIAA especialmente, reconocen la publicación y difusión de sus opiniones, la edición y la producción en medios de difusión. El art. 20.1.b) de la Constitución, reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. El bien jurídico aquí protegido hay que referirlo al poder jurídico que el ordenamiento constitucional reconoce al ciudadano en este concreto supuesto. Ese poder jurídico se traduce en la posibilidad actual de utilizar, sin condicionamiento jurídico alguno, una aptitud o virtualidad para producir una determinada entidad cultural. No se trata de amparar jurídicamente una situación de invención, sino de proteger algo previo a ese resultado. Expresado en otros términos, el bien jurídico tutelado con este derecho a la libertad constitucional es el acto creador cualquiera que sea su ámbito de proyección.

El art. 20, CE no se refiere a los derechos de autor que implican una exteriorización que afecta, no a la posibilidad o libertad de actuación, sino a sus concretas expresiones. Suponen una creación consumada y sale fuera de nuestro ser personal. En cambio el derecho de creación intelectual forma parte de los derechos de la personalidad. En este sentido los menores también tienen la protección del ordenamiento jurídico en lo referente a ese dere-

cho de creación intelectual, reconocido no sólo por la norma fundamental, sino también en la propia LIAA. Pero la norma aragonesa va más allá e incluso les otorga el derecho a la edición y a la difusión de ese acto creador, a la exteriorización de esa libertad de expresión.

El art. 5, LPI recoge la definición de autor: «*Persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*». En esta definición cabe perfectamente el menor, y también estará dentro de la capacidad creadora reconocida en el art. 20, CE. Pero para los actos de exteriorización, por ejemplo el contrato de edición (art. 58, LPI), el menor necesita la asistencia de sus padres o representantes legales. De este modo el menor tiene plenamente reconocido el derecho a la creación intelectual dentro del marco del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente reconocido, pero con las limitaciones generales que afectan al menor para realizar algunos actos civiles, como ocurre en el caso del contrato de edición.

El último aspecto importante a destacar dentro de la libertad de expresión son sus restricciones. El apartado 3 del art. 16, LIAA establece unas limitaciones semejantes a las que establece el art. 20.4, CE. El límite de la libertad de expresión está en los derechos de los demás. No se puede defender la libertad de expresión si con ello se lesionan alguno de los derechos fundamentales contenidos en el Tít. I, CE de acuerdo con el art. 20.4, CE. Este artículo menciona límites tales como el «*derecho al honor, o a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*», pero la referencia a estos derechos tiene como finalidad llamar la atención sobre aquellos derechos que pueden ser fácilmente desconocidos pretextando el ejercicio de una libertad consagrada en el art. 20.

El art. 20.4 no está estableciendo una jerarquía de derechos, sino que alerta sobre una situación de conflicto entre la libertad de expresión y esos otros derechos, que se dan con mucha frecuencia. Es importante la referencia a la protección de la juven-

tud y la infancia, que en la LIAA se traduce en la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor. Esta limitación es importante ya que los menores deben estar especialmente protegidos no sólo de los atentados que contra ellos puedan cometerse en el uso de la libertad de expresión de los demás, sino también por el uso que ellos mismos hacen de los suyos. Así, un menor que en el ejercicio de su libertad de expresión atente contra su intimidad o su propia imagen sin ser consciente de ello, o sin tener la capacidad de discernimiento suficiente, se entenderá que ha sobrepasado los límites de su libertad de expresión.

También es importante tener en cuenta que en el caso de que sea el menor el que atente contra el honor o la intimidad de otro, serán los padres o representantes legales los que deberán responder por la infracción en virtud del art. 1903, Cc, que se estudia más adelante.

El art. 16.3, LIAA contiene aún otro límite: es la licitud, ya que el ejercicio del derecho no podrá ir contra la seguridad, salud, moral u orden público. Es un límite que se repite prácticamente en los mismos términos en la ley estatal y en la Convención de los Derechos del Niño.

Un aspecto a destacar a este respecto es la situación de los menores sujetos a protección. En principio, el art. 4 de la Ley de Protección de Menores en su apartado b), proclama el derecho a comunicarse libremente de los menores sujetos a protección, sin que la correspondencia o comunicaciones puedan controlarse. Sin embargo, en determinados casos, por decisión judicial o justificado en el interés del menor, aquéllas se podrán controlar. Esta última posibilidad de que el órgano responsable del centro justifique tal intervención en interés del menor debe tratarse de supuestos interpretados muy restrictivamente, ya que en otro caso se estaría vulnerando uno de los derechos principales del menor, reconocido en la CE y también en la Conv. Men. 89, ratificada por España.

B) DERECHO A LA INTEGRACIÓN

El derecho a la integración se configura como el derecho a una vida plena y decente, que asegure su dignidad, su realización personal, su integración social y educativa y el ejercicio de sus derechos.

Artículo 17: Derecho a la integración

1. Los menores que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón tienen derecho a la integración social, y, para ello, las Administraciones públicas de Aragón establecerán las medidas necesarias para facilitar a los menores su completa realización personal, su integración social y educativa y el ejercicio de sus derechos.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma destinará los recursos necesarios para garantizar la asistencia a menores que, por sus especiales circunstancias físicas, psíquicas o sociales, puedan ser susceptibles de un tratamiento discriminatorio. En particular, la Administración de la Comunidad Autónoma garantizará el acceso de los menores discapacitados a los servicios sanitarios, de rehabilitación, educativos, formativos, de preparación para el empleo y de disfrute del ocio para su integración social y desarrollo personal.

3. Los menores extranjeros que residan o se encuentren en Aragón recibirán los apoyos y ayudas públicas necesarios para su integración social y cultural, especialmente a través de la enseñanza del idioma y usos sociales.

a) Antecedentes del artículo

En la derogada Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, el art. 22 regulaba las medidas tendentes a la integración social, fundamentalmente, mediante conciertos, subvenciones u otros proyectos destinados a la creación de centros

educativos, formativos u ocupacionales que faciliten la reinserción sociolaboral de los menores. La regulación sobre la integración en la antigua ley era más amplia, puesto que recogía las instituciones colaboradoras de la integración familiar que son aquellas que realizan funciones de guarda y mediación. También se regulaba el Registro de instituciones colaboradoras de integración familiar en el art. 36.

b) Referencias legislativas específicas

aa) Convenciones y textos de Derecho Internacional

— Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, arts. 22-23.

bb) Legislación estatal

— Constitución Española de 1978, art. 39.

— Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, art. 11.2.c).

— Código civil.

c) Desarrollo de las cuestiones del tema

De la regulación que se ha estudiado podemos diferenciar este derecho dependiendo del grupo de menores al que se haga referencia.

aa) Menores con discapacidad física y psíquica

La Conv. Men. 89 en el art. 23 establece que el niño mental o físicamente impedido tiene derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que le permitan bastarse por sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Asimismo, el niño impedido tiene derecho a recibir cuidados espe-

ciales que sean adecuados al estado del niño y a las circunstancias de los padres o de quienes cuiden de él. Por otro lado se prevé que, en la medida de lo posible, la asistencia que se le preste sea gratuita teniendo en cuenta estas circunstancias.

El contenido de esta asistencia, según el art. 17, LIAA es la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, de rehabilitación, formativos, de preparación para el empleo y de disfrute del ocio para su integración social y desarrollo personal. Todas estas medidas tienen por finalidad la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual.

Esta previsión encuentra su plasmación jurídica en el art. 49, CF, que establece como principio rector de la política social y económica la rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, previendo una atención especializada con la finalidad de proteger el disfrute de sus derechos.

Por su parte, la LOPJM en su art. 11.2.c) establece también como principio rector de la acción administrativa y de los poderes públicos «su integración familiar y social». Asimismo, este derecho queda recogido en el art. 17, LIAA. En este punto, se nos plantea un problema de tipo terminológico, puesto que en todos los demás textos normativos se le califica de principio rector, mientras que en la ley aragonesa recibe el título de derecho. Es un dilema de gran trascendencia, porque es dispar la protección jurídica que se dispensa a un principio rector y a un derecho, e incluso su grado de coerción jurídica también es diferente. Por otra parte, los principios rectores van dirigidos en especial a los poderes públicos, en cambio los derechos lo son de la persona y, para que sean efectivos, necesitan un cauce procesal, al contrario de los principios rectores, que no pueden ser hechos valer por una persona particular, sino que deben inspirar la legislación y la actuación pública. En la opinión de las autoras habría que considerar que más que un derecho se trata de un principio rector, ya que la mayoría de normas lo tratan como tal.

Finalmente, es importante señalar que el derecho a la integración tiene una importante plasmación en la educación, por cuanto hay deficiencias que no impiden la verdadera integración, mientras que otras perturban al grupo en el que se integran. Es necesario también dejar destacar si centros especiales para menores con problemas de integración pudiesen suponer una especie de segregación. Estos problemas quedan aquí apuntados, no habiendo encontrado una respuesta adecuada las autoras, a la espera de una solución adecuada.

bb) *Menores en especiales circunstancias sociales*

En este punto hay que hacer una mera reseña de qué se debe entender por menores en especiales circunstancias sociales. Para ello hay que acudir a la LIAA, art. 45 que regula la protección social y jurídica de los menores. Esta protección tiene por finalidad prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y 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.

Es de destacar que en el art. 47.1.h), LIAA, se configura como principio de actuación del sistema público de servicios sociales el desarrollo de programas educativos, de formación e inserción laboral de los menores, especialmente de aquellos que sean objeto de medidas de protección o judiciales, con el fin de facilitar su plena autonomía e integración social. Se respalda así la tesis de la errónea denominación «derecho a la integración», puesto que aquí se le vuelve a dar el tratamiento de principio. Por otra parte, en sede de los derechos del menor protegido, se configura como derecho el no ser discriminado por su situación y recibir una atención normalizada que posibilite su integración social.

cc) *Menores extranjeros*

La LIAA en el art. 17.3 contempla ayudas públicas tendentes a la integración social y cultural de los menores extranjeros que residan o se encuentren en Aragón. Los medios preferidos para tal integración son la enseñanza del idioma y los usos sociales. Es de destacar que la ley contempla tanto el supuesto de que los menores residan, como que se encuentren en Aragón; es decir, esta norma se aplica en caso de menores extranjeros residentes en Aragón, sea de forma permanente, sea con carácter temporal.

Por otra parte, aunque la ley aragonesa no lo establece expresamente, esta actuación debe regirse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.5, Cc⁸³, por el principio contenido en el art. 20, Conv. Men. 89 que establece que, al considerar las medidas para solucionar las situaciones de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar debe tenerse en cuenta, en todo caso, la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Se plantea en este punto el conflicto entre integración y homogeneización. Por un lado es evidente que para un completo desarrollo del niño extranjero en España sería aconsejable que éste se adaptara a la sociedad receptora, asumiendo su cultura y costumbres, pero tampoco se debe olvidar que en muchas ocasiones el menor viene de culturas muy diferentes a la española, y no se le puede pedir que rompa con ellas.

Por todo lo expuesto, se debería adoptar una postura intermedia, donde se debe buscar la integración del menor en la sociedad y cultura españolas, sin que esto suponga una ruptura con sus lazos culturales de origen.

83. Art. 1.5, Cc: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

C) DERECHOS ECONÓMICOS Y LABORALES⁸⁴

El trabajo infantil continúa siendo un problema sin solución ya entrado el siglo XXI. Desde los tiempos más remotos los niños han contribuido de alguna manera al sostenimiento de la economía familiar, lo que impide el adecuado desarrollo educativo, de esparcimiento y sanitario de los pequeños. Por esta razón uno de los principales fines de la OIT, a lo largo de estos años, ha sido eliminar el trabajo infantil. Esta previsión ha sido adoptada por la mayoría de los países miembros de esta organización internacional. Pasamos a estudiar a continuación la normativa española, y en especial la aragonesa, en esta materia.

Artículo 18: Derechos económicos y laborales

Los menores deben ser protegidos de cualquier tipo de explotación económica o de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, perjudicar a su salud o entorpecer su educación y formación o su desarrollo integral, de acuerdo con lo que establece la legislación laboral vigente.

a) Introducción

La utilización y explotación laboral de los niños no es un fenómeno del pasado. La OIT cifra en torno a los 250 millones el número de niños con edades comprendidas entre los 5 y los 11 años que trabajan en todo el mundo.

Además de destacar la globalización de la economía, que ha vuelto a traer ciertas prácticas que creíamos superadas: en la búsqueda de mayores beneficios las empresas y grandes multinacionales recurren a la subcontratación externa en los países sub-

84. Apartado redactado conforme al libro *La relación de trabajo del menor de edad*, APÉLLECO MARTÍN, M., Ed. CES, Madrid, 1999, pp. 87 y ss; También se ha empleado en este estudio *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, VV.AA., 2000 y *La Convención de los derechos del niño*, PAJA BURCOA, J.A., 98.

desarrollados, que son los que ofrecen fuerza de trabajo más barata a costa de la utilización de mano de obra infantil.

En nuestro propio país existen también bolsas de trabajo infantil en los sectores más desamparados. Es frecuente ver niños mendigando, vendiendo periódicos o limpiando cristales en los semáforos.

Para intentar resolver esta situación, todas las legislaciones protectoras del menor pretenden lograr de forma prioritaria la erradicación de este tipo de trabajo. Pasamos a estudiarlas a continuación.

b) Antecedentes del artículo

La única referencia implícita en la legislación del menor la encontramos en el art. 2.c) de la derogada Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, al hablar de los derechos constitucionales del menor (entre los que se encuentra el derecho al trabajo), a diferencia de la Ley 12/2001, que habla explícitamente de derechos económicos y laborales.

c) Referencias legislativas específicas

aa) *Convenciones y textos de Derecho Internacional*

aaa) Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Para esta organización ha constituido un gran reto la protección jurídica del menor en su relación de trabajo. Lo que se pretende es asegurar la protección de la salud y seguridad del menor en el marco de un trabajo desarrollado en adecuadas condiciones adaptadas a su edad física y mental y en conexión con su educación obligatoria y formación profesional.

Los convenios de la OIT han sido los impulsores de la toma de conciencia en muchos países de la adecuada regulación legislativa sobre el trabajo de los menores. Para ello se han promul-

gado leyes que han prohibido el empleo de los menores por debajo de una cierta edad y que han definido las condiciones bajo las que pueden trabajar legalmente. Un ejemplo de ello ha sido la aprobación del Convenio 182 por la 87.^a Conferencia de 17 de junio de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y acción inmediata para su eliminación.

bbb) Naciones Unidas

El derecho del niño a ser protegido ha sido una constante histórica en cualquier declaración o conferencia a nivel internacional. La Declaración universal de derechos humanos previó en términos generales que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (art. 25.2), derechos que se reconocen de forma más específica en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966. Más recientemente las Naciones Unidas han adoptado la Convención de los derechos del niño de 1989, en la que se proclama especialmente que no debe emplearse a niños que no hayan alcanzado la edad mínima adecuada, no pudiendo desempeñar una ocupación o empleo que perjudique a su salud o a su educación o entorpezca su desarrollo físico, mental o moral: art. 32.

ccc) Consejo de Europa

En 1961 los estados miembros del Consejo de Europa firmaron la Carta Social Europea que consagró el derecho del niño a la protección a los niños y adolescentes con inspiración en los textos internacionales de la OIT.

ddd) Unión Europea

En el marco comunitario es de destacar la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores que proclama una edad mínima de admisión al empleo que no debe ser inferior a la edad en que se concluya la escolaridad obligato-

ria. Actualmente las previsiones contenidas en la carta comunitaria sobre protección del niño y jóvenes trabajadores se encuentran especificadas en la Directiva 94/33/CE de 22 de junio de 1994. Este derecho al trabajo del menor se configura en un doble sentido: primero, un conjunto de condiciones materiales específicas del trabajo, y en segundo lugar, un conjunto de derechos a la salud, seguridad física y moral, y educación.

Es de señalar la distinción que hace la Directiva sobre niño, adolescente y joven. «Niño» es aquel menor de quince años o el menor que todavía esté sujeto a escolaridad obligatoria. «Joven» es toda persona menor de dieciocho años que tenga una relación o un contrato de trabajo definido o regulado por la legislación vigente en un Estado miembro. Finalmente, «Adolescente» hace referencia al menor de dieciocho años no sujeto a escolaridad obligatoria.

bb) *Legislación estatal*

— Constitución Española de 1978, art. 35

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

— Estatuto de los Trabajadores

d) **Desarrollo de las cuestiones del tema**

aa) *Introducción*

Incluso después del Convenio 182 de la OIT, aprobado por la 87.ª Conferencia de 17 de junio de 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, podemos decir que se crean grandes incertidumbres sobre la prohibición del trabajo infantil.

El trabajo infantil es un viejo problema, sin solución a las puertas del siglo XXI. Desde los tiempos más remotos los niños

han contribuido de alguna manera al sostenimiento de la economía familiar. En numerosas sociedades, la incorporación de los niños a la actividad laboral se produce entre los cinco y los quince años. La causa principal del trabajo de los niños es la miseria, que les impulsa a buscar un suplemento para reforzar el escaso patrimonio familiar. Esta actitud imposibilita parcial o totalmente la satisfacción de las necesidades educativas, de esparcimiento, y en muchos casos hasta sanitarias, de los pequeños. A ello habría que añadir la tradición de algunos países menos desarrollados según la cual se piensa que desde muy pequeño el niño no ha de ser totalmente mantenido por el núcleo familiar, sino que debe contribuir al esfuerzo económico de todos. Se considera normal, por tanto, no asistir a la escuela y empezar a trabajar desde muy joven.

La protección de los niños ha sido, por ello, uno de los objetivos prioritarios de la OIT desde su creación en 1919. Toda la normativa aprobada ha tenido gran influencia a escala internacional y en la actualidad se admite ampliamente el principio de una edad mínima de admisión al empleo. Una visión positiva lleva a pensar que, aunque todavía falta mucho por hacer, al menos ya se han sentado las bases jurídicas necesarias. Una visión negativa nos muestra que el trabajo infantil se mantiene como un fenómeno vivo: el tipo de explotación de los niños abarca desde su incorporación prematura hasta condiciones abusivas o trabajos dañinos, incluyendo formas modernas de esclavitud como puede ser el sistema de servidumbre.

Para acabar con el trabajo infantil se han formulado las siguientes sugerencias:

- Mentalizar a los medios de comunicación sobre la importancia de sacar a la luz pública los abusos cometidos en esta materia y la virtualidad práctica de la legislación protectora de los niños.
- Promoción, formación y apoyo de las pequeñas agrupa-

ciones nacionales de ciudadanos dedicadas a luchar a favor de la abolición del trabajo infantil.

— Los propios empleadores están llamados a comprender los efectos perniciosos del trabajo infantil.

— Los maestros pueden jugar también un papel de considerable importancia a la hora de mostrar a los padres los beneficios de la educación y las desventajas del trabajo infantil.

- - Los Estados deberían velar más estrechamente por el cumplimiento efectivo de la legislación vigente en materia de trabajo infantil.

De estas medidas se deduce que el menor de edad es una persona que, de acuerdo a su edad, ha de ser protegido contra todo trabajo que puede perjudicar su salud, su seguridad o su desarrollo físico, psicológico, moral o social que son los valores que pretenden lograr los textos internacionales. Así pues, hemos de partir de que el menor tiene derecho a que su trabajo se realice adecuadamente conforme a sus aptitudes físicas e intelectuales, respetando el desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 39, CE).

En la actualidad el menor, tanto niño como adolescente, tiene un conjunto de derechos que le sitúan en condiciones de ser considerado como sujeto activo de sus decisiones, siendo garantizado su «*interés superior*» en todas las posibles confrontaciones.

bb) *Edad mínima*

La ley aragonesa remite a la legislación laboral vigente, por tanto en primer lugar hay que estudiar el Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con las directrices internacionales en la materia se ha dispuesto una edad mínima de ingreso al trabajo por debajo de la cual se ha prohibido el trabajo de todo menor: «*Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*», art. 6.1, ET. En segundo lugar, el art. 7.b) posibilita la contratación a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis años.

cc) *Capacidad para contratar, Capacidad procesal y Legitimación laboral*

Establecida la edad mínima se han de estudiar las normas sobre capacidad para contratar. No a todas las personas se les presume capaces de celebrar válidamente un contrato de trabajo, sino tan sólo a las que se refiere el art. 7, en concordancia directa con el art. 6.1, ambos del ET. Según el art. 7.a), ET tienen plena capacidad para contratar quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Cc, es decir:

aaa) Los emancipados (art. 323, Cc)

Son aquellos menores de edad pero mayores de dieciséis años que se encuentren en esta situación por salida de la patria potestad o tutela; tienen consecuentemente la capacidad de obrar, y por tanto pueden celebrar con eficacia negocios jurídicos, entre ellos el contrato de trabajo.

bbb) Los emancipados por matrimonio (art. 316, Cc)

Debe entenderse que puede contratar el menor de edad mayor de catorce años, emancipado por matrimonio (art. 48, Cc).

ccc) Supuestos de vida independiente (art. 319, Cc)

Son aquellos menores de edad mayores de dieciséis años que vivan independientemente de los padres con consentimiento de éstos, que adquieren una capacidad de obrar casi plena, igual que los emancipados.

ddd) Cabe también el uso de técnicas de autorización

Aquellos que no se encuentren dentro de alguno de estos supuestos anteriores necesitan autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo.

En cuanto a la capacidad procesal respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, así como en lo referente a los derechos de naturaleza sindical y de representación, los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho tienen capacidad procesal, cuando legalmente no precisen para la celebración del contrato de trabajo autorización de sus padres, tutores o de la persona o Institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar (art. 16, Real Decreto Legislativo 2/1995, que aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral).

La edad concreta de admisión al trabajo (dieciséis años) es elegida por nuestro ordenamiento jurídico como pauta de adquisición por la persona de una aptitud física y mental mínima y educacional básica que se cree oportuna y sirve para que pueda realizar sin peligros físicos ni psicológicos un trabajo. De esta forma, nuestras normas laborales hacen coincidir la edad de los dieciséis años (art. 6.1, ET) con la de terminación de los estudios básicos (art. 25, LOGSE).

En este punto es de señalar un tipo contractual específico, que es el contrato para la formación, cuyo objeto es la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio, que requiera un determinado nivel de cualificación. Este contrato puede celebrarse con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintiún años (art. 11.2, ET).

Por otra parte, cabe hacer referencia a los trabajos comúnmente denominados «ligeros», es decir, los trabajos familiares y los trabajos al servicio del hogar familiar. Son dos tipos de trabajo cuyo marco de desarrollo es la familia, bien se presten fuera del hogar familiar (trabajos familiares, art. 1.3.e), ET), o bien dentro del propio hogar (tareas domésticas, Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto). Estos trabajos alcanzan las cotas más elevadas de fraude cuando son desempeñados por menores de dieciocho años,

ya superen o no los dieciséis, ya pertenezcan como hijos a esa familia o sean ajenos a la misma.

dd) *Medidas especiales de protección en seguridad e higiene*

El art. 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, establece que antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar a fin de determinar cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

ee) *Trabajos prohibidos*

Por otra parte, el ET en su art. 6.2 y 3 contempla la prohibición de que los menores de dieciocho años realicen trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. También se les prohíbe realizar horas extraordinarias.

ff) *Jornada diaria y descansos*

Los menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo en su caso, el tiempo dedicado a la formación y las horas realizadas para varios empleadores, si trabajasen en forma de pluriempleo. Su período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media (art. 34.3 y 4, ET). En cuanto a su descanso semanal, será como mínimo de dos días ininterrumpidos (art. 37.1, ET).

gg) *Tutela pública y privada del trabajador menor de edad*

Los mecanismos de protección del menor en su relación de trabajo pueden tener un alcance privado y público. Respecto a la tutela privada no se establece ninguna especialidad normativa entre menor o mayor de edad. La cobertura legal de esta tutela la encontramos en el art. 1101, CC sobre responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones generales, así como los mecanismos extintivos previstos en el art. 50, ET, cuyas causas son la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional en menoscabo de su dignidad; la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario; o cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario. En estos casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones relativas al despido improcedente.

Respecto a la tutela pública es de señalar la responsabilidad administrativa de los empresarios en tres grupos normativos:

aaa) Trabajos prohibidos

El art. 11.2, LISOS considera infracciones en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores menores de edad la contratación de trabajadores menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos, de acuerdo con las limitaciones que establezca el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas.

bbb) Condiciones de trabajo

El art. 96.4, ET tipifica como infracción muy grave la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en el propio ET, tipificación que se corrobora en el art. 8.4, LISOS. Estas normas hacen referencia a edad mínima de admisión al tra-

bajo, trabajos nocturnos, horas extraordinarias, jornada, salario, descansos...

ccc) Condiciones de seguridad y salud

Estas condiciones están recogidas en el art. 48.2, de la Ley de prevención de riesgos laborales⁸⁵, y establecen ciertas obligaciones para el empresario en esta materia: reconocimientos médicos, evaluación de los puestos de trabajo, deber de formación e información.

hh) *Intervención del menor de dieciséis años en espectáculos públicos*

La intervención de menores en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados (art. 6.4, ET). Esta materia se regula con más amplitud en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto.

ii) *Derecho de sindicación*

Este derecho, regulado en los arts. 7 y 28.1, CE, ha sido desarrollado por la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical. Se establece en el art. 1.1 que «*Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales*». De esta forma, no se establece ninguna limitación de edad para formar parte de un sindicato.

85. La materia de protección de la seguridad y salud de los menores ciertamente está contenida en el art. 48.2, LPRL, en relación con el art. 27 de la misma norma, pero deberá tenerse en cuenta el dictado del art. 6.1.f), LPRL a cuyo tenor: «El Gobierno (...) regulará (...): f) «*Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos, en particular si para los mismos están previstos controles médicos especiales, o cuando se presenten riesgos derivados de determinadas características o situaciones especiales de los trabajadores*».

D) DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 19: Derechos civiles y políticos

Los menores tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente.

a) Introducción

En cuanto a esta materia hay que partir de una capacidad de obrar limitada para los menores en relación con el ejercicio de sus derechos civiles y políticos. No hay una lista tasada de estos derechos sino que la legislación permite que en algunas ocasiones ejerciten esos derechos. En muchas ocasiones ese reconocimiento es progresivo, pero no alcanza su plenitud de ejercicio en la mayoría de los casos hasta que no se llega a la mayoría de edad.

b) Antecedentes del artículo

La Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, art. 2.c) únicamente hacía una referencia a los derechos constitucionales del menor, pero no establecía una referencia expresa a los derechos civiles y políticos regulados por la legislación vigente.

c) Referencias legislativas específicas

aa) *Convenciones y textos de Derecho Internacional*

- Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.
- Convención Europea de los Derechos del Menor de 1996.
- Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.

bb) *Legislación estatal*

- Constitución Española de 1978.
- Código civil.

cc) *Legislación civil de Aragón*

- Compilación del Derecho Civil de Aragón.
- Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte.

d) Desarrollo de las cuestiones del tema

aa) *Derechos civiles*

El art. 19 se remite a la legislación vigente para establecer las limitaciones al ejercicio de esos derechos. Por tanto, hay que acudir a la legislación civil aplicable a los menores, que en el caso de los menores aragoneses se trata del Cc y de la Compilación aragonesa (Comp. Ar.).

Estos dos cuerpos normativos mantienen algunas diferencias importantes en cuanto a la capacidad de los menores que pasamos a exponer a continuación:

aaa) *Mayoría de edad*

La CE establece que la mayoría de edad de los españoles se alcanza a los dieciocho años. En el mismo sentido se manifiesta el art. 315, Cc. En la Comp. Ar. hay una particularidad importante: el art. 4 reconoce la mayoría de edad por razón de matrimonio. Es cierto que el Cc también contempla el supuesto del matrimonio del menor, pero de acuerdo con el art. 316, Cc lo que se produce es la emancipación por matrimonio y no la mayoría de edad como en el caso aragonés.

A pesar de la aparente contradicción entre la Norma Funda-

mental y el ordenamiento aragonés, la Disposición Adicional 2.^a de la Constitución respeta la regla aragonesa, lo que demuestra que la finalidad de la norma constitucional es establecer una edad máxima, lo que no impide, como en el caso aragonés, que una ley ordinaria la reduzca*.

bbb) Contratos en general

El art. 29, Cc reconoce la capacidad jurídica desde el nacimiento, por lo que se tiene personalidad jurídica cualquiera que sea la edad de la persona. Pero, a pesar del reconocimiento de la capacidad jurídica, el art. 322, Cc se limita la capacidad de obrar, diciendo que pueden realizar todos los actos civiles con las excepciones y limitaciones que el propio Cc establece. De esta manera encontramos una limitación en el art. 1263, Cc: los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento, de modo que, siendo el consentimiento un requisito esencial de los contratos (art. 1261, Cc) se debería concluir que los menores no pueden celebrar contratos válidamente.

Pero el hecho de que los menores no puedan prestar válido consentimiento contractual no significa que el contrato sea nulo de pleno derecho, sino anulable. Esta anulabilidad no puede hacerla valer la persona mayor de edad que contrató con el menor (art. 1302, Cc), sino sólo éste, sin necesidad de alegar perjuicio (art. 1300, Cc), durante cuatro años a partir de la mayoría de edad o emancipación (art. 1301, Cc), o su representante legal, hasta entonces. Con estas medidas de protección, en la práctica, suponen la ordinaria exclusión del menor del tráfico jurídico, pues apenas nadie querrá contratar con él en tales condiciones⁸⁷.

86. DELGADO ECHEVERRÍA, J., LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. I, vol. 2, Dyckinson, Madrid, 1998, pp. 114 y ss.

87. DELGADO ECHEVERRÍA, J., LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. I, vol. 2, Dyckinson, Madrid, 1998, p. 120.

En el caso del menor aragonés los arts. 5 y 6, Comp. Ar. ofrecen una regulación diferente. El menor de edad cumplidos los catorce años puede celebrar contratos por sí con asistencia de uno de los padres, tutor o Junta de Parientes, por lo que tienen una capacidad no reconocida en el Cc. Se dice que los actos realizados sin asistencia serán anulables, de modo que no supondría una falta total de consentimiento.

Como se puede observar en la Compilación aragonesa se perfila con mayor amplitud que en el Cc la capacidad del menor de edad a partir de los catorce años, si bien con asistencia de los representantes legales. La iniciativa de las actuaciones se reconduce al menor, único que puede celebrar actos o contratos relativos a su esfera jurídica. Así se configura un margen temporal de cuatro años en los que el menor aragonés goza de privilegios importantes. Por un lado se le permite realizar una serie de actos y contratos que el menor del Cc no puede realizar, y por otro, estos actos y contratos le pueden ocasionar tanto perjuicios como beneficios, los cuales debería de soportar.

De todas formas, creemos que el mayor de catorce años, hoy día, es un menor con una capacidad de entender y de querer, capacidad natural, bastante elevada, por lo que esta situación del menor aragonés no la consideramos en ningún momento perjudicial para él mismo, ya que, además de adaptarse a la LOPJM, también está más acorde con el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental recogido en la CE en el art. 10.1 y con uno de los principios rectores de la política social económica como es el de protección integral de los hijos del art. 39.1^º.

El art. 154, Cc dice que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y que ésta se ejercerá en beneficio de los hijos, para lo que la ley les asigna determinadas

88. LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dyckinson, Madrid, 2001, pp. 103 y ss.

facultades y deberes: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como la facultad de representarlos y administrar sus bienes.

En Aragón como costumbre del Reino, la patria potestad no existe («*De consuetudine Regum non habemus patria potestatem*»). Sin embargo, existe una institución similar que se recoge en el art. 9, Comp. Ar., que se refiere al deber de crianza y a la autoridad familiar para cumplir ese deber que igualmente corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto.

De este modo los menores no emancipados están sujetos a la patria potestad en el Derecho común, o a la autoridad familiar en el Derecho foral aragonés, cumpliendo los deberes que de ellos se derivan (por ejemplo, el art. 155, Cc sobre el deber de obediencia).

ccc) Bienes del menor

En lo referente a la propiedad de los bienes o cualquier otro derecho real, el menor puede ser titular de los mismos. El problema se presenta a la hora de administrar esos bienes, puesto que el menor no siempre tendrá capacidad para ello.

Por esto, el Cc entre las facultades de la patria potestad recoge el deber de los padres de administrar los bienes de sus hijos menores (art. 154, Cc). En el art. 164, Cc se concreta cómo se ha de llevar a cabo esta administración, cumpliendo las obligaciones generales y especiales de todo administrador y con la misma diligencia que respecto a sus propios bienes.

Se establecen algunas excepciones en las que los padres no pueden administrar los bienes de sus hijos:

Los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo haya ordenado de manera expresa.

Los adquiridos por sucesión en que el padre, madre o ambos

hubieran sido desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad.

Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria: la administración ordinaria corresponde al hijo con el consentimiento de los padres.

En esta materia, la Comp. Ar. continúa con su propósito de dar una mayor amplitud a las facultades del menor. El art. 4.3 de la Compilación atribuye al mayor de catorce años la libre administración de todos sus bienes, siempre que viva independientemente de sus padres, con el beneplácito de éstos o mediando justa causa. En el Cap. II del Tít. III, que lleva la rúbrica «*De los bienes del menor*», se expresa en términos similares el Cc.

El art. 11 reconoce la capacidad del menor para ser titular del derecho de propiedad y usufructo, y los gastos de crianza se pueden satisfacer con los frutos de estos bienes. Por otra parte, el art. 12 se expresa en términos similares al art. 164, Cc. En cuanto a la disposición de estos bienes, el art. 13 de la Compilación sólo establece una limitación para los menores de catorce años: se estará a lo ordenado por la persona de quién procedan a título gratuito; en su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, pero en determinados tipos de bienes necesitará la autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia.

ddd) Representación legal del menor

Los padres que ostenten la patria potestad de los hijos menores no emancipados tienen la representación legal de los mismos (art. 154, Cc). El art. 162, Cc concreta esta representación y enumera algunos actos en que los padres no pueden representar a sus hijos (actos de la personalidad, conflicto de intereses o los excluidos de la administración de los padres).

En el art. 14, Comp. Ar. se establece de nuevo una diferencia con el Derecho común del Cc en relación con el mayor de 14 años, ya que sólo contempla la representación legal de los padres

en cuanto ostenten la autoridad familiar para el menor de catorce años.

eee) Capitulaciones matrimoniales

A la hora de pactar el régimen matrimonial que regirá durante el matrimonio, el menor que pueda casarse (art. 46, Cc) tiene algunas limitaciones, tanto en el Cc como en la Comp. Ar., aunque con diferencias entre estos textos legales.

En el Cc, art. 1329, el menor necesita el consentimiento y concurso de los padres o del tutor para pactar un régimen diferente a la separación o la participación.

Una regulación diferente se establece en la Comp. Ar., art. 27. En este caso el menor necesita la asistencia de uno de los padres, tutor, Junta de Parientes o Juez de Primera Instancia⁸⁹, sin que se establezca ninguna limitación sobre el régimen pactado.

En este sentido, el profesor MOREU, al comentar este artículo, señala que «esta norma de la Compilación, a diferencia de la del Código civil, no amplía la capacidad del menor aragonés, puesto que el aragonés mayor de catorce años tiene capacidad de disposición por sí, siempre que medie la asistencia de alguna de las personas designadas en el artículo 5.1 de la Compilación, luego no hay ampliación de la capacidad en virtud del artículo 27. Es más, en todo caso el art. 27 limita mucho más la capacidad de los menores aragoneses con respecto a los menores sujetos al Código, pues éstos en el caso de elegir cualquiera de los regímenes matrimoniales regulados en el Código civil, no requieren ni el concurso ni la asistencia de nadie (art. 1329, Cc)»⁹⁰.

⁸⁹ MOREU BALLOMBA, «Comentario al art. 27 de la Compilación del Derecho civil de Aragón», en *Comentarios a la compilación...*, T. I, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, 1988, pp. 690-692.

⁹⁰ BAYOD LÓPEZ, C., *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1995, pp. 185-186.

fff) Sucesiones: Aceptar o Repudiar la herencia

Para que se pueda aceptar o repudiar una herencia es necesario que el llamado a ser heredero tenga la libre disposición de sus bienes con arreglo al Cc (art. 992). En cambio, la Ley de Sucesiones Aragonesa en su art. 31.1 establece un régimen diferenciado. Los mayores de catorce años pueden aceptar la herencia ellos mismos, pero para repudiarla necesitan la asistencia.

En cuanto a los menores de catorce años se establece que para la aceptación bastará con que la acepten sus representantes legales pero para repudiarla se necesita consentimiento de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia.

ggg) Capacidad para testar

En esta materia la Ley de Sucesiones de Aragón (LSA) y el Cc se expresan en los mismos términos.

El art. 663, Cc establece que los menores de catorce años no pueden testar y el art. 93 de la Ley de Sucesiones de Aragón establece que sólo el mayor de catorce años puede hacer testamento.

En cuanto al testamento ológrafo, ambos textos requieren que se realice por un mayor de edad (art. 668, Cc y art. 93, LSA). En Aragón existe la especialidad del testamento mancomunado que también puede ser realizado por menores, ya que el art. 102, LSA sólo requiere que se trate de aragoneses que puedan testar, por tanto hay que incluir al menor mayor de catorce años entre quienes pueden realizar este tipo de testamento, junto con su cónyuge.

Una vez resaltadas las diferencias entre los derechos civiles de los menores recogidos en el Cc y en la Comp. Ar., pasamos a estudiar los derechos civiles comunes a todos los menores españoles.

hhh) Personalidad jurídica

En primer lugar, hay que partir de la personalidad jurídica para que se le reconozcan derechos civiles, la cual se consigue con el nacimiento de acuerdo con el art. 29, Cc. Este artículo continúa: «pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente» (figura humana y vivir veinticuatro horas desprendido del seno materno, art. 30). De acuerdo con LACRUZ el art. 29, Cc pretende resolver el problema de la herencia paterna del hijo póstumo. El problema se plantea también en los negocios *inter vivos*, permitiéndose realizar esa ficción a la que alude el art. 29⁹¹.

iii) Nacionalidad y Vecindad civil

Para el reconocimiento de su capacidad civil y los derechos derivados de ésta, es necesario fijar la ley nacional del menor, lo que se determina por la nacionalidad. El menor puede optar en determinados casos por una u otra nacionalidad (art. 20 y 21, Cc):

Si es menor de catorce años, la declaración de opción la realizará el representante legal del menor.

Si es mayor de catorce años se realizará por el propio menor, asistido por su representante legal.

El menor emancipado puede optar él mismo por la nacionalidad española.

En cuanto a la vecindad civil, el menor también tiene un derecho de opción entre la vecindad del lugar del nacimiento o la última vecindad de cualquiera de sus padres, desde que cumple catorce años y hasta que transcurre un año después de su emancipación (art. 14, Cc).

⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. I, vol. 2, Madrid, 1998, pp. 15 y ss.

jjj) Promesa de matrimonio

Otro tema importante es la capacidad matrimonial. Previamente al matrimonio cabe la promesa de matrimonio, cuyo incumplimiento sólo da lugar a la obligación de resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas, pero en el caso de que se trate de menores ni siquiera da lugar a esta obligación de incluir los gastos realizados, a no ser que se trate de un menor emancipado (art. 43, Cc).

El art. 46, Cc no permite el matrimonio de menores no emancipados, aunque puede ser dispensado por el Juez de Primera Instancia a partir de los catorce años.

kkk) Filiación por naturaleza y Adopción

En cuanto al ejercicio de la acción de filiación, el hijo menor deberá ser representado indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal. El menor no emancipado también puede ser que haya tenido hijos por lo que ejercerá la patria potestad sobre ellos (en Aragón se denomina autoridad familiar), pero lo deberá hacer con asistencia de sus padres.

En materia de filiación, en caso de tratarse de la filiación matrimonial, el hijo tiene acción para reclamar la filiación, pero habrá que estar a lo dispuesto en el art. 129, Cc que establece que las acciones del menor de edad serán ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal. Por otra parte, según el art. 137, Cc el menor puede atacar su carácter de hijo matrimonial. En principio tiene un plazo de un año a partir de la inscripción de la filiación, por lo que, en la mayoría de los casos estaremos ante un menor. Por tanto, la acción será ejercitada por la madre o el Ministerio Fiscal en representación del menor. Si no se hubiese ejercitado dicha acción, cuando llegue a la mayoría de edad el menor podrá ejercitar esa misma acción en el plazo de un año.

Por el contrario, en el supuesto de filiación no matrimonial hay que distinguir si nos encontramos ante un menor de edad reconecedor o reconocido. Si es el reconocido, ese reconocimiento puede hacerse bien por ambos padres o, en la mayoría de los casos, exclusivamente por la madre. Aquí aparece un derecho de veto que tiene la madre ante el reconocimiento del padre, pues puede pedir la suspensión de los efectos del reconocimiento paterno durante un año a partir del nacimiento, art. 124, Cc. En este punto hay que plantearse si no se ataca aquí el principio de igualdad respecto del padre y si este artículo cumple la exigencia constitucional del art. 39.2, CE de procurar en todo momento la protección integral del hijo. Si es reconecedor, sólo puede ejercitar este derecho de reconocimiento de la filiación cuando sea menor emancipado. En caso de menor no emancipado el art. 121 prevé que puede reconocer si puede contraer matrimonio, es decir, si es mayor de catorce años o ha obtenido dispensa del Juez de Primera Instancia. Si no es así necesita aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

El menor no puede ser adoptante, puesto que es necesario tener veinticinco años (art. 175, Cc). Desde la perspectiva contraria, el menor mayor de doce años habrá de consentir la adopción junto con sus adoptantes (art. 177, Cc).

III) Incapacitación y Tutela

Por lo que se refiere a la incapacitación, los menores de edad pueden ser incapacitados si concurre una causa de incapacitación y se prevé que persiste tras la mayoría (art. 201, Cc).

En lo que respecta a las instituciones del Derecho de familia, como por ejemplo la tutela, es necesario que el tutor esté en pleno ejercicio de los Derechos civiles por lo que los menores no pueden ejercer tal cargo (art. 241, Cc). Los menores no tienen el pleno ejercicio de sus derechos civiles, puesto que el art. 1263, Cc

no les otorga la capacidad de consentir en los contratos, pero en algunos contratos en particular se recogen ciertas especialidades:

— En las donaciones por razón de matrimonio hechas por menores no emancipados necesita la autorización de sus padres o del tutor.

— También en el contrato de mandato, el menor emancipado puede ser mandatario, pero las acciones contra él se ven reducidas (las de los menores).

— Una especialidad importante se da en los juegos de azar. La ley no reconoce acción para reclamar las deudas contraídas por juegos de azar, ni el que pierde puede reclamar lo perdido, pero en el caso del menor sí puede repetir lo que haya pagado voluntariamente.

mmm) Emancipación

La emancipación es una institución intermedia entre la mayoría y la minoría de edad que permite al menor (de más de dieciséis años) ejercitar algunos derechos correspondientes a los mayores de edad. El art. 323, Cc concreta esta ampliación de las facultades de obrar del menor: «*Puede regir su persona y sus bienes como si fuera mayor*». Es una declaración general y luego tiene matizaciones: no puede tomar dinero a préstamo, tampoco puede «*gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres*». El menor emancipado tiene completa su capacidad en el orden personal y familiar, pero tiene limitaciones en el orden patrimonial: no puede realizar determinados actos dispositivos.

Son actos gravosos o de gran importancia para los que el menor necesita el consentimiento de sus padres o del curador, puesto que son actos de gran repercusión en la esfera patrimonial de la persona.

En el caso de la emancipación por matrimonio, art. 324, Cc,

se establecen las mismas cautelas, pero en ese caso será necesario el consentimiento de los dos cónyuges si el otro es mayor de edad y si también fuera menor, el consentimiento de los padres o del curador.

Incluso el art. 323, Cc permite que el menor emancipado compareciera por sí mismo en juicio. La redacción del art. 7.1.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *«sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles»*. Sin embargo, el profesor DE LA OLIVA interpreta este artículo de acuerdo con el art. 7.2.º, LEC y se debe entender que los menores de edad emancipados tienen capacidad procesal ya que se les atribuye por medio de una ley sustantiva: el art. 323, Cc⁹².

nnn) Responsabilidad de padres, tutores y centros de enseñanza por actos realizados por los menores

Respecto a la responsabilidad de padres, tutores y centros de enseñanza por los actos realizados por los menores hemos de estar a lo dispuesto en el art. 1903, Cc. Según el sentir general de la doctrina y jurisprudencia, los centros de enseñanza tienen, respecto de los menores, una responsabilidad prácticamente objetiva dentro de las horas lectivas. La responsabilidad de los padres renace desde el momento en que el centro acaba la suya. La responsabilidad de los padres en el supuesto de los actos ilícitos ejecutados por los hijos, se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe, es decir, en la omisión de la obligada diligencia *«in vigilando»* que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en los padres, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba.

92. DE LA OLIVA SANTOS, A. «Las partes del proceso civil: Concepto, capacidad y legitimación». *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 120.

bb) *Derechos políticos*

En cuanto a los derechos políticos se sigue la misma técnica que con los derechos civiles. El art. 19, LIAA hace una remisión general a los derechos políticos reconocidos a los menores en la legislación vigente.

Los derechos políticos como derechos constitucionalmente previstos son como mínimo de todos los ciudadanos y algunos, como los derechos fundamentales, de todas las personas.

Los derechos fundamentales se tratan en diferentes apartados del libro, por lo que aquí nos centramos en los derechos de participación política como propiamente políticos a este respecto. En este sentido, los menores tienen un ámbito bastante restringido, no porque no puedan ser titulares de los mismos, sino porque en cuanto a su ejercicio es necesaria una cierta capacidad del entender y una independencia de las que, en general, los menores van adquiriendo progresivamente.

aaa) *Derecho de sufragio*

Centrándonos ya en el desarrollo de estos derechos de participación política comenzamos por el cualitativamente más importante, a saber el derecho de sufragio. Nuestra legislación, al igual que el resto de ordenamientos constitucionales, limita su ejercicio a la mayoría de edad, como proclama el art. 2, LOREG, aunque el art. 23, CE no limita la edad y la única restricción que menciona es la nacionalidad.

bbb) *Iniciativa legislativa popular*

Otro derecho político que también se encuentra limitado es la iniciativa legislativa popular, regulada en el art. 87, CE, pero que en su ley orgánica de desarrollo se limita también a la mayoría de edad: art. 3, LOIL.

ccc) Partidos políticos

En cuanto a los partidos políticos, hay que hacer diversas consideraciones, ya que el art. 1 de la Ley de Partidos Políticos no limita la edad para crear partidos políticos de acuerdo con su derecho fundamental de asociación, de forma que ya no se exige que se trate de mayores de edad. Hasta la aprobación de la nueva LO 1/2002, había que tener en cuenta la regulación más estricta que daba la Ley de Asociaciones de 1964 en su art. 3.1. Pero con la actual legislación la posibilidad de los menores para constituir todo tipo de asociaciones es mayor, también lo debemos entender en lo referente a partidos políticos.

La LOPJM en su art. 7.2 establece que *«los menores tienen el derecho de asociación que en especial, comprende:*

a) el derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos».

Esta declaración supone seguir la línea marcada por el Conv. Men. 89, ya que se realiza un reconocimiento de los derechos del menor, a la manera constitucional, entre los que se encuentra, este derecho de asociación⁹³.

ddd) Derecho de petición

El art. 29, CE enuncia el derecho de petición individual y colectivo y lo extiende a todos los españoles, pero al igual que ocurre con el derecho de sufragio en la ley que regula el derecho de petición, más concretamente en su art. 3, se circunscribe a los mayores de edad. De esta forma, los menores quedan excluidos de este derecho.

93. DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 146.

eee) Derecho a la huelga

En cuanto a la huelga, hemos de rechazar totalmente la existencia de huelgas de carácter político, puesto que el art. 28.2, CE sólo reconoce las huelgas de carácter laboral: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». De modo que el menor sujeto a una relación laboral podrá ejercitar este derecho en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores.

fff) Derecho de manifestación

Por lo que respecta al derecho de manifestación, como ya se ha expuesto en trabajos precedentes, el art. 4.1, LODR establece que las reuniones o manifestaciones sólo pueden ser convocadas por personas que se hallen en el pleno reconocimiento de sus derechos civiles. Este requisito afecta a la capacidad para la organización de reuniones o manifestaciones, pero no para su participación. Esta disposición tiene como finalidad excluir la posibilidad de convocar las reuniones o manifestaciones a los incapaces o menores de edad. El problema principal de esta disposición es, pues, la limitación de los derechos fundamentales en relación con los menores de edad.

Todavía no se ha planteado la posible inconstitucionalidad de esta disposición por contradicción con el art. 14, CE y con el art. 21, CE, que recoge este derecho con amplios términos. Sin embargo, el art. 4.1, LODR provoca que numerosas manifestaciones de carácter estudiantil, organizadas por menores de edad, deban forzosamente ser realizadas al margen de la regulación vigente⁹⁴.

94. GAVARA DE CARA, J. C., *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1997, p. 33.

6. DERECHO A LA EDUCACIÓN⁹⁵

Margarita Cisneros Iglesias

Olga Peiró Pérez

A) LA EDUCACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

a) La Educación como derecho fundamental

La educación es uno de los derechos fundamentales recogidos tanto en la Constitución, claramente reflejado en su artículo 27, y su desarrollo en la L.O. 5/85 de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación, (en adelante LODE) como en varios de los Convenios Internacionales de protección y derechos del niño que España ha ratificado como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su art. 28, ratificada en Diciembre de 1990, y la anterior Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su principio 7.

También el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera como punto muy importante la educación y acogida del niño, en este caso la Recomendación R(81)3, relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 enero 1981, en la cual da principios tanto para la ayuda social, como para la educación, aunque se limita a menores de ocho años, muchos de los principios son extrapolables a menores mayores.

95. Los puntos A, B y C han sido redactados por Margarita CISNEROS IGLESIAS. Los puntos D, E y F han sido redactados por Olga PEIRÓ PÉREZ.

Todos ellos nos configuran el derecho a la educación como un derecho fundamental del niño con una serie de fines comunes como son: el pleno desarrollo de la personalidad del alumno; la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia; la adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos; la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales; la formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España; la preparación para participar activamente en la vida social y cultural; la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos. (Extractado de la LODE y de Ley 1/1990 de Ordenación del Sistema Educativo [en adelante LOGSE]).

b) Antecedentes a la Ley Aragonesa 12/2001

Como antecedente directo de la LIAA está la Ley Aragonesa 10/89 de 14 de Diciembre de 1989 de protección de menores, que refleja parcialmente el derecho a la educación tal y como lo configura la ley en vigor, ya que solamente en su art. 4 apartado c) habla de recibir la educación religiosa de conformidad con lo reflejado en la Constitución. La actual ley le dedica su título II, Capítulo III «Del derecho a la Crianza y educación» (artículos 20 a 28), siendo muy minuciosa en lo referente a los fines del derecho a la educación, las obligaciones de los padres y familia, y de la Administración, haciendo referencia a los centros educativos, remitiéndose a lo dispuesto en la LOGSE y la colaboración de aquella con las familias y servicios municipales para garantizar la escolarización obligatoria y evitar el absentismo escolar.

En su artículo 20 configura el derecho a la educación propiamente dicho, reflejando los fines, los principios rectores y las necesarias colaboraciones entre las familias y las Administracio-

nes, para conseguir que el niño sea capaz de desarrollar toda su personalidad en la sociedad.

Artículo 20: El derecho a la educación.

1. Todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, tienen derecho a recibir una crianza y educación, en el seno de su familia y con la colaboración de las Administraciones públicas, que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad.

2. Todos los niños tienen derecho a recibir las ayudas precisas para compensar toda clase de carencias y deficiencias y acceder a la educación en igualdad de oportunidades, así como recibir orientación educativa, profesional y personal necesarias para incorporarse plenamente a la vida ciudadana.

3. Los centros educativos de la Comunidad Autónoma de Aragón formarán a los menores en el conocimiento y correcto ejercicio de sus derechos. Tal formación, de acuerdo con la normativa básica estatal, irá dirigida al desarrollo de sus capacidades para ejercer, de manera crítica y en una sociedad plural, la libertad, la tolerancia, la solidaridad, la igualdad y la no discriminación.

4. Los niños y adolescentes deben obedecer y respetar a sus padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

Lo más llamativo del este artículo es el uso del vocablo «patria potestad», pero esto será comentado más adelante.

B) LA EDUCACIÓN COMO DERECHO-DEBER

a) El contenido del derecho de Educación

Según EMBID IRUJO⁹⁶ «El derecho a la educación comprendería el derecho a cursar la enseñanza que se considerara básica por la legislación ordinaria, igualmente formaría parte del derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilitaría el acceso a cualquier titulación del sistema educativo en función de la capacidad escolar.»

Aumentado por la STC 86/1985⁹⁷: «El derecho de todos a la educación (...) incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo para los niveles básicos de enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apdo. 4.º de este art. 27 de la norma fundamental.(...)».

Así se puede ver que el derecho a la educación está englobado entre la definición de básico, que deben dar las leyes o reglamentos, que sería la «(...)que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad (...)», para el art 20.1 de la LIAA y las fuerzas necesarias para que se alcancen.

b) La educación como derecho-deber

La Educación es un derecho-deber configurado en la C.E. como tal, en el párrafo 4 del art. 27: **4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.**

Para que la enseñanza básica sea calificada como obligatoria

96. EMBID IRUJO, «El contenido del derecho a la educación» en Revista Española de Derecho Administrativo n.º 31, 1981, p. 673.

97. STC 86/1985 de 10 de julio, siendo ponente el magistrado RAIMO LLIBRE, B.J.C. 52/53, p. 1002.

implica que todos tienen un derecho de educarse en un mínimo y el deber de hacerlo.

Lo que no nos dice el precepto que por ser una enseñanza obligatoria abarque o no al hecho de una escolarización obligatoria de los niños. Por ser la educación un derecho-deber no puede ser objeto de renuncia como pudiera ser un simple derecho pero de la Constitución no se desprende que este deber deba ser cumplido sólo y exclusivamente mediante la escolarización, sino que bastaría con acreditar unos conocimientos mínimos; no obstante también a este deber va unida la obligación de los poderes públicos de hacer posible este derecho pero más allá de la mera escolarización, aunque la C.E. establece la obligación por razón al nivel educativo y no por razón del sujeto (el precepto constitucional habla de «enseñanza básica») lo que hace que para su cumplimiento a los poderes públicos les baste con que se acredite la escolarización y no los conocimientos mínimos adquiridos⁹⁸.

La configuración del derecho a la educación en la LIAA, no es tan abierta como en la C.E. ya que aunque en los artículos 20, 21, y 27.3 de la LIAA se pudiera ver cierta ambigüedad, el precepto es claramente denominado como derecho-deber en el art. 27.3 LIAA; respecto de esto el artículo 28 da unos principios hablando de la escolarización obligatoria y medidas de colaboración con los padres para evitar el absentismo escolar, y también la Ley Orgánica de protección al menor (L.O. 1/96) en su art. 13 habla de una obligación de los ciudadanos por la cual cualquier persona o autoridad que sepa si un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias.

Por todo esto se deduce que a tenor de los preceptos de la ley, en Aragón los menores en edad escolar deben acudir al cole-

98. De los Mozos, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*, p. 181. Editorial Montecorvo S.A (Madrid, 1995).

gio y no ser educados en su casa por sus padres fuera de las potestades a ellos conferidas; como pueden serlo las de la educación doméstica, educación previa a la escolar, que en rigor no forma parte del contenido esencial del derecho a la educación sino que es un derecho fundamental anterior. Así para MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ y FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR todo derecho a la educación y a la libertad de enseñanza se consagran jurídicamente en el marco de la enseñanza institucionalizada⁹⁹.

No obstante no se puede ignorar un movimiento social¹⁰⁰, por pequeño que sea de «objectores» a la escuela. «Objectores» que en Estados Unidos ya tienen la posibilidad de que el niño estudie en su casa y se presente posteriormente a un examen de conocimientos estatal. Este movimiento es abanderado por JOHN GATTO según el cual: «la alternativa (a la escuela tradicional) será la enseñanza en el hogar, que matará dos pájaros de un tiro: recompondrá las familias y mejorará a los niños». Los partidarios de esta teoría argumentan que la escuela es un vehículo de sufrimiento de los niños que son expuestos a demasiada presión y se les obliga en la escuela a estudiar asignaturas inútiles según sus deseos para su vida futura, por ejemplo para un niño que pretende construir o pintar que se le obligue a estudiar poesía, lo que les condena al fracaso escolar. Otros argumentos van a la imposición de compartir intereses con otros treinta niños, los cuales solamente tienen en común el nacer en el mismo año, y en ese período de tiempo los nacidos en enero y los nacidos en diciembre tienen diferente madurez, lo que puede afectarles en su vida escolar.

Contra esto otros profesores argumentan a favor de la necesaria socialización de los niños, la necesaria convivencia con otras personas de la misma edad, con los que quizás sea más fácil la comunicación. Se argumenta también que es necesaria una cul-

99. Citados en la obra antes citada en su p. 75.

100. Extraído del artículo *Crecer sin escuela. Mi casa es el cole* por UXA MENA para el suplemento dominical «El Semanal» de fecha 14 de octubre de 2001.

tura de base que, aunque al principio parezca inútil, puede ayudar a comprender mejor el resto de las enseñanzas.

No obstante todo esto es sociología y no está reflejado en la legislación, que por otro lado tiene cierta ambigüedad.

C) EL DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN

a) La Crianza

El artículo 9 de la Compilación Aragonesa habla del deber de educación y crianza de los hijos que corresponde a la autoridad familiar. Esta ley ofrece un desarrollo mayor de las obligaciones de los padres a la hora de atender a la crianza, y en los casos que no sea posible acudir a la Administración.

Artículo 21: Obligaciones de los padres

1. Incumbe a los padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar el deber primordial de crianza y educación de los niños y adolescentes. Los padres son titulares del derecho y la obligación de relacionarse con sus hijos menores y de visitarlos, aunque no convivan con ellos.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asumirá la responsabilidad de crianza, educación y formación de un entorno afectivo adecuado cuando los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar no puedan ejercerla o lo hagan de forma contraria al interés del menor.

En este artículo se equiparan las funciones de patria potestad y autoridad familiar, lo mismo que en un artículo precedente,

lo cual no parece del todo exacto, pues para DELGADO ECHEVERRÍA¹⁰¹ la aproximación más exacta de la patria potestad en Aragón sería la de «relaciones entre ascendientes y descendientes», y no la autoridad familiar, porque su función se limita precisamente a un poder de dirección del menor, no incluyendo la administración de los bienes ni la representación de menor, ni la educación y crianza, que son externos y previos a la autoridad familiar y le sirven de fundamento.

Al mencionar a la patria potestad me ha parecido oportuno citar las opiniones de José María CASTÁN VÁZQUEZ¹⁰² acerca del contenido de la patria potestad; este autor lo divide en dos, una parte personal y la otra patrimonial. En la primera se integraría el derecho a la educación del hijo y su representación, y en la otra los relacionados con la administración de los bienes de los hijos.

CASTÁN VÁZQUEZ analiza las dos vertientes de la participación de los padres en la educación de los hijos; en un primer bloque los derechos de los padres, que no son reflejo de la representación, que son los de la educación paterna, la educación doméstica, o no institucionalizada, que comprende los niveles no obligatorios de la educación, como la etapa preescolar y el cuidado antes de entrar en la educación primaria, aunque no sea para algunos autores derecho a la educación.

El segundo bloque son los que pertenecen al menor, pero por su circunstancia es incapaz de asumir, y lo hacen los padres a través de la representación. Se trata de adoptar las medidas para el ejercicio del derecho de los hijos, dentro del ámbito de la educa-

101. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentarios a la Compilación del derecho Civil de Aragón» dirigidos por LACRUZ BERDEJO, Diputación General de Aragón. (Zaragoza, 1988), t. II, pp. 416 y ss.

102. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentarios al título VII del libro I del Código Civil» dentro de «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales» dirigidos por Manuel ALBADALEJO, EDESA, Madrid, 1982, t. III, vol. 2.º 2.º de pp. 79 y ss.

ción institucionalizada, como pueden ser la elección de centro a cursar, o la enseñanza religiosa y moral.

Todo esto se expresa también en el art. 154.1,1.º C.C. donde se dice que los padres deben velar por los hijos y procurarles una formación integral, incluyendo no sólo el que se escolarice a los hijos sino que se les proporcione una moral, una ética, una formación religiosa y no sólo proporcionar unos conocimientos a través del Estado.

El hecho de que en una ley Aragonesa se mencione una institución estatal que no tiene reflejo en el derecho Foral creo que quizás se deba a que el derecho a la educación y crianza tal y como se da en Aragón, es un derecho para todos, también englobado en las funciones de patria potestad, así al mencionarlo se abarcaría no sólo a los menores con vecindad civil aragonesa sino de cualquier otra vecindad civil. No obstante la ley a mi juicio utiliza inadecuadamente los términos puesto que patria potestad no es exactamente igual que la autoridad familiar.

La LIAA es muy escueta a la hora de recoger el papel de la autoridad familiar fuera de los límites paternos; quizás responde a una realidad social de las familias en Aragón, como el hecho de que cada vez más sólo existan familias nucleares pero, a mi juicio, debería haberse extendido un poco más a la autoridad familiar no paterna y a la Junta de Parientes. Ambas creo que serían previas a una toma de control en la crianza y educación por parte de la Autoridad Administrativa.

Lo que es correcto, a mi parecer, es la no utilización del vocablo «tutela» puesto que tras la reforma de 1985 del artículo 10 de la Compilación Aragonesa es difícil que se dé la tutela tal y como la conocemos en Aragón, porque la autoridad familiar es más amplia y hace que en casos que la tutela fuera necesaria se ocuparía la Junta de Parientes con el Juez. Aunque haya casos en los que la familia no es suficiente y resulte necesaria la tutela de autoridad.

LACRUZ BERDEJO¹⁰³ va todavía más lejos dice que la existencia de una autoridad familiar más amplia que la dedicada a los padres y abuelos impedirá, al no existir el desamparo, la tutela *ope legis* de la Administración, lo que choca con lo dispuesto en la LIAA, que lo recoge. A mi juicio así la ley previene toda posibilidad, lo que estaría de acuerdo con lo dicho en la ley Orgánica 1/1996 de Protección del Menor, siendo correcto atar todos los cabos sueltos que queden fuera de la autoridad familiar, para evitar el resultado de un menor desprotegido.

b) Del apoyo de la familia

En los artículos 22 a 24 de la LIAA se reflejan los apoyos que se le deben dar a los padres al producirse dificultades de la crianza.

Artículo 22: Del apoyo a la familia.

1. Con el fin de evitar el deterioro del entorno familiar y de cubrir las necesidades básicas de los niños y adolescentes, las Administraciones públicas establecerán los programas sociales y facilitarán los apoyos necesarios para que la responsabilidad de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar pueda ser cumplida de forma adecuada.

2. Estos apoyos preventivos tendrán carácter prioritario y previo a cualquier otra medida que se deba adoptar para asegurar los derechos de los niños y adolescentes.

El artículo 22 de la LIAA habla de las actuaciones previas a una guarda y acogimiento, con el fin, recogido en la recomendación R(81)3 de 23 enero 1981, y en la LO 1/96 de protección al menor, de realizar todo lo posible antes de dar paso a unas actua-

103. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, «Elementos de Derecho Civil», tomo IV, «Derecho de familia», vol. II, 3.ª Edición, J. M. Bosch Editor, 1989, Barcelona.

ciones administrativas más fuertes, a través de programas sociales o apoyos necesarios a los padres, con el fin de evitar todo daño y cambio en la situación de los hijos.

Artículo 23: Formación de los padres.

1. Las Administraciones públicas ofrecerán a los padres, a quienes vayan a serlo y a quienes puedan ejercer funciones parentales los medios de información y formación necesarios para que puedan cumplir adecuadamente con sus responsabilidades.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma elaborará programas específicos de apoyo dirigidos a aquellas familias con dificultades para atender correctamente a la crianza, desarrollo y educación, en prevención del maltrato infantil y para disminuir el riesgo de desamparo.

3. Las Administraciones públicas, y, en particular, la Administración de la Comunidad Autónoma, deberán poner a disposición de los padres o cuidadores de niños con discapacidad física, psíquica o sensorial los medios específicos de formación para que puedan ofrecer los cuidados especiales que éstos necesiten.

Del tenor del artículo 23 se deduce que esta formación para los padres será para todos, con el fin de que todos los niños puedan disfrutar de unas funciones parentales correctas; pero la realidad es que aquella será para los padres más necesitados, los que tienen niños problemáticos o deficientes tanto psíquica como físicamente, en estos casos la Diputación General de Aragón prevé cursos y formación para los padres, e, incluso, un acogimiento no preadoptivo, de modo que los padres se preparen para atender mejor a su hijo y luego lo puedan volver a llevar a casa.

Con lo cual el primer párrafo queda absorbido por los dos siguientes en la práctica, siendo muy difícil que las Comunidades Autónomas destinen una formación a padres que no presen-

ten ninguna dificultad añadida a las normales de la autoridad familiar.

Artículo 24: *Prestaciones económicas y apoyo técnico.*

1. Las familias o las personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños y adolescentes podrán ser objeto de ayuda en forma de prestaciones económicas o apoyo técnico.

2. Las prestaciones económicas se concederán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Acción Social y normativa que la desarrolla. No tendrán carácter de prestaciones económicas las compensaciones del acogimiento o guarda.

3. Constituyen apoyo técnico los servicios de orden material, formativo, psicosocial y socioeducativo prestados preferentemente en el lugar de residencia del beneficiario y con la finalidad de facilitar su normal desenvolvimiento.

El artículo 24 se refiere a las ayudas sociales que pueden obtener los padres y que pueden ser tanto prestaciones económicas como ayuda técnica (los servicios de orden material, formativo, psicosocial y socioeducativo).

Las prestaciones sociales vienen expresamente remitidas a la Ley 4/1987, de Ordenación de la Acción Social la cual establece en su Título III, una serie de prestaciones económicas con las siguientes características comunes a todas ellas:

- a) Carácter individual de la prestación.
- b) Valoración expresa de su necesidad.
- c) Imposibilidad de atención mediante otros Servicios de la Administración Pública y carácter complementario del sistema de la Seguridad Social.
- d) Necesidad de realizar un seguimiento de la situación objeto de la prestación.

La Ayuda de Apoyo a la Integración Familiar es una de las prestaciones económicas, que teniendo carácter individual y requiriendo una expresa valoración de necesidad, se dirige a atender aquellas situaciones que provoquen desarraigo en el marco familiar, y de manera especial cuando éste afecte a menores, evitando su internamiento en centros especializados o la adopción de medios externos de protección, tal como viene recogido en la Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social.

El reconocimiento, gestión y pago de estas prestaciones corresponde al Instituto Aragonés de Servicios Sociales desde su traspaso por Decreto 198/1996, de 29 de octubre, del Gobierno de Aragón; quedando condicionadas a que los peticionarios hayan agotado o no tengan acceso a cualquier otro tipo de prestaciones económicas provenientes de ésta u otra Administración Pública. La Diputación General de Aragón puede delegar estas funciones, mediante convenio, en los Ayuntamientos¹⁰⁴.

Estos cuatro artículos se refieren a la solución de conflictos de la crianza y da principios rectores acerca de lo que harán las Administraciones públicas para que los padres puedan cumplir con sus deberes derivados de la crianza.

Hay que esperar que las Administraciones Locales Aragonesas puedan cumplir con estos principios ambiciosos de la ley, y que no se queden en un mero desideratum.

D) LOS DISTINTOS CENTROS EDUCATIVOS

a) Atención infantil en guarderías y otros centros

Dentro del estudio de los distintos centros de educación y enseñanza para los menores en esta Ley destacan estos centros,

104. Extraído de la página web del Gobierno de Aragón: www.aragob.es en lo referente a servicios sociales y ayudas a la integración familiar.

cuya diferencia de trato por parte del legislador parte de considerar que no son propiamente centros de educación infantil o centros educativos.

Artículo 25: *Atención en guarderías y otros centros.*

1. Las guarderías, jardines de infancia y otros centros o servicios que atienden a menores de seis años y que no imparten educación infantil, cualquiera que sea su denominación o titularidad, deberán:

a) Garantizar la compatibilidad de las responsabilidades familiares y laborales de los padres. A tal fin, la Administración de la Comunidad Autónoma fomentará que dichos centros adecuen su organización interna y funcionamiento a las necesidades de los niños atendidos y a los horarios de las familias.

b) Apoyar y colaborar con los padres en la crianza y educación de sus hijos, contribuyendo al desarrollo físico, intelectual, afectivo y moral de los niños. Para ello, con la participación activa de los padres, asegurarán el buen trato y la atención al niño desde el punto de vista de la salud, la seguridad y la educación.

c) Facilitar la socialización de los niños mediante el desarrollo de sus capacidades de relación y su incorporación futura al mundo escolar, promoviendo la intervención positiva para la igualdad de oportunidades y previniendo el absentismo y el fracaso escolar. A tal fin, todos los niños tendrán la posibilidad de acceder a estos centros sin discriminación alguna.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma promocionará los centros de atención a la primera infancia que no estén autorizados como centros de educación infantil y facilitará que todas las familias puedan acceder a ellos. Asimismo, regulará dichos centros a fin de que los niños y niñas sean atendidos y educados con las debidas garantías,

estableciendo los mecanismos de control periódicos necesarios para vigilar que se cumplan dichos requisitos.

El art. 1 LOGSE indica los fines que persigue el sistema educativo español, siempre con el respeto a los principios y valores señalados en la Constitución de 1.978 (art. 27 y 39 C.E.) y los derechos y libertades recogidos en la LODE, y el art. 25 LIAA simplemente los enuncia de nuevo para concretar las obligaciones que deben respetar las guarderías y jardines de infancia, siguiendo el artículo 36.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón que dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y Leyes orgánicas que la desarrollen). Sin embargo la ubicación de este artículo en la Sección 1.ª del Capítulo III de la LIAA no parece acertada («De los padres y otros responsables legales»), siendo su fin aparentemente diferenciar estos centros de los de educación infantil (art. 26 LIAA en la Sección 2.ª).

Del análisis de este artículo destaca en primer lugar la preocupación porque se adecue la organización interna de estos centros y su funcionamiento a las necesidades de los niños y horarios de las familias, con el objeto de conciliar las responsabilidades de los padres con sus obligaciones laborales. No obstante no se menciona ninguna medida en concreto, por lo que sería conveniente que el futuro Reglamento de desarrollo de la LIAA lo indicara.

En el segundo punto del artículo se indica el apoyo y colaboración para la crianza¹⁰⁵ y educación, contando con la cooperación de los padres que asegura el cuidado y atención necesarios para el niño, aunque sin especificar ningún medio al respecto.

Y a continuación se señala que se posibilitará la socialización

105. Ver apartado C dedicado a este tema.

de los niños, con la participación positiva para la igualdad de oportunidades a fin de evitar el absentismo y fracaso escolar en el futuro. Finalmente se expresa que el acceso a estos centros estarán libres de toda discriminación.

Sí debe destacarse como un acierto recoger las funciones de estos centros y su actuación, que en la anterior Ley 10/1989 de Protección de Menores no se mencionaban¹⁰⁶, y que tienen sin embargo una gran importancia dentro de la sociedad.

La interpretación del art. 1.2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza¹⁰⁷, señala que debe entenderse por enseñanza «aquella en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da». Y siguiendo este concepto de enseñanza sí podrían incluirse estos centros como preparatorios para una futura enseñanza («incorporación futura al mundo escolar») con lo que sería admisible la ubicación de este artículo 25 LIAA en una misma sección junto a los centros educativos.

El apartado c) del art. 25 LIAA conecta con los artículos 27 y 28 LIAA, que tienen su desarrollo en el siguiente epígrafe sobre fracaso y absentismo escolar.

El segundo apartado de este artículo comenta la obligación de la Comunidad Autónoma de promoción de los centros de atención a la infancia y su acceso, cumpliéndose las garantías y controles periódicos para un desarrollo efectivo. Una vez más se distinguen estos centros, que no pueden ser considerados de educación infantil, pero la misma preocupación por garantizar

106. Ley 10/1989, de 14 de diciembre de 1989 de Protección de Menores en el artículo 3.3 y el Capítulo VII De la integración social, en sus artículos 22 y 23.

107. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia general de la organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. BOE 262, 1 de noviembre de 1969.

un acceso a la educación se encuentra posteriormente en el art. 27 LIAA¹⁰⁸.

b) Los centros educativos

En este apartado dedicado a los centros educativos se analizará el estudio de las distintas variedades de centros y su correspondencia con el contenido de la LOGSE y LODE.

Artículo 26: Centros de educación infantil.

La Administración de la Comunidad Autónoma, en colaboración con las Administraciones locales, creará una red de centros de educación infantil para menores de tres años con el fin de contribuir al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de la infancia, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

El artículo 26 LIAA, remitiendo a lo dispuesto en el art. 7 LOGSE sobre educación infantil, que entra dentro de la educación de régimen general¹⁰⁹ y en concreto forma parte del primer ciclo (hasta los 3 años) con unos objetivos determinados: «*se atenderá al desarrollo del movimiento, al control corporal, a las primeras manifestaciones de la comunicación y del lenguaje, a las pautas elementales de la convivencia y relación social y al descubrimiento del entorno inmediato*».

Sin embargo el art. 11.2 LODE indica que todo aquello expresado en la misma Ley para los centros de educación infantil se realizará a través de reglamentación, y en los arts. 12 y siguientes.

108. Como por ejemplo se manifiesta igualmente en el art. 20 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación de 1985, y en la Orden de 19 de enero de 2001, del Departamento de Educación y Ciencia, por la que se regula el proceso de Adscripción de Centros de Educación Primaria a Centros de Educación Secundaria y el de Reserva de Plaza.

109. Ver art. 3.2 y 8 a 11 LOGSE.

tes de la LODE se recogen las garantías y requisitos que deberán tener estos centros y en concreto de los centros públicos.

E) FRACASO Y ABSENTISMO ESCOLAR

a) Promoción y garantía del derecho a la educación

Los siguientes artículos se centran en las medidas y programas de apoyo para los escolares y sus familias, persiguiendo una enseñanza de calidad, por parte de las Administraciones Públicas, y una colaboración con quienes tengan las funciones parentales o de autoridad familiar.

Artículo 27: Promoción y garantía del derecho a la educación.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, en defensa del derecho a la educación de los niños y adolescentes, asegurará el acceso a la educación de todos los menores en igualdad de condiciones.

2. Las Administraciones públicas colaborarán con la familia en el proceso educativo de los menores y garantizarán la existencia de un número de plazas suficiente en los centros de educación infantil, primaria y secundaria, así como de medios humanos, materiales y de transporte para asegurar una atención escolar de calidad. También garantizarán la existencia de un número suficiente de plazas accesibles para aquellos alumnos con discapacidades y dispondrán de los recursos técnicos y de transporte adaptado para su escolarización.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma garantizará el cumplimiento del derecho y la obligación a la escolaridad obligatoria, estableciendo y coordinando programas de actuación con las Administraciones competentes a fin de prevenir y erradicar el absentismo escolar.

Asimismo, desarrollará programas formativos de garantía social dirigidos a ofrecer a los adolescentes alternativas a situaciones de rechazo del sistema escolar ordinario, fracaso y absentismo, proporcionándoles una formación profesional que favorezca una próxima incorporación laboral.

4. La Administración de la Comunidad Autónoma velará por el buen trato a los niños y adolescentes en el ámbito escolar mediante la promoción de medidas que conduzcan a la adecuación de los centros y programas a los alumnos y a la implantación de medidas de discriminación positiva que permitan ejercer la igualdad de oportunidades a los menores con desventajas socioeconómicas, geográficas o de carácter físico, psíquico o sensorial.

5. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá la participación del alumnado y de las familias en el ámbito escolar. Procurará el cumplimiento de los derechos y los deberes de los alumnos, particularmente los deberes de respeto hacia los profesores, compañeros e instalaciones a su disposición. Igualmente velará por el cumplimiento de los derechos y deberes de los padres o de quienes ejerzan las funciones parentales y por que los proyectos educativos y curriculares de los centros fomenten la libertad, la igualdad, la no violencia, la solidaridad y los demás valores establecidos en los principios y normas constitucionales.

En primer lugar el artículo manifiesta que la Comunidad Autónoma será responsable del acceso en iguales condiciones a la educación (con desarrollo en el Título V LOGSE, artículos 63 a 67). Y la Disposición Adicional Sexta de la LOGSE modifica algunos de los preceptos de la LODE y en particular sobre esta cuestión queda modificado el art. 24.2 LODE con la siguiente redacción: «Por razones de protección a la infancia, los centros privados que acogen de modo regular niños de edades correspondientes a la educación infantil quedarán sometidos al principio de autorización administrativa a que se refiere el artículo 23.»

El segundo apartado supone la colaboración con la familia y la garantía por parte de la Administración de un número de plazas y los medios humanos, materiales y de transporte con el fin de una atención escolar de calidad, que resulta ser un concepto indeterminado pero que puede interpretarse con base en el estudio del Título IV con sus artículos 55 a 62 LOGSE, a falta de una definición expresa.

No obstante, en su Exposición de Motivos se concluye que resulta de la conjunción de diversos elementos, algunos estrictamente educativos y otros sociales, señalando algunos de éstos: «la modernización de los centros educativos, incorporando los avances que se producen en su entorno, la consideración social de la importancia de la función docente, la valoración y atención a su cuidado, la participación activa de todos los sujetos de la comunidad educativa, la relación fructífera con su medio natural y comunitario...».

E igualmente se enuncia para los alumnos con discapacidades con recursos técnicos y transporte adaptado, aunque algunos aspectos concretos de esta enseñanza determinada se recogían ya con anterioridad a la LIAA en otra serie de regulaciones con más detalle¹¹⁰, y después de su promulgación puede observarse que se ha establecido la Resolución de 6 de septiembre de 2001, de la Dirección General de Renovación Pedagógica, por la que se dictan instrucciones para establecer fórmulas de escolarización combinada entre centros ordinarios y Centros de Educación Especial para alumnos con necesidades educativas especiales.

110. Arts. 35 a 37 LOGSE, de Integración social de los minusválidos (LISMI); Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales; Decreto 217/2000, de 19 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de atención al alumnado con necesidades educativas especiales; Orden de 25 de junio de 2001, del Departamento de Educación y Ciencia, por la que se establecen medidas de Intervención Educativa para el alumnado con necesidades educativas especiales que se encuentre en situaciones personales sociales o culturales desfavorecidas o que manifieste dificultades graves de adaptación escolar.

Recientemente se ha conocido el borrador sobre una nueva Ley de Calidad de la Educación, pero la sociedad no lo ha acogido positivamente sino todo lo contrario, movilizándose y manifestándose contra su contenido, como ocurrió con la nueva Ley Orgánica de Universidades (LOU), ya que pretende implantar la repetición de curso para los estudiantes que suspendan determinado número de asignaturas y la creación de itinerarios en el segundo ciclo de la ESO para facilitar la diversificación y enseñanza personalizada, entre otras medidas, pero sin tener garantizada su financiación.

El tercer apartado de este artículo en su primer inciso señala la obligación de la Comunidad Autónoma de garantizar que se cumpla este derecho y la escolaridad obligatoria, con la coordinación con las Administraciones, y con la finalidad de prevenir y eliminar el absentismo escolar. Sobre esta cuestión ya ha habido propuestas al Consejo Escolar de Aragón en tal sentido¹¹¹; la escuela debe innovarse y aceptar a los actuales alumnos para motivarles y ayudarles a recuperar el gusto por querer aprender. También motivarles para que pongan en práctica lo aprendido y disfruten de ello, con crítica al sistema actual que no lo consiente, y que hasta ahora no habían recogido ni la LODE ni la LOGSE.

El segundo inciso de este apartado apunta a los programas formativos de garantía social dirigidos a adolescentes en situaciones de rechazo, fracaso o absentismo, y una formación profesional en vistas a la futura incorporación laboral. Esta cuestión ya estaba recogida en el artículo 22 de la anterior Ley aragonesa 10/1989 de Protección de Menores, en cuanto a los menores internados o en medio abierto, con el objetivo de su integración social.

También la LODE (art. 11.1.d) se ha preocupado por este tema y la LOGSE (art. 3.2. y el Capítulo Cuarto —arts. 30 a 35— sobre

111. Por ejemplo la propuesta de CONCABA-ARAGÓN (Confederación de Padres de Alumnos) con sugerencias de mejora sobre *La Contribución en los Centros de Secundaria y Atención a la Diversidad*.

Formación Profesional) y destacando su art. 3.4 al prever que se podrían establecer nuevas enseñanzas de régimen especial si lo aconsejaban la evolución de la demanda social o las necesidades educativas, pero siempre con previa consulta a las Comunidades Autónomas. Con ello se amplía el abanico de posibilidades de enseñanza que ofrecía la Ley remitiendo a las necesidades que pudieran darse en el futuro en la sociedad.

El apartado cuarto del art. 27 LIAA advierte que la Comunidad Autónoma es la responsable del buen trato a los niños y adolescentes en el ámbito escolar, e incluso con medidas de discriminación positiva para una igualdad de oportunidades ante desventajas socioeconómicas, geográficas, físicas, psíquicas o sensoriales.

Sobre este tema también la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los derechos del niño recoge que: «Todo niño tiene derecho a recibir una educación. Los Estados miembros deberán asegurar a todo niño una enseñanza primaria, obligatoria y gratuita. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar a todos la posibilidad de acceso a la enseñanza secundaria y universitaria».

Y para que se pueda cumplir esto además: «**Los Estados miembros están obligados a aplicar y hacer efectivos los derechos previstos en la Carta mediante leyes, disposiciones administrativas, compromiso de gastos y todo otro tipo de intervención idónea**». Asimismo también se puede observar esta apertura a todo tipo de medidas, que pueden incluir las positivas, en el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo de 1995, derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia, en sus artículos 31 y 32¹¹².

112. Artículo 31: «1. Los alumnos tienen derecho a percibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico y sociocultural, de forma que se promueva su derecho de acceso a los distintos niveles educativos. 2. La Admi-

Igualmente en el Título V «De la compensación de las desigualdades en la educación» de la LOGSE (arts. 63 a 67), que da competencia a la Comunidad Autónoma para realizar programas específicos en política de educación compensatoria, pero siempre mediante convenio con el Estado.

Finalmente, para terminar este capítulo el quinto apartado de este extenso artículo 27 de la LIAA se dedica a señalar en primer lugar la obligación para la Comunidad Autónoma de promover la participación de los alumnos y sus familias en el ámbito escolar, así como también asegurar que se cumplan los derechos y deberes tanto por parte de los alumnos como de los padres o aquellos que los sustituyan en sus funciones.

La finalidad de esta obligación de cumplimiento de los deberes de los alumnos viene incluso recogida en la propia redacción del artículo cuando expresamente habla del respeto hacia los profesores, compañeros e instalaciones, se trata de una parte de la educación con mayor relación con un aspecto social y de convivencia, que ha sido tratado con mayor profundidad en el ya mencionado Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia (Título III «De los deberes de los alumnos», arts. 35 a 40 y el Título IV «Normas de convivencia», arts. 41 a 47).

De la misma forma se expresa un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones de los padres o quienes tengan las funciones parentales, y de los proyectos educativos de los centros, observando si fomentan una serie de valores: libertad, igualdad,

instrucción educativa garantizará este derecho mediante una política de becas y los servicios de apoyo adecuados a las necesidades de los alumnos. 3. (...) 4. Los alumnos forçados a un traslado obligatorio del lugar de residencia habitual recibirán asimismo especial atención. 5. (...)»

Y asimismo el artículo 32: «1. En las condiciones académicas y económicas que se establezcan, los alumnos que padezcan infortunio familiar tendrán la protección social oportuna para que aquél no determine la imposibilidad de continuar y finalizar los estudios que se encuentren cursando».

no violencia, solidaridad y los demás valores previstos en la Constitución.

Ya JIMÉNEZ AYBAR¹¹³ había comentado antes de la promulgación de esta Ley, que en ella deberían tener cabida algunos aspectos de la problemática actual de los menores, como por ejemplo «... promoviendo la coeducación no sexista entre los niños y adolescentes (art. 39.5 del Borrador de 1.997)», como también se había hecho de forma semejante en la Ley 3/1997 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Del mismo modo puede observarse una formulación semejante en el art. 1 LOGSE (incluido en el comentario del art. 25 LIAA) y art. 2 LODE, por lo que se puede presumir que el legislador aragonés ha seguido en cierta manera los pasos de la legislación estatal sobre educación.

b) Colaboración de los centros escolares

Este último artículo de la Sección 2.^a se comentan las obligaciones que tienen los centros educativos y su colaboración y relación con la Administración de la Comunidad Autónoma, con el objeto de cumplir los fines de este derecho y garantizar su cumplimiento.

Artículo 28: Colaboración de los centros escolares.

1. Los responsables de los centros escolares y el personal educativo de los mismos están obligados a colaborar con las familias y los servicios municipales y con las instituciones protectoras de menores para garantizar la escolarización obligatoria y combatir el absentismo escolar.

2. Están especialmente obligados a poner en conocimien-

113. JIMÉNEZ AYBAR, Iván, *Pasado, presente y futuro de la protección de los menores en Aragón*; edita el Ayuntamiento de Zaragoza, Área de Servicios Públicos, (Zaragoza, 1998), pp. 164-165.

to del organismo público competente de la Administración de la Comunidad Autónoma toda situación de absentismo escolar, así como aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, y a colaborar con el mismo para evitar y resolver tales situaciones. En los casos en que las medidas de mediación consideradas oportunas fracasasen y persista el absentismo escolar, la Administración de la Comunidad Autónoma lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá convenios de colaboración entre las distintas instituciones a los efectos de prevenir y erradicar el absentismo escolar y con el fin de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.

4. Los centros educativos contarán con las instalaciones docentes y deportivas adecuadas para el desarrollo integral de los menores, con el fin de garantizar una educación en condiciones de seguridad y calidad.

El primer apartado de este artículo indica la obligación tanto de los responsables de los centros escolares y el personal (profesores y maestros) para que colaboren con las familias, así como con servicios municipales y en concreto los dedicados a la protección de menores, para alcanzar la escolarización obligatoria y combatir el absentismo escolar. Es una mera reiteración del art. 27.3 LIAA pero ahora con el matiz de que también implica a los directores de los centros y los profesores en la consecución de dichos objetivos, por lo que será necesaria una estrecha relación con la Administración.

El segundo apartado se dedica a un deber en concreto: la comunicación al órgano competente administrativo de la situación de absentismo escolar y los indicios que pueda haber de la

existencia de riesgo o desamparo, colaborando a su vez para prevenirlo y solucionarlo. En último lugar ante la permanencia de la situación, la Administración tiene como obligación informar al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial para que actúen, tema que se desarrolla en el capítulo dedicado a las situaciones de desamparo.

El tercer apartado trata de nuevo sobre el absentismo escolar recordando que es un compromiso para la Administración de la Comunidad Autónoma la promoción de estos convenios de colaboración con otras instituciones, pero amplía el propósito a que combatan igualmente las situaciones de riesgo y malos tratos, y no sólo ya a su prevención o procedimiento, sino también a su detección y las formas de derivación; parece por tanto correcto y acertado, ya que ésta es otra responsabilidad de la Administración y así se comenta en el capítulo sobre derecho a ser bien tratado (recogido en el art. 9 LIAA)¹¹⁴.

El último apartado de este artículo se refiere a otro aspecto que igualmente se encuentra dentro del derecho a la educación, como la libertad de expresión, de conciencia e ideológica: la educación a través del deporte para el desarrollo integral de los menores. Por ese motivo resulta imprescindible contar con instalaciones docentes y deportivas adecuadas¹¹⁵, y vuelve a señalarse la búsqueda de una educación en condiciones de seguridad y calidad (punto ya comentado respecto al art. 27.2 LIAA), finalidad que nunca pierde de vista esta legislación aunque falte ulterior desarrollo.

114. El artículo 35 LIAA, *Colaboración con las instituciones protectoras*, trata de esta cuestión con mayor detalle.

115. Artículo 31 LIAA en sus apartados cuarto y quinto, sobre la *promoción de la adecuada utilización del ocio y tiempo libre*.

F) INTEGRACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE LOS MENORES

Estos dos apartados del art. 27 LIAA tienen un análisis separado de los demás debido a la especial incidencia en nuestros días de la diversidad cultural y el pluralismo de nuestra sociedad, y que de modo positivo ha sido recogido en esta Ley.

Artículo 27: 6. La Administración de la Comunidad Autónoma fomentará que los niños y adolescentes conozcan el entorno más próximo en el que viven y, en especial, la historia, cultura e instituciones de Aragón, a la vez que el respeto y el ejercicio de la tolerancia hacia las otras culturas.

7. Los menores pertenecientes a un grupo étnico minoritario con especificidad cultural tienen derecho a recibir enseñanza sobre su cultura y a que ésta sea divulgada de forma positiva entre el resto de los menores.

Según FERNÁNDEZ SOLA¹¹⁶ el acceso a la educación en iguales condiciones es garantizado por el Reglamento sobre la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, y la Directiva sobre la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes¹¹⁷.

Ya el principio 16 de la Declaración de los derechos y libertades fundamentales adoptada por el Parlamento Europeo en abril de 1989 indicaba el derecho a la educación, y esta Directiva en sus artículos 2 y 3 expresa que los Estados deben adoptar medidas para garantizar una enseñanza gratuita en estos supuestos de hijos de trabajadores migrantes, incluyendo la enseñanza de la lengua oficial o una de las lenguas del Estado de acogida. Ade-

116. FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, *Protección internacional de los derechos del niño*. Colección El Justicia de Aragón, HT Grupo Tafalla, S.L. (Zaragoza, diciembre, 1994), pp. 62-63.

117. Directiva del Consejo de 25 de julio de 1977 relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes (77/486/CEE).

más se incluye igualmente la necesidad de medidas para la formación del profesorado que vaya a impartir estas enseñanzas.

Más concretamente el art. 3 de la Directiva indica que mediante cooperación con los Estados de origen se adoptarán medidas para promocionar la lengua materna y cultura del país de origen, aunque siempre en coordinación con la enseñanza normal.

Por ello concluye FERNÁNDEZ SOLA que de esta forma se consigue preservar la identidad cultural y lingüística del niño, de acuerdo con lo establecido en los artículos 29 y 30 de la Convención de derechos del niño «aunque se encuentre en una situación minoritaria en el país de acogida».

Ya la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia general de la organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura (BOE. 262, 1 de noviembre de 1969) en su artículo 5.1.a) apuntaba el respeto, comprensión y amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos que debe estar presente en la educación¹¹⁸.

Pero es el apartado c) el que lo afirma claramente: *«debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:*

— *Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional.*

— *El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes; y*

— *La asistencia a tales escuelas sea facultativa».*

118. El artículo 23.c) LOCSE así lo ha recogido para el Derecho español.

Del examen de estas normativas puede fácilmente deducirse que se han seguido los pasos de la legislación internacional y comunitaria, y supone un acierto del legislador en cuanto que hoy ya es una realidad en nuestra sociedad la presencia de este multiculturalismo, y resulta absolutamente necesario que esos menores se integren y se adapten.

Pero de la misma forma no puede olvidarse que también la sociedad debe cuidar de su adaptación a esta nueva situación, de un respeto y tolerancia hacia diferentes formas de vida y cultura, sobre todo en vistas al futuro, porque debido a los ya sabidos problemas de la demografía (la caída de la natalidad) en nuestra Comunidad los inmigrantes representan el porvenir y sus hijos aseguran la continuidad de la sociedad, la cual cada vez se irá conformando con mayor riqueza y diversidad cultural.

Un ejemplo reciente ha sido el caso de la niña marroquí de trece años, Fátima, que llevaba cuatro meses sin ser escolarizada en Madrid al negarse las autoridades de varios centros a que llevara puesto el chador (velo de color negro que cubre todo el cuerpo excepto la cara) pero que provisionalmente acude a un colegio público aunque está próxima la decisión del Consejo Escolar del centro al respecto. Es en esta polémica donde debería primar el derecho a la educación y no el uso o prohibición del chador si se desea una incorporación normal al sistema¹¹⁹ educativo.

119. Artículo del periódico *Heraldo de Aragón*, 17 de febrero de 2002, p. 27.

7. DERECHO A LA CULTURA Y A LA ADECUADA UTILIZACIÓN DEL OCIO Y DEL TIEMPO LIBRE

Víctor J. Laguardia Obón

A) DERECHO A LA CULTURA (ARTS. 29-30)

El derecho objeto de estudio en el presente capítulo plantea, en primer lugar, el problema de su escasa regulación en otros textos normativos, tanto internacionales como estatales. Por ello, la LIAA supone una innovación respecto a este derecho pues, como veremos, lo desarrolla con bastante amplitud.

Otro problema, es la ausencia de un concepto de cultura en todos estos textos incluida la LIAA. En vista de esto, debemos acudir a la noción que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española.

Cultura:

- Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico.
- Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en un época, grupo social etc.
- Culto religioso.
- Conjunto de conocimientos sobre gimnasia y deportes,

práctica de ellos, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales.

- Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

De estas acepciones las que mejor se adaptan al objeto de este artículo son la primera y la segunda.

A continuación veamos la relación de los artículos que analizaré en esta primera parte.

Artículo 29: El derecho a la cultura, ocio y tiempo libre.

Los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística, al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad como elementos esenciales para su educación y desarrollo como ciudadanos conscientes y responsables.

Artículo 30: De la promoción de la cultura para los niños y adolescentes.

1. Las Administraciones públicas respetarán y promoverán el derecho de los niños y adolescentes a participar plenamente en la vida cultural y artística, fomentando las iniciativas sociales relativas a dicho ámbito dirigidas a los menores.

2. Las Administraciones públicas, para el desarrollo cultural de los niños y adolescentes y como complemento al aprendizaje en los centros escolares, promoverán actividades y recursos en su entorno relacional y facilitarán su acceso a los servicios de información, documentación, bibliotecas, museos y demás servicios culturales públicos, favoreciendo en especial el conocimiento de los valores, historia y tradiciones de Aragón, así como el respeto a las culturas diferentes a la del menor. En todos los museos de titularidad autonómica o local se crearán secciones pedagógicas con recursos didácticos adecuados.

a) Antecedentes

La Ley aragonesa 10/1989 de protección de menores, de 14 de diciembre, en su título II «De los derechos de los menores» no hace una referencia expresa a la cultura.

Si se entiende dichos artículos en un sentido amplio, podría verse subsumida en el derecho a la educación y recepción de los adecuados servicios sociales para su adecuado desarrollo integral del artículo 3.3 y también en la realización de las prácticas propias de su confesión del apartado c del artículo 4.

Dada esta laguna en la anterior ley aragonesa, se debe resaltar, de nuevo, la importancia de la actual ley al introducir una referencia expresa al derecho a la cultura.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución española

La C.E. se refiere a la cultura en varios artículos:

- el artículo 9.2. establece que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural.
- el artículo 44 establece que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
- el artículo 46 dispone que los poderes públicos promoverán el enriquecimiento del patrimonio cultural de los pueblos de España.
- el artículo 48 encomienda a los poderes públicos la promoción de las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo cultural.

- el artículo 50 dispone que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas de cultura, entre otros.

De todos estos artículos, tendremos en cuenta sobre todo el 9.2, 44 y 48 en lo que se refiere a la cultura de los menores y muy especialmente el 44 pues su último inciso «a la que todos tenemos derecho» está consagrando específicamente un derecho que implica como contrapartida una participación activa de los poderes públicos.

bb) Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor

En esta ley estatal llama la atención el escaso tratamiento que se hace de este derecho pues sólo en el artículo 7 dentro del derecho de participación, asociación y reunión se menciona la participación plena en la vida cultural y artística.

También se dice que los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores, pero esto es una declaración genérica y no se refiere expresamente a la cultura.

En mi opinión el legislador debería haber dedicado uno o varios artículos al objeto de este capítulo como derechos independientes; con más razón al observar que la Conv. Men. 89 lo había hecho.

bb) *Legislación internacional*

aaa) Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

Este texto internacional sí que desarrolla este derecho en sus artículos 30 y 31. Antes, el artículo 29 establece los objetivos a los que debe dirigirse la educación. Creo que puede hacerse una inter-

pretación extensiva de esos fines y ser aplicados también a la cultura pues se habla de desarrollar la personalidad, respeto a los derechos humanos, respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores...

El artículo 30 se refiere al derecho a mantener su propia vida cultural de los niños que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o son de origen indígena.

El artículo 31 reconoce el derecho del menor a participar libremente en la vida cultural y las artes y establece que los Estados parte promoverán y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural y artística.

c) Comentario

El derecho a la cultura, en un sentido amplio, tiene por objeto cualquier participación en el patrimonio artístico, científico, lingüístico, religioso y educativo.

Este derecho aparece consagrado en el artículo 44.1 de la Constitución española mediante una formulación genérica («Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho¹²⁰»), pero también tiene proyecciones específicas en los artículos 9.2, 46, 48 y 50 del mismo texto normativo, como se vio en el apartado de legislación estatal.

Este artículo 44 se encuentra entre los principios rectores de la política social pero el contenido de este precepto se tiene que considerar, no sólo como una proclamación de principios, sino como consagración específica de un derecho que implica como contrapartida una participación activa de los poderes públicos, que será exigible por el ciudadano.

120. La introducción de este inciso se debe a la enmienda del senador Sr. Cela y Trulock que proponía: «se reconoce el derecho de la persona a la cultura y compete a los poderes públicos promoverlo y facilitarlo».

Del mismo modo la LIAA, en su artículo 29, hace una formulación genérica («los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística»), y en el artículo siguiente atribuye la promoción de este derecho a las Administraciones públicas.

De conformidad con los artículos 148 y 149 de la Constitución, las Comunidades Autónomas *podrán* asumir competencias en relación con museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma, el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma; en cambio, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de defensa del patrimonio cultural.

Estas disposiciones constitucionales no descartan la posibilidad de atribuir por ley ordinaria a la Administración Local determinadas competencias en materia de cultura.

El derecho a la cultura es un derecho social. Esto significa, no sólo que la cultura sea un bien social, sino que además tiene una proyección netamente social. Esto se advierte en el significado público que presenta el patrimonio cultural en nuestro Ordenamiento Jurídico; el bien cultural tiene un carácter público por encima de su titularidad, por ello, el Estado se ofrece como cauce de todas las modalidades de expresión cultural de los individuos y de los diferentes grupos sociales, puesto que la cultura es un producto de la sociedad¹²¹.

Lo que se proclama en la Constitución y en la LIAA no es tanto el derecho a la cultura, pues sería una referencia vaga, como el derecho de acceso a la cultura. El auténtico objeto del derecho considerado es el acceso a la cultura, esto es, la facultad de disponer, en igualdad de condiciones, de los medios necesarios para el conocimiento y asimilación de los valores culturales inheren-

121. PRIETO DE PEDRO, J., *Consideraciones sobre la enseñanza de la Constitución*, en «Lecturas sobre la Constitución española», tomo II, Madrid, 1978, p. 507.

tes a la sociedad. Por ello, el artículo 29 LIAA establece acertadamente el derecho de los menores a *participar plenamente* en la vida cultural.

En relación con esto hay que recordar lo que decía la Conv. Men. 89 sobre el derecho de los niños que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o son de origen indígena, a mantener su propia vida cultural.

El derecho de acceso a la cultura, por sus propias características, requiere la adopción de una determinada política por los poderes públicos. El artículo 30 LIAA dispone que las Administraciones públicas *respetarán y promoverán* este derecho. Este planteamiento comporta algo más que el reconocimiento del principio de libertad cultural, implica la exigencia de una actividad pública en orden al desarrollo cultural. Para ello los poderes públicos tienen que fijar sus ámbitos subjetivo y funcional.

En el ámbito subjetivo, los destinatarios de la acción cultural a desplegar por la Administración son los niños y adolescentes sin distinción. Con esto se prohíbe cualquier discriminación en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad. Pero esto no impide la realización de acciones preferentes especialmente orientadas hacia concretos grupos regionales o sociales; por ejemplo, una disposición que establezca campañas de difusión cultural para colectivos de inferior o superior nivel cultural, siempre que responda a unas condiciones objetivas.

Desde el punto de vista funcional, la LIAA habla de *respeto y promoción*.

El *respeto* implica que las Administraciones públicas no pueden imponer a los menores una determinada forma de cultura distinta a la suya. Esto se deduce del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce a los miembros de minorías el derecho a tener su propia vida cultural, y del artículo 15.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce el derecho de toda persona a

participar en la vida cultural. Estos textos internacionales tienen que ser tenidos en cuenta por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución. Además el artículo 30.2 LIAA habla del «*respeto a las culturas diferentes a la del menor*».

La *promoción* se tiene que entender como el fomento y la prestación de servicios de índole cultural. Los poderes públicos tienen que remover los obstáculos económicos y sociales que se opongan al acceso de los niños y adolescentes a la cultura, y éste es el fin que persigue el fomento (se dice, en el artículo 30.1 LIAA «*fomentando las iniciativas sociales relativas a dicho ámbito dirigidas a los menores*»). La técnica más adecuada será la organización y puesta en funcionamiento de los servicios públicos culturales (en el artículo 30.2 LIAA, «*facilitarán su acceso a los servicios de información, documentación, bibliotecas, museos...*»).

En mi opinión y para concluir con este comentario, nos encontramos con un derecho que tiene una enorme extensión por lo cual, su formulación no puede limitarse a una proclamación genérica sino que deben concretarse los aspectos en los que tienen que incidir los poderes públicos su eficacia. A esto contribuye de un modo bastante acertado la nueva LIAA.

B) DERECHO A LA ADECUADA UTILIZACIÓN DEL OCIO Y DEL TIEMPO LIBRE (ARTS. 29, 31)

El derecho que a continuación se va a analizar, nos lleva al mismo problema que se observó en el derecho a la cultura, es decir, la falta casi absoluta de regulación en otras leyes. También el problema de que no tenemos un concepto jurídico de ocio ni de tiempo libre, por ello acudiremos de nuevo al Diccionario de la Real Academia Española:

Ocio:

- Cesación del trabajo, inacción o total omisión de la actividad.

- Tiempo libre de una persona.
- Diversión u ocupación reposada, especialmente en obras de ingenio, porque estas se toman regularmente por descanso de otras tareas.
- Obras de ingenio que alguien forma en los ratos que le dejan libres sus principales ocupaciones.

De estos significados el segundo y el tercero son los que más se aproximan a la regulación de la LIAA.

Después de esto, observemos la redacción que la LIAA establece para este derecho:

Artículo 29: El derecho a la cultura, ocio y tiempo libre.

Los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística, al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad como elementos esenciales para su educación y desarrollo como ciudadanos conscientes y responsables.

Artículo 31: De la promoción de la adecuada utilización del ocio y tiempo libre.

1. Las Administraciones públicas garantizarán el acceso de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, a los recursos y actividades lúdicas que sean apropiados para su edad, desarrollo y condiciones personales. Asimismo, promocionarán el asociacionismo y la participación de los niños y adolescentes mediante la educación en el tiempo libre, desarrollando, para tal finalidad, equipamientos, servicios y programas públicos de carácter socio-educativo dirigidos a toda la población infantil, adolescente y juvenil.

2. Los niños y adolescentes tienen derecho a practicar deportes y a participar en actividades físicas y lúdicas en un ambiente de seguridad. Su participación en deportes de competición o que supongan un especial esfuerzo o dedi-

cación debe ser voluntaria y autorizada por los padres o tutores, y los métodos y planes de entrenamiento deben respetar la condición física y las necesidades educativas de los menores. Las Administraciones deben fomentar la actividad física y deportiva como hábito de salud.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá la educación en valores a través del juego y de los juguetes. Estos deben adaptarse a las necesidades de los niños y adolescentes y ayudar a su desarrollo integral.

4. Las Administraciones públicas aragonesas favorecerán:

a) Las actividades de ocio en los barrios y municipios gestionados por entidades vecinales o asociativas, con la colaboración de menores.

b) El deporte y las actividades de tiempo libre tanto en el medio escolar como a través de la acción comunitaria.

5. Las Administraciones públicas, a iniciativa propia o en colaboración con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, fomentarán la realización de actividades culturales, deportivas y recreativas. A este fin, se promoverán las actuaciones urbanísticas destinadas a ampliar o crear los equipamientos e instalaciones necesarios y adecuados en función de la población infantil o juvenil existente en la zona.

6. Las Administraciones públicas garantizarán especialmente el acceso de los menores con desventajas personales físicas, psíquicas o sensoriales al disfrute de los derechos de ocio, tiempo libre y cultura.

Se debe mencionar la importancia que tiene dentro de esta materia el deporte, por eso haremos referencia a la Ley del Deporte.

a) Antecedentes

Vuelve a aparecer aquí la Ley Aragonesa 10/1989 de protección de menores de 14 de diciembre.

Esta ley, de la misma manera que ocurría en el derecho a la cultura, sólo hace una referencia a la garantía del derecho a recibir los adecuados servicios sociales para el adecuado desarrollo integral del menor, en lo que se podría subsumir el derecho al ocio con una interpretación bastante amplia.

De este hecho, deriva la importancia de la LIAA que dedica a este tema dos extensos artículos.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución española

La Constitución Española tiene un importante artículo dedicado al ocio: el artículo 43 dice que los poderes públicos facilitarán la adecuada utilización del ocio. Además el mismo artículo dice que los poderes públicos fomentarán, entre otras materias, el deporte. Observamos aquí una referencia al deporte que también hace la ley aragonesa a diferencia de la Conv. Men. 89 y de la LOPJM.

El acceso a los textos constitucionales de conceptos como el ocio y el deporte tuvo lugar en los últimos años de la década de los sesenta en los países del área comunista, generalizándose a todas las Cartas Magnas surgidas en la década de los setenta, fuese cual fuera su signo.

Del mismo modo que en el derecho a la cultura, nos encontramos ante un verdadero derecho aunque esté situado entre los «Principios rectores de la política económica y social». La jurisprudencia constitucional y la STS 9 mayo 1986 configuran a los

principios rectores como auténticos derechos que «pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad de las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos».

bbb) LOPJM

Esta ley habla del derecho de los menores a participar plenamente en la vida recreativa de su entorno, en su artículo 7, en lo referente al derecho de participación, asociación y reunión. El mismo artículo dice que los poderes públicos promoverán órganos de participación de los menores.

Se pueden hacer las mismas críticas que en el derecho a la cultura: el escaso tratamiento del derecho al ocio y el hecho de que la referencia a los poderes públicos es una declaración demasiado genérica.

bb) *Legislación internacional*

aaa) Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989

La Convención contiene una regulación más pormenorizada del derecho al ocio y al tiempo libre en su artículo 31. Este precepto establece el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas, propias de su edad.

El apartado segundo de este artículo dice que los Estados parte propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida recreativa y de esparcimiento.

c) **Comentario**

El ocio se ha entendido tradicionalmente como pasividad, inactividad, alejamiento, para adoptar una actitud pasiva, de la ocupación habitual de una persona. Un concepto más actual del

mismo lo asimila con actividad creativa, placentera y desarrollada al margen del trabajo diario de la persona.

El ocio se suele situar en los textos normativos junto a las actividades educativas y los deportes pero se debe señalar que el ocio tiene posibilidades más amplias, lo que lleva al interés por situarlo en un espacio determinado diferente.

La regla 19 del apartado 1 del artículo 148 C.E. dice que las Comunidades Autónomas pueden asumir la promoción de la *adecuada utilización del ocio*.

El artículo 43.3 C.E. se refiere a esta promoción por parte de todos los poderes públicos por lo que estaríamos ante una competencia compartida. Este precepto tiene carácter plenamente jurídico aunque se encuentre entre los principios rectores de la política social y económica¹²².

El ocio, tal y como aparece configurado en la LIAA, presenta una diferencia notable con su regulación en el artículo 43.3 C.E. En este precepto se dice que los poderes públicos facilitarán la adecuada utilización del ocio pero no se dice, como se hacía con la cultura, que sea un derecho al que todos tienen acceso. La LIAA, por el contrario habla del derecho de los niños y adolescentes a la adecuada utilización del ocio y del tiempo libre (art. 29) y dice que los niños y adolescentes tienen derecho a practicar deportes y participar en actividades físicas y lúdicas (art. 31.2). Por tanto, la nueva ley aragonesa consagra el ocio como un derecho autónomo de los menores.

La C.E. y la LIAA hablan de la «adecuada» utilización del ocio. Esta expresión tiene que entenderse no sólo en un sentido personal y subjetivo, sino también en el social y comunitario; no se trata, por tanto, de que los poderes públicos faciliten la ociosi-

122. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Civitas, Madrid, 1980, pp. 95 y ss.

dad, sino de que amparen el ocio creativo y enriquecedor, tanto según criterios subjetivos e individuales como sociales.

La *adecuada* utilización debe considerarse aplicable también al tiempo libre. Esto lleva a cuestionarse la tendencia actual de los padres a que sus hijos participen en gran número de actividades extraescolares, lo cual puede llevar a una situación de ansiedad y malestar en el menor. Además esto conecta con otros derechos de niños y adolescentes también recogidos en la LIAA como la libertad ideológica, libertad de expresión, etc.

La LIAA, en su artículo 30, establece el compromiso de las Administraciones públicas de promocionar la adecuada utilización del ocio y tiempo libre. Esto se tiene que entender como la actuación de los poderes públicos tendente a proteger, facilitar, financiar e impulsar las actividades lúdicas, recreativas y deportivas.

El artículo 31 LIAA dice que las Administraciones públicas garantizarán el *acceso* a estas actividades. La ley está confirmando de esta manera que lo que el menor tiene es el derecho de acceso al ocio, igual que se comentó en el derecho de acceso a la cultura. Para esto la ley se refiere a distintos cauces: promoción del asociacionismo y participación mediante la educación en el tiempo libre, servicios y programas públicos de carácter socioeducativo, práctica de deportes, educación a través del juego y los juguetes, actividades de ocio en barrios y municipios, etc.

Entre este elenco de posibilidades destaca la mención del asociacionismo, para cuya explicación me remito al capítulo de este libro sobre tal derecho.

También se habla de actividades en barrios y municipios. Aquí hay que resaltar la importancia que actualmente tienen en este campo las Casas de Juventud.

La mención a los juguetes es novedosa y apropiada. Esto se tiene que entender como que los juguetes tienen que reunir las

condiciones y requisitos que se establecen en las normativas estatales e internacionales.

Dentro del derecho que se está estudiando, tiene que ser objeto de una especial explicación el derecho a practicar deporte. La C.E., en su artículo 43.3, dice que los poderes públicos fomentarán el deporte, sin hablar del derecho de toda persona al mismo. La novedad que introduce la LIAA es que, además de recoger este deber de fomento público, establece el derecho de niños y adolescentes a *practicar deportes y a participar en actividades físicas y lúdicas en un ambiente de seguridad* (art. 31.2).

Las Comunidades Autónomas pueden asumir, en virtud de la regla 19 del artículo 148.1 C.E. la *promoción del deporte*. Este ámbito ha quedado ampliamente superado por las normas autonómicas, que no limitan la competencia de los entes territoriales en cuestión a la promoción deportiva, sino que la extienden al deporte en general basándose en el apartado 3 del artículo 149 C.E. Pero como he dicho antes en relación al ocio, el artículo 43.3 C.E. habla de todos los poderes públicos por lo que se trataría de una competencia compartida y en todo caso sería competencia del Estado la coordinación, planificación general del deporte en todo el marco español, organización de acontecimientos nacionales e internacionales y financiación¹²³.

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte dice, en su preámbulo, que «la actividad deportiva constituye una evidente manifestación cultural sobre la que el Estado no debe ni puede mostrarse ajeno por imperativo de la propia Constitución, aunque sólo sea para facilitar la necesaria comunicación entre los distintos ámbitos autonómicos. Y sin desconocer que los títulos competenciales de educación, investigación, sanidad o legislación mercantil avalan la actuación estatal en la materia, en su faceta supraautonómica. Todo ello con absoluto respeto de las compe-

123. BERMEJO VERA, J., *Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 81.

tencias asumidas por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía, que ha propiciado en determinados territorios la promulgación de legislación deportiva propia en ese ámbito. Con base a esa realidad se declaran supletorios los presentes artículos». Un ejemplo de esta legislación autonómica es la Ley de Aragón 4/1993, de 16 de marzo, del Deporte.

El término *fomento* por los poderes públicos, en esta materia, ha llevado a una discusión sobre como debe ser entendido. Posada y García Oviedo lo consideran como «cualquier actividad pública que se encamine a mejorar en algún aspecto, especialmente en el económico, las condiciones de vida del país, cualesquiera que sean los caminos que para ello se utilicen». Jordana de Pozas y Garrido Falla lo entienden como «la acción de la Administración encaminada a promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos»¹²⁴. Real Ferrer dice que «tras el término fomentarán pueden lícitamente encontrarse actividades serviciales, estimuladoras o reguladoras, porque lo que es sustancial no es el medio sino el fin»¹²⁵. Bermejo Vera llega a la conclusión de que por fomento hemos de entender hoy un concepto muy amplio, comprensivo del estímulo variado a la iniciativa privada y también de la acción directa de los poderes públicos en materia deportiva¹²⁶. Así pues, en materia de deportes, los poderes públicos no sólo pueden dictar, dentro de la esfera de su respectiva competencia, normas de policía por razones de seguridad y de orden público y estimular y apoyar la actividades privadas con medidas de fomento, sino que pueden y deben organizar sus pro-

124. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 5.ª ed., 1975, pp. 303 y ss.

125. Consideraciones recogidas en la conferencia pronunciada el 6 de octubre de 1993 en las «X Jornadas Unisport sobre Derecho deportivo: La Constitución y el deporte» bajo el título *El artículo 43.3.ª de C.E.*

126. BERMEO VERA, J., *Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 63 y 64.

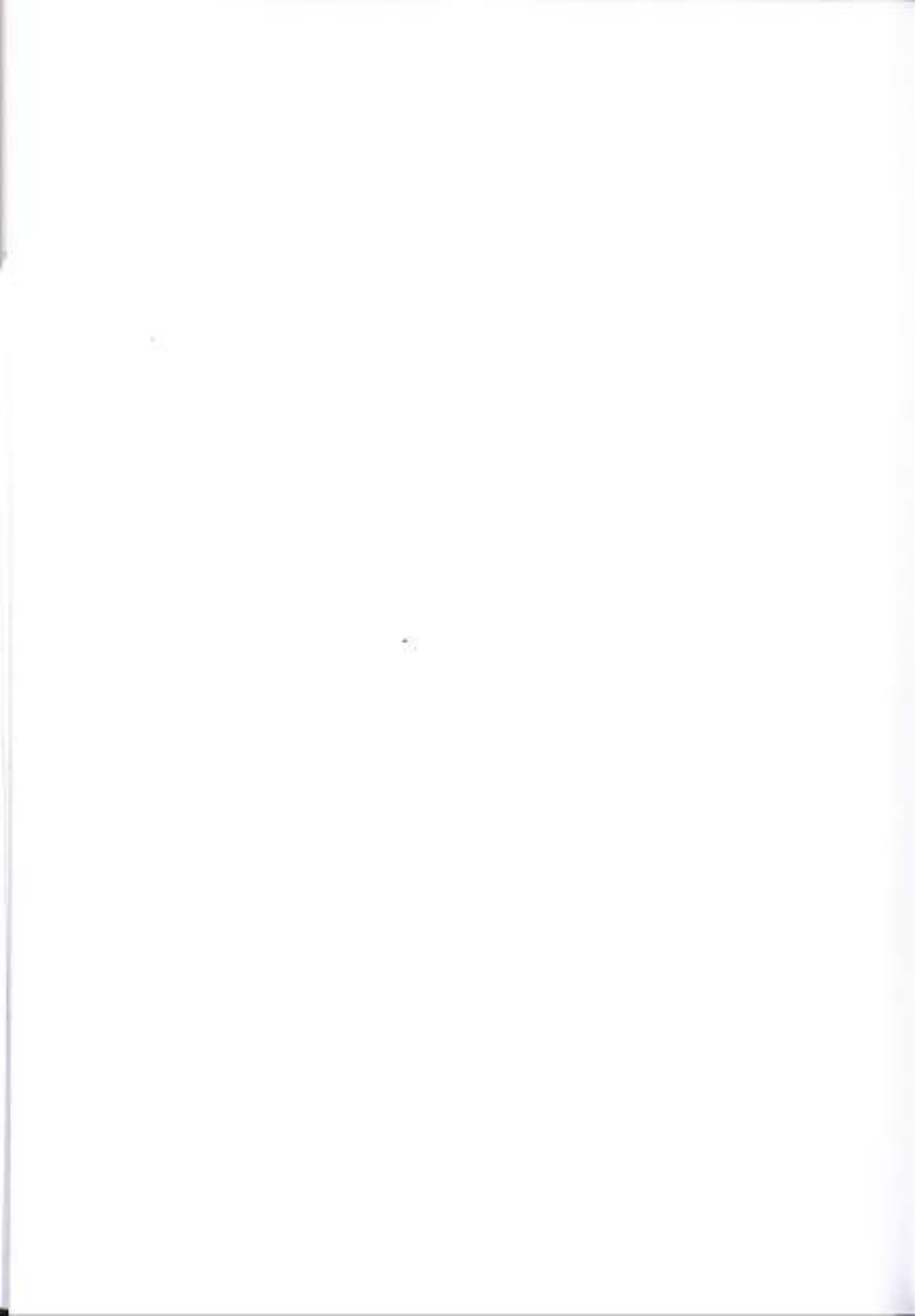
pios servicios públicos y ejercer cierto control sobre las asociaciones privadas en aras de intereses superiores.

Los poderes públicos también deberán adoptar las medidas que sean necesarias para evitar el uso de estimulantes no autorizados y de cualquier sustancia que sea peligrosa, en la práctica de actividades deportivas.

La LIAA también dice que la participación de niños y adolescentes en deportes de competición tiene que ser voluntaria y autorizada por los padres o tutores. De conformidad con la jurisprudencia, considero que el deber de fomento del deporte, tal y como aparece recogido en la Constitución, se refiere primordialmente al deporte activo aficionado y de base, es decir, al también llamado deporte popular: es el deporte de y para todos los ciudadanos; el deporte como elemento diario en la vida de toda persona en condiciones para practicarlo, que es el que mejor y de modo más directo se concreta con la salud individual y colectiva¹²⁷.

El deporte-espectáculo y el deporte profesional no gozan de una forma expresa del respaldo constitucional del artículo 43.3, al no constituir un instrumento al servicio del deporte activo, lo cual no significa que los poderes públicos no deban y puedan ocuparse de estas modalidades deportivas. Lo pueden y deben hacer, pero no basándose directamente en el mandato constitucional del 43.3. En este sentido el artículo 6.1 de la Ley del Deporte indica que «El deporte de alto nivel se considera de interés para el Estado, en tanto que constituye un factor esencial en el desarrollo deportivo, por el estímulo que supone para el fomento del deporte base, en virtud de las exigencias técnicas y científicas de su preparación, y por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional».

127. Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988.



8. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Celia Lucila Peralta Ruiz

A) PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 32)

Según la Organización Mundial de la Salud, la salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social a que tiene derecho todo ser humano, sin distinción de raza, religión, nacionalidad o situación económica, y no sólo es la mera ausencia de enfermedad.

Únicamente cuando se alcanza el equilibrio entre estos tres componentes (físico, psíquico y social), que se interrelacionan, se goza de salud. No son pocos los estudios científicos que constatan como una dolencia física influye en el trabajo, mente o relaciones sociales de una persona o como, al contrario, un problema de tipo social o personal incide en el componente físico y biológico del ser humano.

Podemos, entonces, definir la enfermedad como el trastorno funcional y/o anatómico que rompe el equilibrio dinámico del individuo y que, según sus características, puede ser física, mental y/o social.

Precisamente, curar o aliviar a la persona que padece una enfermedad ha sido, tradicionalmente, el campo en el que se movían la medicina y asistencia sanitaria. Pero esta misión espe-

cífica de protección hoy se completa con cuestiones tales como la prevención, promoción y educación para la salud.

De unas y otras se ocupa la LIAA en los artículos 32 a 35.

Artículo 32: *Promoción y protección de la salud.*

1. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a la promoción y protección de la salud y a la atención sanitaria, de acuerdo con la legislación vigente.

2. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Recibir información y ser educados para la salud. La Administración de la Comunidad Autónoma fomentará que los menores reciban la educación adecuada y adquieran los hábitos necesarios para la mejora de su calidad de vida.

b) Disponer de cartilla sanitaria como documento personal del menor en el cual se reflejan las vacunaciones y el resto de datos de importancia para la salud.

c) La detección y tratamiento precoz de enfermedades congénitas, así como de las deficiencias psíquicas, físicas o sensoriales, únicamente con los límites que la ética, la tecnología y los recursos existentes impongan en el sistema sanitario.

d) Ser inmunizados contra las enfermedades infecto-contagiosas contempladas en el calendario oficial de vacunación. A tal fin, las Administraciones públicas velarán para que se efectúe el seguimiento de la salud de los niños y adolescentes y el cumplimiento de las vacunaciones obligatorias.

e) Ser informados, de acuerdo con su madurez, sobre su situación sanitaria y sobre los tratamientos a aplicar.

f) La atención necesaria para el adecuado desarrollo de sus aptitudes, cuando se trate de niños y adolescentes con

incapacidad física, psíquica o sensorial o con patologías de riesgo.

g) Ser protegidos frente al consumo de bebidas alcohólicas y de tabaco y frente al uso y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como a que se establezcan las medidas necesaria para el tratamiento, rehabilitación e integración de los menores que presenten adicciones a dichas sustancias.

3. Cuando fuera necesario someter a un menor a pruebas médicas o diagnósticas que requieran consentimiento expreso para su realización, éste se recabará de sus padres o de las personas que les sustituyan en el ejercicio de las funciones de la patria potestad o autoridad familiar. Si el menor tuviera más de doce años, será preciso también su consentimiento. En todo caso primará el derecho a la vida del menor y, en caso de negativa de las personas antes mencionadas a que se realicen las pruebas o tratamiento, deberá resolver la autoridad judicial de acuerdo con las circunstancias.

a) Antecedentes

El antecedente más directo de la LIAA es la L. 10/1989, de 14 de diciembre de protección de menores, que nada dice sobre el derecho a la protección de la salud.

b) Legislación

Cuando se trata de proteger, preservar o promocionar la salud, estas nuevas concepciones de la misma elevan a un primer plano la responsabilidad de la población en su conjunto, especialmente la de padres, educadores, administraciones, instituciones y Estados.

aa) *Legislación estatal*

Justamente, en España, es un derecho que arranca de la propia Constitución. Puede verse incluido en el art. 15 C.E., según Lacruz¹²⁸. «El derecho a la integridad protege el derecho (individual) a la salud física y psíquica cuya agresión (consciente o negligente) pone en riesgo la propia vida, y puede dejar afectada, deteriorada a la persona en su entidad fisiológica y funcional (física o psíquica), lo que no es menos grave que la alteración de su morfología o estructura física».

Pero como tal derecho, la protección a la salud queda enmarcada en el art. 43 C.E.: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud» y este mismo precepto remite a una ley que establezca los derechos y deberes de todos al respecto.

Dicha normativa no es otra que la Ley General de Sanidad (Ley 14/1886, de 25 abril) que da respuesta al requerimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España (art. 1.1). Obviamente esta declaración incluye a los niños.

Destacar que la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor (LOPJM) no hace referencia alguna a la materia que estamos tratando y sí la hace la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la L.O. 8/2000, de 22 diciembre, que en su art. 12 proclama el derecho a la asistencia sanitaria, en iguales condiciones que los españoles, de los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España.

128. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil I*, parte general, volumen segundo (nueva edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA) (Madrid, 1998) p. 70.

bb) *Legislación internacional*

A nivel internacional, el interés por la protección de la salud proviene del Conv. Men. 89 y de su art. 24 que expresa el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

De igual forma, ya la Declaración Universal de derechos humanos, de Naciones Unidas (10-12-89) en su art. 25 expresaba el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar y el derecho de la infancia a cuidados y asistencias especiales.

Y lo propio hizo el art. 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU (19-12-66) al hablar del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

c) **Comentario**

aa) *Derecho a la promoción y a la protección de la salud. (art. 32.1)*

La Ley es tajante: los niños y adolescentes tienen derecho a la promoción y protección de la salud y a la asistencia sanitaria.

Pero ¿qué se entiende por promoción, protección y asistencia sanitaria?

Son conceptos muy generales pero que están en la base de toda la regulación posterior. Por esta razón es por lo que interesa aclararlos y aunque lo importante no sea llegar a una definición concreta, sí conviene dar una idea general de cómo interpretarlos.

Por ejemplo, a mi entender, el término asistencia sanitaria comprende, o debería comprender, todo tipo de actuaciones destinadas a: primero, evitar que la enfermedad se presente; segundo,

detener la progresión de la misma y; tercero, limitar las secuelas y proporcionar la rehabilitación necesaria.

Es indudable que en la sociedad actual la atención sanitaria ocupa un lugar destacado no sólo por su misión específica, curar y aliviar al enfermo (ya tenemos definido el concepto protección), sino también por su incidencia en campos más amplios como el preventivo o promocional.

La Organización Mundial de la Salud incluye dentro de la promoción aquellas actividades destinadas a desarrollar en la población hábitos de vida saludables y a capacitar a la gente a aumentar su control sobre la propia salud.

Por último, he usado el término «preventivo», en líneas anteriores, y lo he hecho porque considero que, si bien el derecho a la prevención no está enunciado como tal en este artículo, el mismo no deja, como veremos en su posterior análisis, de estar impregnado por la idea de prevención.

El Diccionario afirma que prevenir es evitar, prever, preparar. Deducimos, pues, que en el ámbito de la enfermedad, significa evitar su producción, prever su extensión y hacer lo posible para combatirla.

La selección de estos conceptos no ha sido por azar, sino que sirve o, creo, puede servir como criterio articulador de la enumeración de derechos que sigue.

bb) *Enumeración de derechos: su estudio (art. 32.2)*

aaa) Derecho a la educación en la salud (apartado a)

El primero de ellos es el derecho a recibir información y ser educados en la salud. Son manifestaciones particulares del derecho a la información (art. 12 LIAA) y del derecho a la educación (art. 20 LIAA) y plasmación directa en una Ley aragonesa del

mandato constitucional del art. 43. «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria...».

La educación para la salud es uno de los principales instrumentos que utiliza la Promoción de la Salud.

Del tenor literal del art. 32.2.a) LIAA se desprende que el legislador entiende esta educación como la puesta a disposición del menor de todos los conocimientos relativos a la adquisición de hábitos necesarios para la mejora de su calidad de vida.

No va desencaminado porque la Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación, relativa a la educación en pro de la salud en las escuelas (23-Nov.-88) la define como «proceso basado en principios científicos que emplean oportunidades planificadas de aprendizaje a fin de permitir que los individuos, tanto por separado como en forma colectiva, elaboren decisiones informadas sobre cuestiones relativas a la salud e influyan en ellas».

Los cambios en la manera de enfermar y morir, la poca efectividad y elevado coste de algunas técnicas curativas y la relevancia en la salud del medio ambiente y estilos de vida (hábitos alimenticios, hábito de fumar, alcohol, uso incontrolado de sustancias químicas y medicamentos, consumo de estupefacientes, etc.) son los factores que convierten a la educación para la salud en una actividad de la que quizás, a más largo plazo, dependa nuestra propia existencia. Dada su importancia este proceso pedagógico no puede dejar de incumbir a nadie, y menos tratándose de menores.

En Aragón es al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo (Decreto 78/1997, de 10 de junio) al que corresponde la definición y ejecución de los planes y programas a realizar en materia de salud.

Con la desaparición de la Dirección General de Salud Pública parte de sus competencias pasan a la Dirección General de Ordenación, Planificación y Evaluación y las restantes pasan a atribuirse al Servicio Aragonés de Salud.

El Decreto 227/1999, de 14 de diciembre, del Gobierno de Aragón adscribe a dicho servicio la educación sanitaria y la promoción y protección de la salud materno-infantil (art. 1. J y art. 1.a del decreto).

Creo que especialmente es un compromiso que debe asumir el sector de la atención primaria por tratarse del primer nivel de la asistencia sanitaria y estar en contacto directo con los menores y sus familias antes de que la enfermedad se haya producido.

Esto no excluye su aplicación en hospitales y, sobre todo, en las escuelas donde a falta de una asignatura como tal en el plan de estudios y de un personal docente especializado, tanto a nivel de aprendizaje como de aplicación, no puede dejar de garantizarse que el quehacer escolar cotidiano fomente hábitos saludables, que las asignaturas impartidas contribuyan a la adquisición de conocimientos relacionados con el concepto de salud y que representantes de los padres y de los sectores de educación y salud participen.

Parece que el Gobierno Central contempla la posibilidad de crear una asignatura de Educación en Salud en segundo ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria (ESO), que fuera obligatoria para tratar los temas de drogas y alcohol. Una asignatura de estas características parece positiva, ya que también se podría hacer incidencia en temas de nutrición que permitirían combatir enfermedades como la anorexia o la bulimia.

Pero sin duda, mientras esta asignatura llega, profesores y padres que deseen acercar la educación para la salud a sus alumnos e hijos podrán servirse de la Red Aragonesa de Proyectos de Promoción de la Salud creada con la finalidad de la extensión de la promoción y educación para la salud en la Comunidad Autónoma de Aragón, y que pretende ser instrumento integrador de los grupos de trabajo multidisciplinares que desarrollan proyectos en distintos ámbitos. (El funcionamiento de la Red se regula

mediante la Orden de 8 de mayo de 1996 del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo).

Algunos de estos grupos son el Colegio Santo Domingo de Silos de Zaragoza (médicos y docentes del centro sensibilizan al alumnado y sus familias sobre la promoción de salud escolar desarrollando exposiciones, charlas y semanas de la salud sobre alimentación, tabaco, alcohol, drogas e higiene), el Instituto de Enseñanza Secundaria Pirámide de Huesca (su proyecto lleva funcionando desde 1988 y aborda temas como la educación afectivo-sexual, la drogodependencia y la alimentación), el Instituto de Enseñanza Secundaria de Andorra en Teruel (programa dirigido a chico/as de la comarca entre 13 y 16 años cuyo fin es la integración en el currículum escolar de la prevención de drogodependencia desde la perspectiva de la promoción de salud).

He aquí algunos ejemplos que ponen de relieve que, si bien aún queda mucho camino por andar, existen ya proyectos de promoción y educación para la salud que se están llevando a cabo desde los sectores más cercanos a los menores, y que la Comunidad Autónoma trata de fomentar su consolidación facilitando la relación y el intercambio de información entre los grupos de trabajo que se integran en la red y asesorándoles desde las Unidades de Educación para la Salud.

bbb) Derecho a la inmunización (apartado d) y a cartilla sanitaria (apartado b)

Así como la educación sanitaria es reflejo de la promoción de la salud, el derecho a la inmunización contra las enfermedades infectocontagiosas lo es de la prevención de la salud.

Aquí podríamos traer a colación la frase «prevenir es curar», pero en este caso no del todo cierta porque prevenir es, más bien, no tener que llegar a curar. Este y no otro es el objetivo de la inmunización.

La orden de 19 de septiembre de 2000, del Departamento de

Sanidad, Consumo y Bienestar Social, aprueba el nuevo calendario de vacunaciones sistemáticas en edad pediátrica (hasta los 14 años) de aplicación en la Comunidad Autónoma de Aragón. Modifica la orden de 23 de julio de 1999 porque se comprobó que la mayoría de adolescentes de 14 años mostraban tasas bajas de cobertura frente a la hepatitis B. Por ello se adelanta la vacunación a los 11 años de edad y se mantiene la vacunación a los 14 años hasta que el primer grupo de niños vacunados a los 11 años alcanza esa edad.

Las vacunas incluidas en el calendario y su administración tendrán carácter gratuito y su aceptación será voluntaria (art. 2). Pero ¿no habla el art. 32.2 d) de la LIAA de vacunaciones obligatorias? Si las vacunas incluidas en el calendario oficial no son obligatorias ¿cuáles lo son?, ¿qué sentido tiene entonces el hacer constar cada vacuna administrada en el documento de salud infantil (art. 4 de la orden y 32.2.b) de la LIAA) del que se provee a los niños en el momento del nacimiento y que, además, recoge las principales acciones de salud que les sean necesarias?

ccc) Derecho a la detección y tratamiento precoz de enfermedades congénitas y deficiencias (apartado c)

Detectar es reconocer o identificar la existencia de la enfermedad congénita o deficiencia física, psíquica o sensorial. (La Ley 6/1995, de 28 de marzo de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid recoge este mismo derecho pero no hace referencia a la deficiencia sensorial).

La detección se logra gracias al diagnóstico. Es el acto por el cual el médico, agrupando los síntomas que ofrece el enfermo y mediante exámenes y pruebas de laboratorio los atribuye a una enfermedad o deficiencia. Su elaboración es progresiva: diagnóstico positivo (recoger la mayor parte de datos a partir del estudio del historial clínico para conocer los antecedentes patológicos y del examen clínico), diagnóstico diferencial (diferenciar la enfer-

medad de otras que presentan síntomas comunes) y diagnóstico etiológico (reconocer las causas de la enfermedad). Por supuesto, en niños es fundamental el diagnóstico prenatal (diagnóstico de una enfermedad del feto antes del nacimiento).

La detección tiene relación con la prevención y protección porque sin un diagnóstico adecuado no puede haber un tratamiento eficaz.

Tratamiento es el conjunto de medidas y medios terapéuticos usados para curar una enfermedad (tratamiento curativo), aliviar los síntomas (tratamiento sintomático) o eliminar las causas de la misma (tratamiento etiológico).

Todo ello con los límites que impongan la tecnología, recursos y ética. La Ley con esta precisión ha querido decir, entiendo, que el niño tiene derecho a no recibir tratamientos médicos inútiles y a no soportar sufrimientos físicos y morales que puedan evitarse y que tiene derecho a negarse a ser sujeto de investigación y rechazar cualquier cuidado o examen cuyo fin principal sea educativo y no terapéutico.

ddd) Derecho a la información (apartado e)

Si los niños y adolescentes tienen derecho a ser informados de sus derechos (art. 12.1 LIAA) ¿cómo no van a tenerlo a ser informados de lo concerniente a un derecho tan trascendente como es el de la protección de su salud?

Hace bien el artículo al introducir el matiz de la madurez y creo que, a parte del desarrollo mental, podría hacerse alusión al estado emocional y afectivo que en ese momento presente el menor.

Además, si el niño conoce las actuaciones que van a seguir los médicos se contribuye, en parte, a paliar la intranquilidad que produce el miedo a lo desconocido y siempre el menor será menos reacio a prestar su colaboración.

También es indispensable la colaboración padres-médicos para

evitar que el niño o adolescente reciba datos contradictorios o albergue falsas esperanzas o ideas sobre el tratamiento que va a recibir y la gravedad de su estado.

eee) Derecho a la atención sanitaria de niños y adolescentes con incapacidades o patologías de riesgo (apartado f)

Al ver el art. 32.1 definimos la atención sanitaria como la actuación dirigida a evitar, detener y limitar las secuelas de una enfermedad. Si esto es un derecho que en general, sin relación a ningún tipo de patología o gravedad de la misma, merece ocupar las primeras líneas de este capítulo IV, con más razón habrá de ser garantizado a los niños con incapacidades o patologías de riesgo y, sobre todo, habrá que orientarla al desarrollo de sus aptitudes, hasta llegar al grado de adaptación necesaria para integrarse socialmente.

Parte de la infancia y juventud no es capaz de integrarse socialmente (art. 17 LIAA), porque por sus minusvalías físicas y/o psíquicas o trastornos mentales y/o de conducta la sociedad los margina, o porque son los propios niños y jóvenes los que se automarginan al verse imposibilitados para responder a los valores que la sociedad presenta y exige. Una correcta atención sanitaria puede ser el remedio, primero, para ceñirnos al marco de la legalidad y, segundo, para realizar el incuestionable derecho que como personas poseen a ser tratados sin discriminación.

fff) Derecho a la protección y tratamiento frente al consumo de alcohol, tabaco y drogas. (apartado g)

Vemos dos líneas a distinguir: la prevención y el tratamiento.

La prevención de las situaciones de consumo de drogas no es solo una actuación reservada al ámbito escolar o familiar, sino que requiere una implicación mayor de todos los sectores y sobre todo de la política social.

Es condición ineludible para su efectividad que se ajuste a los patrones de consumo (ejem: generalización y tolerancia del consumo de drogas legales, es decir, tabaco y alcohol, que llevan en muchos casos al consumo de drogas ilegales; paulatina similitud en el uso de drogas por ambos sexos; edades de inicio tempranas, etc) y a las características de los niños y adolescentes (edad, sexo, factores de riesgo). Debe ir dirigida tanto a los «no consumidores» como a los que ya las usan.

El ámbito sanitario no puede dejar de ser incluido como colaborador en las campañas de prevención porque nadie conoce tan bien como él los factores de riesgo, síntomas y consecuencias que trae la droga.

En cualquier caso, si ya nada puede hacerse para prevenir y el menor necesita atención puede recibirla de un primer nivel (equipos de atención primaria de salud; servicios sociales de base; servicios municipales de drogodependencia; asociaciones de apoyo y ayuda a los drogodependientes; servicios de prevención de riesgos laborales) o segundo nivel (centros de salud mental; unidades de desintoxicación en hospitales; comunidades terapéuticas; recursos de régimen intermedio tales como centros de día, pisos de acogida o talleres ocupacionales terapéuticos; otros centros y servicios específicos de atención a los drogodependientes, legalmente constituidos en nuestra Comunidad Autónoma). Regulación establecida por el art. 21.1 de la Ley Aragonesa 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencia, que muestra especial preocupación por la cuestión en relación con los adolescentes.

cc) *Consentimiento de padres y mayores de 12 años para determinados tratamientos y pruebas. (art. 32.3)*

Sabemos ya que el menor no puede ser objeto de experiencias terapéuticas indiscriminadas. Es por esta razón que los padres o personas que los sustituyan, debidamente informados (art. 33.

e) LIAA), autorizarán o consentirán la prueba. ¿Por qué sólo se menciona la prueba médica o diagnóstico?, ¿no debería hablarse también del tratamiento? Aunque no lo diga se desprende de la lectura del resto del artículo.

Pero ¿cuándo será necesario recabar ese consentimiento? Entiendo que cuando la prueba pueda suponer para el menor dolencias físicas o alteraciones de su estado emocional o cuando la intervención sea un riesgo para su vida.

La LIAA va más allá y requiere el propio consentimiento del menor que ya haya cumplido 12 años. Es una previsión única en el panorama legislativo.

Sin embargo opino que el Legislador se ha excedido porque, independientemente de la madurez que presente el niño o adolescente, por el simple hecho de su corta edad aún no ha alcanzado el pleno desarrollo intelectual y emocional y, considero, no está capacitado para tomar esa decisión. De todas formas, es una cuestión polémica porque ¿por el simple hecho de haber cumplido 18 años se tiene esa capacidad y desarrollo?, ¿no puede tenerla ya el adolescente de 17 años?.

A mi entender, el Legislador debería haberse limitado a ahondar en el derecho a ser oído (art. 13 LIAA), pero hace bien en remarcar la primacía del derecho a la vida y que la última palabra, en caso de negativa, sea para la autoridad judicial.

Es referente claro la Sentencia de 27 de junio de 1997 del Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia de Huesca que absolvía a los padres testigos de Jehová que, en repetidas ocasiones, no permitieron la transfusión de sangre que les fue presentada por todos los médicos que atendieron a su hijo como el único tratamiento posible para salvar su vida.

El T.S. entiende que la libertad de conciencia y religión de padres y menores no se garantiza de forma absoluta e incondicionada. Cuando el menor puede perder la vida es legítimo y obligado ordenar el tratamiento a pesar de las oposiciones. El dere-

cho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad religiosa de sus padres, que si dejan morir a su hijo incurrir en responsabilidad penal.

Con la nueva regulación de la LIAA ¿qué ocurrirá cuando los padres se opongan y el menor que ya tiene 12 años no lo haga? y ¿si es el menor el que se opone y no los padres? ¿Qué consentimiento prevalece?^{128 bis}.

B) HOSPITALIZACIÓN DE NIÑOS Y ADOLESCENTES (ART. 33)

Ya hemos visto como el derecho a la mejor asistencia médica posible constituye un derecho fundamental. Especialmente ha de serlo para los menores porque la infancia y la adolescencia son etapas decisivas en la configuración del carácter del ser humano y pueden influir, y de hecho influyen, en el desarrollo de la persona.

Artículo 33: Hospitalización de niños y adolescentes.

La hospitalización de los niños y adolescentes en Aragón se efectuará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Se preferirá el tratamiento ambulatorio siempre que sea posible. Si la hospitalización es indispensable, se procurará que sea lo más breve posible y que se realice en unidades adecuadas a su edad. Para ello se procurará habilitar espacios adaptados a la infancia donde se permita el derecho al juego y se impida la desconexión de la vida escolar y familiar, especialmente en aquellos centros que dispongan de atención especializada para menores.

^{128 bis}. Según el Heraldo de Aragón del sábado 20 de julio de 2002, el TC, con fecha 19 de julio de 2002 y en resolución del recurso de amparo interpuesto por los padres, anula la condena al entender que la actuación paterna «se halla amparada por el derecho a la libertad religiosa».

b) Los niños y adolescentes hospitalizados tienen derecho a estar acompañados por sus padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, a no ser que ello imposibilite la aplicación de los tratamientos médicos.

c) Los menores tendrán derecho a proseguir su formación escolar durante su permanencia en el hospital, beneficiándose de los recursos humanos y materiales que las autoridades escolares pongan a su disposición, en particular, en el caso de enfermedad prolongada, con la condición de que dicha actividad no cause perjuicio a su bienestar y no obstaculice los tratamientos que se sigan.

d) El personal, horarios, distribución de espacios y, en general, toda la organización del centro hospitalario se adecuarán a las necesidades del niño o adolescente.

e) Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar y los niños serán informados por el centro sanitario de las medidas y tratamientos a seguir, así como de los derechos y deberes que tiene el niño hospitalizado.

a) Introducción

aa) *Concepto de hospital*

Según la O.M.S., hospital es la parte integrante de una organización médica y social cuya función es proporcionar a la población asistencia médico-sanitaria completa, tanto preventiva como curativa y cuyos servicios llegan hasta el ámbito familiar; es asimismo centro de formación de personal sanitario y de investigación (la docencia en Aragón queda limitada al Hospital Clínico, Miguel Servet y a los centros, antes dependientes del INSALUD, con programa docente).

bb) *Sistema Sanitario Aragonés*

El sistema Sanitario Aragonés se articula en torno a Zonas de salud (en ellas se desarrolla la atención primaria), que se agrupan en Áreas (unidades fundamentales del Sistema de Salud en las que se realiza la gestión de los recursos sanitarios existentes, estableciendo los programas y prestaciones sanitarias a desarrollar para su población). El nivel intermedio entre Zona y Área es el Sector.

Los hospitales de referencia son:

- Hospital San Jorge de Huesca (Área I)
- Hospital Miguel Servet de Zaragoza (Área II)
- Hospital Clínico Universitario de Zaragoza (Área III)
- Hospital General de Teruel (Área IV)
- Hospital Royo Villanova de Zaragoza (Área V)

La atención sanitaria se lleva a cabo en 19 Centros Asistenciales y 27 hospitales distribuidos entre las 5 áreas de salud. Del total de hospitales 21 son públicos.

En Aragón existen 6 hospitales psiquiátricos, 4 geriátricos, 16 generales y sólo 1 quirúrgico. Antes del acuerdo con el Gobierno Central para el traspaso de la gestión de la Sanidad (26-12-01), que entró en vigor el primero de enero de 2002, 8 estaban gestionado por el INSALUD y, ahora, se suman a los 2 anteriormente gestionados por la Comunidad Autónoma. Las Diputaciones provinciales gestionan 8, 3 la Iglesia, 1 el Ministerio de Defensa y 4 son privados.

b) Comentario

La hospitalización de niños y adolescentes en Aragón se llevará de acuerdo con una serie de principios.

- aa) *Tratamiento ambulatorio; hospitalización breve; zonas de juego (apartado a); adecuación del funcionamiento del centro hospitalario a las necesidades del niño o adolescente (apartado d)*

La preferencia por el tratamiento ambulatorio o, incluso, en el propio domicilio del menor y el recurso último a la hospitalización, en el caso exclusivo de no poder recibir los cuidados necesarios y en las mismas condiciones en su casa o consultorio, responde al concepto de salud anteriormente explicado y al principio inspirador de la ley de la prevalencia del interés del menor. Veíamos como un desequilibrio emocional podía afectar a la salud. Aquí tenemos un claro ejemplo: someter al niño a la desagradable tensión de la hospitalización, si no es necesaria, no puede más que contribuir, si no a su empeoramiento, al retraso en su curación.

Cuando no haya otra opción, el hospital habrá de disponer de locales amueblados y equipados para dar cobertura a las necesidades en materia de juegos del menor.

Por la misma razón de la posible perturbación en el estado de ánimo del menor que puede crear su ingreso o estancia, la organización del centro hospitalario se adecuará a sus necesidades. Lo mejor es que esa organización venga marcada por especialistas en medicina infantil, psicología infantil y educación y que se asegure que siempre haya plantilla suficiente en estas áreas. Además, los niños que no están en el Departamento de Pediatría (hasta los 14 años) y los mayores de 14 años, igualmente, deberán ser atendidos por personal preparado para su cuidado y estar juntos en una habitación, evitando en lo posible la hospitalización entre adultos^{128 129}.

128 ter. Según el Periódico de Aragón del miércoles 17 de julio de 2002, en el Hospital Materno Infantil del Miguel Servet de Zaragoza se creará en este otoño una Unidad de Adolescencia para atender a los jóvenes entre 14 y 17 años.

bb) Derecho a estar acompañado por sus padres (apartado b)

Este derecho comprende la figura paterna y materna o la de personas que les sustituyan en el ejercicio de la patria potestad o autoridad familiar.

Creo que quizá hubiera podido incluirse una pequeña alusión a que esa compañía, en la medida de lo posible, habría de ser lo más activa. Por ejemplo, padres o tutores podrían informar a los médicos y personal sobre las costumbres, gustos o aversiones del menor o intervenir, reduciendo la carga sobre el personal, ayudando a vestir, lavar y calmar al niño. Sería una contribución clara al bienestar del menor. Aunque, siendo realistas, esta opción es difícil de llevar a la práctica sin que se creen conflictos entre padres o tutores y responsables sanitarios porque ya es de por sí complicado articular ese derecho a estar acompañado con la excepción final del apartado, como para que los padres o tutores tengan una participación activa.

Dicha excepción hace referencia a que el menor no estará acompañado por padres o tutores si esto imposibilita la aplicación de los tratamientos médicos.

Efectivamente, este es un punto complejo de articulación y así lo muestra la resolución del Expediente DI-331/2001-9 del Justicia de Aragón, en contestación a la queja de un padre cuyo hijo menor de edad fue hospitalizado y sometido a intervención quirúrgica en el Hospital Infantil de Zaragoza.

El padre, en principio, reclamó al Servicio de Atención al Paciente, porque a la madre no se le permitió estar junto a su hijo durante todas las horas previas a la operación, que fueron de 8 a 10 de la mañana. El servicio señala que el tiempo de 8 a 11 horas en el área de cirugía está reservado a la limpieza de habitaciones, aseo y curas de los niños pero que, igualmente, es un tiempo flexible porque, cuando así lo determine un médico o enfermera responsable, podrá permitirse la entrada de los padres antes de las 11 horas. Este era el caso de la madre, a la que se le permitía esa

entrada antes de dicha hora, siempre en el momento justo en que finalizaban las tareas con el otro niño de la habitación.

Consecuencia de la reclamación llegan a reunirse las Subdirecciones Médica y de Enfermería con los responsables de la Unidad de Cirugía para valorar la restricción de los horarios. Concluyen que dicho horario se va a limitar al máximo dejándolo de 8 a 10 horas y que, aunque para los padres pueda ser tranquilizador estar con su hijo hasta el momento de ir al quirófano, para los niños supone un «drama» separarse de los padres justo antes de ser operados (a no ser, claro, que el estado del niño aconseje la presencia de los padres). Así lo comunican a la Dirección Gerencia del Hospital.

El padre, no conforme con las explicaciones, presenta queja ante el Justicia pidiendo ampliación de las razones concretas por las que no se estimó aconsejable su presencia, considerando que su hijo estaba bajo tratamiento psiquiátrico y que ya le había sido señalada en varias ocasiones la flexibilidad de las normas sobre horarios.

La Dirección Gerencia explica que si no se permitió su compañía fue por motivos de apreciación del personal facultativo y de enfermería: es mejor la separación de los padres antes de la intervención para que no coincidan ambos momentos y los sentimientos traumáticos que conllevan y, en cualquier caso, el tratamiento psiquiátrico no cambia la situación.

El Justicia responde al padre expresándole su falta de competencia para valorar los criterios facultativos adoptados en el caso y que, desde la Institución, se entiende que a partir de su reclamación se ha reducido en una hora la restricción del horario para los padres, pasando de 8 a 11 a ser de 8 a 10 de la mañana.

¿Conclusión? El personal médico y de enfermería y los padres, siempre desde el punto de vista del interés del menor, han de procurar no interferir los unos en la relación padre-hijo y los otros

en la relación de confianza necesaria entre el niño y el personal sanitario.

cc) *Derecho a proseguir la formación escolar (apartado c)*

«El objetivo fundamental de la educación es el de proporcionar a los niños y jóvenes de uno y otro sexo, la formación plena que les permita conformar su propia personalidad en una sociedad diversa, libre, tolerante y solidaria».

Con estas palabras comienza la Orden de 25 de junio de 2001, del Departamento de Educación y Ciencia, por la que se establecen medidas de Intervención Educativa para el alumnado con necesidades educativas especiales que se encuentre en situaciones personales sociales o culturales desfavorecidas o que manifieste dificultades graves de adaptación escolar. Es el desarrollo del Decreto 217/2000 de 19 de diciembre del Gobierno de Aragón de atención al alumnado con necesidades educativas especiales.

Su objetivo es lograr que, justamente, esa diversidad sea considerada, como realidad educativa y social, un elemento enriquecedor y no un factor de desigualdad.

Por eso, entre sus numerosos destinatarios (art. 2) señala a los alumnos que por razones de salud no pueden seguir un proceso normalizado de escolarización.

¿La solución? Las actuaciones de compensación educativa para ese alumnado que por razones de hospitalización o convalecencia prolongada en su domicilio no puede asistir a su centro educativo.

Estas actividades de compensación se articulan mediante las Unidades Escolares de Apoyo en Instituciones Hospitalarias y los programas de Atención Educativa Domiciliario (art. 10) para los alumnos de Educación infantil o en edad de escolaridad obligatoria.

Los alumnos hospitalizados o en atención domiciliaria man-

tendrán su escolarización en sus respectivos centros ordinarios y los profesores de compensación y los del centro coordinarán sus actividades para garantizar la continuidad del proceso educativo.

Ambos sistemas se caracterizan por la flexibilidad y la adaptación a las necesidades del alumnado. Supongamos que un menor acaba de ser intervenido quirúrgicamente en un hospital o que ha tenido una pequeña recaída en su casa. Obviamente, ese niño no acudirá al aula de apoyo del centro hospitalario o ese día no recibirá al profesor itinerante que le proporciona la atención domiciliaria. Flexibilidad y adaptación siempre bajo la vigilancia del personal médico.

El Departamento de Educación y Ciencia proporciona los medios y recursos tecnológicos (nuevas tecnologías de la información y de la comunicación) y habilita las aulas de apoyo en los centros hospitalarios que normalmente tengan hospitalizados con regularidad a un número suficiente de alumnos. Las situaciones de unos centros a otros y de unos menores a otros varían considerablemente.

Por ejemplo, no es lo mismo un área de pediatría, donde los niños vayan a tener períodos de corta estancia y el acudir a las aulas suponga para ellos más una actividad de entretenimiento y desconexión de la vida hospitalaria, que una sección de oncología, donde los niños, realmente, deben recibir clases para continuar su progreso educativo. La organización y horarios de unas y otras aulas, va a estar marcada por esta visible diferencia de duración del período de hospitalización.

Igualmente, no puede ser la misma la atención que reciba un niño, por ejemplo, con una lesión traumática que la de un menor con trastornos de conducta o trastornos en las conductas alimenticias (anorexia y bulimia).

En cualquier caso, las medidas de atención a estos alumnos deben tener un carácter transitorio y estar siempre orientadas a

conseguir la incorporación del niño o adolescente a una enseñanza lo más normalizada posible.

dd) *Derecho de información de padres y niños (apartado e)*

Padres o personas que ejerzan las funciones de la patria potestad o autoridad familiar y los niños serán informados del tratamiento a aplicar. Quizá debería añadirse «siempre que el derecho del menor a la intimidad no se vea afectado».

También se les informará sobre derechos y deberes del niño hospitalizado (es concreción del art. 12.1 LIAA: derecho a la información). En los hospitales que tienen atención especializada para menores suelen entregar, al hacer el ingreso, además de las normas, horarios de acceso y visitas y pautas sobre el propio funcionamiento del centro, la carta de derechos y deberes de los usuarios de la sanidad pública extraída de los artículos 10 y 11 de la Ley General de Sanidad. Quizá, ahora, habrían de añadir el artículo 33 de la LIAA, cuya análisis ahora finalizamos.

C) TRATAMIENTO Y REHABILITACIÓN (ART. 34)

Tratamiento y rehabilitación son puntos de interés para el pleno desarrollo físico y psíquico y, a veces, para la integración social del niño o joven que ha sufrido o sufre secuelas congénitas, accidentes o enfermedades.

Artículo 34: Tratamiento y rehabilitación.

Las Administraciones públicas establecerán los medios necesarios para que todos los niños y adolescentes que se encuentren en Aragón puedan recibir tratamiento y rehabilitación en centros adaptados a sus necesidades de las secuelas que hayan podido tener por causas congénitas, accidentes o enfermedad, comprendiéndose tanto los aspectos físicos como los psíquicos y sociales.

a) Comentario

aa) Tratamiento y Rehabilitación

Como se dijo, tratamiento es el conjunto de medidas y medios terapéuticos empleados con objeto de, en este caso, curar o paliar secuelas por causas congénitas, accidentes o enfermedades.

Por su parte, rehabilitación es el proceso terapéutico encaminado a ayudar a utilizar el máximo de las facultades de los individuos afectados de una incapacidad física. De esta forma, se logra restablecer parcialmente las funciones dañadas e, incluso, se consigue una plena independencia del incapacitado.

bb) Centros adaptados a sus necesidades

¿Con que recursos cuenta la población menor de edad de Aragón, que en el año 1996 ascendía a 209.654?

Por supuesto, cuentan con los servicios de rehabilitación de los hospitales.

En el año 2002 se computaron en Aragón 17 centros Residenciales con 306 plazas, de las que 67 eran concertadas, y 58 centros de día, con 965 plazas y ninguna concertada. Sólo en Zaragoza ciudad se sitúan 10 de los residenciales y 31 de los de día, abarcando 63 de las 67 plazas concertadas.

Deducimos que esta es una materia donde queda amplio margen para la iniciativa particular y asociativa.

Destaca Disminuidos Físicos de Aragón. Es una organización no gubernamental que acoge al 75% de los aragoneses con discapacidades físicas integrados en alguna asociación. Su finalidad es la promoción de las personas con discapacidades físicas para lograr su plena integración social. Para cuestiones de rehabilitación cuenta con un Centro Residencia (acoge a 24 personas en 12 habitaciones dobles con baño) y un Centro Ortopédico y de Ayu-

das Técnicas. Fue declarada de utilidad pública (1993) y de Interés Público Municipal por el Ayuntamiento de Zaragoza, en 1991.

También contamos en Aragón con la Asociación de Padres de Niños Oncológicos de Aragón, con la Asociación de Paralíticos Cerebrales (ASPACE), cuya finalidad es asociar a padres de niños con parálisis cerebral y la Fundación Benito Ardíd, creada en 1989 para prestar asistencia a niños y adultos, preferentemente huérfanos o abandonados, sin medios económicos y con discapacidades psíquicas en la Comunidad Autónoma de Aragón. Actualmente la Fundación dispone de ocho centros para atender las necesidades de estos colectivos afectados y está encargada de la primera fase del proyecto de reconstrucción de la aldea abandonada de Isín, en el municipio de Sabiñánigo, donde los niños minusválidos podrán disfrutar de la naturaleza y mejorar su calidad de vida.

No podemos dejar de señalar la relación que todo lo expuesto tiene con el art. 17.2 de la LIAA (derecho a la integración).

D) COLABORACIÓN CON LAS INSTITUCIONES PROTECTORAS (ART. 35)

Indefensos y vulnerables, los niños y adolescentes son víctimas fáciles del mal trato.

Artículo 35: *Colaboración con las instituciones protectoras.*

1. Los niños y adolescentes que sufran malos tratos físicos o psíquicos en el seno de su familia, institución o entorno recibirán protección especial de carácter sanitario, asistencial y urgente, según requiera cada caso específico.

2. Los responsables de los servicios y centros sanitarios y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner, con carácter de urgencia, en conocimiento del organismo público competente de la Administración de

la Comunidad Autónoma aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, así como a colaborar con el mismo para evitar y resolver tales situaciones. En los casos en que las medidas de mediación consideradas oportunas fracasen y persista la situación de riesgo o desamparo, la Administración de la Comunidad Autónoma lo comunicará al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá la colaboración entre las instituciones sanitarias y las instituciones de protección de menores a los efectos de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.

a) Antecedentes

La asunción de competencias en materia de protección de menores trajo consigo la promulgación de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre que en su art. 10 disponía que la Diputación General podría establecer programas tendentes a evitar el deterioro del entorno familiar, garantizar los derechos del menor y disminuir los factores de riesgo de marginación, drogadicción o cualesquiera otros.

El decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula, en desarrollo de la Ley, la declaración de desamparo y los instrumentos de protección dispone en su art. 8.2 que se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando concurren, entre otras circunstancias, malos tratos.

b) Legislación

La infancia, desde el *ius vitae ac necis* del Derecho romano, ha sido objeto de todo tipo de violencia y ha venido sufriendo malos tratos de toda índole (físico, psíquicos, sexuales e incluso

prenatales). Contra ello reaccionan las normas jurídicas de todos los niveles.

aa) *Legislación estatal*

No existe en nuestro país un único texto legal. Así que, partiendo de la Constitución (art. 39: protección social, económica y jurídica de la familia y de la infancia y artículo 20.3: protección de la juventud y de la infancia), acudimos a diferentes disposiciones.

El Código Penal (L.O. 10/95 de 23 de noviembre) tipifica distintos delitos y faltas: maltrato físico, abandono familiar, abandono de menores, corrupción de menores, exposición de niños, parricidio, incesto, mendicidad, violación, etc.

En el ámbito civil, destacar la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de marzo. El actual art. 154 Cc., frente al concepto de patria potestad como poder absoluto de los padres sobre los hijos, ahora la concibe como función y disminuye la extensión de las facultades correctoras.

Finalmente, la LOPJM declara la supremacía del interés del menor como principio rector de la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores. Significa, además, un innegable progreso en el reconocimiento y garantía de los derechos del menor y una gran reforma de los instituciones de protección tutelar en los supuestos de desamparo.

bb) *Legislación internacional*

En el ámbito internacional, el verdadero respaldo a la infancia viene del Conv. Men. 89 que en su art. 19 define el maltrato como «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo» y en el art. 39 insta a los Estados parte para que adop-

ten las medidas apropiadas para promover la recuperación física o psicológica y la reintegración social del niño-víctima.

Estos principios han sido recogidos también en la Recomendación del Consejo de Europa (79) 17, sobre protección de los niños contra los malos tratos, de 13 de septiembre de 1979.

c) Comentario

aa) *Introducción: definición del maltrato y la guía sobre maltrato del I.A.S.S. y la A.D.C.A.R.A.*

El art. 35 centra su atención en la problemática de los malos tratos y de la protección del menor ante ellos. Sigue la línea del art. 9.3 de la LIAA (derecho a ser bien tratado).

La primera pregunta que surge es la definición y delimitación del llamado maltrato. La contestación no es nada fácil porque muchas veces se confunden términos, se caen en ambigüedades o no se puede evitar responder en función de la sensibilidad que en ese momento concurre en la población.

En España el maltrato es definido por Joaquín de Paúl¹²⁹: «lesiones físicas o psicológicas, no accidentales, ocasionadas por los responsables del desarrollo, que son consecuencia de acciones físicas, emocionales o sexuales, de comisión y omisión y que amenazan al desarrollo físico, psicológico y emocional considerado como normal para el niño».

En esta definición parece inspirarse la Guía para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón, elaborada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (I.A.S.S.) y la Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón (A.D.C.A.R.A.), de septiembre de 2001. La guía considera maltrato infantil «cualquier acción u omisión, no accidental, por parte

129. MARTÍNEZ ROIG, A. y DE PAUL, J., *Maltrato y abandono en la infancia*. Editorial Martínez-Roca, Barcelona, 1993, pp. 14 y ss.

de los padres o cuidadores que compromete la satisfacción de las necesidades básicas del menor».

Este material ha sido elaborado ante las dimensiones de la problemática, puestas de manifiesto por el reciente análisis hecho por el Programa de Prevención, Detección de situaciones de Desprotección y Maltrato Infantil en Aragón (Ejem: desde septiembre de 1999 a septiembre de 2000, fueron detectados 694 casos de maltrato infantil en Aragón), como un recurso para facilitar a los responsables de atender a los menores la detección, notificación y derivación de los casos que se les presenten y, en cierta medida, como concreción del art. 35 de la LIAA.

bb) *Derecho a una protección especial sanitaria, asistencial y urgente (art. 35.1)*

Lo primero que llama la atención sobre esta afirmación es que se refiere al maltrato físico (según la Guía: «cualquier acción no accidental por parte de los padres, tutores que provoque daño físico o enfermedad en el niño o que lo coloque en grave riesgo de padecerlo) y psíquico (según la Guía: «hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles por parte de cualquier miembro adulto del grupo familiar). Pero ¿excluyen estas expresiones otras manifestaciones de maltrato como el abuso sexual, la explotación laboral o la negligencia física o psíquica, también definidos por la Guía? Creo que no, que la formulación de la ley es correcta y que está abierta a acoger cualquier otra categoría que se presente habitualmente o pueda llegar a presentarse en el futuro.

Sin duda, el que la Guía, desde un punto de vista más descriptivo y práctico, hable de más situaciones y recoja los indicadores y niveles de gravedad de cada una de ellas es positivo y ayuda a paliar ese posible punto de indeterminación de la alusión genérica a malos tratos físicos y psíquicos.

Evidentemente, cuando no se ha podido hacer nada para prevenir o evitar el maltrato, habrá que proporcionar al menor la debida protección sanitaria y asistencial.

La LIAA recoge la concepción de la sociedad de que todos los elementos que la componen se comprometan a garantizar los derechos de los niños, y de esa concepción se hace eco la Guía que habla de tres niveles: primer nivel que incluye a padres, tutores y el conjunto de ciudadanos; segundo nivel, de servicios normalizados y generalizados (servicios sociales básicos, Educación, Sanidad, Seguridad Ciudadana y Salud Mental); tercer nivel de servicios específicos y especializados (Servicios Especializado de Protección a la Infancia y Administración de Justicia).

Lo ideal sería que el primer nivel fuera suficiente para garantizar la protección del menor y no hubiera que recurrir al segundo y tercero.

cc) *Obligación del personal sanitario de poner en conocimiento la situación de maltrato (art. 35.2)*

La LOPJM establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o a sus agentes más próximos.

Así, el art. 35 LIAA es la concreción en el ámbito sanitario de este mandato.

Pero ¿cómo se pone en conocimiento? Y ¿cuál es el organismo competente de la Administración de la Comunidad Autónoma para entender de ello?

La Guía da respuesta a estas preguntas y busca acabar con la carencia de instrumentos y falta de unificación de criterios en la fase de notificación.

Primero, define notificar como «informar sobre una situación

susceptible de ser un caso de desprotección infantil, sobre el menor supuestamente maltratado, su familia y sobre el propio informante».

Después describe dos procesos de notificación: el proceso normal de notificación y el proceso de notificación urgente que deben seguirse cualquiera que sea la vía de detección (población en general, educadores, ámbito de tiempo libre, policía y, como no, ámbito sanitario).

Proceso normal de notificación: El agente que ha detectado la situación realiza su notificación a los Servicios Sociales Comunitarios (la Guía propone una «Hoja de Notificación de Situaciones de Maltrato Infantil») y éstos hacen una evaluación inicial identificando si hay o no maltrato, en base a la que deciden si la intervención se realiza desde los propios programas de los Servicios Sociales Comunitarios o se deriva al Servicio Especializado de Menores.

Proceso de notificación urgente: Se considera situación urgente cuando en la situación detectada existe certeza o sospecha razonable de que la seguridad o salud del menor está amenazada o pudiera estarlo y no existe un familiar o figura de apego que pueda encargarse del menor. Desde el ámbito que la detecte se hace notificación directa al Servicio Especializado de Menores mediante la «Hoja de Notificación Urgente» o llamada al teléfono de atención permanente de este Servicio.

En el ámbito sanitario la mayoría de notificaciones proceden no de centros hospitalarios sino de los de Atención Primaria y Salud, primer escalón de la sanidad.

Constituye infracción grave no poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un menor (art. 96.3 c) LIAA). Además de la responsabilidad administrativa podría haberse recogido, como hace el art. 19.2 de la Ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero de atención integral a los menores, que el incumplimiento de esta obligación por el personal sanitario de las Administraciones Públicas será considerado falta disciplinaria grave.

Si las medidas de mediación adoptadas por el Servicio Especializado de Menores o programas de los Servicios Sociales Comunitarios fracasan y persiste la situación de riesgo o desamparo, la Administración lo comunica al Ministerio Fiscal y a la Autoridad Judicial.

El Ministerio Fiscal, cuando el menor no tenga parientes o allegados que se encarguen de él se asegura de que sea puesto a disposición del organismo de la Comunidad Autónoma respectiva (en Aragón es el Servicio Provincial de Menores de la D.G.A.) y en Zaragoza puede ordenar su ingreso en el COA¹³⁰ (Centro de Orientación y Acogida).

dd) *La Administración Pública promoverá la colaboración entre las instituciones sanitarias y las de protección de Menores.*
(art. 35.3)

Esa colaboración está enfocada a la detección, derivación, prevención y tratamiento de situaciones de riesgo y malos tratos.

A esta altura de análisis es innegable decir que la Administración de la Comunidad Autónoma se ha preocupado por promover la colaboración instituciones sanitarias-instituciones de protección de menores.

La preocupación por los malos tratos infantiles se recogió en el Plan Integral del Menor elaborado por la Diputación General de Aragón en 1994, pero era una cuestión que interesaba desde tiempos anteriores y que lo sigue haciendo desde entonces¹³¹:

130. SANCHEZ CASAJUS, C., *El Ministerio Fiscal ante la violencia doméstica*. Ciencia Forense (Revista Aragonesa de Medicina Legal, n.º 2). Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza. Zaragoza, 2000, p. 138.

131. CASADO MONGE, R. M.ª, *Actuación de la Administración en la Protección de Menores Maltratados. El control del Justicia de Aragón*. Ciencia Forense (Revista Aragonesa de Medicina Legal, n.º 2). Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pp. 156-158.

- 1) Ya en el año 1993, paralelamente a su redacción, destacaron:
 - La elaboración de un «Estudio de Malos Tratos a la Infancia en la ciudad de Zaragoza», bajo la dirección del Servicio del Menor de la D. G. A.
 - La firma de un convenio de cooperación entre el Ministerio de Asuntos Sociales y el Departamento de Bienestar Social de la D. G. A. para la realización de programas experimentales de prevención del maltrato infantil.
 - La puesta en marcha del teléfono de atención permanente en la recepción de denuncias, atendido en el área de recepción de la Dirección Provincial de Bienestar Social de Zaragoza y en el Centro de Orientación y Acogida de Menores «Carabinas».
 - La campaña divulgativa titulada «Que ésta sea la última vez que le pegan».
- 2) A lo largo de 1995 cabe enumerar:
 - La firma de un convenio entre el Ministerio de Asuntos Sociales y el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la D. G. A. para la realización de programas experimentales de prevención y tratamiento de familias en cuyo seno se producen malos tratos.
 - En desarrollo y ejecución de dicho documento, el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la D. G. A. firma sendos convenios en colaboración con dos asociaciones zaragozanas que desarrollan una importante acción en la prevención de la marginación infantil y juvenil y cuyos objetivos fundamentales son la reducción de malos tratos a menores en el casco histórico de la ciudad, la disminución de su gravedad así como del número de internamientos de menores en los centros de protección de la D. G. A.

- La creación de una Comisión para la derivación de los casos de malos tratos a menores, integrada por profesionales de la D. G. A., Centros de Salud, Servicios Sociales y Ministerio de Educación.
- 3) En 1996 se renuevan los compromisos de colaboración con todas las entidades firmantes y el Comité de Seguimiento del Plan Integral del Menor propone el cambio del número telefónico por otro más sencillo.
- 4) En 1997 continúan los programas experimentales de protección y tratamiento y el teléfono de urgencia cambia de número.

También es claro ejemplo de fomento de la colaboración entre Instituciones la Guía que hemos venido manejando que, aunque no está destinada exclusivamente a la detección, notificación y derivación de maltrato en el ámbito sanitario y no incluye instrumento específicos para todo ello, como ocurre con el ámbito educativo o del tiempo libre, no deja de ser un instrumento de gran valor.

Pero la verdadera importancia de la misma vendrá del uso que de ella hagan médicos, trabajadores sociales, psicólogos y educadores y el auténtico triunfo sería que no se delegara, sin más, la responsabilidad en estos profesionales, sino que la sociedad llegará a tener plena conciencia del problema.

A ello puede ayudar la labor del Justicia de Aragón¹³² que, en su informe anual a las Cortes, ha de valorar la situación de los Menores en Aragón y el ejercicio y garantías de sus derechos.

Precisamente, el artículo 18.2 e) de la LIAA concede al menor el derecho de plantear sus quejas ante esta Institución. Por razo-

132. CASADO MONCE, R. M., *Actuación de la Administración en la Protección de Menores Maltratados. El control del Justicia de Aragón*. Ciencia Forense (Revista Aragonesa de Medicina Legal, n.º 2). Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pp. 165-168.

nes más que obvias y comprensibles no es algo de ejercicio habitual.

De todas formas, esas quejas pueden ser planteadas por cualquier ciudadano o, por ejemplo, por una Asociación que trabaje con niños. De estas denuncias y de las actuaciones de oficio provienen la mayor parte de Resoluciones sobre maltrato infantil.

Pero no importa de qué Institución o Sector de la Administración vengan las actuaciones promoviendo la colaboración o sensibilizando a la población. Sólo con una participación activa se podrá, si no lograr su erradicación, al menos, proteger al menor víctima de malos tratos.

E) CONCLUSIÓN Y OPINIÓN PERSONAL

A pesar de las posibles matizaciones o reflexiones que ocasiona la lectura de este capítulo IV de la LIAA, valoro positivamente el esfuerzo realizado por el Legislador, y más teniendo en cuenta que la anterior Ley Aragonesa 10/1989, de Protección de Menores, no decía nada al respecto.

Además, creo que responde al espíritu de la ley, manifestado en la Exposición de Motivos, de no sólo proteger sino también promover. No sólo lo hace en este capítulo específico sino en otros como, por ejemplo, los dedicados al disfrute de los entornos saludables (capítulo V) o a las limitaciones de algunas actividades, medios y productos (capítulos VI).

9. DERECHO A DISFRUTAR DE ENTORNOS SALUDABLES Y A LA ADECUADA DISTRIBUCIÓN DEL ESPACIO URBANO

Ana María Solanas Forcada

A) DERECHO A DISFRUTAR UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y SALUDABLE (ART. 36.1; ART. 37)

El objeto de este capítulo V es el entorno desde el punto de vista del medio ambiente y del espacio urbano. En primer lugar me referiré al derecho de medio ambiente.

La preocupación ambiental es reciente, esto no quiere decir que anteriormente no existiese un derecho al medio ambiente. Lo que ocurría era que no estaba amenazado como en nuestros días y sobre todo supone un riesgo para nosotros y para las próximas generaciones; por ello se deduce la necesidad de ocuparse del derecho de medio ambiente de los niños y adolescentes para que desde que son pequeños se preocupen por el medio ambiente y hagan lo posible para conservarlo.

La Conferencia de Estocolmo de medio ambiente de 1972 en su primer principio es donde se reconoce internacionalmente el derecho humano a un medio ambiente «el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne

obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras».

Por otro lado se encuentra la Declaración de Río de Janeiro de 1992 que lo reconoce en su principio primero «los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

La C.E. se enmarca dentro de un contexto de la década de los 70 en Europa que introdujo de manera decidida la preocupación ambiental, lo que explica la creciente sensibilización ambiental de la sociedad española. La preocupación por el medio ambiente es hoy un ingrediente imprescindible en nuestra vida. Se dice que el derecho al medio ambiente es un derecho de la tercera generación, pero está conectado con un derecho inherente a la naturaleza humana que es el derecho a la vida ya que garantiza que la vida pueda permanecer y desarrollarse. Prueba de que es un derecho de tercera generación el derecho al medio ambiente, es que no está recogido expresamente ni en la Conv. Men. 89 ni en la LOPJM.

Artículo 36: *El derecho a disfrutar de entornos saludables.*

1. Los niños y adolescentes tienen el derecho a conocer, disfrutar y desarrollarse en un medio ambiente adecuado y saludable.

Artículo 37: *De la promoción de un medio ambiente natural y saludable.*

Las Administraciones públicas, para garantizar a los niños y adolescentes el ejercicio del derecho a un medio ambiente natural y saludable, promoverán:

a) La protección, conservación y mejora del medio ambiente, promoviendo para ello las medidas adecuadas.

b) El respeto y conocimiento de la naturaleza por los niños y adolescentes, informándoles sobre la importancia

de un medio ambiente saludable y capacitándoles para el uso positivo del mismo.

c) Visitas e itinerarios programados por los diversos entornos medioambientales.

d) Programas formativos y divulgativos sobre el uso responsable y sostenible de los recursos naturales, sobre el reciclaje de residuos y la utilización de energías limpias, y sobre la conservación del medio ambiente.

e) El desarrollo de la educación ambiental como proceso imprescindible para la construcción de una sociedad en desarrollo sostenible, mediante el establecimiento de cauces adecuados de colaboración entre las distintas administraciones y otros sectores implicados en Aragón.

a) Antecedentes

Ley 10/89 14 de diciembre, de protección de Menores: en esta ley de 1989 derogada por la LIAA, no se reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y saludable, por lo que esta ley LIAA representa un avance indudable en este tema para la Comunidad de Aragón.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución Española

El punto de partida de este derecho es el art. 45 C.E. que reconoce a todos el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

bbb) Ley orgánica 1/1996

No aparece expresamente recogido este derecho.

bb) *Legislación internacional*

En la Conv. Men. 89 no aparece recogido expresamente este derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado a sus necesidades; tan solo hay una referencia en el art. 29.1.e Conv. Men. 89 dedicado a la educación: «inculcar educación de medio ambiente natural».

c) **Comentario**

aa) *Concepto de medio ambiente*

Antes de hablar del derecho hay que definir el concepto¹³³ de medio ambiente como objeto de derecho. Hay dos conceptos.

- Concepto estricto: este concepto incluiría a los sistemas naturales: agua, aire, suelo, fauna y flora. Se reduce el medio ambiente al ámbito del entorno natural.
- Concepto amplio: el medio ambiente estaría formado por los sistemas naturales y por otras realidades sociales y culturales.

La propia C.E. separa los aspectos naturales de los artificiales al contemplar en el art. 45 el derecho a un medio ambiente adecuado y en el art. 46 la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico. En concreto la LIAA en el art. 36.1 y 37 se va

133. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de derecho ambiental* (Navarra, 2001), p. 37, «simplificando mucho las cosas puede decirse que hay dos grandes modelos de comprensión jurídica del ambiente: a) Concepto estricto: restringe el concepto de ambiente a los sistemas naturales: agua, aire, suelo, fauna y flora. b) concepto amplio: considera que el ambiente está formado además de por los sistemas naturales, por otra serie de realidades sociales o culturales, en cuanto que forman parte del entorno de la vida del hombre».

haciendo referencia a expresiones «medio ambiente natural, recursos naturales, entornos medioambientales» y en la sección 3.ª del Capítulo III hace referencia a los «valores culturales, historia y tradiciones», por lo que podría inclinarse los arts. 36.1 y 37 de la LIAA hacia el «concepto estricto». Pero en el 36.2 se hace referencia al entorno urbano por lo que nos encontraríamos en un concepto intermedio.

bb) *Art. 45 C.E.*

El punto de partida es el art. 45 C.E. que se encuentra en el Capítulo III título I de la C.E. Analizo la doctrina recogida por el TS en algunas sentencias y del TC del art. 45 C.E. El comentario de este art. lo divido en cuatro apartados.

- **EL MEDIO AMBIENTE COMO BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALIZADO:** La STC 64/1982 (FJ 2), afirma, «*que la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales. El medio y el desarrollo*»¹³⁴. Se caracteriza el medio ambiente también por su carácter de bien jurídico colectivo. Es la sociedad en su conjunto la que ostenta la titularidad. Se ve claro en los supuestos de la lesión del mismo. El art. 45 C.E. hace referencia a «Todos» y además «Los poderes públicos velarán por el medio ambiente». Se apoya en la indispensable solidaridad colectiva que se refiere en el deber de conservar el medio ambiente y supondría un deber general que permitiría la existencia de sacrificios colectivos en aras de la consecuencia

134. MIGUEL PERALES, Carlos de, *Derecho español del medio ambiente*, (Madrid, 2000), p. 39, «se trata de un bien que para el legislador español, ha merecido una protección especial, que se materializará mediante la promulgación de un conjunto de normas especialmente dedicadas a él; a la vez, y como cualquier otro bien jurídico constitucionalizado, servirá para informar el resto del ordenamiento».

de esta finalidad, sin perjuicio, de la existencia de importantes mecanismos de exigencia de responsabilidad individual a los causantes de daños ambientales y sin excluir la titularidad individual del derecho a un medio ambiente adecuado.

- **FUNCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS:** El art. 45 C.E. hace referencia a una función pública de protección, de restauración y prevención de la situación ambiental. En la STS de 8 de noviembre de 1995 dice *«el medio ambiente es un bien jurídicamente protegido: de ahí que la C.E. contemple la necesidad de que la Administración Pública intervenga. El art. 45. C.E. está redactado en términos de generalidad, pero tal precepto es el arranque del ejercicio de las potestades administrativas no sólo para establecer medidas preventivas frente a nuevas actividades que puedan incidir negativamente en el medio ambiente, sino también para exigir que mediante la utilización de la técnica, se corrijan situaciones existentes que sean dañosas para dicho bien protegido desde la propia Constitución»*. STC 102/95 FJ 4 *«en suma, se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección. En seguida, la conexión indicada se hace explícita cuando se encomienda a los poderes públicos la función de impulsar y desarrollar se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos»*.
- **DERECHO SUBJETIVO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO:** Es una cuestión debatida por la doctrina española¹³⁵. La posición del precepto en el Capítulo III del título

135. MIGUEL PÉREZ DE PISABARRE, Carlos de, *Derecho español del medio ambiente*, (Madrid, 2000), p. 45, «En mi opinión, el derecho a un medio ambiente adecuado no puede considerarse como un derecho público subjetivo solamente a partir del artículo 45, ni como un derecho fundamental. Por otro lado, sin embargo, es cierto que no se puede interpretar la declaración del artículo 45.1 C.E. como una mera formulación de principios que no tienen mayores consecuencias prácticas».

I «De los principios rectores de la política social y económica» y por lo dispuesto en el art. 53.3 C.E. hizo que la mayoría de la doctrina se inclinara por negar la existencia de dicho derecho y considerar que no es invocable ni exigible directamente ante los Tribunales. Aunque hay argumentos para defender la existencia de este derecho. El TS ha tenido ocasión de analizar la aplicación práctica del art. 45 C.E.; la jurisprudencia del TS ha reconocido la existencia de este derecho en varias ocasiones. Así la STS 25 de abril 1989, dice *«que pese a girar bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. El tribunal continúa diciendo que en los Tribunales norteamericanos los consideran como principios vitales, vivos que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación y considera que esto es perfectamente aplicable a nuestro ámbito. De manera que «el art. 45, cómo los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».* La STS del 7 de noviembre 1990 *«gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho constitucional por cuyo respeto han de velar».* El art. 45 C.E. se encuentra en el Capítulo III del título I lleva por rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica». Ahora bien el título I se titula «De los derechos y deberes fundamentales». El art. 45 no supone una excepción dentro del Capítulo III ya que se reconocen además de principios rectores otros derechos concretos: derecho a la protección de la salud (art. 43.1); el derecho a la cultura (art. 44.1); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47). Se podría concluir según lo dicho en este apartado, que sí existe un derecho al medio ambiente y que esta relacionado con el concepto de calidad de vida y desarrollo de la persona que lo relaciona con otros derechos que sí pueden considerarse

como fundamentales, como son el derecho a la vida, a la personalidad e integridad física. Por lo que el medio ambiente sano representa el marco o sustento indispensable y necesario para la permanencia y mejora de calidad de vida.

- EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE AFECTA A LOS DERECHOS DE CARÁCTER PÚBLICO Y DE ORDEN PRIVADO: El derecho al medio ambiente, los daños al ambiente y a la naturaleza afectan tanto a derechos de carácter público como de orden privado así se reconoce en la STS del 2 de Febrero del 2001 *«la C.E. destaca en el art. 45 el deber de defender y conservar los recursos naturales y el derecho a disfrutar de ellos. De este modo la norma constitucional plantea la horizontalidad del Derecho Ambiental y, por ende, el carácter intersectorial e interinstitucional de la política y problemática ambiental, al ser elaborada y aplicada con los instrumentos creados por el ordenamiento jurídico. Al lado de los derechos públicos, subjetivos, civiles, políticos, sociales y económicos, se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental y, en especial, ya dentro del Derecho Civil, se afirma que, «Una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza, es el progresivo y generalizado daño y deterioro que se produce sobre los componentes físico-naturales del ambiente, como resultado de la actividad humana. Los daños al ambiente y, evidentemente, a la naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto derechos e intereses de carácter público como de orden público. Históricamente, los planteamientos civiles son los primeros en materia de algunos casos puede limitarse a comportamientos físico-naturales del espacio (agua, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente*

en su salud y bienestar general.»». El legislador del código civil del siglo pasado, tuvo en cuenta, en cierta medida la condena de las agresiones del medio ambiente a la propiedad privada, cuando redactó la estructura normativa de las sanciones prevenidas en los arts. 590 y 1908 del código civil¹³⁶; Así lo recoge la STS del 2 de Febrero del 2001 «El derecho civil es la expresión jurídico-formal de las relaciones de intercambio de una sociedad concebida en términos individualistas, como simple suma o agregado de individualidades. En este sentido la responsabilidad por hecho ilícito se consagra en función del individuo y de su capacidad como ente racional y autónomo para responder de sus actos cuando éstos lesionan, sea dolosa o culposamente, el derecho de otro; y, desde luego, aunque sea de remoto vestigio, se resalta, como nuestro venerable legislador del siglo pasado, ya atisbó, en cierta medida la condena a este tipo de agresiones a las propiedad privada, cuando modeló la estructura normativa de sus señeras sanciones prevenidas en los arts. 590 y 1908».

cc) Comentario del art. 36.1 de la ley 12/2001

El art. 36 de la ley 12/2001 tiene una semejanza con el art. 45.1 C.E. desde el punto de vista formal.

136. Artículo 590 del código civil: «Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos»; Artículo 1908 del código civil: «Igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 1.º) Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado. 2.º) Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. 3.º) Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor. 4.º) Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidas sin las precauciones adecuadas al lugar en estuviesen».

El elemento subjetivo del art. 36: son los niños y adolescentes, que se encuentran amparados en el art. 45 C.E. porque se refiere a «todos».

Contenido: «derecho a conocer, disfrutar y desarrollarse»; en primer lugar, derecho a conocer hace referencia a un elemento geográfico que permite al niño y adolescente respetar y sensibilizarse por la naturaleza que le rodea. Esta también recogido en el art. 37 como medida adecuada para promover el medio ambiente.

En segundo lugar, derecho a disfrutar es el núcleo esencial del medio ambiente. Se trata de un derecho colectivo de las personas a disfrutar de un bien jurídico colectivo, ya que el uso del medio ambiente no excluye el uso de otra persona. Es el núcleo esencial porque este contenido no se limita con sólo establecer un mero conocimiento, información o desarrollo sino que son aspectos parciales que no agotan el contenido. Se trata de que los diferentes recursos naturales (agua, flora, etc.) estén en su adecuada conservación; ello se consigue con el conocimiento e información y permite gozar al niño y adolescente de un medio ambiente adecuado a su desarrollo.

En tercer lugar: derecho a desarrollarse significa desarrollo como persona, unido al derecho de personalidad.

Objeto del derecho: es el medio ambiente adecuado y salvable, éste concepto ya ha sido analizado anteriormente en relación con el art. 45 C.E. Se incluiría dentro del concepto jurídico estricto de medio ambiente.

dd) Comentario del art. 37 de la ley 12/2001

El art. 37 mantiene una actitud activa de colaboración por parte de las Administraciones públicas para garantizar el derecho al medio ambiente. Hay que distinguir las competencias: del Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón y el Gabinete de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza.

La primera medida esta expresada en términos generales, indica los objetivos que pretende las Administraciones públicas (protección, conservación y mejora) señalando que para ello promoverán medidas adecuadas y éstas están recogidas en los siguientes apartados.

La segunda medida recoge el respeto, conocimiento, información y capacitación para el uso positivo del medio ambiente saludable. Mediante esta medida se quiere promover el derecho a conocer el medio ambiente, informando y dando a conocer la importancia del medio ambiente, y enseñándoles de esta manera el mejor uso de la naturaleza sin perjudicarla, y consiguiendo el derecho a disfrutar del medio ambiente saludable desde pequeños.

La tercera medida ampara las visitas a itinerarios programados a diferentes entornos medioambientales. Mediante esta medida se quiere dar a conocer los importantes valores naturales, poner de manifiesto la necesidad de uso y disfrute compatible con la conservación de los espacios naturales.

La cuarta medida trata de programas formativos y divulgativos sobre el uso responsable y sostenible de recursos naturales, sobre reciclaje de residuos y envases y la utilización de energías limpias, y nuevamente presta atención a la conservación. Los programas que realizan las distintas Administraciones públicas son formativos, que llegan a los niños a través de colegios o clubes de tiempo libre, pero tal vez no sean demasiado divulgativos porque dependen de la sensibilidad y actitud que los profesores y monitores tengan respecto al medio ambiente.

La quinta medida concluye con la educación ambiental para la construcción de una sociedad en desarrollo sostenible mediante la colaboración de las distintas administraciones y otros sectores implicados en Aragón. El concepto de desarrollo sostenible es un concepto elaborado en el Informe «Nuestro Futuro común» elaborado en 1987 por la Comisión Mundial para el medio ambiente

y el Desarrollo general de las Naciones Unidas: «el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». El concepto de desarrollo sostenible se ha arraiga en nuestra sociedad, y trata de conciliar el respeto al medio ambiente y desarrollo económico.

Con información recibida del Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón y al Gabinete de educación ambiental del servicio de medio ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza, consideraría que el eje de estas medidas es la EDUCACIÓN AMBIENTAL cuyos objetivos serían la protección, conservación, mejora, respeto, conocimiento al medio ambiente (lo recogido en la letra a) y b) del art. 37), y para conseguir esos objetivos se ponen en marcha las medidas recogidas en las letras c) y d) del art. 37.

Algunas medidas, a título de ejemplo, que llevan a efecto las distintas Administraciones públicas son:

EL GOBIERNO DE ARAGÓN¹³⁷; hay una sección de educación ambiental que desarrolla programas formativos y de sensibilización.

Programas formativos: se publican unidades didácticas de diversos temas (la biodiversidad, la contaminación, el agua) que constan de un cuaderno para el profesor y unas fichas a rellenar por el alumnado. Se destina a alumnos de 2.º ciclo de Educación Secundaria Obligatoria. La forma de llegar a los niños y adolescentes es a través de la información del Gobierno de Aragón a los distintos colegios, y son los colegios los que adoptan la decisión de llevarlos a la práctica, por lo que depende de la sensibilización del profesorado sobre el medio ambiente.

Programas de sensibilización: el Gobierno de Aragón tiene

137. Información recibida a través de folletos y publicaciones del Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón.

una serie de publicaciones para llegar a los niños (colorido ecológico, que es un cuaderno para pintar de la naturaleza en Aragón, editado por el Departamento de Medio Ambiente, un cómic «tú puedes salvar el mundo», un cuento con recortables «chorche el quebrantahuesos», editado por el Departamento de Agricultura y Medio Ambiente. Dirección General de Medio natural.)

El Gobierno de Aragón, en colaboración con otras entidades, ofrece programas de educación ambiental 2000-2001 para conocer los espacios naturales protegidos de Aragón, dirigido principalmente a centros de enseñanza y colectivos sociales. Se dispone de materiales de apoyo como publicaciones didácticas sobre algunos espacios naturales, tanto para ayudar en la preparación de la visita, como para ser utilizadas después de la misma. Una de las prioridades del Programa es facilitar la participación de la población rural, a través de los centros escolares y colectivos situados en el Área de Influencia de los Espacios Naturales Protegidos. Estos grupos pueden beneficiarse de actividades especiales adaptadas a sus peculiares necesidades y características: talleres en el aula, charlas y proyecciones de vídeo o diapositivas, exposiciones itinerantes, recorridos por el entorno natural de la propia localidad.

El Gobierno de Aragón también participa en campamentos de verano donde se realizan actividades en relación al medio ambiente. Participa en el programa de «Aragón limpia» y en «la ciudad sin coches», en colaboración con el Ayuntamiento de Zaragoza.

SERVICIO DE MEDIO AMBIENTE. GABINETE DE EDUCACIÓN AMBIENTAL DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA: Desarrolla una serie de actividades de Educación Ambiental¹³⁸:

- Desde la creación del Gabinete de difusión y sensibilización ambiental del Ayuntamiento de Zaragoza, se vienen

138. Información recibida a través de folletos y publicaciones del Gabinete de Educación Ambiental del Ayuntamiento de Zaragoza.

realizando programas educativos en el Galacho de Juslibol, con diferentes niveles educativos (visitas programadas y jornadas especiales).

- Publicaciones de diferentes temas (educación, geología, flora, riberas, aguas, contaminación, reciclaje) que son objeto de préstamos, o, en algún caso, también son regalados, y también son objeto de préstamos vídeos (VHS) de diferentes temas (ecología, energía, agua, sonido, medio natural, recuperación del medio natural, flora, huertos, medio urbano, basuras y reciclado), y diapositivas.
- Huerto escolar, repoblaciones.

B) DERECHO A DISFRUTAR DE UN ENTORNO URBANO ADECUADO A SUS NECESIDADES (ART. 36.2; ART. 38)

Una vez tratado el derecho al medio ambiente adecuado y saludable, analizaré el entorno urbano al que se dedica los arts. 36.2 y 38 de la LIAA. No sólo hay que preocuparse por el entorno desde el punto de vista del medio ambiente, entendido como ambiente natural, sino que se tiene que intentar que el niño y el adolescente en su entorno más cercano, en la zona dónde él reside, sea un barrio, pueblo, ciudad, siendo indiferente que sea un espacio urbano o rural, encuentre medios necesarios para poder desarrollarse, disfrutar del entorno, acceder a espacios adecuados para ellos, sin existencia de obstáculos y con condiciones de seguridad.

Artículo 36: El derecho a disfrutar de entornos saludables.

2. Los niños y adolescentes tienen el derecho a conocer su pueblo, barrio o ciudad y a disfrutar de un entorno urbano adecuado a sus necesidades.

Artículo 38: De la promoción de un entorno urbano adecuado.

Las Administraciones públicas velarán para que:

a) En los planes urbanísticos se tomen en consideración las necesidades específicas de los niños y adolescentes en la concepción y distribución del espacio urbano, así como en la previsión de equipamientos e instalaciones adecuados.

b) Se garantice el disfrute del entorno y el acceso sin peligro de los niños y adolescentes, especialmente a los centros escolares y a los demás centros de uso frecuente infantil, mediante la peatonalización de las zonas circundantes, la creación de carriles bici y otras posibles formas.

c) Se prevea la disposición de espacios diferenciados para el uso de los niños y de los adolescentes en los lugares públicos, a los que se dotará de mobiliario urbano adaptado a las necesidades de uso con especial garantía de sus condiciones de seguridad y considerando especialmente las dificultades de acceso de los niños y adolescentes discapacitados.

d) Se facilite la participación de los niños y adolescentes en el diseño de los espacios públicos, y, en especial, aquéllos de uso específico de menores.

e) Las instalaciones deportivas con las que cuenten los centros públicos educativos sean utilizadas fuera del horario escolar, para lo que se adoptarán las medidas que sean necesarias.

a) Antecedentes

La ley Aragonesa del 1989 no hace referencia expresa a este derecho.

b) Legislación

aa) Legislación estatal

aaa) Constitución Española

En la C.E. no he encontrado ningún artículo referido al derecho disfrutar de un entorno urbano saludable.

bbb) Ley Orgánica 1/1996

No hay referencia expresa de este derecho en la ley, pero en el art. 11 referido a los principios rectores de la acción administrativa, en el apartado primero párrafo cuarto, establece que «*las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias, especialmente en materia de espacios libres en las ciudades*». Considero que esa referencia a la necesidad de tener en cuenta los espacios libres en las ciudades, en el ejercicio de las competencias de las Administraciones, podría encajar dentro del derecho a disfrutar un entorno urbano adecuado.

c) Comentario

aa) Concepto de entorno urbano

Se refiere al ambiente y espacios de la ciudad, barrios, pero situados dentro de la ciudad, sin tener en cuenta el ambiente y espacios de las zonas rurales o pueblos.

bb) Artículo 36.2

El contenido de este derecho por una parte es conocer el pueblo, barrio o ciudad del niño o adolescente que hace referencia al ámbito geográfico. Ello le permite al niño saber aquellos lugares públicos, espacios, instalaciones de su entorno que son propios

para él, y una vez conocidos permite que el niño y adolescente disfrute de ellos, que es el elemento esencial de este derecho: El poder disfrutar de su entorno. El problema que yo he visto en este art. 36.2 es que parece que los niños y adolescentes pueden conocer su pueblo, barrio y su ciudad, y que sólo pueden disfrutar del entorno urbano, pero no el entorno rural. Por lo que da a entender que sólo tienen este derecho los niños y adolescentes que viven en la ciudad y no en un pueblo.

A continuación dice «adecuado a sus necesidades», ¿qué puede entenderse por necesidades? Si se relaciona con el art. 38 se pueden extraer aquellas necesidades que el legislador piensa que puede tener un niño y adolescente urbano. Se puede deducir que al niño y adolescente le interesa la distribución del espacio urbano para la existencia de espacios diferenciados de parques, jardines, instalaciones deportivas; estaría relacionado todo lo referido a la diversión de los niños y adolescentes en el espacio libre, la existencia de equipamientos e instalaciones adecuadas para su ocio y que su acceso a todos estos espacios de uso infantil esté garantizado.

cc) *Artículo 38*

Este artículo hace referencia a las medidas para promocionar el entorno urbano adecuado. El término que utiliza «velar» expresa una actitud más pasiva, en comparación a las medidas para promocionar el medio ambiente que utiliza «garantizar». Está dividido en cinco apartados.

El apartado a) hace referencia a que los planes urbanísticos tengan en consideración la distribución de espacios urbanos y la provisión de equipamientos e instalaciones adecuadas a los niños y adolescentes. El art. 33 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística (LUA), está dedicado a las determinaciones generales que contendrá el plan general, y la contenida en la letra «c» de ese artículo establece que contendrán determinaciones sobre espacios

libres públicos destinados a parques y áreas de ocio, expansión y recreo que se establecerá en proporción no inferior a 5 metros por habitante. En el Capítulo II de la LUA se dedica a los planes parciales, y en el art. 47 que se dedica a los módulos de reserva, dice que *«los planes parciales respetarán los siguientes módulos mínimos de reserva por cada ochenta y cinco metros cuadrados de superficie construida industrial y de servicios: en la letra a) dieciocho metros cuadrados de terreno para espacios verdes, libres y de recreo, de dominio y uso público, cuya superficie no será inferior al diez por ciento del total del sector, con independencia del sistema general de espacios libres públicos y de los equipamientos deportivos»*.

Por lo que supone que está prevista la posibilidad de que los planes urbanísticos tengan en consideración la distribución de espacios, previsión de equipamientos destinados al bienestar de los niños y adolescentes.

En el apartado b) recoge el derecho a disfrutar del entorno y garantizar un acceso a centros de uso infantil sin peligro, y para ello se hace mención de la medida de la peatonalización y creación de carriles bici, y otras posibles formas, por lo que deja una vía abierta para garantizar el bienestar del niño y adolescente. Un tema actual es el de las Antenas de telefonía móvil, en relación a disfrutar de un entorno urbano saludable. Es una cuestión problemática que esta siendo objeto de estudio sobre las posibles repercusiones que pueden tener para la salud humana. Hay numerosas quejas sobre instalaciones de Antenas cerca de colegios y centros de uso infantil.

En el apartado c) hace referencia a la disposición de espacios libres de uso y diversión de los niños y adolescentes en lugares públicos, dotándoles de mobiliario urbano, previsto de condiciones de seguridad y teniendo en cuenta el acceso de los niños y adolescentes discapacitados. Muestra de ello es la existencia de mobiliario y equipamiento de diversión que puede encontrarse sobre todo en parques lineales y paseos en la ciudad adecuados a los niños. Una carencia que yo aprecio notable, es el difícil acceso

que hay para los niños y adolescentes con deficiencias aunque cada vez más, pero de manera lenta, se ve que nuestro entorno se va adaptando para las personas discapacitadas.

En el apartado d) se expone la posibilidad de facilitar a los niños y adolescentes participar en el diseño de dichos espacios públicos de uso específico de niños y adolescentes. En mi opinión veo un poco utópica esta medida de que los niños y adolescentes participen en el diseño de estos espacios, debido a que normalmente no se tiene en cuenta la voluntad directa de los niños; se podría participar a través de asociaciones de padres de colegio, en interés de los niños, pero no lo veo muy claro. En el art. 41 LUA se regula el procedimiento del plan general y establece que una vez formulado el plan general por el Ayuntamiento se expone al público al objeto de que durante un plazo mínimo de un mes puedan formularse sugerencias y alternativas por cualquier persona. Al decir cualquier persona, estarían incluidos los niños y adolescentes, lo que ocurre es que por iniciativa propia no participan y, además, desconocen esta facultad que tienen; como he dicho anteriormente, tal vez asociaciones de padres de colegio, o clubes de tiempo libre, podrían acudir a la información pública para hacer valer el derecho a una distribución adecuada para los niños y adolescentes. Pero aunque existe esta posibilidad, dudo del posible cumplimiento de esta medida.

El Apartado e) expone la apertura de instalaciones deportivas de centros públicos fuera de horario escolar, para poder desarrollar sus actividades deportivas o extraescolares o de club de tiempo libre. En relación con esta tema hay una STS 7 de Marzo del 2001 en materia de la responsabilidad civil de la Administración del Estado por la caída con resultado de muerte de un niño en el patio de un colegio público. Se destacó la falta de las debidas precauciones en la organización del centro escolar, en el buen mantenimiento de las porterías y que no estaba bien organizada la vigilancia de los niños. Por lo que se puede deducir que la apertura de las instalaciones deportivas en centros escolares, fuera de

horario escolar, deberá estar vigilada y en buenas condiciones para evitar resultados lesivos para los niños y adolescentes.

d) Opinión personal

El Capítulo V de la LIAA se dedica al derecho al entorno saludable desde el punto de vista del medio ambiente y del espacio urbano. Estos derechos sociales se pueden considerar como derechos de tercera generación, pero a medida que pasa el tiempo, se va incrementando la sensibilización a disfrutar de entornos saludables. No cabe duda de que en la época que nos ha tocado vivir las preocupaciones ambientales ocupan un destacado lugar. Las demandas sociales cada vez más solicitan el respeto y que se adopten medidas para garantizar estos derechos. Parece que se sigue una jerarquía de los derechos humanos, adoptando como prevalencia el derecho a la vida como presupuesto y requisito de todos los demás derechos. Pero el derecho a un entorno adecuado y saludable se suele situar en la jerarquía en tercer lugar, pero la existencia de este derecho garantiza que la vida pueda desarrollarse y permanecer, por lo que puede decirse que el derecho al medio ambiente se encuentra íntimamente relacionado con derechos como el derecho a la vida, a la salud, a desarrollarse como persona, que son derechos que se colocan en cabeza en la jerarquía. Lo mismo ocurre en concreto con el derecho a la adecuada distribución del espacio urbano, porque también está relacionado con el derecho a la salud y al derecho de desarrollarse como persona. Las Administraciones públicas, debido a las demandas sociales, empiezan a agilizarse y moverse en relación a estos temas, ya que anteriormente no dedicaban ni bastante presupuesto ni atención. Una muestra de ello es el recorte presupuestario de este año por parte del Ayuntamiento para poder llevar a cabo los programas de educación ambiental previstos para el año 2001-2002. Por lo que puedo concluir que es una materia que va desarrollándose poco a poco, y que, cada vez más, se va teniendo en consideración.

IV. DE LA LIMITACIÓN DEL ACCESO A MENORES DE ALGUNOS MEDIOS Y PRODUCTOS

Cristina Cuesta Barrera

1. ORÍGENES CONSTITUCIONALES

Como punto de partida acudimos a la C.E. de 1978 donde en el Capítulo II de los «Derechos y Libertades» del Título I encontramos el Art. 20 ordinal cuarto haciendo referencia específica a la protección de la juventud y de la infancia:

«4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.»

La C.E. desarrolla un elenco de derechos y de deberes, pero hay que tener en cuenta que estas libertades encuentran su límite especialmente en el ámbito de las relaciones con los menores, vigilando sus actuaciones y teniendo como objetivo prioritario su beneficio. Partimos de la necesidad de garantizar al menor una protección especial justificada por su situación de inferioridad, y teniendo en cuenta su falta de madurez tanto física como mental.

El titular de este derecho de protección es el menor, sin que exista ningún motivo de discriminación o distinción por motivos de raza, sexo, religión... como expresa el Art. 14 de la C.E.

Los menores son un colectivo débil que la C.E no ha excluido de su protección; del mismo modo, podemos acudir al Art. 39.4 del mismo texto donde el legislador constituyente se compromete por adelantado a incorporar normas de protección de menores.

«4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

Este ordinal cuarto implica una remisión a los Acuerdos Internacionales, y en este punto nos debemos referir a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 donde se proclama el derecho de los menores a unos cuidados y a una asistencia especiales.

Esta defensa del interés superior del menor, se proclama como principio general por el Art. 2, de la LO 1/1996 de protección Jurídica del menor, sin olvidar que el interés del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que pueda concurrir y todo tipo de limitaciones se harán de forma restrictiva.

Con este punto de partida constitucional, paso ahora a profundizar en las limitaciones que los derechos de los menores pueden sufrir, todas ellas con el único objetivo de proteger al menor y proporcionarle la asistencia necesaria para que tenga una vida plena en comunidad.

2. ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (ART. 39)

Artículo 39: Actividades prohibidas a los niños y adolescentes.

Los niños y adolescentes no podrán realizar, aun con el consentimiento de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, las actividades siguientes:

a) La práctica de deportes cuyo reglamento contemple la producción de daños físicos para cualquiera de los participantes.

b) La participación en publicidad de actividades o productos prohibidos a los menores de edad.

c) La utilización de máquinas de juego con premios en metálico.

d) La adquisición de tabaco, bebidas alcohólicas y otras drogas.

e) La participación en actividades, espectáculos, grupos y asociaciones cuyo contenido y fines sean violentos, pornográficos o contrarios al derecho a su formación y desarrollo integral.

f) El desempeño de cualquier actividad o trabajo que pueda ser peligroso o nocivo para su salud o pueda entorpecer su desarrollo físico y mental, así como de cualesquiera otras cuya legislación específica así lo disponga.

A) Antecedentes

Se pueden encontrar artículos similares a éste en legislaciones de otras Comunidades Autónomas, como la ley 1/1997 de 7 de febrero, de Atención integral a los menores de Canarias y la ley 6/1995 de Garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, de la Comunidad Autónoma de Madrid. Observo, que en este punto, el legislador aragonés no ha innovado, sino que se ha limitado a realizar una regulación muy similar a la existente en otras Autonomías.

Por ello, resulta prioritario emprender medidas preventivas dirigidas a este grupo de población tan vulnerable.

Este artículo se refiere a todo tipo de actividades que los menores tienen prohibido realizar, aun con el consentimiento de sus padres o tutores, bien porque pueden ser peligrosas para su

salud, bien porque pueden influir en su correcto desarrollo. Me referiré de manera más detallada en este punto al problema del alcohol y de las drogas, ya que los otros temas los abordaré en la explicación del resto del articulado.

B) Adquisición de bebidas alcohólicas

El alcohol es la sustancia más consumida por la población española de todas las edades. Aunque en nuestro país exista una arraigada «cultura del alcohol», en los últimos años estamos presenciando como la edad de inicio al consumo va decreciendo poco a poco. Resulta asombroso el hecho de que todas las normas de prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores existentes sean tan vulnerables. Son muchas las Comunidades Autónomas que han introducido en sus legislaciones normas de control, así cabe citar, la Ley 5/1990, de 19 de diciembre, de prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años del Principado de Asturias; la Ley 2/1995, de 2 de marzo, sobre prohibición de venta y publicidad de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años, de la Comunidad de Castilla la Mancha, o la Ley Foral Navarra 10/1991, de 16 de marzo, sobre protección y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad.

La regulación existe, pero no podemos decir lo mismo de su cumplimiento. Según el Informe del Justicia de Aragón de 1999, se asegura que el 87% de los jóvenes de entre 15 y 17 años es consumidor habitual de alcohol durante los fines de semana, y cuando los jóvenes optan por esta vía para divertirse, no ven en la bebida algo perjudicial, y ahí es donde radica el germen del problema. Recientemente hemos podido escuchar el problema del llamado «botellón», jóvenes que se concentran durante los fines de semana en plazas públicas para el consumo de alcohol, con todos los trastornos que ello puede ocasionar. Se tendrá que ser más riguroso a la hora de la venta y los establecimientos tendrán que pedir el carnet de identidad a los jóvenes que compren alcohol. Los comer-

cios que incumplan la ley deben ser sancionados administrativamente.

La prevención del alcoholismo debe situarse dentro de la prevención de las conductas inadaptadas en adolescentes y enmarcarse en el contexto de la educación para la salud¹³⁹. Del mismo modo una educación desde el seno de la familia será una buena labor de concienciación.

Algunos Ayuntamientos, como es el caso del de Zaragoza, ya han puesto en marcha en varias ocasiones programas que ofrecen actividades de ocio alternativo que guardan relación con el deporte, Internet, la música y la astronomía. Pero la capital aragonesa no es la única con proyectos de estas características. Gijón, Salamanca, Madrid, Palma de Mallorca y algunos municipios como los aragoneses de Ejea, Sabiñanigo y Jaca, cuentan ya con iniciativas similares.

C) Las drogas

Prevenir las situaciones de consumo de drogas en los adolescentes con cierta vulnerabilidad a esta conducta, no es sólo una actuación educativa de intervención escolar o familiar, sino que también conlleva una mayor implicación en la política social con mayores dotaciones en infraestructuras y recursos.

Las estadísticas hablan de una tempranísima edad de inicio, de contacto: los 12 años. Los adolescentes jueguean con el riesgo.

Se han puesto de relieve una serie de factores que pueden incidir en el desarrollo del consumo de drogas entre jóvenes y adolescentes: factores relacionados con la familia, el fracaso escolar, la falta de integración, la presión por parte de otros amigos

139. TORRE PUENTE, Juan Carlos, *Orientación Familiar en Contextos Escolares*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001, p. 141.

del grupo hacia determinados comportamientos, así como factores socioculturales.

Teniendo en cuenta estos problemas tenemos que intentar concienciar, prevenir y proteger a nuestros menores de todo este tipo de actividades que influyen negativamente en su desarrollo, tanto físico como intelectual.

3. ESTABLECIMIENTOS Y ESPECTÁCULOS (ART. 40)

La violencia, la pornografía, las actividades relacionadas con el juego y con el alcohol, pueden ser perjudiciales para los menores, por eso es preciso que en los establecimientos donde se lleven a cabo exista y se aplique la prohibición de admisión de menores. Éstos se podrían ver influenciados en su desarrollo por estas actividades, ya que los menores se encuentran en proceso de formación y suelen reproducir y asimilar lo que ven.

Artículo 40: Establecimientos y espectáculos.

1. A fin de garantizar una más correcta protección de los niños y adolescentes en su relación con los establecimientos y espectáculos públicos, se prohíbe:

a) Su admisión en establecimientos donde se desarrollen actividades o espectáculos violentos, pornográficos o con otros contenidos perjudiciales para el correcto desarrollo de su personalidad.

b) Su admisión en bingos, casinos, locales de juegos de suerte, envite, azar y de máquinas de juego con premios en metálico.

c) Su admisión en locales donde se realicen combates de boxeo.

d) Su admisión en locales especialmente dedicados a la expedición de bebidas alcohólicas, salvo que vayan acompañados de sus padres o de quienes les sustituyan en

el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

e) La admisión de niños y adolescentes, que por su edad deban cursar enseñanza obligatoria, en salones recreativos y establecimientos similares durante el horario escolar.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma velará para que las prohibiciones reseñadas se hagan efectivas.

A) Legislación

Basándose en el principio del superior interés del menor, la ley 12/2001 prohíbe la admisión de menores en determinados locales, ya sean salas de espectáculos violentos, pornográficos, con contenidos perjudiciales para el niño o adolescente, locales de juego, donde se practique el boxeo, se expendan alcohol...

Se han realizado consultas por diversas asociaciones de Empresarios de Hostelería en la que se solicitan aclaraciones sobre la prohibición de entrada en determinados establecimientos recreativos a los menores de 16 años.

Con esta normativa se pretende proteger tanto la salud como la moralidad del menor.

Según el Art. 60.1 del reglamento General de Policía de Espectáculos y actividades recreativas aprobado por R.D 2816/1982, de 27 de agosto:

— Los bares y cafeterías no son establecimientos recreativos en los cuales esté prohibida, con carácter general, la entrada y permanencia de menores de 16 años, si bien dicha prohibición existe para las horas nocturnas.

Igualmente queda constancia de que no existe obligación, reglamentariamente impuesta, de colocación, en bares y cafeterías, de letreros anunciadores respecto a la prohibición de venta

o consumo de bebidas alcohólicas por los menores de 16 años, ni de la prohibición de acceso, para dichos menores, en horas nocturnas.

En cierto punto, puede considerarse contradictoria esta legislación con la que es objeto de este estudio, ya que parece no primar el interés superior del menor. Ciertamente es que en la gran mayoría de los establecimientos públicos a los que se refiere este Art. 40 se encuentran carteles que fijan la prohibición de entrada de los menores, la prohibición de venta de bebidas alcohólicas o de tabaco; pero desgraciadamente estas normas no suelen ser aplicadas y actualmente los menores tienen gran facilidad para acceder a estos establecimientos.

Respecto a la entrada a discotecas, salas de baile o establecimientos análogos, los Arts 60 y 61 del RGE hacen referencia a su prohibición. Debido a la profunda transformación social se han de tener en cuenta las peticiones juveniles respecto al ocio. Por ello se ha regulado el acceso de menores con más de 14 años a discotecas, salas de baile o establecimientos análogos, estableciendo para ello determinadas reglas:

- Podrán entrar los menores entre 14 y 16 años.
- Las sesiones terminarán a las 22 horas.
- Deberá transcurrir una hora hasta la nueva apertura en régimen normal.
- Queda totalmente prohibida la venta de bebidas alcohólicas y de tabaco.
- Estará prohibido el uso de máquinas tragaperras.

El R.D 81/1997, de 24 de enero, que desarrolla parcialmente la ley 17/1994, de 8 de junio, de protección y fomento de la cinematografía, y actualiza y refunde normas relativas a la realización de películas en coproducción, salas de exhibición y calificación de películas cinematográficas regula en su Art. 20 apartado tercero la advertencia al público de las salas de carácter X, a estas

salas, y así no tendrán acceso en ningún caso, los menores de dieciocho años. En las taquillas y puertas de acceso, y de forma visible, se advertirá de la proyección de películas de carácter pornográfico o que realicen apología de la violencia, así como la prohibición de entrada a los menores de edad.

Es preciso plantearse aquí este problema de la juventud española, del que no quedan excluidos los jóvenes aragoneses. La ley 12/2001 considera como infracción grave el permitir la entrada en los establecimientos o locales a que hace referencia el Art. 40, pero parece no ser suficiente la regulación sancionadora de esta ley. La ordenación de las limitaciones de los derechos de los menores queda como un elenco de principios con buena voluntad, pero que en la realidad resultan un poco «cojos en su aplicación».

Relacionando este tema con la educación, observo que sería necesario no sólo dejar estos problemas en manos de la Administración, sino que los padres y las autoridades familiares en su caso, deberían concienciar a los hijos, porque la educación comienza en el seno de la familia. Una tarea difícil de concreción pero muy necesaria para procurar el adecuado desarrollo de los menores.

B) Las sectas

En relación con la entrada a determinados establecimientos, puedo introducir en estos momentos el tema de las sectas.

Partiendo de la libertad religiosa, encuentro un punto de conflicto con el interés superior del menor, bien sea por el ejercicio que realizan de esta libertad los padres del menor, bien por el ejercicio de la citada libertad que pudiera ejercer el menor determinado en atención a sus condiciones de madurez, que le permitan tomar decisiones por sí mismo. Así se sostiene autorizadamente que:

«La opción por unas determinadas creencias religiosas y la educación en ellas constituya una parcela reservada a la más pro-

funda intimidad del sujeto y, por lo tanto, es contenido de un derecho personalísimo cuyo directo ejercicio está especialmente protegido por las leyes»¹⁴⁰.

Visto el carácter personalísimo del ejercicio de la libertad religiosa, se encuentra el límite en las denominadas sectas pseudo religiosas, consideradas perjudiciales para la salud. Estos movimientos pueden causar trastornos al menor, bien sea por su captación directa, bien por la de sus padres, integrándose en sectas cerradas al entorno social, limitando de esta forma los derechos de los menores. Las repercusiones en el menor se pueden dar tanto en el orden sanitario (como ocurriría con las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová, caso del que ya se ha tenido constancia en Aragón¹⁴¹), como en el educativo, cultural o social, muchas de las veces rompiendo los lazos de unión con la propia familia.

En algunos casos se llegan a utilizar medios fraudulentos incurriendo así en los delitos de protección de menores, tales como la inducción al abandono del hogar familiar o la propia sustracción de menores por miembros de las sectas, abandono y abuso de niños, muertes causadas por malos tratos... etc. y es entonces donde entra en juego la aplicación del Derecho Penal.

4. PUBLICACIONES (ART. 41)

La revolución tecnológica de la última década, favorecida por la aparición del vídeo doméstico, y enormemente potenciada por Internet, (que constituye el medio por excelencia de intercambio de pornografía infantil), ha hecho que cobren importancia los pro-

140. FERRER ORTIZ, Javier, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Cuarta edición renovada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta. Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1996, p. 182.

141. Véase el comentario a la S.T.S 950/1997 de 27 de junio tratada en el epígrafe relativo a la protección de la salud.

blemas que suscita el acceso libre a la red y la falta de control existente con respecto a los menores

Internet ofrece a la curiosidad de los menores un mundo nuevo a explorar. Nos ofrece atracciones como medio de educación, de información y de comunicación. Un elemento tan útil, que ofrece nuevas perspectivas debe ser accesible a todos los menores. Pero con el desarrollo de Internet, los menores estarán expuestos a materiales peligrosos. Esta situación hace pensar en una amenaza para ellos y se convierte en un factor reticente para su utilización.

La lucha contra la pedofilia y contra la pornografía infantil en Internet pasa por la unión de todas las fuerzas, organizaciones internacionales, gobiernos, educadores, padres... Al igual que es necesaria la cooperación de los profesionales del sector imponiendo unas medidas de auto reglamentación rigurosa respecto de todo tipo de páginas de contenido violento.

La Comunidad Autónoma de Aragón se ha querido hacer eco de esta problemática introduciendo en su legislación un artículo para la protección de los menores que podríamos incluir en este ámbito.

Artículo 41: Publicaciones.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma protegerá a los niños y adolescentes de las publicaciones que fomenten o inciten a la violencia, la xenofobia, la discriminación sexual o tengan un contenido pornográfico.

2. Dichas publicaciones no podrán ser ofrecidas a los menores de edad ni expuestas de forma que queden a su libre alcance.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias o instará a los organismos competentes para supervisar y controlar lo establecido en este artículo.

A) Las nuevas formas de comunicación

a) El problema

La trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños constituyen un grave atentado contra los derechos humanos fundamentales y en particular contra la dignidad humana.

Uno de los problemas que se nos plantean en la sociedad del siglo XXI es el desarrollo de las nuevas tecnologías, como por ejemplo la generalización del uso de Internet.

Existen bandas de delincuencia internacional organizada dedicadas al abuso sexual de los menores, y a la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil. Ante éstas, hay que prevenir y combatir, fomentando la utilización segura de Internet, ya que el respeto a la integridad física y psíquica de los niños y la protección de las víctimas de explotación sexual revisten una importancia fundamental.

b) Las soluciones

aa) La Unión Europea

Sobre este problema el Consejo de la Unión Europea se ha pronunciado a través de una Decisión de 29 de Mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (2000/375/JAI). En ella se intenta dar solución a estas cuestiones, pues el mundo de Internet es muy nuevo, y los problemas han surgido antes de que se hayan dictado normas para su regulación. Cualquier persona, incluidos los menores, puede acceder con gran facilidad a la red, por lo que habría que buscar algún método para su limitación, sobre todo teniendo en cuenta a los menores y colocando por encima de todo el interés superior de éstos.

Según la Comisión, los usuarios deberán comunicar a las auto-

ridades policiales sus sospechas sobre la difusión en la red de material pornográfico infantil.

Se crearán unidades especializadas dentro del ámbito policial con conocimientos específicos y recursos necesarios; a su vez se desarrollará una cooperación amplia y rápida para facilitar una investigación y persecución eficaces.

Desde el lado de la red, me refiero en este caso a los proveedores de Internet, la Comisión les solicita informar sobre el material pornográfico infantil del que hayan tenido conocimiento y que se difunda a través de ellos, y retirar este tipo de material difundido en sus portales.

Se realizarán persecuciones penales en caso de sospecha de abuso sexual de menores, producción, tratamiento y difusión de pornografía infantil.

bb) *El Código Penal Español*

La novedosa regulación del C.P de 1995 endurece la tutela penal en salvaguarda exclusiva de la libertad sexual, en detrimento de prejuicios ético-morales.

Acudo al Art. 187 C.P que contempla actos de promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores de 18 años o incapaces. Debemos definir la prostitución como «aquella actividad que, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consiste en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificados a cambio de prestación de contenido económico»¹⁴²

El cliente de la prostitución infantil perpetua la victimización del menor explotado comercialmente; estudios psicológicos ponen de manifiesto como dicha explotación comercial produce efectos sobre la personalidad mucho más devastadores que el puntual

142. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Segunda edición. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p. 281.

abuso del menor del que pudo haber sido víctima en algún momento de su vida.

El Art. 189 del C.P de 1995 se refiere a la utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

Está penada la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas, tanto públicos como privados, al igual que la elaboración de cualquier clase de material pornográfico, dicese reportajes fotográficos, filmación de videos o cintas pornográficas, y cualquier otra clase de material, en soporte de papel, magnético, digital etc. Estos actos exhibicionistas deben albergar una impronta obscena.

Para terminar con el tratamiento penal, haré una breve referencia a la regulación del tráfico de pornografía infantil: Había una laguna del sistema de protección del menor del C.P de 1995 pues no preveía directamente sanción alguna para los que se limitaban a traficar con un material en cuya elaboración o producción no habían intervenido. La técnica adoptada ha sido la de incriminar cualquier conducta de tráfico, o favorecedora de éste (venta, distribución, exhibición), así como facilitar estas conductas, lo que no exige ánimo de lucro.

5. PRENSA Y MEDIOS AUDIOVISUALES (ART. 42)

La protección de los menores no constituye una censura para los medios de comunicación; lo que esta ley 12/2001 persigue es preservar las libertades fundamentales y proteger el interés del menor, conjugándola con la libertad de información y el derecho al respeto de la vida privada.

Artículo 42: Prensa y medios audiovisuales.

1. La prensa y los medios audiovisuales, en especial aquellos textos, espacios o programas a los que los niños y

adolescentes les dedican especial atención, deben favorecer los objetivos educativos y el desarrollo integral de los mismos, potenciando los valores humanos y los principios democráticos. Los medios de comunicación social que emiten o tienen difusión en Aragón deben tratar con especial cuidado toda información que vaya dirigida o afecte a los niños y adolescentes.

2. Se prohíbe a los medios de comunicación social que emiten o tienen difusión en Aragón divulgar los datos relativos a la filiación de los niños y adolescentes acogidos y adoptados.

3. Queda prohibida la venta y alquiler a menores de videos, video juegos o cualquier otro medio audiovisual que tenga contenido pornográfico o que fomente o incite a la violencia, la xenofobia, la discriminación sexual, o actividades delictivas.

4. Queda así mismo prohibida su proyección en locales o espectáculos en los que esté permitida la asistencia de niños y adolescentes, y, en general, su difusión por cualquier medio entre menores.

5. La programación, total o parcial, de las emisoras de radio y televisión que emitan específicamente para el territorio de Aragón deberán respetar las siguientes reglas:

a) Horario adecuado a los hábitos generalmente practicados por los niños y adolescentes para emitir los programas infantiles.

b) Garantizar una franja horaria de especial protección para la infancia, determinada reglamentariamente, en la que no podrán emitirse programas que puedan perjudicar seriamente al desarrollo físico, mental o moral de los menores ni, en particular, programas o mensajes de violencia o pornografía.

6. Las Administraciones públicas velarán para que los niños y adolescentes no tengan acceso, por medio de las telecomunicaciones, a servicios que puedan dañar su correcto desarrollo personal.

7. Las Administraciones públicas adoptarán las medidas pertinentes y comunicarán al Ministerio Fiscal cualquier vulneración de estos preceptos para que solicite las medidas cautelares y de protección correspondientes.

8. Los distintos medios de comunicación social, públicos o privados, con programación específica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón no podrán utilizar niños en sus espacios dedicados a adultos en los casos en que tales espacios hagan referencia a las actividades prohibidas por esta Ley o por la legislación vigente o cuando se asocien a determinados comportamientos o productos prohibidos a los menores.

A) Legislación

La ley 25/1994 sobre el ejercicio de actividades de radio difusión televisiva, ya daba cabida en su Art. 17 a normas sobre la protección de los menores frente a la programación: no se podrán incluir escenas o mensajes que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral del menor, fomentar el odio, el desprecio o la discriminación por cualquier motivo. Ante estas emisiones que deberán proyectarse a partir de las veintidós horas, deberá aparecer una advertencia sobre su contenido en medios acústicos y ópticos.

B) Los medios de comunicación

El gran desarrollo que han sufrido los medios de comunicación en los últimos años ha hecho necesaria la regulación de estos con respecto a la protección de menores siguiendo el principio del interés superior del menor.

Tanto la prensa como los programas de otros medios audiovisuales dirigidos especialmente a menores deben tener un contenido educativo y tienen que realizar un tratamiento especial de la información, norma que no siempre se cumple debido a las luchas por las audiencias.

a) La Unión Europea

La actualidad del tema ha hecho que el Consejo de la Unión Europea realizara una recomendación, la 98/560/CE, de 24 de Septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana.

En esta recomendación, se vio conveniente, además de utilizar medidas de protección de menores y de lucha contra contenidos ilícitos que atentasen contra la dignidad humana, el fomento del uso lícito y responsable de los servicios de la información y de comunicaciones, por medio del ejercicio del control parental.

La Comisión recomienda que los Estados miembros colaboren en la elaboración de códigos de conducta para la protección de los menores. En mi opinión, quizás también habría que hacer una tarea de sensibilización de los padres, educadores y profesores sobre el potencial de los nuevos servicios y sobre los medios adecuados a la protección de menores.

Los programas infantiles deberán tener un horario adecuado, y durante esa franja horaria los menores gozarán de una protección especial no pudiéndose emitir otro tipo de programas con violencia, contenidos pornográficos, xenófobos... o que sean negativos para su desarrollo.

Por el lado activo, también queda prohibida la utilización de menores en espacios dedicados a los adultos, donde se puedan

incluir emisiones con violencia, contenidos pornográficos, racistas...

C) La esfera personalísima

Queda terminantemente prohibido asimismo, para todo medio de comunicación la divulgación de datos sobre la filiación, el acogimiento o la adopción del menor. Son éstos, actos que pertenecen a la esfera íntima del ser humano, y tienen carácter personalísimo y, por lo tanto queda su difusión restringida.

Esta prohibición tiene su base en el Decreto 28/1995, de 21 de febrero, del Registro de Protección de Menores en Aragón, donde se describe el acceso restringido a este Registro en garantía de la confidencialidad y reserva de los datos que en el se contienen. El acceso a este Registro, queda únicamente reservado a (Art. 14.1):

- Personal del departamento de Bienestar Social.
- Ministerio Fiscal, Jueces y Tribunales.
- El Justicia de Aragón y el Defensor del Pueblo.
- Instituciones colaboradoras de integración familiar.

6. PUBLICIDAD DIRIGIDA A NIÑOS Y ADOLESCENTES (ART. 43)

Se entiende por publicidad el conjunto de medios y técnicas que permiten la divulgación de las ideas o de los objetos que tienden a provocar comportamientos y actitudes en los individuos que reciben sus mensajes. Dado que los destinatarios a los que nos referimos en este caso son el colectivo de los menores, es necesario un cuidado especial a la hora de la realización de campañas publicitarias. Creo, por tanto, adecuado la introducción de este tema en la ley, ya que los menores pueden ser muy influenciados y por ello necesitan una protección especial.

Artículo 43: *Publicidad dirigida a los niños y adolescentes.*

1. La publicidad dirigida específicamente a los niños y adolescentes deberá estar sometida a los límites reglamentariamente establecidos que obliguen a respetar los siguientes principios de actuación:

a) El lenguaje y los mensajes serán sencillos, comprensibles y adaptados al nivel de desarrollo de los colectivos infantiles y adolescentes a los que se dirigen.

b) No se explotará la inexperiencia o la credulidad de los niños y adolescentes o la especial confianza que estos tienen en sus padres, profesores o tutores. Las representaciones de objetos deberán reflejar la realidad de su tamaño, movimiento, prestaciones y demás atributos. Los anuncios deberán hacer indicación del precio del objeto anunciado.

c) Se evitará la publicidad de mensajes que fomenten la violencia o que atenten contra la dignidad de las personas, la publicidad sexista y la que implique difusión de ideas contrarias a valores constitucionales. No se admitirán mensajes que establezcan diferencias o discriminaciones en razón del consumo del objeto anunciado.

d) Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco, locales de juegos de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico tanto en publicaciones infantiles y juveniles como en los medios audiovisuales, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emitan, respectivamente, en Aragón.

2. En el ámbito de la publicidad dirigida a niños y adolescentes se respetarán en todo caso las normas relativas a la obtención y tratamiento de datos de carácter personal establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

3. Las Administraciones públicas comunicarán al Ministerio Fiscal cualquier vulneración de estos preceptos para que solicite las medidas cautelares y de protección correspondientes.

A) Legislación

Parece que la redacción de este artículo ha tomado como base el contenido de la ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/522/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radio difusión televisiva.

Esta ley considera como ilícita la publicidad que suponga comportamientos perjudiciales para la salud, la dignidad humana, el respeto a las convicciones religiosas, sexuales, políticas, publicidad que incite a la violencia o que inciten a comportamientos antisociales. Todo ello entendido de forma genérica, por lo que supongo que, con relación a los menores, será de aplicación con mayor motivo.

B) Comentario

a) El mensaje

La utilización de un lenguaje sencillo me parece primordial ya que estamos hablando de publicidad que va dirigida a un público infantil y adolescente mayoritariamente, las expresiones que se utilicen deben de ser entendibles por los menores sin inducirles a error por su inexperiencia y credulidad.

En muchos casos la publicidad, aun teniendo por entidad objetos dirigidos a los menores, es realizada para persuadir a los padres o tutores, y esta ley prohíbe también que se abuse de la confianza que los menores depositan en ellos.

Podemos encontrar casos de publicidad engañosa, la publicidad de los juguetes debe ser clara y no inducir a error con respecto a las características del objeto, su tamaño, seguridad.

Con respecto a la violencia, al igual que se dice en el Art. 8 de la ley 25/1994, los mensajes no deben fomentar comportamientos violentos ni provocar cualquier tipo de discriminación, ya sea por razón de sexo, raza, religión etc.

b) Publicidad de bebidas alcohólicas y de tabaco

En mi consideración es un tema delicado, ya que los menores no tienen completamente definida su personalidad, y pueden llegar a ser muy influenciables.

Hoy en día los menores se ven expuestos a una sociedad donde hasta hace poco se consideraba que fumar y beber era «la moda», sin tener en cuenta sus perjuicios y, como se sabe, los niños suelen imitar las actividades de sus mayores, también en estos casos.

Según el Art. 19 de la ley 25/1994 queda prohibida cualquier forma directa o indirecta de publicidad y televenta de bebidas con una graduación superior a veinte grados. El resto deberán estar sometidas a una serie de principios, de los que en este momento interesa señalar el de que no podrán estar dirigidas específicamente a las personas menores de edad, y no presentar a menores consumiendo dichas bebidas.

Perjudiciales son para los menores igualmente las publicidades referidas a locales de juego como las referidas a locales donde se realizan espectáculos de carácter pornográfico, no siendo adecuadas este tipo de actividades para ellos.

7. PROTECCIÓN ANTE EL CONSUMO (ART. 44)

En la actualidad, la defensa de los intereses de consumidores y usuarios constituye una de las preocupaciones de nuestra

sociedad, que se ha traducido en la proliferación de una serie de normas tendentes a la protección del individuo y de los intereses difusos como respuesta a una serie de fenómenos de origen diverso, entre los que destaca el desarrollo tecnológico.

Tal como señala De Castro, el Derecho del Consumo es un conjunto de normas que, aportan al Derecho Privado la posibilidad de volver a acercarse a las raíces más profundas de las relaciones contractuales y a establecer un equilibrio de fuerzas entre los contratantes y las contraprestaciones que cada uno de ellos debe realizar¹⁴³.

Artículo 44: Protección ante el consumo.

1. Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben velar porque los derechos de los niños y adolescentes, como colectivos de consumidores, gocen de la defensa y de la protección especial. Promoverán la información y la educación para el consumo y velarán por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiendo a los menores de las prácticas abusivas.

2. Los productos dirigidos a estos colectivos no deben tener sustancias nocivas para su salud y deberán disponer de información adecuada y visible sobre su composición, características y uso, así como la franja de edad de los niños y adolescentes a los que van destinados.

3. Queda prohibida la venta o transmisión de menores de objetos que fomenten o inciten la violencia o actividades delictivas, que tengan contenido pornográfico o que comporten actitudes o conductas contrarias a los derechos

143. REYES LÓPEZ, María José (coordinación), L. ABELLÁN TOLOSA, J. P. FERNÁNDEZ GARCÍA, A. FONTANA PUIG, P. MARIÓBEL ZULLIETA, M. J., REYES LÓPEZ, A. REYES LÓPEZ, *Derecho de Consumo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 22-24.

y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y el vigente ordenamiento jurídico.

4. Los productos comercializados dispondrán de las medidas de seguridad necesarias que eviten las consecuencias nocivas con un uso correcto y los efectos negativos de un posible uso inadecuado.

A) La Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios

Para el tratamiento de este tema hace falta partir de la consideración de los niños y adolescentes como colectivos de consumidores.

¿Qué entiende la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios por consumidor? La definición la encontramos en el Art. 1.2. *«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan o suministran o expiden.»*

Los menores, debido a su falta de madurez tanto física como psíquica requieren una mayor protección, estos colectivos se encuentran en una situación de inferioridad y son altamente influenciables por no tener forjada su personalidad totalmente, lo que puede provocar situaciones de abuso.

Las acciones que se deriven de la L.G.D.C.U deben ser tendentes a la protección del menor, defendiéndole ante prácticas abusivas.

La información es un factor importantísimo, muchas veces no para los propios menores que no se dan cuenta, sino para los padres o tutores, que de este modo podrán saber lo que ponen en manos de sus hijos.

Está prohibida la fabricación y comercialización de productos con apariencia engañosa que pongan en peligro la seguridad o la salud de las personas, mas aún si estas son menores de edad, debido a que el grado de indefensión es mayor.

Vuelve a ponerse de relieve en este artículo, la protección de los menores ante objetos que fomenten la violencia, actividades delictivas, con contenido pornográfico... como ya había quedado de manifiesto en artículos anteriores.

B) Productos de utilización masiva por los menores

Aquí encontramos a los juguetes como paradigma de producto habitualmente utilizado por los menores, entenderemos por estos «todo producto concebido o manifiestamente destinado a ser utilizado con fines de juego por niños de edad inferior a catorce años».

La creciente preocupación por la seguridad infantil es una constante en todos los países desarrollados, por eso se exige que los juguetes cumplan una serie de condiciones que garanticen la seguridad durante su manipulación con el fin de evitar riesgos que puedan recaer sobre los niños cuando los utilicen.

El R.D 880/1990, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, es el exponente de la voluntad de garantizar la protección de la seguridad y la salud de los consumidores.

Igualmente queda prohibida la fabricación y comercialización de productos con apariencia engañosa, así algunos productos pueden poner en peligro la seguridad de las personas, en especial la de los niños; me refiero a productos que por su forma, olor, presentación, tamaño, etiquetado... se puedan confundir con alimentos y el hecho de llevarlos a la boca, chuparlos o ingerirlos pueda implicar un riesgo para su salud.

V. DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS MENORES. SITUACIONES DE RIESGO

Juan Carnicero Fernández
Julián Rodríguez Cajal

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO DE LA MATERIA E IMPORTANCIA DE LA MISMA

La protección social y jurídica de los menores pretende garantizar a los niños y adolescentes el ejercicio y desarrollo de los derechos que, legalmente, les corresponden. Esta afirmación queda plasmada en el artículo 1 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (LIAA) cuando fija como objeto la promoción y protección del ejercicio de los derechos reconocidos a los niños y adolescentes, y establece, a su vez, mecanismos de coordinación de las actuaciones de las instituciones públicas y privadas, dirigidas a la atención y desarrollo integral de los mismos.

El centro de gravedad de toda esta legislación lo constituye el «interés superior de los menores», tal y como establece el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), al indicar que «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Además, se constituye como un principio directriz de los derechos fundamentales. Esto se deduce del artículo 39.4 de la Constitución Española, de artículos reformados del

Código Civil (art. 92.2) e incluso de textos internacionales (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989). Este interés superior del menor se configura como un concepto jurídico abstracto. Según Dagnino¹⁴⁴: «Lo que debe entenderse por interés del menor, ninguna ley lo dice, ni podría hacerlo satisfactoriamente habida cuenta de que toda precisión a priori, podría pecar por exceso o por defecto...». Es, pues, un concepto indeterminado, pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho, siendo cambiante en relación a la persona y el medio que le rodea.

La Ley 8/1995 del Parlamento de Cataluña en su artículo 3, precisa que para determinar dicho interés, «debe tenerse en cuenta la opinión de los niños y adolescentes y su individualidad en el marco social y familiar». Podemos ofrecer algunos criterios que otorgan significado a dicho principio:

En primer lugar, la Ley de Cataluña, en su artículo 5, indica que «el interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, y a la supremacía de todo lo que le beneficia más allá de apetencias personales de padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. Otros aspectos que configuran el concepto son la salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, y el sentido de la tolerancia, convivencia y solidaridad con los demás, sin discriminación de sexo, raza, etc.».

En segundo lugar, Rivero Hernández¹⁴⁵ sitúa dicho principio en la salud, bienestar psíquico y afectividad, junto a otros aspectos de tipo material.

En tercer lugar, Linacero de la Fuente¹⁴⁶ concluye que la noción

144. DAGNINO, *Polizia parentale e diritto di visita*, Dir Fam E. Pec., 1975, p. 1525.

145. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, p. 157. *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 252.

146. LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, 2001, pp. 60-61.

del interés del menor se determinará poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño, consagrados en la Conv. Men.89. Aunque la valoración judicial del interés del menor sea discrecional, ésta tendrá como límite:

- 1) La racionalidad en la apreciación de los hechos.
- 2) El evitar todo perjuicio a los menores

Varela García¹⁴⁷ afirma que no se ha considerado este principio del «favor minoris» como una mera declaración programática, sino como un derecho especial de los sujetos a los que se dirige, frente a los cuales quedan obligados el Estado, las Comunidades Autónomas, la familia, las entidades comunitarias, la sociedad en general y cada ciudadano en particular. En esta línea, la CE (art. 39.1) recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social y jurídica de la familia y con carácter especial la del menor. En definitiva, concluye Varela García, la protección de los intereses del menor está por encima de la de cualquier otro bien o interés tutelado, en virtud del principio universal: «The best interest of the child».

En cuanto a las fuentes relativas a la protección del menor, podemos destacar a nivel internacional la Conv. Men.89 y la Convención europea sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996; y a nivel estatal la Constitución de 1978 y el Código Civil. Consecuentemente, con el artículo 39 de la CE y con los instrumentos internacionales ratificados por España, se ha producido un proceso de renovación de nuestro ordenamiento jurídico en lo referente a los menores, con el resultado de la LOPJ y Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en el plano estatal; y la Ley 10/1989, de protección de menores y la LIAA, en el plano autonómico aragonés.

147 VARELA GARCÍA, C., *Comentario a la Ley aragonesa 1/1996 de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto*. Revista *Achilutad Civil*, n.º 12, marzo, 1997, pp. 264-265.

2. ESTUDIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS MENORES EN EL MARCO NORMATIVO

Para estudiar la materia, nos guiaremos por el espíritu del legislador, plasmado en los preámbulos de las distintas normas ya mencionadas.

A) Preámbulo de la CONV.MEN.1989

El preámbulo comienza afirmando que todos los componentes de la familia tienen dignidad intrínseca y derechos iguales e inalienables. La familia es el medio material para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y por ello, debe recibir la protección y asistencia necesarias para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. El niño para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el núcleo familiar y en un ambiente de felicidad y comprensión. Además, se le debe preparar para una vida independiente dentro de la sociedad. El último punto destacable proclama el derecho a cuidados y asistencia especiales de la infancia, subrayando que el niño necesita protección y cuidados específicos, tanto antes como después de su nacimiento, debido a su falta de madurez física y mental.

B) La Constitución Española de 1978

La CE, en su artículo 39, establece como principios rectores de la política social y económica: «La protección social, económica y jurídica de la familia; la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación; la asistencia de los padres a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos legalmente previstos; y el goce de la protección que prevén los acuerdos internacionales a favor de los niños». Así pues, la CE recoge lo que luego servirá al legislador como directriz para establecer esa protección, tanto a nivel estatal como autonómico.

C) El Preámbulo de la LIAA

Este texto reconoce a los niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, como protagonistas principales de su propia historia, debiendo ser tratados como personas singulares, únicas y libres. La protección sobre los menores debe garantizar su desarrollo integral en el marco de una familia. Cuando se habla de protección, se hace en sentido amplio, con tres niveles de responsabilidad. Los padres y tutores estarían en un primer nivel; el entorno familiar estaría en un segundo nivel; y los sistemas públicos de salud, educación, acción social y justicia de las Administraciones Públicas, que requieren una coordinación de todas ellas, en un tercer nivel. En cuanto al tratamiento de la materia, se ha evolucionado de «la protección del menor» a «la promoción y desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes», constituyendo la protección social y jurídica del menor en situaciones de desamparo uno de sus apartados. Este cambio es recogido por la ley aragonesa, que a su vez trata de aproximar los servicios de protección del menor a los usuarios para obtener una mayor eficacia.

3. ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LOS ARTÍCULOS

A) Protección social y jurídica de los menores

Esta es una materia novedosa en el derecho español, encontrando como único antecedente posible lo establecido en la LOPJM. La protección de menores se eleva a principio básico de especiales responsabilidades y atenciones por parte de los poderes públicos, Ministerio Fiscal y ciudadanos en general. El modelo institucional de protección de menores trata de cubrir todas aquellas situaciones personales en las que el menor pueda encontrarse. El objetivo es encontrar una protección efectiva en aquellos casos en que los mecanismos legalmente previstos para la obtención de dicha finalidad no lo garanticen suficientemente.

a) Finalidad (art. 45)

Artículo 45: Finalidad.

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.

Este artículo sitúa la finalidad de la protección social y jurídica en la prevención, detección y corrección de las situaciones de riesgo y desamparo. El medio para lograr estos fines queda situado en la integración del menor en grupos naturales de convivencia. El concepto de grupos naturales de convivencia podemos interpretarlo como una referencia implícita a las familias de origen o adoptivas, a la guarda o a la tutela. La integración referida debe ser suficiente para que se haga posible la participación del menor en la vida familiar, económica, social y cultural y para que se produzca su desarrollo íntegro como persona. En relación con esto, hay que señalar que los artículos 7.1 y 7.2 de la LIAA hacen referencia a la prevención y sus finalidades, indicando que tienen carácter preferente las actuaciones dirigidas a promover y asegurar el ejercicio de sus derechos y a prevenir las situaciones de riesgo o desamparo (7.1). La prevención y reparación tiene tanta importancia que Mendizábal Osés¹⁴⁸ ha afirmado que: «Al decir que la protección de menores debe tener esencialmente un carácter preventivo, lo que se pretende es evitar aquellas situaciones o influencias perjudiciales o nocivas que van a influir negativamente en la evolución de sus personalidades, y que de no eliminarse, van a provocar su marginación cultural, social y jurídica».

148. Citada por VARELA GARCÍA en *Ob. cit.*, p. 276.

En referencia a la finalidad, hay que citar el artículo 12.1 de LOPJM que establece que «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». En cuanto a estos servicios adecuados para dicho objetivo, quedan completados por el artículo 11.2 letra b) de LOPJM cuando indica como principio rector de la actuación de los poderes públicos el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, a no ser que esto pueda llegar a ser perjudicial.

b) Principios de actuación (art. 47)

Artículo 47: Principio de actuación.

1. La protección social y jurídica de los menores deberá responder, además de a los enunciados en el artículo 3, a los siguientes principios:

a) La responsabilidad pública, objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica.

b) El carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores.

c) La prioridad de las actuaciones preventivas, especialmente las que inciden sobre menores y familias en riesgo. Para ello, se facilitará la creación de unidades de atención a la infancia, adolescencia y familia, dentro de los servicios sociales comunitarios, de carácter preventivo y promocional.

d) Procurar la colaboración del menor y de su familia en la intervención protectora.

e) La intervención de la Administración Pública sólo se producirá cuando las circunstancias en las que se encuentre el menor sean perjudiciales para su bienestar. La intervención será la necesaria para asegurar los derechos del

menor, respetando los principios de proporcionalidad y graduación. En las actividades se evitará toda interferencia innecesaria en su vida.

f) Se adecuarán las medidas a las diferentes problemáticas de las familias y a su posibilidad de garantizar en ese momento y en un futuro el desarrollo de los menores. Se promoverán medidas para sostener o recuperar la convivencia en el entorno familiar del menor y se actuará de forma prioritaria a través de medidas de alternativa familiar.

g) En caso necesario, se facilitarán a los menores recursos alternativos a su propia familia que garanticen un medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos. Cuando la intervención de la Administración suponga la separación de hermanos, siempre irá acompañada de informes razonados que la justifiquen.

h) Se potenciará el desarrollo de programas educativos, de formación e inserción laboral de los menores, especialmente de aquellos que sean objeto de medidas de protección o judiciales, con el fin de facilitar su plena autonomía e integración social al llegar a su mayoría de edad.

i) Se articularán, en el marco de la política de vivienda, programas cuyo fin sea favorecer la adquisición o arrendamiento de una vivienda destinada a servir de residencia a la familia cuando ésta carezca de ella o la suya sea inapropiada.

2. La adopción de medidas de protección irá precedida de propuesta razonada que la justifique y del correspondiente proyecto de intervención. Asimismo, se llevará a cabo un seguimiento de la medida adoptada, que se revisará cuando las circunstancias del menor así lo aconsejen y, en todo caso, cada tres meses.

La protección social y jurídica debe estar de acuerdo, en primer lugar, con los principios de actuación que dentro de las disposiciones generales recoge el artículo 3 de la LIAA, y junto a ellos, con los del artículo 47, que de modo más específico articulan la base de toda actuación respecto a los menores. Podríamos considerar también como principio de actuación en la defensa de los menores el artículo 47.2, que establece unos condicionantes para que dichas medidas se lleven a cabo. Así, deberá existir una propuesta razonada y un proyecto de intervención. Una vez adoptada, se realizará un seguimiento de su desarrollo, revisándose en todo caso cada tres meses o cuando las circunstancias del menor lo requieran. Estos principios básicos que deben guiar la actuación administrativa, pueden quedar vacíos de contenido si no se adoptan medidas de desarrollo y existen medios económicos para poderlos llevar a cabo.

Respecto al papel de la Administración al que se hace referencia en la letra e), hay que incluir lo establecido en el artículo 11.1 de la LOPJM, en el que se señala que las Administraciones Públicas al ejercer sus competencias, deberán tener en cuenta las necesidades del menor. Facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, articulando políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia e impulsando políticas compensatorias, dirigidas a corregir las desigualdades sociales. Indica, además, que los menores tendrán derecho a acceder a esos servicios por sí mismos o por medio de sus padres, tutores o instituciones en posición equivalente, que tienen el deber de utilizarlos en beneficio de los menores. Además, las Administraciones tendrán en cuenta la adecuada regulación y supervisión de los espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas.

Los principios de este artículo tienen como precedente los del artículo 11.2 de la LOPJM, introduciendo alguna novedad respecto a éstos, como son la letra h) sobre el desarrollo de progra-

mas educativos, de formación e inserción laboral de los menores y la letra i) sobre programas en el marco de la política de vivienda.

c) Medidas de protección (art. 46)

Artículo 46: Medidas de protección.

Son instrumentos de la protección de menores:

a) Los recursos preventivos y de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor.

b) La promoción del nombramiento de tutor.

c) La guarda ejercida mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

d) La tutela asumida por la entidad pública.

e) La adopción.

f) Las actuaciones necesarias para que el menor protegido se reincorpore a su entorno sociofamiliar.

g) Aquellas acciones necesarias para la reinserción de los menores en conflicto social o que hubieran sido objeto de medidas acordadas por los Juzgados de Menores.

h) 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.

i) El ejercicio de cuantas acciones civiles, penales o administrativas pudiesen corresponder en interés del menor, incluso la demanda de privación de la patria potestad.

j) Las actuaciones con los menores de catorce años que hubieran cometido hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o en leyes penales especiales.

La lista de instrumentos de protección de este artículo 46 se podría agrupar en diferentes categorías:

a) En un primer grupo, podrían incluirse los recursos preventivos y de apoyo a las familias o a los responsables del menor.

b) En un segundo grupo, destacarían una serie de instituciones del derecho de familia, como son la tutela, la guarda ejercida mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial, y la adopción. Respecto de la tutela, se postulan actividades de promoción de nombramiento de tutores, y se recoge la tutela asumida por la entidad pública, novedad facilitada por la ley de 23 de octubre de 1983 que permitió la tutela de personas jurídicas y reglamentó la Ley de 1987 sobre adopción. En relación con los tutelados por la Administración que han cumplido 18 años, se apuesta por una actuación en su beneficio para que obtengan plena autonomía e integración social.

c) En un tercer grupo, cabrían las actuaciones dirigidas a la reincorporación a su entorno sociofamiliar y a la reinserción de los menores en conflicto. También se aboga por una actuación respecto de los menores de 14 años que delinquieren.

d) En último lugar, se incluye el ejercicio de acciones civiles, penales o administrativas que puedan corresponder en interés del menor.

Esta lista debe conectarse con el artículo 8 de la Ley, que pone de relieve el derecho de los menores a recibir de las Administraciones Públicas competentes la asistencia necesaria para el efectivo ejercicio de sus derechos. Este artículo, en su punto segundo, plasma las opciones de los menores para la defensa y ejercicio de sus derechos. Además, contempla la posibilidad de éstos de dirigirse a la Administración Pública encargada de su protección sin el conocimiento de sus padres o sustitutos, si se dan dos condicionantes: Que exista un motivo de urgencia o situación de conflicto; y que la comunicación con estas personas pudiera frustrar la finalidad pretendida. El precepto se cierra con

el papel del Justicia de Aragón, que deberá velar por el respeto de la legislación en materia de protección de la infancia y adolescencia.

En esta regulación acerca de las medidas de protección, hay que recordar el artículo 47.2 y las condiciones que deben darse para poner en funcionamiento las medidas: Una propuesta razonada de su utilización y el correspondiente proyecto de intervención.

Por último, la LOPJM también incluye medidas de protección de los menores en su capítulo III del título I (art. 10 y 11) acerca de medidas y principios rectores de la acción administrativa, y a lo largo de todo su título II sobre «Actuación en situaciones de desprotección social del menor».

d) De los derechos de los menores protegidos (art. 48)

Artículo 48: De los derechos de los menores protegidos.

1. Se garantizará el ejercicio de todos los derechos reconocidos universalmente y de los recogidos en esta Ley, con la única limitación que pueda imponerse por resolución judicial.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asegurará especialmente a los menores en situación de riesgo, desamparo o conflicto social el derecho a:

a) Ser informado acerca de su situación, de las medidas que vayan a ser tomadas en relación con ellos, de la duración de éstas y de los derechos que les correspondan con arreglo a la legislación vigente. Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar tendrán derecho a recibir la misma información, salvo prohibición expresa del órgano competente.

b) Ser protegidos en su honor y su intimidad personal y familiar y en su propia imagen. La entidad pública adecuará su organización para asegurar este derecho.

c) Comunicarse libremente sin que su correspondencia o comunicaciones puedan controlarse, salvo decisión judicial que lo autorice.

d) Ser escuchados y participar, de acuerdo con su madurez, en todas las decisiones que les afecten y en la vida y gestión de los centros donde fueren acogidos.

e) Recibir en los centros donde estuvieren acogidos educación religiosa de conformidad con la legislación vigente, así como realizar las prácticas propias de su confesión, si la tienen.

f) No ser discriminados por su situación y recibir una atención normalizada que posibilite su integración social.

g) En todo caso, se garantizará a los menores objeto de las medidas de protección a las que se refiere la presente Ley el ejercicio del derecho a la educación y la recepción de los adecuados servicios sanitarios y sociales para su adecuado desarrollo integral.

h) Recibir asesoramiento jurídico específico en caso de conflicto con su familia natural o con la propia Administración.

Estos derechos, encuentran su base en el artículo 6 de esta misma ley, que establece que los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconocen la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado español, especialmente la Conv. Men.89, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como la Compilación del Derecho Civil de Aragón, el Código Civil y las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Como establece la LOPJM, el menor de dieciocho años no es

sólo destinatario de una protección jurídica, sino titular en plenitud de derechos subjetivos. De Castro señala que no hay normas en el Código Civil que establezcan la incapacidad del menor. El artículo 2.2 de la LOPJM establece que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

En conclusión, se puede decir que los menores como acreedores sociales, tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en la ley.

e) Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva (art. 50)

Artículo 50: Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva.

1. Toda persona, y en especial, quien por razón de su profesión tenga noticia de una situación de riesgo o desamparo, lo pondrá en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protección de menores, garantizándosele durante todo el procedimiento la debida reserva y el anonimato, y sin perjuicio de la obligación de prestar el auxilio inmediato que precise y de las comunicaciones procedentes a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

2. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. Están especialmente obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de filiación de los menores las personas que intervengan en el procedimiento de constitución de acogimientos y propuestas de adopción, evitando especialmente en este último caso que la familia de origen conozca a la adoptiva. No obstante, la Administración de la Comunidad Autónoma podrá facilitar al adoptante, así como a quienes tengan al menor en acogimiento familiar preadoptivo, la información disponible sobre la

familia natural del menor que resultase precisa en interés de la salud y desarrollo del mismo.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el adoptado, a partir de la mayoría de edad, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido sus padres biológicos, lo cual no afectará a la filiación adoptiva.

4. Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente, y de poner los hechos en conocimiento de los responsables legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.

En el punto primero de este artículo 511 aparece la obligación de todo ciudadano en general, y de aquel cuya profesión guarde relación con la protección de los menores en especial, de comunicar las situaciones de riesgo o desamparo a las entidades públicas competentes, sin perjuicio de la obligación de prestar auxilio inmediato. Esta obligación tiene su antecedente en el artículo 13.1 de LOPJM, que establece que «toda persona u autoridad que detecte una situación de riesgo lo comunicará a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise». Esta obligación de los ciudadanos a un comportamiento activo (ya sea comunicándolo a la Autoridad competente o prestando auxilio inmediato) tiene su base en que, tanto en el artículo 39.2 de la CE como en la exposición de motivos de la LOPJM, se establece que, aparte de la propia administración, los sujetos obligados a proteger a los menores son la sociedad en general y cada ciudadano en particular.

En cuanto al deber de reserva, la entidad pública debe garantizar el anonimato y la debida reserva del ciudadano comunicante durante todo el procedimiento, existiendo especial deber de guar-

dar secreto para las personas que intervengan en el procedimiento de constitución de acogimientos y propuestas de adopción. Respecto a los adoptados, se especifica que la administración de la Comunidad Autónoma podrá facilitar al adoptante y al que tenga al menor en acogimiento familiar preadoptivo, la información disponible sobre la familia natural del menor siempre que sea preciso en interés de su edad y desarrollo. Como novedad, el artículo 50.3 incluye la posibilidad del adoptado mayor de edad de ejercer acciones que conduzcan a averiguar quiénes han sido sus padres biológicos.

Este deber de reserva tiene como precedente el artículo 13.3 de la LOPJM. En él se dice que «las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.» Esta actuación con la debida reserva es para Gisbert Jordá¹⁴⁹ «consecuencia del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, reconocidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

El cuarto apartado es sobre la actuación inmediata de los servicios públicos. En la LOPJM se encontraba regulado en el artículo 14, siendo su contenido casi idéntico al de la ley aragonesa.

En comparación con la LOPJM, la Ley aragonesa no contiene nada parecido a lo establecido por el artículo 13.2: «Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el periodo obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización».

Por último, cabe plantear la cuestión de si el menor debe colaborar o no. En la LOPJM, el artículo 15 plasma el principio

149. GIBERT JORDÀ, T., *Ley de protección jurídica del menor*, BIMJ, junio 1996, n.º 1776, p. 2586.

de colaboración: «En toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral». Respecto a esto, se puede decir que podría haber dificultades para el Juez en caso de que quisiera acceder a la privacidad del menor. Pero nunca se hablará de conflicto, ya que la Administración es competente y tiene, en todo caso, el deber de reserva.

B) Situaciones de riesgo

a) Enumeración (arts. 49, 51, 56, 57, 58)

aa) *Concepto*

Artículo 56: Situación de riesgo.

Se considerarán situaciones de riesgo aquéllas 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 su separación del medio familiar.

De innovadora cabe calificar la inclusión de la categoría «situaciones de riesgo» a nivel estatal en la LOPJM y a nivel aragonés en la LIAA. Esto dará lugar a un grado distinto de intervención de la Administración, como a continuación veremos.

En relación al concepto de situación de riesgo, hay que señalar la existencia de una serie de problemas que derivan de su carácter de concepto jurídico indeterminado y, consecuentemente, de su proximidad con las situaciones de desamparo. Podemos citar el art. 158 del Cc relativo a la figura del Juez, y concretamente el apartado 3, que dice: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». Es decir, se da al Juez discrecionalidad de actuar y decidir al res-

pecto teniendo como límite la racionalidad en la apreciación de los hechos. Por lo demás, las situaciones de riesgo no tienen regulación en el Cc, lo cual las priva de virtualidad civil. Así, se hace necesario determinar el concepto para que sus efectos no se traten del mismo modo que los de las situaciones de desamparo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define riesgo como contingencia o proximidad de un daño.

El artículo 56 de la LIAA las define como situaciones en las que, por circunstancias personales o sociofamiliares, se obstaculiza el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requieren una separación del medio familiar. En esta línea se definen también en el artículo 17 de la LOPJM, que las recoge como «situaciones de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley».

La diferencia respecto a las situaciones de desamparo se centra en que, en primer lugar, las situaciones de riesgo son de menor gravedad y más genéricas; y, en segundo lugar, en que en las situaciones de riesgo se mantendrá siempre al menor en su medio familiar, algo a lo que no se hace mención en los artículos correspondientes a las situaciones de desamparo. Por contra, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, procediéndose a la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Así pues, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, por lo que la intervención de la Administración se limita a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo.

bb) *Actuación ante las situaciones de riesgo*

Artículo 49: *De la detección de las situaciones de riesgo y desamparo.*

1. Las Administraciones Públicas, dentro de sus competencias, deberán desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de las situaciones de riesgo o desamparo de los menores.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia:

a) Elaborará programas, criterios e instrumentos ágiles de detección y notificación de las situaciones de riesgo y desamparo.

b) Coordinará las actuaciones llevadas a cabo por las distintas instituciones en este campo.

c) Recibirá e investigará las denuncias.

Artículo 51: *Evaluación de la situación.*

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, estará obligada a verificar con la mayor celeridad posible la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación.

2. La valoración de la declaración de riesgo y de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente un estudio interdisciplinar del menor y su entorno que ponga de manifiesto las necesidades que se deben cubrir, el objetivo general y las medidas o instrumentos de protección. El plazo máximo de dicha valoración no será superior a dos meses desde el inicio del expediente.

3. Cuando en el proceso de investigación, y de forma previa a la evaluación, se detecte la existencia de riesgos

fundados para la integridad del menor, se actuará por vía de urgencia en su interés, pudiendo declararse la situación de desamparo en los términos previstos en el artículo 60.2 si fuera necesario.

Artículo 57: Actuación ante la situación de riesgo.

La apreciación de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individualizado y con indicación de plazos para su ejecución, que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para su eliminación, manteniendo al menor en su entorno familiar.

Artículo 58: Colaboración en la ejecución de las medidas.

Los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar están obligados a colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas de protección indicadas en la resolución de la situación de riesgo. La negativa a la colaboración podrá dar lugar a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor.

Al no tener regulación en el Código Civil —con la excepción del art. 158 del Cc—, la actuación será eminentemente administrativa y asistencial. Esta actuaciones habrá que unirlos a lo que se indicaba en el artículo 50 de la LIAA respecto de los ciudadanos en general.

Así, al hablar de actuación ante estas situaciones de riesgo, se debe tratar en primer lugar el papel de los propios ciudadanos ante las mismas. Este artículo 50.1 de la LIAA subraya que toda persona, en especial, aquellos que por su profesión tengan noticias de una situación de riesgo, deberán ponerlo en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protec-

ción de menores. En el mismo sentido se expresa el artículo 13.1 de la LOPJM, que determina que toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos. Se hace, además, una especial consideración a la falta de escolarización, ya que señala que cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado, o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización. Esto tiene su justificación en el hecho de que el absentismo escolar es un indicador de una posible situación de riesgo de un menor.

Tras el tratamiento del papel de los ciudadanos, hay que centrarse ya en el papel de la Administración. Siguiendo un orden lógico y cronológico, tenemos en primer lugar el artículo 49 sobre la detección de las situaciones de riesgo. En segundo lugar, encontramos el artículo 51 sobre la evaluación de éstas, y en tercer lugar, vemos el artículo 57 sobre la actuación ante dichas situaciones de riesgo, con las peculiaridades del artículo 58 sobre colaboración en la ejecución de las medidas.

Respecto a la LOPJM, en sus artículos 12 a 22 se establecen las actuaciones de protección, de atención inmediata y de colaboración y obligación de los ciudadanos encaminadas a proteger al menor en situaciones de riesgo. Hay dos tipos de actuaciones según se esté ante una situación de riesgo o de desamparo:

— El artículo 17 define las situaciones de riesgo como aquellas de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y que no requieran la asunción de la tutela por el ministerio de la ley. En estos casos la actuación de los poderes públicos deberá ir orientada a garantizar los derechos que le asisten y a disminuir los factores de riesgo, poniendo en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla.

— En el caso de las situaciones de desamparo, la entidad pública actuará según el artículo 172 del Cc, asumiendo la tutela del menor con las medidas de protección necesarias y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. La situaciones de desamparo suelen aconsejar la extracción del menor de la familia.

La misma LOPJM, en lo concerniente a las situaciones de riesgo, indica que la actuación administrativa requiere una resolución por parte de la entidad pública de protección de menores para iniciar las actuaciones pertinentes para reducirla; y que ésta desarrollará un seguimiento de la evolución del menor en la familia. En este aspecto, es criticable esta intromisión de la Administración en la vida familiar, pues para estas «actuaciones» y «seguimientos» debe llevarse a cabo una investigación que va a afectar a la intimidad familiar, sin que exista un control jurisdiccional regulado. De este modo, el cariz de la intervención administrativa en defensa de los menores puede limitarse a la prevención y reparación de las situaciones de riesgo, con unos servicios adecuados a tal fin, como por ejemplo dar a la familia el apoyo económico necesario. Si la Administración considera que la situación de riesgo perjudica al desarrollo personal o social del menor, pero que ésta no requiere la asunción de la tutela por el ministerio de la ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar, en todo caso, los derechos que le asisten, y se orientará a disminuir los factores de riesgo que inciden en su situación.

Respecto a las actuaciones de la autoridad y de los servicios públicos, Varela García las agrupa en las siguientes:

1. Verificar la situación denunciada.
2. Prestar la atención inmediata que precise cualquier menor.
3. Poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor y, en su caso, del Ministerio Fiscal.
4. Procurar contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

5. Reducir los factores de riesgo y seguir la evolución del menor en la familia y adoptar medidas en casos de absentismo escolar.

6. Adoptar la guarda y tutela pública de los menores en los casos de desamparo.

7. Asumir la *guarda rogada* con carácter temporal, sin necesidad de tutela, en los términos previstos en el artículo 172 Cc, cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor.

8. Procurar que el menor permanezca internado el menor tiempo posible, salvo que convenga a su interés, manteniendo contacto con su familia natural para evitar la disociación afectiva.

9. Informar a los padres, tutores o guardadores, cuando no haya resolución judicial que lo prohíba, de la situación de los menores internados.

10. Realizar la inspección y supervisión semestral de los centros y servicios, siempre que así lo exijan las circunstancias.

11. Actuar siempre con la debida reserva, en el ejercicio de las funciones protectoras.

b) Cuestiones procedimentales (arts. 52, 53, 54, 55)

Artículo 52: Trámite de audiencia.

1. En los procedimientos para la declaración de la situación de riesgo o de desamparo, así como para la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, se dará audiencia previa al menor si tuviere doce años cumplidos o suficiente juicio y, siempre que sea posible, a los padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

2. En los mismos casos, siempre que sea posible y en

virtud de lo establecido en las normas de Derecho civil de Aragón, se oirá a la Junta de Parientes.

Artículo 53: Notificación y comunicación al Ministerio Fiscal.

1. Las resoluciones que se adopten en el procedimiento de declaración de la situación de riesgo o de desamparo y en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección serán motivadas y deberán ser notificadas a los padres o a quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, e inscritas en el Registro de protección de menores. Siempre que no sea contrario al interés del menor, se les informará en el plazo de cuarenta y ocho horas, de forma presencial y de modo claro y comprensible, sobre las causas que dieron lugar a la intervención y los posibles efectos de la decisión adoptada por la Administración.

2. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, estará obligada a notificar al Ministerio Fiscal los ingresos de menores así como las resoluciones administrativas y escritos de formalización relativos a tutelas, guardas y acogimientos y cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. Se comunicará, al menos semestralmente, la situación del mismo al Ministerio Fiscal.

Artículo 54: De la no colaboración en la ejecución de las medidas.

Si los padres, quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar o cualquier otra persona impidieran el estudio o la ejecución de las medidas de protección, se solicitará del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerlas efectivas, sin perjuicio de

las intervenciones inmediatas que fueren necesarias en caso de peligro para la integridad del menor.

Artículo 55: Asistencia y defensa letrada.

1. Los Letrados de los Servicios Jurídicos podrán representar y defender en juicio a los menores tutelados por la Administración de la Comunidad Autónoma. A estos efectos será precisa la previa solicitud de quien ejerza la tutela del menor en nombre de la Administración de la Comunidad Autónoma y la autorización del Director General de Servicios Jurídicos.

2. Respecto a los menores que se hallen en situación de riesgo, declarada mediante la correspondiente resolución administrativa, así como a aquellos que se hallen en acogimiento residencial sin estar tutelados, será preciso para el ejercicio de la representación y defensa por parte de los Letrados de los Servicios Jurídicos, además de lo dispuesto en el párrafo anterior, la conformidad de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o de la autoridad familiar.

La LOPJM regula en dos puntos las cuestiones de carácter procedimental y judicial con relación a puntos de esta ley. Así, la disposición Final Tercera establece que: «Con excepción de las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria con las siguientes particularidades:

1.º Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y poniendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplicarán la pasividad de los particulares y les asesorará sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

2.º No será necesaria la intervención de Abogado ni Procurador.

3.º La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso.»

Esta modificación tiene un aspecto positivo en cuanto a la mayor rapidez en todo tipo de procedimientos que hemos visto sobre las actuaciones de protección del menor, con el procedimiento de jurisdicción voluntaria, salvo las esenciales de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, dando un protagonismo al Juez y al Ministerio Fiscal para evitar una posible indefensión, que podría darse en la jurisdicción voluntaria, evitando el que se despreteja de las garantías judiciales adecuadas al menor que es sujeto de protección en todo caso.

Se debe hacer una referencia al derecho del menor a ser oído. Este derecho es extrapolable a todos los procedimientos del Cc en que el Juez tiene que tomar una decisión que afecte al menor, siendo de dudosa utilidad en procedimientos contradictorios, donde el Juez toma su decisión aplicando las normas legales. Se trata de un derecho que acompaña al menor, tanto en las situaciones procesales que le impliquen indirectamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar y social.

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, creemos, que es de suma importancia, comprender el contenido de la protección jurídica y social de los menores, teniendo en cuenta que se trata de la protección integral de los niños y adolescentes –como se especifica en el art. 39 de la CE, englobará el ámbito social, económico y jurídico de la familia–. Lo que el legislador pretende es garantizar a los menores el ejercicio y desarrollo de sus derechos, para lo cual, se concibe a dicho menor como un sujeto activo de derecho, y matiza el pre-

ánbulo que «siendo personas han de ser tratados como tales». Es significativo señalar también, que el propósito legal no se va a detener en la protección y va a ir más allá, buscando la promoción y desarrollo de los menores.

Además, a la hora de adentrarse en los mecanismos y modos de protección no podrá eludirse un principio básico y fundamental, que será uno de los pilares que soporten toda la legislación sobre menores; nos referimos al «favor minoris» o interés superior del menor, al que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

El art. 45 de la LIAA establece que las situaciones que hay que proteger son de dos tipos: las de riesgo y las de desamparo. Las primeras son una innovación dentro de la legislación civil aragonesa, teniendo su inmediato precedente en la LOPJM y, van a diferenciarse fundamentalmente de las segundas en su menor gravedad, que en ningún caso supondrá la separación del menor respecto de su familia. Es importante este último inciso sobre la familia, ya que el deseo del legislador va a ser el desarrollo del menor en el seno de la misma, para lo que se pretende anteponer la idea de prevención a la de corrección.

La idea de actuación, tanto para prevenir como para superar estas situaciones, atañe a toda la sociedad, ya que se obliga tanto a la Administración, como a la sociedad, a la familia y al individuo en particular; así, y como se establece en el art. 50 de la LIAA, se viene a constituir como una obligación para todos los ciudadanos, pudiendo añadir también la actuación discrecional del juez en base al art. 158.3 del Cc.

Finalizaremos con una crítica relativa a la regulación de las situaciones de riesgo. A diferencia de las situaciones de desamparo, las situaciones de riesgo son tratadas de un modo genérico y breve, debido quizá a su carácter novedoso o menor importancia, pero lo cierto es, que debido a esa protección, calificada como integral, y al principio del interés superior del menor, no puede dejarse de lado esta materia. No queremos decir que se reglen y

tipifiquen todas las situaciones de riesgo, algo imposible dado su carácter de concepto jurídico indeterminado, pero sí podrían insertarse mayor número de criterios, requisitos y medidas, que sin duda contribuirían a otorgar mayor claridad y concisión a esta materia.

VI. SITUACIONES DE DESAMPARO¹⁵⁰

Leticia Anoro Falcón
Isabel Caudevilla Lafuente
Noelia Samper Villagrasa

En la ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, se regulan dos situaciones de desprotección del menor que dan lugar a distinto grado de intervención de la Comunidad Autónoma:

a) Situaciones de riesgo: fueron analizadas en el capítulo anterior.

b) Situaciones de desamparo: Se aprecian cuando la concurrencia de unos hechos originan un perjuicio en el desarrollo social y personal del menor de tal gravedad, que la separación de éste respecto de su familia (temporal o definitivamente), resulta aconsejable. La Entidad Pública la llevará a cabo mediante tutela o guarda legal, a través de la institución del acogimiento.

El Título III de la Ley Aragonesa «de la protección social y jurídica» se inspira en los principios contenidos en la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1989, encaminada a promover un mayor protagonismo y reconocimiento del papel del menor en la sociedad. Esta Con-

150. «La noción de desamparo» redactado por Isabel CAUDEVILLA LAFUENTE y Noelia SAMPER VILLAGRASA, «La tutela administrativa» redactado por Isabel CAUDEVILLA LAFUENTE. «La guarda administrativa» redactado por Noelia SAMPER VILLAGRASA. «El acogimiento» redactado por Leticia ANORO FALCÓN.

vención establece en su art. 3.2 el compromiso de los Estados parte de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar¹⁵¹.

Nuestra Constitución, en el art. 39 también regula la protección integral de la familia y la infancia, siendo éste un principio rector de la política social y económica, lo que supone que las leyes ordinarias tratarán de coordinar las medidas de protección de ambas figuras.

Los principios de actuación de la Administración relacionados con la situación de desamparo, se enumeran en el art. 47 de la LIAA, entre los que destacamos:

- a) Primacía del interés del menor.
- b) El derecho del menor a ser educado en el ámbito de su propia familia, relacionado con el principio de sostenimiento de la familia de origen.
- c) La proporcionalidad o graduación de la intervención pública protectora.
- d) Integración familiar del menor antes que en una institución.

A continuación, trataremos de analizar la noción de desamparo y estudiar las instituciones de protección del menor recogidas en la LIAA (Tutela *ex lege*, guarda administrativa y acogimiento).

1) NOCIÓN DE DESAMPARO

La institución del desamparo se introduce con la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, quedando regulado en el artículo 172.1 del C.c., redacción que ha mantenido el legislador autonómico en el

151. VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena, «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo» A.C n.º 48, diciembre de 2000, p. 1754.

artículo 59.1 de la LIAA. De esta forma, se sustituye el antiguo concepto de abandono, que requería la culpabilidad de quien abandonaba, resolución judicial para su declaración y el transcurso de un cierto lapso de tiempo, concretamente seis meses de falta de prestación continuada de cuidados de los padres al hijo.

Artículo 59: Situación desamparo.

1. 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 y material.

2. 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 ejer-

cer 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.

A) Concepto de desamparo

El desamparo es una situación de hecho que no precisa de declaración judicial ni de un plazo determinado, apreciado por las entidades públicas que deben notificar la resolución a los progenitores o tutores en un plazo de cuarenta y ocho horas¹⁵².

De la definición de desamparo, podemos destacar, siguiendo a Ruiz-Rico Ruiz¹⁵³ dos expresiones: por un lado «de hecho» y por el otro «cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En cuanto a la expresión «de hecho» atiende a datos puramente externos, sin valorar causas ni intenciones; puesto que debe encontrarse una solución rápida e inmediata a la desasistencia del menor.

La referencia a «cuando queden privados...» supone que se exige un resultado específico, consistente en privar al menor de la necesaria asistencia moral y material.

152. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Comentarios al Código Civil», Aranzadi Pamplona, 2001, p. 289.

153. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores», AC n.º 2, enero, 1988, pp. 63 y ss.

Teniendo en cuenta la opinión de otros autores en cuanto al concepto de desamparo, podemos señalar que algunos consideran que existen dos tipos de desamparo: voluntario, que da lugar a la tutela; e involuntario, que origina la guarda administrativa.

De este modo, pretenden tener en cuenta la voluntad o la intención de los guardadores legales del menor, acercándose más a las circunstancias por las cuales han dejado de poder cuidarlo; de forma que, si ha sido intencionalmente, vean suspendida la patria potestad o tutela, pero si ha sido involuntariamente, sigan manteniendo estas funciones hacia los menores.

Criticán la regulación objetiva del concepto porque pueden darse situaciones en las que los padres no hayan solicitado la guarda, bien por imposibilidad, bien por ignorancia, declarando la Administración la situación de desamparo y asumiendo desde ese momento la tutela del menor lo que origina la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Por ello, abogan por una interpretación más flexible, lamentando no haber seguido la fórmula del derecho italiano, donde sí es relevante que la falta de asistencia se haya debido o no a la fuerza mayor.

Pero, considerando más acertada la opinión de Mayor del Hoyo¹⁵⁴, para quien es imposible distinguir dos tipos de desamparo porque se trata de una regulación objetiva, que no atiende a la intencionalidad de los guardadores legales, sino a la producción de un resultado. Además, debe señalarse que, las consecuencias negativas que pueden originarse de una interpretación estricta del concepto objetivo de desamparo se ven atenuadas por la posibilidad que tienen los padres de acudir al juez para impugnar la resolución administrativa que declare al menor en situación de desamparo

154. Mayor del Hoyo, M. V., «La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil». Ed. Comarcs, Granada, 1999, pp. 122 y ss.

Por otro lado, en palabras de Mayor del Hoyo¹⁵⁵, para evitar situaciones de este tipo generadas por la ignorancia de los guardadores legales, quizás, deberían fomentarse campañas de información en aquellos sectores de la población más propicios a sufrir incidentes de este tipo.

Pero, lo que no puede obviarse es que el principio informador de todas estas instituciones es el interés del menor, tratándose de dar una solución rápida a la desprotección efectiva del menor, con independencia de las causas.

Finalmente, debe destacarse la introducción en el apartado segundo del artículo 59 de un listado de circunstancias que conllevan la apreciación de una situación de desamparo, y que sin poder ser consideradas como un *numerus clausus*, tratan de clarificar la redacción un tanto indeterminada recogida en el C.c.

B) Sujetos que se ven afectados por la declaración de desamparo

En el art. 59.1 de la LIAA se hace referencia al incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

Los sujetos que se ven afectados directamente por estos deberes son los padres y tutores. RUIZ-RICO RUIZ¹⁵⁶ incluye los sujetos acogedores del menor, el ente asistencial cuando asuma la guarda del menor, los guardadores de hecho o encargados paternos, puesto que también a éstos el ordenamiento jurídico les impone, aunque de forma indirecta, un deber genérico de protección de los menores de edad.

Cuestión problemática es determinar si la Comunidad Autónoma puede ser removida en el cargo de tutor, por un incorrecto desempeño de sus funciones tuitivas.

155. MAYOR DEL HOYO, M. V., «La guarda administrativa...», p. 130.

156. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela ex lege...», p. 62.

En este sentido, IGLESIAS REDONDO¹⁵⁷ considera que nos encontramos ante una causa de responsabilidad de la Administración (art. 106 CE), en relación con el art. 247 del C.C., aplicable a la tutela ordinaria.

Es necesario determinar, también en este apartado, el concepto de menor desamparado. La Convención de Derechos del Niño de 1989 define al *menor* como «todo ser humano menor de 18 años de edad que por su falta de madurez física y mental, necesita cuidados especiales, que debe procurarle la familia, como núcleo fundamental de la sociedad y medio natural de crecimiento y bienestar de todos sus miembros.»

La LIAA se refiere a estos sujetos protegidos en el art. 2, siempre que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, por lo que los menores extranjeros, de hallarse bajo la guarda o tutela de la Administración, tendrán derecho a la asistencia sanitaria y demás servicios públicos, aunque no tengan fijada legalmente su residencia (art. 35.1 de la LO 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

Por otro lado, se puede cuestionar la posibilidad de aplicar analógicamente, estas medidas de protección a los mayores de edad incapacitados, tal y como señala el Auto n.º 99/2001 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, aunque deberían solucionarse estas situaciones a través de normas más específicas.

C) Órgano competente para declarar la situación de desamparo

La declaración de desamparo en Aragón, corresponde al Jefe del Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, previo estudio de la situación del menor, recogido en los arts. 9 y 11 del Reglamento Aragonés regulador de la declaración de

157. IGLESIAS REDONDO, J. I., «Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores», Barcelona, 1996, p. 330.

desamparo y los instrumentos de protección de menores. Posteriormente, se dará traslado de esta resolución al Ministerio Fiscal y notificación a los padres, tutores y guardadores en un plazo de 48 horas.

Este procedimiento regulado en la legislación aragonesa, presenta las mismas notas que las contenidas en el C.c.

La Doctrina ha criticado la falta de intervención judicial en la resolución que declare el desamparo, puesto que excluye la actuación judicial de una importante decisión con relación al menor¹⁵⁸. Sin embargo, la falta de control judicial previo provoca problemas, pero no impide que una vez comunicada al M.F, éste dé cuenta al Juez y tenga lugar el control *a posteriori*¹⁵⁹.

De igual modo, el art. 172.6 C.c. permite la impugnación de estas resoluciones ante la Jurisdicción Civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, por parte de los interesados.

A continuación, pasamos a examinar la primera de las Instituciones de protección, estrechamente relacionada con todo lo mencionado hasta ahora.

2. LA TUTELA ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES DESAMPARADOS

La tutela asumida por las entidades públicas sólo procede cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y no resulte posible la integración de éste en su propia familia o la constitución de la guarda administrativa resulte insuficiente.

158. GARCÍA CANTERO, G., Considera que la protección integral del menor, prevista en el art. 39 CE y la garantía jurisdiccional recogida en el art. 24.1 del mismo texto hacen pensar que no debe excluirse la intervención judicial a la hora de declararse la situación de desamparo. Citado por HERRÁN ORTIZ, en *Compendio de D.º de Familia*, Madrid, 2000, p. 494.

159. SERRANO GARCÍA, Ignacio, «Comentario al Código Civil», Tomo I, Madrid, 1999, pp. 577 y 578.

Esta institución de protección del menor aparece regulada en el artículo 61 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Artículo 61: Tutela.

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, asume por ministerio de la Ley la tutela de los menores en situación de desamparo.

2. La asunción de la tutela atribuida al Gobierno de Aragón lleva consigo la suspensión de la patria potestad o la autoridad familiar o la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

3. El Gobierno de Aragón, a través del órgano competente por razón de la materia, formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

A) Naturaleza jurídica

La institución de la tutela «ex lege» fue introducida por la L.O 21/1987 que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección del menor. Desde ese momento la Doctrina se ha cuestionado la interpretación y el alcance de esta tutela administrativa.

SANCHO REBULLIDA enumera tres posibles argumentaciones¹⁶⁰:

160. SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho civil*, IV, Volumen II, 3.ª Ed., Barcelona, 1989, p. 309.

a) Entender que se trata de una tutela de derecho privado totalmente homologada con las demás reguladas en el capítulo II del Título X del Libro I.

b) Considerar que no se puede calificar como una verdadera tutela, en cuanto instituto de derecho privado, sino que la Ley emplea analógicamente este término para denominar una función de derecho público encomendada a los entes encargados de la protección del menor.

c) Calificarla como verdadera tutela, pero de naturaleza especial, y por ello sólo parcialmente sometida al régimen común de la tutela en el C.c.

La tutela «ex lege» creo que no puede ser definida como institución equivalente a las reguladas en los artículos 222 y ss del Código Civil puesto que presenta especialidades que deben ser tenidas en cuenta.

Algunas de estas notas características se mencionan en la Resolución de 22 de junio de 1996 de la DGRN «Las funciones de tutela que asume la entidad pública respecto de un menor viene predeterminada por una situación de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución.

Esta situación de protección del menor desamparado es distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, y que deberá inscribirse en el Registro Civil por afectar al estado civil de las personas».

La colocación sistemática (Título VII) tampoco pienso pueda determinar que nos encontramos ante una institución protectora autónoma de la tutela. La estrecha conexión existente entre esta tutela especialísima y los supuestos de acogimiento y adopción es la que fundamenta esta ubicación¹⁶¹.

161. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela «ex lege», la guardiá...», p. 60.

Por todo esto se puede considerar que se trata en realidad de un nuevo tipo de tutela, que presenta las características siguientes:

En primer lugar, es administrativa, encomendada por el Código Civil a un ente público. A él pertenece la guarda mediata y la vigilancia de la inmediata. Por guarda inmediata se entiende la que es ejercida por el director del establecimiento en que el menor es internado, o de la persona que lo recibe en acogimiento.

En segundo lugar, se produce por ministerio de la ley, como consecuencia de la declaración administrativa de la situación de desamparo que corresponde a la Comunidad Autónoma.

En tercer lugar, es provisional y transitoria, y sólo subsidiaria de la normal, en cuanto estable. Esto ocurre porque en un primer momento la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando no haya designación de autoridad familiar, promoverá el nombramiento de tutor cuando existan personas que puedan asumir la tutela en beneficio del menor en situación legal de desamparo (Artículo 63 Ley aragonesa 12/2001), sólo en el supuesto de que tales personas no puedan o quieran hacerse cargo del menor será la Entidad Pública la que asuma la tutela del menor.

Al tratarse de una tutela especial no le son aplicables todos los artículos que rigen la tutela ordinaria: sobre constitución, nombramiento del tutor, etc...

B) Constitución de la tutela «ex lege»

La legislación aragonesa en este punto presenta ciertas particularidades respecto de la regulación estatal. La redacción del artículo 61 coincide con la del artículo 172 del C.C. introducida por la Ley 21/1987 sobre adopción que he mencionado con anterioridad.

La expresión «asume por ministerio de la Ley la tutela de los

menores en situación de desamparo» suscitó numerosas críticas doctrinales puesto que suponía la asunción automática de la tutela por la entidad pública siempre que de hecho existiese una situación de desamparo, pudiéndose dar el caso de que se produjese la tutela sin que la Entidad Pública fuese consciente de esta situación¹⁶².

La promulgación de la L.O 1/1996 de Protección jurídica del menor trató de solucionar esta situación.

La redacción actual del artículo 172.1 del C.C es la siguiente «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra 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...».

La Doctrina mayoritariamente entiende que esta constatación de la situación de desamparo se llevará a cabo mediante una resolución administrativa.

Por todo ello considero que el artículo 61 de la LIAA debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 60 de la misma sobre « La declaración de desamparo», donde expresamente se menciona que será necesario resolución motivada, previo informe del equipo interdisciplinar, que acordará la medida de protección que corresponda.

También en los supuestos de intervención inmediata de la Comunidad Autónoma por existir un grave riesgo para el menor se exige resolución administrativa, pero en este caso las medidas se adoptan con carácter provisional hasta que se resuelva ulterior procedimiento tramitado por el procedimiento ordinario.

El procedimiento de constitución de la tutela administrativa puede tener lugar de oficio (Artículo 50 de la Ley aragonesa) o a instancia de parte. El propio menor, en defensa de sus derechos

162. RUIZ-ROCO RUIZ, J. M., «La tutela «ex lege», pp. 65 y 66.

puede solicitar por sí mismo, la protección y tutela de la Entidad pública competente, poniéndolo en relación con el artículo 13 de la Ley 12/2001.

La actuación administrativa deberá realizarse con la mayor colaboración del menor y su familia siempre que sea posible, tratando de no interferir en su vida escolar, social o laboral.

Estos menores serán necesariamente oídos en el transcurso del procedimiento, al igual que sus padres, tutores o guardadores, se les permitirá realizar todo tipo de alegaciones y presentar todo tipo de pruebas¹⁶³.

En Aragón la resolución motivada de la CCAA por la que se declare el desamparo del menor y asuma expresamente la tutela corresponde al Jefe del Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo previo estudio de la situación del menor.

Una novedad introducida por la L.O 1/1996 es la necesidad de informar de esta situación a los padres o tutores en un plazo de cuarenta y ocho horas (Artículo 18.1), esto no se mencionaba en la regulación anterior; la obligación de informar está justificada por la gravedad de la situación de desamparo y para proteger los derechos de los padres y tutores. También deberá ser informado el Ministerio Fiscal.

Esta resolución es recurrible ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa (Artículo 172.6 C.C).

La constitución de la tutela «ex lege» en virtud de una resolución administrativa ha sido objeto de numerosas críticas, alguna de éstas fueron apuntadas al examinar la noción de desamparo.

La intención del legislador estatal al introducir esta institución de protección en la Ley del 87 estaba orientada a la definición de la situación del menor con la mayor celeridad posible.

163. VIVANCOS SANCHEZ, Magdalena, «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo». Actualidad Civil, n.º 48, diciembre 2000, p. 1761

Por el contrario autores como RUIZ-RICO RUIZ defendían otro tipo de soluciones advirtiendo de los problemas que podían surgir por la falta de control judicial; así propugnaba una solución de este tipo de situaciones caso por caso, dejando en manos del juez la adopción de las fórmulas concretas de protección, mediante un procedimiento de urgencia, previo o inmediatamente posterior, o a través de una resolución provisional¹⁶⁴.

Esta falta de control judicial previo puede provocar problemas, pero no impide, que una vez que la resolución administrativa ha sido comunicada al Ministerio Fiscal, éste dé cuenta al Juez para que realice un control a posteriori¹⁶⁵.

Otro de los aspectos problemáticos es determinar los efectos de la constitución de la tutela «ex lege». La regulación anterior de esta figura (Ley 21/1987) suponía que la entidad pública no tenía que asumir la tutela, sino que ésta le venía deferida automáticamente cuando se producía la situación de desamparo. Puesto que las instituciones de patria potestad y tutela no pueden subsistir en el tiempo, esta tutela administrativa tenía una eficacia extintiva (automática) de la patria potestad o de la tutela preexistente, pero esto contradecía el contenido del artículo 170 del Código Civil puesto que la privación de la patria potestad deberá realizarse por sentencia judicial fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

El legislador estatal trató de paliar estos problemas, así la redacción actual del artículo 172.1 dispone expresamente: «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él». El artículo 61 apartados 2.º y 3.º de la Ley

164. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «*La Tutela ex lege...*», p. 60.

165. SEBRANO GARCÍA, Ignacio, *Comentario al Código Civil*, Tomo 1, Madrid, 1999, p. 579.

12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón se expresa en los mismos términos.

Se resuelve de este modo el problema de la coexistencia de titularidades sobre la patria potestad o la tutela ordinaria y la ejercida por la Comunidad Autónoma, automáticamente y por ministerio de la Ley, una vez que la entidad pública asume la tutela administrativa queda «suspendida» una de estas instituciones, sin que para que se produzca este efecto se exija resolución judicial que así lo declare.

Esto supone que si el menor estuviere sometido a patria potestad o tutela, hasta que no se dicte una resolución judicial de privación de dichas potestades, éstas subsistirán. Puesto que la tutela «ex lege» no extingue por sí sola estas instituciones, sino que únicamente se contraen en su ejercicio en favor de la actuación administrativa de protección del menor, recuperando su anterior eficacia cuando cese la tutela de la Administración¹⁶⁶.

Es necesario realizar en este apartado una referencia a la conveniencia o no de la inscripción de la tutela administrativa en el Registro Civil.

La Resolución de 22 de junio de 1996 de la DGRN menciona que esta institución es distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil por afectar al estado civil de las personas, por el contrario este tipo de tutela no es inscribible ni tampoco lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es decir, la suspensión de la patria potestad.

Diferentes autores han considerado la necesidad de esta inscripción puesto que las actas del Registro Civil constituyen la prue-

166. LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Compendio de Derecho de Familia*, Madrid, 2000, pp. 497 y 498.

ba de los hechos inscritos, de este modo la tutela legal surtiría efectos frente a terceros.

Pero también se ha puesto de manifiesto que a diferencia del resto de los tipos de tutela, en las que se precisa de resolución judicial, aquí no es necesario. Difícilmente el encargado del Registro admitirá la inscripción si no se acompaña de resolución judicial firme¹⁶⁷.

DE PABLO CONTRERAS defiende que en los supuestos en que la tutela de las entidades públicas conlleve la representación del menor, por coincidir su contenido con el de la tutela ordinaria, debe acceder al Registro Civil, porque de lo contrario no será oponible frente a terceros. Propone a su vez que se considere el documento auténtico en que se constituya la situación de desamparo a través de resolución administrativa suficiente para acceder al Registro Civil, de conformidad con el artículo 286 del Reglamento del Registro Civil, en contraposición a los artículos 218 y 219 del CC que prevén únicamente la inscripción de resoluciones judiciales sobre instituciones de tutela¹⁶⁸.

B) Contenido de la Tutela administrativa

Debe tenerse en cuenta que estamos examinando una potestad concedida a la Administración por el ordenamiento jurídico, para el cumplimiento de determinadas finalidades de interés público relacionadas con la protección de menores.

El principio que deberá seguir la actuación de la Comunidad Autónoma será el de la protección del menor, dirigido a cada uno de una forma individualizada.

Es necesario establecer una diferenciación para determinar cuales son los derechos y deberes que ostenta la entidad pública

167. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela 'ex lege'...», p. 67.

168. Citado por LLEDO YAGUE, Francisco, *Compendio de Derecho de Familia*, p. 498.

y los titulares de la patria potestad, autoridad familiar o tutela ordinaria sobre el menor:

a) Los relativos al cuidado y protección de la persona del menor.

b) Los deberes respecto de la administración de su patrimonio.

a) Los relativos al cuidado y protección del menor: La constitución de la tutela «ex lege» supone sustraer el contenido personal de la guarda bajo la que se produjo el desamparo.

La Entidad Pública tutora deberá ocuparse de su educación, así como de procurarle una formación integral, si se tratase de un menor incapacitado o presunto incapaz, deberá promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad¹⁶⁹.

Otro tema importante es la obligación de procurar alimentos al menor; este deber corresponde prioritariamente a los padres, y será la Comunidad Autónoma la que debe realizar la gestión necesaria para que el menor los reciba de quien venga obligado por Ley a proporcionárselos, pudiendo llegar a exigirse por vía judicial en caso de incumplimiento.

Es necesario también realizar una referencia a los derechos de los que es titular la Entidad Pública, para lo que debemos atender al contenido del artículo 268 del C.C donde se mencionan los derechos de los tutores; respeto y obediencia, auxilio de la autoridad, derecho de corrección (razonable y moderadamente).

Estos derechos serán ejercitados por el director del centro donde el menor esté internado o bien las personas que lo reciban en acogimiento familiar, pues a través de ellos la Administración ejerce el cuidado y protección del menor (Artículo 172.3 C.c.).

169. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, «Guarda asistencial, tutela 'ex lege' y acogimiento de menores: en la L. O 1/1996 de 25 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del C.C. y de la L.F.C.», Barcelona, 1996, pp. 330-331.

La creación de la tutela administrativa conlleva la suspensión de la patria potestad, dejando subsistentes algunos derechos como son los de visita y comunicación que siguen siendo obligación de los padres, tutores, con una condición pues deben reunir las condiciones económicas adecuadas y la posibilidad física¹⁷⁰.

b) Deberes relativos a la administración del patrimonio del menor: El legislador autonómico ha querido expresamente que sea la Comunidad Autónoma la que actúe como administrador legal del patrimonio del menor.

La Entidad pública deberá realizar inventario de sus bienes (Artículo 61.3 Ley12/2001), deberá realizar una gestión adecuada, pedir autorización judicial para la realización de los actos mencionados en el artículo 272, apartados segundo y tercero y por último rendir cuentas sobre su gestión cuando cese la tutela.

También se recoge que «serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él».

Considero que deberá propugnarse la validez de estos actos hasta que se produzca la privación de la patria potestad o remoción del tutor por sentencia judicial firme, pues hasta entonces el ejercicio de estas potestades sólo está en suspenso.

C) Causas de cese de la tutela «ex lege»

Esta materia aparece regulada en el artículo 62 de la LIAA; en su apartado primero se realiza una enumeración de los supuestos de extinción de la tutela ejercida por la CCAA; los más frecuentes son; la adopción del menor, designación de la persona que va a ejercer la autoridad familiar o el nombramiento del tutor. Esta decisión debe ser comunicada a los particulares o profesionales que solicitaron la intervención de la Administración.

170. VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena, «Constitución de la tutela autonómica», p. 1761.

D) Conclusión

Para finalizar el estudio de la tutela administrativa es necesario hacer una referencia a la aplicación de esta institución en nuestra Comunidad Autónoma.

Las circunstancias que dan origen a la asunción de la tutela por parte de la Administración son de especial gravedad (malos tratos, abandono del menor, falta de atención adecuada), pues se intenta previamente la constitución de la guarda administrativa y en el caso de que los padres no presten su consentimiento, la Entidad pública adoptará las medidas oportunas; podemos decir que constituye la intervención más enérgica de la Administración.

La tutela «ex lege» debe ser entendida como un instrumento de protección del menor que el legislador ha concedido a las Entidades Públicas. En el ejercicio de esta potestad pueden apreciarse en ocasiones ciertas irregularidades. Para evitar este tipo de problemas y por las repercusiones que en el entorno personal y familiar del menor conlleva la apreciación de la situación de desamparo es necesario que todo el procedimiento sea realizado con la mayor diligencia posible.

La finalidad de la actuación de la Comunidad Autónoma es la de conseguir la pronta corrección de la situación de desprotección del menor, siendo posible la intervención judicial a posteriori, aunque no es habitual que el juez intervenga impugnando la resolución administrativa.

Los derechos y deberes de los padres, que siguen vigentes durante este período en la mayor parte de los casos, no se cumplen, especialmente la obligación de alimentos. La Comunidad Autónoma presta especial atención a los derechos de visita puesto que se intenta que el menor no pierda contacto con su familia de origen. No se puede olvidar que esta institución tiene carácter temporal, se considera prioritario el restablecimiento de la situación familiar, lo que permita al menor regresar con su familia biológica (generalmente con la familia extensa; abuelos, tíos), sólo en

el caso de que esto no fuera posible se buscarán otras soluciones, acogimiento permanente, adopción, etc...

3. LA GUARDA ADMINISTRATIVA (ARTS. 64 Y 65)

A) Antecedentes

La guarda administrativa fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, regulándose en el art. 172.2 del C.c.

Se trata de un mecanismo autónomo de protección de los menores, consistente en que las entidades públicas de cada Comunidad Autónoma asumen la guarda del menor, la cual se ejerce por acogimiento familiar o residencial.

Debe señalarse que antes de la introducción de esta figura por la Ley 21/1987, una labor parecida la realizaban los Tribunales Tutelares de Menores. Éstos protegían al menor en los casos en que se producían conductas dañosas hacia él, que pusiesen en peligro su integridad física y moral, suspendiendo el derecho de guarda y educación de los padres o tutores y asumiéndolo estos Tribunales¹⁷¹.

Debe hacerse hincapié en que estos Tribunales no asumían la tutela, ya que continuaba la patria potestad de los padres o la tutela ordinaria; de hecho, eran los padres o tutores los que sufragaban los gastos de mantenimiento del hijo. Era, por tanto, un derecho de guarda. Sin embargo, a partir de la ley 21/87 son las entidades públicas de cada Comunidad Autónoma, y no los Tribunales, las que se encargan de la guarda del menor.

Debe recordarse la legislación señalada en la primera parte de este capítulo, especialmente, el art. 39.3 CE, en el que se establece, como deber natural de los padres, la asistencia que deben

171. MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores...», p. 66.

prestar a sus hijos; pero, en caso de imposibilidad, es deber de los poderes públicos encargarse del cuidado de esos menores.

Posteriormente, esta figura se recoge en la LO. 1/ 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en numerosas leyes autonómicas, por corresponder a las Comunidades Autónomas la protección de los menores en estos casos. Así ocurre con la Ley Aragonesa 12/2001, de 2 de Julio, objeto de este estudio, que recoge la figura de la guarda administrativa en los arts. 64 y 65.

B) Concepto

El concepto de guarda administrativa del art. 64 de la LIAA debe explicarse en atención al art. 172.2 C.c., puesto que el propio artículo 64.1 se remite a la legislación civil.

En primer lugar, debe deslindarse del concepto explicado anteriormente de la tutela *ex lege*, puesto que son dos mecanismos autónomos de protección que entran en juego en distintas circunstancias. Así, mientras debe haberse declarado el desamparo del menor para que haya tutela *ex lege*, la guarda administrativa tiene lugar cuando el menor aún no está en desamparo, aunque es previsible que lo esté.

También debe señalarse la diferencia de contenido porque la guarda sólo abarca el ámbito personal del menor, siendo compatible con la patria potestad y la tutela ordinaria, las cuales quedan desprovistas de su ámbito personal, pero se mantienen por padres o tutores el resto de potestades¹⁷².

Así pues, se comprende que la guarda sea una facultad inferior a la patria potestad, la tutela ordinaria y la tutela automática, tal y como señala FERRER VANRELL¹⁷³.

172. MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores...», p. 138.

173. FERRER VANRELL, M.ª Pilar, «El acogimiento familiar en la Ley 11/87...», pp. 164 y 56.

Esta misma autora propone concretar el concepto de guarda en las funciones establecidas en el art. 154.1 C.c. y 269 C.c., puesto que se trata de las funciones que se ejercen en la patria potestad y tutela, en el ámbito personal. Pues bien, estas funciones, normalmente serán realizadas por los padres o tutores, pero pueden darse casos en que ese derecho de guarda se atribuya a la Administración, bien por sí solo, o bien junto a la tutela *ex lege*, en cuyo caso, la guarda comprendida en ella se concretaría en el art. 173.1 C.c. «...velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo...».

C) Modalidades de guarda administrativa

La guarda de los menores puede ser asumida por la Administración, tal y como señala el art. 64 de la LIAA «... a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, por acuerdo judicial o en función de la tutela por ministerio de la ley...».

A continuación, analizaré cada uno de estos supuestos:

a) A solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar

Esta modalidad de asunción de la guarda por la Administración está desarrollada en el art. 65 de la LIAA. Se trata de una posibilidad de ayuda que brinda la Administración, en caso de crisis familiares, para evitar que ese menor caiga en la situación de desamparo, lo cual supondría la inmediata asunción de la tutela por la Administración, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela.

Sin embargo, de este modo, se mantiene la patria potestad o tutela a favor de sus titulares, en lo que respecta al ámbito patrimonial del menor y su representación, ya que la Administración asume sólo la guarda. Pero, para que pueda tener lugar esta moda-

lidad deben darse unas «circunstancias graves» a las que se refiere el art. 172.2 C.c. y al que se remite la LIAA, en el art. 64.1.

Entendiendo por tales circunstancias el paro, la inmigración temporal, la penuria económica, la drogadicción... En este sentido, es interesante la opinión de RUIZ-RICO RUIZ¹⁷⁴, al plantearse cómo puede actuar la Administración ante la solicitud de quienes ejerzan funciones de patria potestad o tutela sobre el menor. Pues bien, este autor considera que la Administración debe ser muy escrupulosa al rechazar solicitudes de este tipo, ya que podría incurrir en responsabilidad frente al menor, al negarle la asistencia.

Una vez aceptada la solicitud, la familia del menor y la Administración deben llegar a un acuerdo, tal y como señala el art. 65.2 de la LIAA. En dicho acuerdo, que se formalizará por escrito, constará la duración, medidas y condiciones de retorno del menor a su familia; por ser este retorno del menor a su familia de origen uno de los fines que persigue la guarda, una vez superadas las penurias sobrevenidas.

En este punto cabe señalar que ese plazo será indeterminado, ya que será muy difícil fijar un plazo concreto; por ello, el 172.2 C.c. establece «...durante el tiempo necesario».

Con respecto a este acuerdo, también cabe que los padres fijen algunas instrucciones que la entidad guardadora deberá respetar, por ejemplo, en lo que respecta a educar a niños inmigrantes, respetando sus valores y costumbres¹⁷⁵, lo cual se recoge en el art. 29.1c) del Convenio de los derechos del niño de 1989.

Por otro lado, el párrafo tercero del art. 65.3 LIAA establece la obligación de los solicitantes de la guarda, de relaborar en la educación y sostenimiento de las cargas del menor «según sus posi-

174. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela 'ca Irge': la guarda y el acogimiento de menores», A.C.N.º 2, enero 1988, pp. 71 y ss.

175. Idea tomada de MARON DEL ÉCART, M.ª Victoria, «Guarda administrativa como mecanismo de protección...».

bilidades», aunque será bastante difícil si se tiene en cuenta que en la mayoría de las ocasiones la penuria económica de la familia estará presente en esta situación.

Y, con relación a este artículo, debería haberse añadido la comunicación que debe hacerse a los padres y al Ministerio Fiscal, en caso de variación sobre la forma de ejercer la guarda, lo cual sí está en el art. 172.2 C.c., aunque se puede sobreentender por la remisión del art. 64.1 de LIAA a la legislación civil.

Por último, cabe señalar que tal y como apuntó RUIZ-RICO RUIZ¹⁷⁶, era conveniente añadir un trámite de audiencia al menor de 12 años cumplidos, lo cual se recoge hoy expresamente en el art. 9 de la Ley de 1996 sobre protección jurídica del menor.

b) Tutela automática

De esta medida de protección se ha hablado en el apartado anterior, por ello, me remito a él. Simplemente, señalar que cuando la Administración asume la tutela del menor, también asume su guarda, estando ésta contenida en aquella. Es decir, que tendrá que velar por el menor, educarle, alimentarle y ejercer las demás funciones que conlleva la guarda.

c.-) Decisión judicial

Se trata de otra modalidad de asumir la guarda administrativa, por la cual, la autoridad judicial puede atribuir la guarda y custodia de menores a entes públicos. Esto puede darse, por ejemplo, en supuestos del art. 103.1 C.c., respecto a medidas provisionales en los casos de crisis matrimoniales, ya que si el Juez considera que no conviene adjudicar la guarda de los hijos a ninguno de los cónyuges, y no hay ninguna persona que pueda hacerse cargo de éstos, se acude a la guarda administrativa.

176. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela 'ex lege', la guarda y acogimiento de menores» A.C., n.º 2, enero 1988.

D) Sujetos protegidos por la guarda

Los sujetos protegidos por esta figura son los menores de edad, en cuya familia tenga lugar una crisis por la que sea muy difícil o imposible su cuidado.

También se puede señalar la posible aplicación de esta figura a los mayores de edad incapacitados. Esta aplicación analógica tiene lugar en un Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya n.º 99/2001, de 29 de enero de 2001, en el que se solicita aplicar la guarda administrativa a un mayor de edad incapacitado, cuya madre, de avanzada edad, con delicado estado de salud y sin que existan parientes que puedan ocuparse de él, no podía asumir la potestad sobre el incapaz.

En dicho auto, se establece que habría que negar la aplicación analógica de la guarda, atendiendo a la literalidad del art. 172.2 C.c. y a su ubicación («protección de menores»), pero considera insuficientes estos argumentos y concluye que hay una similitud entre la situación de un menor y un incapaz, ya que ambos carecen de una capacidad natural para gobernarse, lo que les hace susceptibles de necesitar la guarda administrativa, si quienes deben cuidar de ellos no pueden hacerlo.

En este sentido, me parece necesaria la protección de los incapacitados mayores de edad, por parte de la Administración, pero debería regularse específicamente, así como encargarse a órganos que no fuesen exclusivos de protección de menores.

E) Caracteres de la guarda administrativa

Entre los caracteres principales de la guarda administrativa, cabe citar a MAYOR DEL HOYO¹⁷⁷, que establece cuatro: temporalidad, urgencia, subsidiaridad y prevención. A continuación, explicaré cada uno de ellos.

177 MAYOR DEL HOYO, M. V., «La guarda administrativa...», pp. 198 y ss.

a) Temporalidad

El mecanismo de protección de la guarda administrativa actúa de forma provisional, ya que el menor se encuentra desprotegido en un determinado momento y los poderes públicos deben proceder a asistirle, mientras dure la necesidad.

En lo que respecta al tiempo que debe durar, al cual he aludido anteriormente, destaca la diferencia entre el C.c., que señala «durante el tiempo necesario» y la LIAA, que establece que conste un plazo expreso acordado con la familia.

No creo que se pueda fijar un plazo concreto por la imposibilidad de determinar el cese de la crisis familiar que ha originado la guarda, pero tampoco creo que pueda eternizarse esta situación porque perjudicaría al menor, al que hay que buscarle una situación más estable; bien el retorno a su familia; o bien, declarar la tutela *ex lege* si se prevé que no van a cesar las circunstancias adversas.

En la aplicación práctica, según información proporcionada por los servicios de Menores del IASS, de la DGA, nunca se fija un plazo determinado; pero tampoco se permite que se alargue la situación, procediéndose a dar paso a otra medida.

b) Urgencia

Debe tenerse presente que se trata de supuestos en los que las circunstancias adversas que impiden el cuidado del menor sobrevienen de repente, por ello, la Administración debe actuar rápidamente.

c) Subsidiaridad

La guarda administrativa sólo debe intervenir cuando los mecanismos de la patria potestad y de la tutela, encargados del cuidado del menor, fracasan en determinado momento, en su función. Es entonces, cuando se acude a esta figura. Además, debe

señalarse que hay que intentar, en primer lugar, ayudar a la familia para que pueda superar las dificultades sobrevenidas a través de medidas económicas, psicológicas..., evitando la separación del menor de su entorno. Y, sólo si ésto no da resultado, se procederá a la guarda.

d) Prevención

Debe recordarse que la finalidad de la guarda administrativa es evitar la desprotección del menor, puesto que si éste ya ha caído en situación de desamparo, se procederá a la asunción de la tutela automática por la Administración.

F) Titularidad y ejercicio de la guarda administrativa

La titularidad de la guarda corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, que la asume a través del órgano competente, que en Aragón es el JASS, perteneciente a la DGA.

Esta titularidad implica el deber de vigilancia, que corresponde a la Administración; así como la responsabilidad, en caso de que se produjese algún daño al menor.

Por ello, le corresponde a la Administración supervisar y vigilar la forma mediante la cual se lleva a cabo el ejercicio de la guarda del menor, sea a través del acogimiento familiar o residencial, cuestión que será desarrollada en el siguiente apartado.

G) Consideraciones personales

La guarda administrativa es un mecanismo de ayuda a padres, tutores, y en general, guardadores legales del menor, que les ofrece la Administración, en caso de imposibilidad de ejercer adecuadamente sus funciones de cuidado y atención hacia éste.

Con relación a su aplicación práctica, he podido llegar a algunas conclusiones, tras la información proporcionada por los Servicios de protección de menores de la DGA.

En primer lugar, señalar que es una figura que ha descendido en cuanto a su aplicación. Así, en los años cincuenta y sesenta se utilizaba mucho, especialmente por las familias de zonas rurales, que con la finalidad de que sus hijos pudiesen acceder a estudios, encomendaban a la Administración su guarda. Sin embargo, hoy en día se utiliza menos, porque cuando surgen situaciones transitorias de imposibilidad de cuidado de los hijos (paro, alcoholismo...) se suele acudir a la guarda de hecho de abuelos, tíos u otros parientes.

Pero, sí hay que destacar un nuevo sector de población que utiliza bastante este mecanismo. Se trata de las familias inmigrantes procedentes de Sudamérica, que llegan a España sin recursos económicos y viviendo en condiciones muy precarias; pues bien, hasta que logran estabilizarse, acuden a la Administración para que se haga cargo de la guarda de sus hijos.

Por otro lado, cabe destacar que se busca, como principal objetivo, la reinserción del menor en su familia de origen, lo cual suele lograrse en buena parte de ocasiones, a través de ayudas a la familia por parte de la Administración (acceso a una vivienda, ayuda psicológica...).

A continuación, se van a analizar las distintas formas de ejercicio de la tutela y guarda administrativas.

4. EL ACOGIMIENTO

A) El acogimiento: marco constitucional y precedentes legislativos

La figura del acogimiento, hasta la ley 21/1987 de 11 de noviembre solo había estado regulada por dispersas normas administrativas, y es en 1987 cuando por primera vez se regula de forma unitaria el acogimiento de menores. No obstante, habrá que esperar a la LO 1/1996, de 15 de enero para dar una mejor y más

flexible regulación de las distintas situaciones de desprotección en que un menor se puede encontrar.

La Comunidad Autónoma de Aragón en 1989 haciendo uso de su autonomía normativa reguló el acogimiento, pero remitiéndose totalmente a la regulación del Código Civil. Ha sido, en la reciente Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón cuando podemos ver una mayor regulación autonómica de esta figura, tal y como Cataluña hizo en su Ley de 13 de junio 1985 de protección de menores.

El acogimiento se puede ver como una manifestación de los deberes constitucionales de asistencia y protección respecto de menores e incapacitados. El art. 39.3 CE, establece el deber de asistencia de los padres respecto de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y el art. 39.2CE, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos. Por ello, cuando los padres incumplieran su deber de asistencia debe ponerse en marcha la actuación supletoria del Estado y demás poderes públicos. *Mutatis mutandis* debe predicarse lo mismo respecto de los incapaces tanto menores como mayores de edad al objeto de cumplir lo que establece el art. 49 CE.

Finalmente, habría que tener en cuenta, como norma de cierre a todas estas disposiciones normativas, el art. 39.4 CE que obliga a tener en cuenta los Tratados Internacionales que protegen al menor.

B) Concepto y caracteres del acogimiento

El acogimiento consiste en el modo de ejercitar la guarda de los menores asumida por la Administración, a petición de los titulares de la misma (guarda administrativa), o en concepto de tutela ex lege de los menores desamparados. Lacruz¹⁷⁸ lo define como

178. LACRUZ BRANCO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, (4.ª edición, 1997), pp. 549 y 66.

una institución cuasi familiar de guarda de menores, sin embargo García Cantero¹⁷⁹ ahonda más en su contenido y nos da una definición más descriptiva, se trata de una relación jurídica con un contenido de derechos y obligaciones de carácter típico, que tiene por finalidad el *bonum filii* o interés del menor y, eventualmente del incapacitado.

Por lo tanto, el acogimiento es un negocio de naturaleza cuasifamiliar y privada, con efectos en el orden personal y familiar. Aunque intervenga la Administración es acto de naturaleza civil, lo que conlleva la competencia de la jurisdicción ordinaria para entender de los pleitos que suscite esta figura. Y es importante no olvidar, que el acogimiento no constituye un estado civil, ni para el acogedor ni para el acogido. Para los primeros, supondrá un incremento de sus obligaciones familiares, y para los acogidos no existirá modificación de su *status familiae* como consecuencia de esta figura; otra cosa será que los Tribunales acuerden la privación de la patria potestad a sus padres, etc.

Finalmente, hay que decir que el acogimiento puede ser o no remunerado. Parece que esta nota de onerosidad choca con la naturaleza de un negocio de familia en el que rige el principio de gratuidad. Por ello, hay que entender el carácter remunerado restrictivamente como una compensación de gastos que puede o no existir según se acuerde en el momento de la constitución del acogimiento.

Esto lleva a preguntarse a cargo de quien corren los gastos. El Código Civil guarda silencio al respecto y la Ley aragonesa de 20 de julio de 2001 solo lo menciona para el caso en que el acogimiento es consecuencia de la solicitud de los padres. Del art. 65.3 se deduce que los padres junto con la entidad pública, en la medida de sus posibilidades contribuirá al sostenimiento de las cargas económicas. Entiendo, que lo primero habrá que estar a lo

179. GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre el acogimiento familiar*, AC. 1992, p. 307.

pactado¹⁸⁰, y en ausencia de pacto se entenderá que no existe obligación de retribución. No obstante, en el fondo de la idea de compensación de gastos entiendo, existe un espíritu de que éstos sean sufragados por los padres en la medida de sus posibilidades o por la entidad pública, tal y como fue regulado en el Decreto de 11 de junio de 1948. Pero como la mayoría de las situaciones de desamparo suele producirse en hogares con escasos recursos económicos, se puede decir que es la entidad pública, quien asume esos gastos.

C) Modos de ejercicio de la guarda, art. 64.2 LIAA

La Ley de infancia y adolescencia de Aragón sigue el sistema del Código Civil y recoge en una primera clasificación del acogimiento, dos modos de ejercitar la guarda, bien sea a través del internamiento, bien a través de una familia de acogida:

a) Mediante acogimiento residencial

Artículo 66: *Acogimiento residencial en centro de protección de menores.*

1. La Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, acordará el acogimiento residencial cuando el resto de los instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados e insuficientes.

Por su propio carácter, se trata de una medida a adoptar en caso que los demás instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados e insuficientes y hasta que se arbitre otra medida. Sorprende el escaso tratamiento doctrinal que de esta figura se

180. FERRER VANRELL, M.^a P., *El acogimiento familiar en la Ley 11/1987*, ADC 1993, pp. 195 ss., sostiene que se trata de un negocio accesorio conectado al principal. Calificarlo de accesorio soluciona algunos problemas, ya que si la retribución fuera un elemento del negocio principal, el incumplimiento de una prestación afectaría a la otra.

ha venido haciendo en los últimos años, quizás por su carácter secundario o residual respecto del acogimiento en familias. Al margen de ello, hay que decir que la LIAA da un paso más con respecto al Código Civil y regula de forma exhaustiva esta modalidad de acogimiento, incluso introduce una variante que trataré más adelante, pero anticipo que puede dar soluciones a problemas nuevos, este es el *acogimiento residencial especial*.

El ejercicio del acogimiento residencial corresponde al Director del Centro donde sea acogido el menor. Podrá tratarse de un Centro público dependiente de la Administración, o de un Centro privado dependiente de una institución colaboradora de integración familiar.

Sin entrar en un estudio pormenorizado de esta figura, podemos decir que son centros que tratan de garantizar el completo desarrollo de la personalidad del menor, con una finalidad eminentemente educativa y estarán integrados en la comunidad y abiertos a su entorno social. Esto, parece indudablemente necesario ante una guarda asistencial, el hecho que el internamiento se produzca en un centro cerca del lugar de su residencia familiar¹⁸¹, a los efectos de evitar el triste fenómeno de las deportaciones asistenciales, subrayando de este modo no tanto la oportunidad de no alejar al menor de sus raíces culturales y ambientales de origen, sino sobre todo la preferencia de dicha institución por procurar la reinserción del menor en la propia familia.

Cuestión distinta será si realmente estos centros cumplen con todas estas exigencias en beneficio del menor. Para ello el art. 66.6 LIAA exige un doble control, por un lado, una inspección semestralmente del funcionamiento de estos centros, por otro, en última

181. Tal y como, respecto de los menores temporalmente privados de un ambiente familiar idóneo, prescribe el artículo 2 de la Legge 4 maggio 1983, n. 184 al decir en su párrafo segundo «ove non sia possibile un conveniente affidamento familiare, è consentito il ricovero del minore in un istituto di assistenza pubblico o privato, da realizzarsi di preferenza nell'ambito della regione di residenza del minore stesso».

instancia siempre el Ministerio Fiscal ejercitará su superior vigilancia de todos los centros de protección de menores.

Especial atención, merece en mi opinión el art. 69 LIAA., que como ya he anticipado regula una modalidad de acogimiento residencial que desde el punto de vista sociológico y práctico puede acoger distintas situaciones de desprotección del menor, y no ya tanto el desamparo sino la propia situación del menor que hace inalcanzable su protección por los propios padres, muchas veces por escasos recursos económicos.

Artículo 69: Los acogimientos residenciales especiales.

1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

2. El acogimiento residencial de los menores sujetos a protección en los que se detecte consumo de drogas tendrá lugar en centros adaptados a sus necesidades cuando su tratamiento en centros ambulatorios de intervención con adolescentes no sea suficiente.

3. La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

4. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizarán con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial.

Parece que como requisito previo a este tipo de internamiento se necesita la correspondiente autorización judicial. No obstante, el motivo de mi detención en esta figura no es otro que la posibilidad de ver en esta modalidad de acogimiento una posible salida a una enfermedad reciente que cada día afecta a un

mayor número de familias. Cada día son más conocidos los casos de las esquizofrenias transitorias en menores; es decir, son personas aparentemente normales hasta que sufren este estado transitorio. Las familias afectadas, denuncian la inexistencia de tratamientos a esta enfermedad, y en los hospitales, una vez calmados de este estado les dan el alta médica. Quizás este acogimiento residencial especial, pueda afrontar esta situación de «desprotección» que para las familias, con sus propios medios, es inalcanzable, y se niegan a ver llegar a sus hijos a los fatídicos destinos que estas enfermedades conducen.

b) Mediante acogimiento familiar

Artículo 70: Acogimiento familiar.

El acogimiento familiar es una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o par su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando lo edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo requieran.

De esta definición se deduce que su ejercicio corresponde a la persona o personas designadas por la Administración, (quien delega en las familias la función de guarda), para sustituir el núcleo familiar del menor. Esta modalidad de acogimiento es preferible y preferente al «residencial», por ello a partir de este momento me centraré en el tratamiento de esta figura.

D) El acogimiento familiar

a) Elementos personales. Consentimientos

En principio la relación jurídica del acogimiento se da entre una o varias personas que acogen y la persona acogida; ambas deben manifestar su consentimiento expreso que resulta elemento

esencial del negocio. Sin embargo, hay un periodo de la vida del menor durante el cual carecerá de capacidad para consentir, el art. 173.2 C.c. fija en doce años cumplidos la edad para expresar un consentimiento válido, no obstante el menor de doce años con suficiente juicio tendrá derecho a ser oído.

El acogimiento es un negocio jurídico complejo, similar a la adopción, en el que podemos distinguir hasta cuatro grupos de sujetos que pueden intervenir.

- El acogedor, se trata de uno de los elementos subjetivos esenciales cuya regulación queda en la incertidumbre tanto en la LIAA como en el C.c. Una interpretación estricta de la frase «la participación del menor en la vida de familia», podría excluir a quienes no pueden ofrecer al acogido la participación de una vida familiar plena. Pero esto, no es un tema pacífico en la doctrina. FELIU REY¹⁶² sostiene que las personas integrantes de una unión de hecho pueden acoger por aplicación de la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley de adopción; otros como EGEA FERNÁNDEZ¹⁶³ entienden que el concepto de familia surge a posteriori, será a partir del acogimiento cuando se creará un grupo social y jurídico formado por el menor y la persona que acoge. Al margen de ello, el art. 76.6 LIAA establece «*solamente se formularán propuestas de acogimiento o adopción a favor de personas que, cumpliendo los requisitos previstos e inscritas en el libro correspondiente del Registro de protección de menores, hayan sido objeto de un estudio de sus circunstancias socio familiares y hayan sido declaradas idóneas por el organismo competente*». Entiendo, será un este momento de declaración de idoneidad donde se valorará positivamente el hecho de que los

162. Citado por GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre el acogimiento familiar*, AC, 1992, p. 309.

163. EGEA I FERNÁNDEZ, *La tutela de menores a in Ley catalana 12/1985 ar (imp. de orientació de menors. L'acolliment*, RJC, 1987, p. 349.

solicitantes ofrezcan a priori una vida familiar plena, pero no por ello, en la práctica se está negando la idoneidad para acoger a personas solteras o parejas heterosexuales de hecho. Prima la mayor afectividad que estas personas pueden dar al menor con respecto a la que pueden recibir en los centros residenciales. No hay, en cambio, prohibiciones legales para acoger, en consecuencia los abuelos podrán acoger a un nieto, etc.

- El acogido, en principio será un menor que se encuentre en situación de desamparo, pero no tiene por qué ser siempre así, también puede recaer sobre menores no desamparados, sujetos a patria potestad o tutela, en el caso en que por razones graves no se les puede practicar la debida protección. Es mayoritaria la doctrina que viene extendiendo el acogimiento a incapacitados, mayores y menores de edad, por ello, creo podría haber sido una oportunidad la LIAA para recoger expresamente esta posibilidad cumpliendo con lo dispuesto en el art. 49 CE. El acogido deberá consentir expresamente si ha cumplido los doce años (art. 173.2 C.c.); siendo menor de esta edad, pero teniendo suficiente juicio, parece conveniente que conste su opinión (art. 1838 LEC de 1881).
- La entidad pública, que en Aragón viene representada por el Consejo Aragonés de la Adopción, éste será el encargado de acordar la formalización de los acogimientos realizados con consentimientos de los padres, o el encargado de remitir el acogimiento a la autoridad judicial, ante la oposición o falta de consentimiento de los padres, según dispone el art. 86.2 a) y b) LIAA. Como vemos, es un requisito esencial el consentimiento de la entidad pública para la válida constitución del acogimiento, aunque se trata de un consentimiento negocial (labor de mediación), puesto que no es parte en el acogimiento.
- También es necesario, salvo para el acogimiento familiar provisional, el consentimiento de los padres del menor

cuando sean conocidos y no se les ha privado de la patria potestad. Si el menor está sometido a tutela, será en ese caso el tutor el que deberá consentir.

- La intervención judicial es más reducida debido al carácter administrativo del acogimiento, lo que configura como una forma residual el acogimiento judicial a aquellos supuestos en que los padres se oponen o simplemente no comparecen. Pero no se puede olvidar que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que deja abierta la vía para que en juicio declarativo se revisen todas las actuaciones practicadas, tanto por la autoridad administrativa como judicial. Sin embargo, la competencia judicial sigue siendo importante, a través de la superior vigilancia que el art. 174 C.c. encomienda al Ministerio Fiscal en relación con los acogimientos. Observa GARCÍA CANTERO¹⁸⁴ que el *quis custodit custodes* se ha resuelto encomendando a los fiscales estas tareas de vigilancia e inspección, aunque cabe dudar, que estos funcionarios dispongan de los instrumentos adecuados para desempeñarlas eficazmente.

b) Clases de acogimiento familiar

Artículo 72: Modalidades de acogimiento familiar.

1. El acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de acogimiento familiar simple, el acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo, con el alcance y efectos que para estas modalidades se regulan en las normas civiles aplicables.

2. Reglamentariamente se regularán estas clases de acogimiento en lo que hace referencia a sus características, posi-

184. Citado por LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV*, (4.ª edición, 1997), p. 554.

bilidad de compensación, profesionalización y la necesidad de seguimiento y formación.

Artículo 73: Acogimiento provisional.

1. Si los padres o personas que ejercen la autoridad familiar o tutores no consienten o se oponen al acogimiento, éste sólo podrá ser acordado por el Juez. No obstante, junto a las modalidades de acogimiento establecidas en los artículos anteriores, la entidad pública podrá acordar el acogimiento provisional en los casos y en la forma regulados por la legislación civil aplicable.

2. El órgano competente deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

La LIAA, como vemos no introduce ninguna novedad con respecto al Código Civil en cuanto a las modalidades de acogimiento familiar. Así podemos distinguir las siguientes clases:

aa) *El acogimiento familiar simple*

Su presupuesto básico es la falta temporal de un ambiente familiar idóneo, siendo previsible la reinserción del menor en su propia familia. También tendrá lugar mientras se adopta una medida de protección más estable. Es la nota de transitoriedad lo que le distingue del acogimiento permanente o de la adopción, por lo que tendrá lugar cuando la entidad pública haya asumido la guarda administrativa o cuando se trate de una situación de desamparo de carácter transitorio.

Si la situación de dificultad temporal de la familia de origen se agrava, o hay una falta de interés posterior de los progenitores, cabrá convertir el acogimiento simple en un acogimiento permanente o preadoptivo.

b) El acogimiento familiar permanente

Se constituye en aquellos casos en que la edad u otras circunstancias del menor o de su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad. Se otorga mayor autonomía a la persona o personas acogedoras respecto de las funciones derivadas del cuidado del menor, mediante la atribución por el juez, previa solicitud por la entidad pública, de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Normalmente, se va a prolongar hasta la mayoría de edad del acogido.

c) El acogimiento familiar preadoptivo

Cuando la situación de desamparo sea definitiva tendrá lugar este tipo de acogimiento. Se constituye en caso de que la entidad pública eleve al juez la propuesta de adopción de un menor o cuando considere necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia antes de presentar al juez la propuesta de adopción. En cualquier caso, el acogimiento con finalidad preadoptiva no podrá exceder del plazo de un año. Y las personas propuestas para el acogimiento preadoptivo deberán reunir todos los requisitos exigidos para los solicitantes de adopción, (art. 76 7 LIAA).

Son muchos los países europeos que regulan como una figura previa y preceptiva de la adopción, este tipo de acogimiento. España tuvo la posibilidad de establecerlo con la Ley de 1996 de protección del menor, sin embargo la reguló como una figura potestativa como antesala de la adopción. En mi opinión, sería bueno que se generalizara esta modalidad de acogimiento con respecto aquellos menores que pueden ser adoptados.

dd) El acogimiento provisional

Ante la ausencia de consentimiento o la oposición de los padres o el tutor al acogimiento, solo cabe el acogimiento judi-

cial. Para este supuesto, se regula esta modalidad de acogimiento que es provisional y subsistirá hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial. Con este acogimiento se busca evitar el internamiento del menor en un centro mientras se tramita el procedimiento.

c) Contenido del acogimiento familiar

Artículo 71: Contenido.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones establecidas en la legislación civil aplicable, así como la de respetar los acuerdos recogidos en el documento de formalización.

La participación en la vida de familia es, al decir de GARCÍA CANTERO, un *desideratum* del legislador que muestra el modelo que ha de tener presente el receptor. El significado que se puede atribuir a tal expresión es que el acogedor ha de tratar al menor «como si fuese de la familia», pero no que el acogido tenga por ejemplo derechos legitimarios abintestato. Es decir, el acogedor lo que ejerce es un contenido estrictamente personal (RDGRN 10 noviembre 1990 [R] 1990, 9314)), produciéndose la plena participación del menor en la vida de familia, correspondiendo la representación legal y la administración a la entidad pública que asuma la guarda. Cuestión distinta es que las facultades de la entidad difieran en su intensidad y contenido, en base a la medida que se haya adoptado. Así las facultades de la familia acogedora estarán en función del tipo de acogimiento por el que se opte.

El acogimiento, es susceptible de anotación en el Registro Civil (art. 154 RRC), ya, que sin ser modificativo del estado civil, tiene importantes efectos civiles (RDGRN 22 junio 1996 [R] 1996, 6185)). El art. 173.1Cci. enumera fundamentalmente las obligaciones para el acogedor, las cuales coinciden casi literalmente con el contenido personal de la patria potestad (a excepción de la

representación legal), así establece las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Como vemos, el acogimiento ha de redundar en beneficio del acogido, lo que no obsta a que el acogedor obtenga también beneficios: el afecto del menor, facilidad de una adopción futura o incluso una remuneración entendida como compensación de gastos, siempre que haya sido pactada.

Para el caso del acogimiento simple, aquel que prevé su reincorporación en la familia de origen, se exige dejar constancia en el documento de formalización de la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido art. 173.2 3.º C.c. Este plan de visitas es importantísimo en esta modalidad de acogimiento, por cuanto quizás de él dependa el retorno del menor a su familia de origen. Desde un punto de vista sociológico, es uno de los puntos más delicados, por cuanto puede originar rivalidades entre las familias. Por ello, estas visitas irán acompañadas de técnicos profesionalizados, que buscarán el consenso y la máxima colaboración conjunta posible en interés del menor. Para ello, la participación de estos técnicos se tiene que llevar a cabo ya, en el proceso de formación y selección de los futuros acogedores, con quienes sería también conveniente realizar una labor de preparación para saber afrontar el retorno del menor en su familia de origen.

Hay que entender este derecho de visita, en sentido amplio, es decir, todo tipo de relaciones familiares como cartas, llamadas telefónicas, etc. En cualquier caso, esta medida puede ser suspendida por el juez.

Hay que reconocer —opina LACRUZ— que estas normas dejan amplias lagunas, que la práctica, jurisprudencia y doctrina tratarán de ir llenando.

No obstante, se entiende que los acogidos también tienen obligaciones para con el acogedor, les deben obediencia y respeto,

en caso contrario, la mala convivencia que puede suscitarse entre ellos, no tendría otra salida que el cese de esta medida.

d) Constitución y cese del acogimiento según supuestos

Artículo 76: Propuesta de acogimiento y adopción.

1. El acogimiento, tanto en su formalización como en su cese, se regulará de acuerdo con la legislación civil aplicable.

Parece ser que en este punto el legislador aragonés ha preferido remitirse a la legislación del Código Civil, por ello ante la ausencia de novedad alguna, simplemente haré un breve resumen de los requisitos formales del acogimiento y las causas de extinción. Como punto de partida, decir, que el acogimiento puede constituirse de dos maneras, una administrativa y otra judicial.

aa) *Acogimiento administrativo o constituido por la entidad pública*

Procede: 1) cuando el tutor o los padres que no estén privados de la patria potestad hayan dado su consentimiento; 2) cuando los padres sean desconocidos; 3) cuando los padres hayan sido privados de la patria potestad (art. 173.2 C.c.).

El art. 173.2 C.c. prescribe que el acogimiento se formalizará por escrito, (no requiere que sea documento público), previa tramitación del oportuno expediente administrativo. En Aragón, la competencia para la formalizar los acogimientos corresponde al Consejo Aragonés de la Adopción, art. 86 LIAA.

El párrafo 2.º del ap. 2 del art. 173 Cci continúa diciendo los extremos que debe contener el documento de formalización, entre otros y de especial importancia es la necesidad de la constancia de los consentimientos necesarios: 1) la propia entidad pública; 2) los acogedores; 3) el acogido de al menos doce años; y 4) el tutor o los padres del menor no privados de la patria potestad, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional. Este

documento se remite al Ministerio Fiscal. Así en coordinación con el Código Civil, la LIAA en su art. 76.4 establece: «El expediente que se remita al Consejo Aragonés de la Adopción deberá contener, en todo caso, todos los extremos del documento de formalización, en especial los consentimientos necesarios, así como los informes del menor y las circunstancias de su familia que aconsejen el acogimiento o la adopción. Incluirá también los informes y valoración de la idoneidad de las familias solicitantes propuestas para cada menor».

No obstante, aunque la LIAA no regule expresamente el procedimiento de constitución del acogimiento, si regula la propuesta del acogimiento en el art. 76 LIAA. Se exige un estudio completo del menor y de la familia en el que se constate la viabilidad del acogimiento. Además, en el caso del acogimiento preadoptivo, deberá incluir la imposibilidad o no conveniencia para el menor de reinsertarse en su propia familia. Asimismo se exige que los solicitantes hayan sido objeto de un estudio de sus circunstancias socio familiares y hayan sido declaradas idóneas. Esta propuesta de acogimiento del menor y los datos de las personas declaradas idóneas se enviarán al Consejo Aragonés de la Adopción, que acordará su constitución o remisión a la autoridad judicial.

Respecto a las causas de su extinción, se encuentran reguladas en el art. 173.4 C.c. Corresponderá a la propia entidad pública resolver sobre su cesación. Y ésta tendrá lugar:

- Cuando lo soliciten las personas que lo tienen acogido.
- A petición del tutor o de los padres que no están privados de la patria potestad, porque reclaman su compañía.
- Cuando lo considere necesario la entidad pública que tenga la guarda o tutela, en interés del menor.

bb) *Acogimiento judicial o constituido por resolución judicial*

Es subsidiario del acogimiento administrativo, es decir, solo procede cuando el tutor o los padres no privados de la patria

potestad no hayan comparecido a la constitución de aquél o se hayan opuesto al mismo (art. 173.3 C.c.).

La constitución de este acogimiento será promovida por la propia Administración o por el Ministerio Fiscal (art. 1828 LEC de 1881). Se requiere el consentimiento de la entidad pública, si no es la promotora del expediente, de los acogedores, y del acogido si tiene 12 años cumplidos. Y serán simplemente oídos: los padres no privados de la patria potestad o el tutor, salvo que se desconozca su domicilio, o citados no comparecen; y el menor de doce años si tiene suficiente juicio.

Mientras se tramita este tipo de acogimiento cabe acordar un acogimiento familiar provisional en interés del menor (art. 73 LIAA).

La única forma de cesar el acogimiento judicial es mediante la oportuna resolución judicial (art. 172.4 C.c.). Se tramitará en expediente de jurisdicción voluntaria que, conforme al art. 1828.4 LEC de 1881, puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, del menor, de su representante legal, de la Administración, del Ministerio Fiscal o de los acogedores. El auto que pone fin al expediente de cesación es susceptible de apelación.

Ya se constituya el acogimiento vía administrativa o judicial, todas las actuaciones se practicarán con la debida reserva.

Finalmente señalar que, salvo que las características del menor aconsejen lo contrario, tendrán preferencia para acoger los solicitantes residentes en Aragón y los residentes fuera de Aragón que conserven la vecindad civil aragonesa art. 77.3 LIAA. Para concluir, simplemente quiero hacer hincapié en la importancia de un principio básico que inspira y está detrás de esta figura, éste no es otro que el bonum filii o interés del menor. La LIAA siguiendo los pasos de la LOPM deja constancia de dicho interés tanto en el procedimiento de constitución (necesidad de su consentimiento si tiene doce años, etc.), como durante el funcionamiento del acogimiento, reflejado esto último, en las funciones de vigilancia que

corresponde al Ministerio Fiscal tanto en el acogimiento familiar como en el residencial, tal y como ya anticipé.

e) Conclusiones desde una perspectiva sociológica

Es hoy una realidad el auge que la figura del acogimiento familiar está adquiriendo. Por ello, ya se han producido en España distintos encuentros de familias y Asociaciones de familias acogedoras y organizaciones profesionales. De estos encuentros surgen nuevas ideas y nuevas soluciones muy positivas para mejorar este medio de protección del menor. Entre las distintas conclusiones¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ que han alcanzado, merece la pena reseñar varias de ellas.

Se debe partir de la idea de intentar por todos los medios evitar acogimientos residenciales, ya que, el afecto familiar que todo menor necesita sobre todo en los primeros años de su vida, solo se puede conseguir a través de una familia. Por ello, se debería fomentar por la Administración a través de las Asociaciones colaboradoras, la realización de *campañas de captación*, es decir sensibilizar a la sociedad, realizar foros de debate e intentar crear una cultura del acogimiento. A través de estas campañas se captarían nuevas familias dispuestas a sujetarse a un proceso de formación que continúe tanto antes, como durante y después del acogimiento. Es decir, conseguir un tratamiento del acogimiento no como algo abstracto, sino de forma individualizada conforme a las necesidades y carencias más acusadas de cada menor. Dando un mayor protagonismo a estas Asociaciones, se conseguiría crear bolsas de familias dispuestas a ofrecer un acogimiento desde el mismo instante en que se tiene noticia del desamparo del menor.

185. Conclusiones del 2.º encuentro de personas y familias acogedoras, organizado por la Asociación BESARCA y celebrado en VITORIA-GASTÉIZ los días 11 y 12 de noviembre de 2000.

186. AMORÓS MARTÍ, P., *Suplementa sobre el acogimiento familiar*, Revista infancia y adopción, n.º 6 jul/dic 1999.

Otra de las grandes labores que están dispuestas a realizar con mayor asiduidad en esta función de seguimiento posterior es a través de los denominados *grupos de autoayuda*. Está comprobado, que las reuniones de familias acogedoras de toda España consiguen unificar criterios y cambiar opiniones: facilita la comunicación entre iguales, comparten satisfacciones y problemas, etc.

Finalmente, como última conclusión se debe resaltar una opinión generalizada que existe entre las familias acogedoras. Éstas, en el proceso de selección se ven subsumidas en un proceso de investigación de lo que hasta entonces han sido sus vidas. Deben dar a conocer incluso pequeñas intimidades, preguntas que entienden y creen necesarias pero se cuestionan donde queda el límite del derecho a la intimidad familiar. Paralelamente, es necesario que reciban una mayor información las familias acogedoras de las familias de origen. Tener un mayor conocimiento de sus problemas o el entorno en el que viven. La mayoría de las veces estas familias reciben a los acogidos desconociendo su situación o los problemas ante los que se están enfrentando, y esto puede dificultar los primeros meses de convivencia.

A través de estos medios y con estos objetivos es probable que esta figura acabe teniendo una difusión y alcance como el de la adopción.

VII. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL

Ana Clares Puncel¹⁸⁷

Silvia Ferreruela Royo¹⁸⁸

El Título IV de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y de la adolescencia en Aragón se dedica al estudio «de los menores en conflicto social». La estructura de dicho título es sencilla y responde al siguiente esquema:

En su primer artículo se delimita el concepto de menor en conflicto social. Esta cuestión es de especial relevancia puesto que resulta completamente necesario de cara a conocer el ámbito de aplicación de este título concreto y además hay que tener en cuenta que dicho concepto no tiene una acepción unánime y puede ser objeto de diferentes contenidos.

En segundo lugar hace referencia la ley a dos aspectos esenciales dentro del ámbito en el que nos movemos tales como la reinserción y la prevención.

En tercer lugar se delimita la función de las Comunidades Autónomas de cara a la ejecución de las medidas judiciales.

187. Autora de los epígrafes: 2) Legislación: A) Legislación Internacional, 3) Comentario; B) Prevención y reinserción de los menores, D) Los centros de internamiento para el cumplimiento de medidas judiciales; b) Régimen disciplinario.

188. Autora de los epígrafes: 1) Antecedentes, 2) Legislación: B) Legislación Estatal, C) Legislación Autonómica, 3) Comentario: A) El menor en conflicto social, C) Ejecución de medidas judiciales, D) Los centros de internamiento para el cumplimiento de medidas judiciales; a) Ejecución de la medida de internamiento, 4) Conclusión.

En último lugar se refiere a los centros de internamiento como aspecto esencial de cara al cumplimiento de las funciones de las Comunidades Autónomas en lo relativo a la ejecución de las medidas de internamiento.

La primera cuestión que debemos analizar antes de entrar en el estudio pormenorizado de cada uno de los artículos que componen el título IV es determinar las referencias legislativas a nivel internacional, estatal y autonómico que existían con anterioridad a la ley aragonesa para poder concluir si existe línea de continuidad, si la ley es una mera transcripción de la normativa anterior, o si realmente nos encontramos ante una innovación de nuestro legislador autonómico.

1. ANTECEDENTES

Ahora se trata de ver la regulación que llevó a cabo nuestro legislador autonómico con la ley anterior¹⁸⁹ a la que ahora analizamos. El propósito es ver en que medida dicha ley ha influido en la actual, si el legislador ha tomado como modelo la anterior ley o si, por el contrario, ha llevado a cabo una regulación «ex novo».

No encontramos referencia alguna a los «menores en conflicto social» tal como aparece en la ley 21/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Únicamente encontramos dentro del Título III el Capítulo II titulado «De las medidas de prevención y de apoyo», que contiene un artículo¹⁹⁰ que regula la actuación de la administración

189. Ley 10/1987, de 14 de diciembre de protección de menores.

190. Art. 10 de la ley 10/1987: «La Diputación General, en el marco de la Ley de ordenación de la Acción Social, podrá elaborar programas de prevención tendentes a evitar el deterioro del entorno familiar, garantizar los derechos del menor y disminuir los factores de riesgo de marginación, drogadicción o cualesquiera otros, con la colaboración de los ayuntamientos en la ejecución y evaluación de aquéllos».

autonómica en orden a prevenir situaciones que podemos calificar de riesgo para el menor.

Sin embargo esta ley no contenía disposición alguna que regulase la ejecución de las medidas judiciales. Por ello no podemos decir que la nueva Ley 12/2001 de 2 de julio de la infancia y adolescencia en Aragón se haya servido de la anterior Ley de la Comunidad Autónoma como modelo en lo que respecta al Título IV «De los menores en conflicto social», puesto que, aunque en la ley de 1987 se hace mención a los programas de prevención, la regulación es insuficiente.

2. LEGISLACIÓN

A) Legislación Internacional

En lo que se refiere al plano internacional nos debemos situar en el marco de la Naciones Unidas y del Consejo de Europa esencialmente puesto que es en este marco donde más se ha desarrollado la preocupación por los menores en los últimos años. En este sentido en las Naciones Unidas encontramos diferentes elementos normativos que tienen conexión con nuestro objeto de estudio:

En primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

En segundo lugar las llamadas Reglas de Beijing que suponen unas reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 19 de noviembre de 1985.

En tercer lugar encontramos las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o Directrices de Riad aprobadas por resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

Por último existen las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad aprobadas por la resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1999 de la Asamblea General.

En el ámbito del Consejo de Europa podemos destacar:

En primer lugar la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa (78). 62. sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978.

En segundo lugar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87). 20. sobre reacción social ante la delincuencia juvenil, de 17 de septiembre de 1987.

De la regulación a la que acabamos de hacer referencia ha surgido una doctrina internacional de la que podemos extraer los siguientes principios.

En cuanto a la ejecución de medidas privativas de libertad.

- La privación de libertad debe ser utilizada como la última medida y debe ser de escasa duración.
- Todo menor privado de libertad estará separado de los adultos.
- La privación de libertad debe efectuarse en centros que garanticen el respeto a los derechos humanos y la dignidad del menor, además, en los centros deben garantizarse actividades y programas útiles que promuevan la salud, el respeto a sí mismo y el sentido de la responsabilidad del menor.
- Los centros de internamiento deben estar descentralizados para facilitar el acceso de las familias de los menores y permitir la integración en la comunidad.
- Los establecimientos deben cuidar que se les asigne tiempo suficiente para realizar ejercicios diarios al aire libre y para la práctica de actividades de esparcimiento.

- Siempre que sea posible, la enseñanza del menor privado de libertad debe impartirse fuera del centro de internamiento, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública nacional.
- Todos los menores deben recibir ayuda que les permita comprender sus derechos y obligaciones durante el internamiento y ser informado de los objetos del tratamiento que se les dispensa.
- Todos los menores deben beneficiarse de programas destinados a facilitar su reintegración social.
- Los menores tienen derecho a recibir visitas periódicas y frecuentes.
- Todo procedimiento y medida disciplinaria debe ser compatible con la dignidad y los derechos del menor.
- Está prohibida la tortura y malos tratos y las sanciones de aislamiento.
- Debe facultarse a inspectores independientes y cualificados para que efectúen visitas periódicas a los centros y también inspecciones sin previo aviso, por propia iniciativa.
- Los menores deben tener la oportunidad de presentar quejas al director del establecimiento, a su representante autorizado y a las autoridades judiciales y administrativas, y deben ser informados sin demora de la respuesta obtenida.

En cuanto a la prevención de la delincuencia en los menores se establece que los estados deben prestar especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación pro-

fesional y el medio laboral así como mediante la acción de organizaciones voluntarias.

Se resalta así mismo la necesidad de estimular la interacción y coordinación, con carácter multidisciplinario e intradisciplinario, de los organismos y servicios económicos, sociales, educativos y de salud con el sistema de justicia, los organismos dedicados a los jóvenes, a la comunidad y al desarrollo y otras instituciones pertinentes y en la intensificación en todos los planos del intercambio de información, experiencia y conocimientos técnicos obtenidos gracias a los proyectos, programa, prácticas relacionadas con la delincuencia juvenil, la prevención de la delincuencia y la justicia de menores.

B) Legislación estatal

Ahora procede analizar el plano estatal con la finalidad de ver como acomete el legislador estatal la regulación de esta materia. Hay que recordar que en determinados casos la ley estatal debe ser respetada por las leyes autonómicas. De ahí la importancia de que veamos ahora la regulación que recoge la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

No encontramos mención a los «menores en conflicto social». La ley guarda silencio a este respecto. La explicación puede estar en el hecho de que las actuaciones de prevención, reinserción y de ejecución de medidas judiciales son competencias de carácter administrativo, que como dice la Exposición de Motivos en su apartado 3 *«corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias, y las asumidas por aquéllas, en sus respectivos Estatutos»*. Debemos decir que todas las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos como competencia la protección y tutela de los menores.

Además la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en el apartado 12 de su Expo-

sición de Motivos nos dice que *«la ejecución de medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores»*

C) Legislación autonómica

En lo que respecta a las leyes que cada Comunidad Autónoma ha dictado en materia de protección del menor, hemos de decir que la regulación que cada una contiene sobre «los menores en conflicto social» y la actuación administrativa tendente a la prevención, reinserción y a la ejecución de medidas judiciales, difiere de unas leyes a otras.

Andalucía, Cataluña, Castilla La Mancha y Madrid poseen una regulación muy detallada sobre la materia. El caso más interesante lo representa la Comunidad Autónoma de Baleares, que posee su propia ley de aplicación de medidas judiciales¹⁹¹. Esta ley es consecuencia de la transferencia llevada a cabo por la LO 9/1992 de 23 de diciembre, de la competencia exclusiva sobre las instituciones públicas de protección y tutela de menores.

Canarias y Castilla León contienen una regulación muy sucinta. Canarias solo regula la ejecución de medidas judiciales, sin referencia alguna a las medidas de prevención y reinserción. Castilla y León recoge todo, pero de modo impreciso.

La ley gallega es la que más se parece a la ley aragonesa en lo que respecta a la exposición de la materia, si bien la ley gallega es más precisa en la regulación de los centros de internamiento.

La Comunidad Valenciana también regula esta materia, bajo la rúbrica «Programas de reinserción». Sin embargo no regula las medidas de prevención.

191. Ley 6/1995 de 21 de marzo, de aplicación de medidas judiciales sobre menores infractores.

3. COMENTARIO DE LA NORMATIVA

Una vez analizadas las referencias normativas existentes a nivel internacional, estatal y autonómico pasamos a exponer el estudio exegético del título IV de la Ley 12/2001.

A) El menor en conflicto social

El primer artículo del Título IV se dedica, como es obvio, a delimitar el ámbito de aplicación del mismo y para ello nos ofrece la siguiente definición de menor en conflicto social:

Artículo 78: Menores en conflicto social.

Se considerarán menores en conflicto social, a los efectos de la presente ley, aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismo o a otros, así como aquellos a los que fuera aplicable la ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.

a) El concepto de menor en conflicto social

La ley 12/2001 de 2 de julio nos da un concepto de «menor en conflicto social». De la definición que nos ofrece el artículo 78 deducimos que la ley engloba dentro del concepto de «menor en conflicto social» dos grupos de menores:

1.º Al niño o adolescente que pudiese encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismo o a otros.

2.º Al niño o adolescente al que le sea aplicable la LO 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal del menor.

El art. 1.1 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la misma en los siguientes términos *«será de aplicación la ley para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el código penal*

o las leyes penales especiales». Así mismo el art. 1.2 precisa que también será de aplicación lo dispuesto en la ley para los menores a las personas mayores de 18 y menores de veintiuno (jóvenes) en los términos del artículo cuatro. Pero tal aplicación se ha suspendido por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley.

Considero que la definición que se nos da resulta insuficiente. Explicaremos las razones. En primer lugar, la ley considera «menor en conflicto social» a aquel que no habiendo producido un perjuicio se encuentra en el riesgo de producirlo. En segundo lugar, también considera «menor en conflicto social» a los menores que ya han producido el daño, pero a los cuales se les aplica la LO 5/2000. La pregunta que nos hacemos es qué ocurre con los menores que ya han producido un perjuicio, pero a los cuales no se les aplica la LO 5/2000 porque no están incluidos en su ámbito de aplicación. A tenor del artículo 78 no serían «menores en conflicto social».

Por tanto hay que corregir la definición que el artículo 78 nos ofrece, diciendo que, dentro del concepto «menor en conflicto social» debería incluirse:

1.º El menor con riesgo de producir un daño a sí mismo o a otro, sea menor o adulto.

2.º El menor que ha producido un daño consumado. Dentro de este grupo encontraríamos a su vez:

— El menor que no entra dentro del ámbito de aplicación de la LO 5/2000.

— El menor al que se le aplica la LO 5/2000.

Sin embargo no es la ley aragonesa la única que nos da una definición insuficiente de «menor en conflicto social». La anterior ley de la Comunidad de Madrid todavía era menos precisa¹⁹².

192. Art. 67: «...se considerarán adolescentes en conflicto social aquellos menores que hubieran cumplido doce años cuya conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, con riesgo, al menos, de causar perjuicios a terceros».

En este caso ni siquiera se menciona a los menores que hayan producido el daño, solamente a los que se encuentran en riesgo de producirlo, y se pone como límite los doce años. ¿Y el niño de once años que causa un perjuicio a otro?¹⁹³ Considero que «menor en conflicto social» es todo menor, con independencia de la edad, susceptible de producir un perjuicio, o que ya lo ha producido. La Ley gallega también presenta alguna insuficiencia¹⁹⁴. En este caso también me parece inadecuado el límite de los doce años.

No entiendo por qué al menor susceptible de producir un perjuicio no se le pone límite de edad y sin embargo al menor que produce un perjuicio sí. Igual de conflictivo o más es el menor que ya ha producido un daño que el que es susceptible de producirlo, aunque las medidas a aplicar a uno y otro pueden diferir.

Por tanto, partimos de un concepto amplio de «menor en conflicto social». Ahora bien, no hemos terminado de perfilar el concepto de «menor en conflicto social». Lo siguiente que debemos preguntarnos es, si todos los «daños» producidos por un menor o susceptibles de ser producidos, lo constituyen a éste en un «menor en conflicto social». Esta claro que no es lo mismo un golpe ocasional ocasionado por un menor a otro que el hecho de que utilice un arma para causar la lesión. Es difícil hacer una precisión en este sentido. Considero que es importante tener en cuenta

193. Este es un problema que se ha planteado con la ley 5/2000 cuyo ámbito de aplicación subjetiva tiene como límite los catorce años. El menor de catorce años no se ve afectado por esta ley, de modo que su acto no tiene efectos en el ámbito penal sino en el meramente civil. Serán los padres o el director del Centro docente al que asistan, dependiendo de donde se producen los daños, quien deban responder civilmente en virtud del art. 1902 CC.

194. Art. 37: «Se considerarán menores en conflicto social, a los efectos de la presente ley, aquellos que por su situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como los mayores de 12 años que, aun no teniendo la edad requerida para exigirles responsabilidad criminal, cometiesen hechos tipificados como delitos o faltas por las leyes penales».

dos factores, que no es necesario que sean cumulativos: la habitualidad de los actos y la gravedad. Por tanto una acción grave ocasional o la habitualidad de una acción llevada a cabo por un menor le atribuirían a éste el calificativo de «menor en conflicto social». Insisto en que es un problema de calificación y que las circunstancias del caso concreto jugarán también un papel muy importante para la calificación.

b) El fenómeno de la violencia en las aulas

Un ejemplo de este concepto amplio de «menor en conflicto social» nos lo ofrece el fenómeno de la violencia en las aulas del cual son protagonistas no sólo los jóvenes adolescentes sino niños de edad cada vez menor.

No podemos pasar por alto el problema que hoy afecta a la mayoría de centros docentes españoles: la violencia en las aulas. Aunque ha sido un problema presente en las aulas desde siempre, hoy es uno de los fenómenos más sonados en los medios de comunicación y que preocupa principalmente a los políticos, psicólogos y profesores.

Al hablar de violencia en las aulas me estoy refiriendo a la violencia que se pone de manifiesto en cualquier Centro docente. Por desgracia, es un fenómeno que no sólo afecta a los centros de enseñanza secundaria sino también primaria. Esta violencia se proyecta fundamentalmente sobre dos tipos de sujetos, el personal docente y los demás alumnos. Generalmente la violencia sobre el personal docente y los demás alumnos suele ser simultánea. Sin embargo no siempre ha sido así. Se dice que la disciplina sobre los alumnos ha decaído y que el respeto que estos tenían antes por sus profesores ahora se ha convertido en indiferencia, burlas, insultos o incluso malos tratos. Actualmente el poder disciplinario que los profesores tienen sobre los alumnos es nulo. Los castigos corporales están prohibidos por ser contrarios a la dignidad e integridad del propio alumno, y los pequeños castigos que los

profesores pueden imponer a sus alumnos no frenan el comportamiento violento de éstos, que en la mayoría de los casos, se niegan a cumplir.

Esta violencia que se proyecta sobre los profesores tiene consecuencias nefastas para el sistema educativo. No sólo crea un ambiente de inseguridad en las aulas perjudicial para el resto del alumnado, sino una situación de desconcierto en el personal docente que hace de su trabajo la peor de las pesadillas.

¿Y qué sucede con los niños, víctimas de la violencia de sus compañeros? Me atrevo a decir que la situación es todavía peor. El niño al que otro u otros de sus compañeros insultan e incluso golpean, ve convertida su vida en un auténtico infierno. Esto incide negativamente en su desarrollo educativo y las consecuencias pueden ser nefastas: niños con problemas psicológicos, niños que no quieren ir al colegio, niños afectados por un pánico incontrolable...

No es justo que deba soportarse esto, ni por parte de los profesores ni por parte de los alumnos. Los primeros, porque tienen el derecho a realizar su trabajo en condiciones dignas, y los segundos, porque tienen derecho a la educación desarrollada en un ambiente adecuado.

El gobierno se ha planteado este problema y busca soluciones. ¿Cuál es la solución correcta? No me atrevo a dar una respuesta.

c) La delincuencia juvenil

Las cifras de menores delincuentes han aumentado en los últimos años. La edad en la que se empieza a delinquir cada vez es menor y la forma de actuar es más violenta. Además hay que tener en cuenta que la mayoría de actuaciones se llevan a cabo en grupo.

Es necesario aclarar que al hablar de delincuencia juvenil me estoy refiriendo a ese sector de «menores en conflicto social» a los cuales se les aplica la LO 5/2000.

El Justiciazo de Aragón, en un informe especial sobre la violencia juvenil, ha descrito al «joven violento» como un varón, de entre 15 y 17 años, impulsivo e inseguro, mal estudiante, consumidor de alcohol y de drogas los fines de semana e inmerso en una tensión familiar crónica. Hay que aclarar que si bien es cierto que hay jóvenes violentos que no se corresponden con este perfil, la mayoría de ellos sí lo hacen.

Los hechos más frecuentes son los robos violentos, las lesiones y los daños en lugares públicos. Últimamente son muy frecuentes, sin embargo, episodios de violencia doméstica, física y psíquica de jóvenes frente a sus familiares.

¿Cuáles son las causas de este fenómeno? Hacer una lista cerrada de causas no es posible porque cada joven puede verse influenciado por factores totalmente distintos. Las causas que considero que tienen más importancia son:

— La incidencia de los medios de comunicación. El contenido de los medios de comunicación cada vez es más violento, sobre todo en la televisión. Las películas de contenido violento son las más vistas por los jóvenes e influyen negativamente en su comportamiento. Hay que tener en cuenta que los menores están en pleno proceso de formación de su personalidad y son muy influenciados por todo lo que sucede en su entorno. Es por eso que el contenido de los medios de comunicación puede ser decisivo en su formación.

— El entorno en el que el menor se desenvuelve. El ambiente familiar y escolar son decisivos para el menor. Suele ser frecuente que el menor que sufre malos tratos por parte de sus padres u otros familiares se convierta en un sujeto violento que exterioriza toda violencia de la cual él ha sido víctima. El ambiente escolar también juega un papel muy importante. Hay que tener en cuenta

que el menor pasa la mayor parte del día en el centro escolar en el cual puede entrar en contacto con personas que influyen negativamente en su formación.

— El consumo de drogas y de alcohol. El consumo de este tipo de sustancias produce un estado de euforia e impulsividad que pueden llevar al menor a actuar de modo violento y convertirlo en un delincuente.

Insisto en que no son las únicas causas de la delincuencia juvenil, aunque sí las más importantes.

B) Prevención y reinserción de los menores¹⁹⁵

Como hemos podido comprobar anteriormente en la legislación internacional, un aspecto esencial para evitar la delincuencia en los menores es incidir sobre el aspecto preventivo. Actuar directamente sobre aquellas situaciones que favorecen el desarrollo de actuaciones delictivas o cuasidelictivas debe ser un objetivo común de todo organismo y organización a cualquier nivel. Este es claramente uno de los ámbitos en el que debe jugar esa multidisciplinariedad a la que hacía referencia las Naciones Unidas. Respondiendo a esta necesidad el legislador autonómico ha recogido expresamente en este artículo la actividad esencial que deben desarrollar las Comunidades Autónomas de cara a la prevención de la delincuencia en los menores.

Artículo 79: De la prevención y reinserción.

1. La administración de la Comunidad Autónoma dará prioridad a las actuaciones preventivas, incidiendo en los factores de riesgo que originan la marginación y la delincuencia, y promocionará los servicios y programas que apoyen la atención del menor en su entorno, mediante actua-

¹⁹⁵ La información utilizada para redactar este epígrafe ha sido facilitada por el I.A.S.S. (Instituto Aragonés de Servicios Sociales).

ciones específicas de ocio, formación, promoción ocupacional, empleo, convivencia familiar y otras que contribuyan a la adecuada socialización del menor.

2. Las actuaciones administrativas con niños y adolescentes en conflicto social, tanto de carácter preventivo como de reinserción, procurarán contar con la voluntad favorable del menor y la de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar.

3. Los centros y servicios de las administraciones públicas que atienden a menores colaborarán con las autoridades judiciales competentes en la adopción y ejecución de las medidas que sean necesarias para su reinserción social.

a) Programas de actuación de la Comunidad Autónoma de Aragón

La primera cuestión a la que se dedica el artículo que estamos analizando es la relativa a las actuaciones preventivas desde el punto de vista de los factores de riesgo que originan la marginación y la delincuencia.

A todas luces es evidente que hay determinados sectores sociales en los que se desarrolla la delincuencia juvenil e infantil de manera más estrepitosa; condiciones familiares poco adecuadas, ambientes marginales, penurias económicas, etc. Son muchas de las causas que se nos vienen a la cabeza a la hora de buscar una explicación a estas actuaciones en los menores.

La actividad de las Comunidades Autónomas debe encaminarse a incidir en estas situaciones de riesgo social proporcionando una salida diferente a los menores.

En nuestra comunidad autónoma se están desarrollando en estos momentos diferentes programas como por ejemplo los encaminados al apoyo familiar (programas de preservación familiar)

que pretenden proporcionar un apoyo técnico mediante educadores a las familias desestructuradas. Con ellos se pretende incidir en el ámbito familiar supliendo las carencias educativas de las que adolece el menor gracias al apoyo de personas especializadas que enseñan a los padres como educar a sus hijos para evitar situaciones de riesgo.

Cuando la situación familiar se hace insostenible para el menor con riesgo para su desarrollo y su persona, la actuación de la Comunidad Autónoma pasa a ser la de guarda durante un tiempo o la de tutela. En el primer caso la guarda es voluntaria pero en la tutela la actuación de la Administración es de oficio, es decir, nos encontramos ante una tutela automática. Dentro de esta situación de tutela, así mismo existen varios programas de actuación. En primer lugar, el acogimiento familiar ya sea en la familia extensa (abuelos) ya sea en otra familia o en un centro de menores. Estas situaciones suelen ser normalmente de carácter provisional, pero cuando se hacen definitivas nos encontramos ante acogimientos preadoptivos, nuevamente en la familia extensa, en una familia ajena, en un centro de menores etc. En todas estas actuaciones y programas suele ser habitual cierto apoyo económico así como la incesante actividad de seguimiento de la Administración en relación con la situación de los menores.

Realmente en el ámbito que nos movemos es de esencial importancia la colaboración entre las Administraciones Públicas y por ello hay que resaltar el papel tan importante que juegan las corporaciones locales y entre ellos los ayuntamientos de cara a organizar diferentes actividades de ocio y tiempo libre mediante las casas de juventud y diferentes organismos que suponen un campo de actuación necesario y accesorio a las actuaciones de las Comunidades Autónomas en lo relativo a la reinserción y socialización de los niños en situaciones difíciles.

Desde un punto de vista práctico hay que resaltar que aunque en la regulación se pone de manifiesto la necesidad de contar con la voluntad favorable del menor, esto no es fácil porque

normalmente los menores no son conscientes de la situación en la que se encuentran y a menudo no ven la parte negativa de sus actos, y por ello es desgraciadamente frecuente la fuga de los menores de estos centros de protección de menores. Ante esta situación ya se ha debatido en algunos foros si habrá que recurrir al desarrollo de programas educativos sin contar con la voluntad favorable del menor. La ley deja abierta esta posibilidad porque únicamente dice que se procurará contar con la voluntad favorable del menor pero no establece que sea necesario. Pero está claro que ello supone más dificultades para el éxito de los programas educativos y de inserción.

Otro problema que consideramos importante a destacar es la desjudicialización de los menores de catorce años. Ello implica que si estos menores de catorce años cometen un delito se les debe tratar desde el ámbito educativo y el problema está que no existen programas bien elaborados para estas situaciones porque los programas que hasta ahora hemos visto son programas para los menores que están en situación de riesgo social. Tampoco existe una conciencia de todas las administraciones en este tema, y ni siquiera una conciencia social que propicie una solución. En los servicios sociales de los ayuntamientos no se está convencido de que se pueda trabajar con estos chicos y desde las Comunidades Autónomas tampoco. Ante esta situación se puede decir que hay chicos que delinquen con cierta impunidad porque los servicios sociales no asumen la responsabilidad de ordenar el cumplimiento de programas para estos menores. A ello hay que añadir la contradicción que supone que, al llegar a los catorce años, se vean afectados de lleno por la regulación bastante represiva de la Ley penal del menor.

Por último podemos destacar la situación de necesidad de apoyo económico en la que se encuentran todos estos programas, y todo ello agravado por la transferencia encubierta que ha hecho el gobierno central en relación a los «jóvenes» ya que se amplía

el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en relación a los mayores de dieciocho y menores de veintidós años.

C) Ejecución de las medidas judiciales (art. 80)

A continuación vamos a ver la ejecución de cada una de las medidas judiciales que la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, recoge en su art. 7. Recordemos que a la hora de hablar de medidas judiciales, nos estamos refiriendo a medidas que se imponen únicamente a los mayores de catorce años, es decir, a los menores que entran dentro del ámbito de aplicación de la citada ley.

Artículo 80: De la ejecución de las medidas judiciales.

1. Corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia:

a) La ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los Jueces de Menores o acordadas por el Ministerio Fiscal.

b) La ejecución de las medidas impuestas por los Juzgados de Menores que, por su propia naturaleza y para el cumplimiento de la función educativa, deban llevarse a cabo en el propio medio del adolescente.

c) La ejecución de las medidas judiciales que exijan la convivencia, durante el tiempo establecido por el Juez, del menor infractor con otra persona, con una familia distinta de la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados.

d) La ejecución de las medidas judiciales que impliquen un internamiento del menor en un centro de régimen abierto, semiabierto o cerrado, o internamiento terapéutico.

2. El órgano competente por razón de la materia informará periódicamente de las incidencias y resultados de la

ejecución de las medidas al órgano judicial que las haya acordado.

3. Igualmente, el órgano competente coordinará y realizará el seguimiento de cuantas actuaciones se realicen para la atención de los adolescentes con medida judicial.

a) Las medidas cautelares

Las medidas cautelares, según el art. 28 deben solicitarse por el Ministerio Fiscal al Juez de Menores cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor. Las medidas cautelares pueden consistir en internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra familia o grupo educativo, cuya ejecución corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma. El Juez será el que resolverá, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores. Es por esto, que debemos aclarar el sentido del art. 80, porque como hemos visto se nos habla de *«medidas cautelares ordenadas por los Jueces de Menores o acordadas por el Ministerio Fiscal»*. A tenor del artículo podemos caer en el error de pensar que el Ministerio Fiscal puede acordar las medidas cautelares. Como hemos visto no es así, puesto que quien las acuerda es el Juez, si bien a propuesta del Ministerio Fiscal. Por tanto, advertimos de la redacción un tanto confusa del citado artículo.

En lo que respecta al comentario de cada medida cautelar, nos remitimos al comentario de cada medida judicial que hacemos a continuación.

b) Las medidas judiciales

En lo que respecta a las medidas judiciales la Ley 12/2001 las clasifica en tres grupos. Veamos esos tres grupos y que medidas se incardinan en cada uno de ellos.

- aa) *Medidas que por su propia naturaleza y para el cumplimiento de la función educativa, deban llevarse a cabo en el propio medio del adolescente*

— Tratamiento ambulatorio (art. 7.e). Los menores sometidos a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción. Esta medida es voluntaria, es decir, si el menor la rechaza se debe imponer otra medida.

La Comunidad Autónoma de Aragón carece de las infraestructuras que serían necesarias para conseguir una satisfactoria ejecución de dicha medida. El Insalud posee consultas infantojuveniles de salud mental, y también existe un equipo terapéutico con psicólogos y psiquiatras, pero la práctica muestra que no es suficiente. También podemos citar la consulta de sexología que el Ayuntamiento de Zaragoza pone a disposición de las chicas para prevenir embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, y a donde se envían a los menores agresores sexuales, para aplicarles programas educativos. Para los menores ludópatas se dispone de un equipo educativo de medio abierto compuesto por once educadores, un auxiliar administrativo y un director del equipo.

Esta medida se puede aplicar sola o como complemento de otra medida.

— Asistencia a un centro de día (art. 7.f). Los menores sometidos a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio. Es importante señalar la colaboración de las Corporaciones Locales en la elaboración de los programas de estos centros de tiempo libre, Casas de Juventud, etc.

— Permanencia de fin de semana (art. 7.g). Los menores permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. Esta medida se aplica normalmente a los menores que cometen hechos vandálicos los fines de semana.

— Libertad vigilada (art. 7.h). Consiste en hacer un seguimiento de la actividad del menor y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo. Esta medida obliga a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento y a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa.

— Prestaciones en beneficio de la comunidad (art. 7.i). Esta medida debe contar con el consentimiento del menor. Consiste en realizar determinadas actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas e situación de precariedad. Concretamente, la prestación de servicios por parte del menor se desarrolla en residencias de ancianos, parroquias, hospitales, asociaciones de defensa de la naturaleza, etc. Es una medida muy educativa, que tiene un componente de desjudicialización.

— Realización de tareas socio-educativas (art. 7.k). El menor sometido a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social. Así por ejemplo, se le puede imponer que aprenda a leer, que acuda a un centro de enseñanza, a un Instituto socio laboral, etc.

Todas estas medidas desarrolladas en el propio medio del adolescente tienen la finalidad de elevar el nivel de oportunidades del menor, prepararle para poder competir por un puesto en la sociedad y lograr un puesto digno de trabajo. En definitiva,

integrarse en la sociedad. Ahora bien, esto exige un cambio de actitud del menor, porque el menor al que se le aplica una medida judicial es una persona que ha vivido en un ambiente en el que ha interiorizado condiciones que deben cambiar. Es necesaria su voluntad para lograr la finalidad perseguida.

bb) *Medidas que exijan la convivencia del menor infractor con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo*

Esta medida en concreto se recoge en el art. 7.i). El menor sometido a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo que fije el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientarlo en su proceso de socialización.

En Aragón no se ha llevado a la práctica, primero, porque los Jueces no la han impuesto, y segundo, porque no hay personas que asuman esa función. Encontramos aquí de nuevo el problema de la insuficiencia de medios.

cc) *Medidas que impliquen un internamiento del menor*

— Internamiento en régimen cerrado (art. 7.a)). Los menores sometidos a esta medida residen en el centro y desarrollan en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Los menores no salen del centro.

— Internamiento en régimen semiabierto (art. 7.b)). En este caso los menores residen en el centro, pero realizan fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

— Internamiento en régimen abierto (art. 7.c)). Los menores sometidos a esta medida llevan 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.

En Aragón existe un centro de internamiento¹⁹⁶. Dispone de tres secciones: la primera para mayores de dieciséis años, mixta, internados en régimen cerrado, la segunda, para menores comprendidos entre las edades de dieciséis a catorce, mixta, internados en régimen cerrado, y la tercera, para los menores de todas las edades, mixta, internados en régimen semiabierto. El internamiento en régimen abierto se lleva a cabo en los centros de protección o de acogida a menores en situación de desamparo.

— Internamiento terapéutico (art. 7.d). En los centros de internamiento terapéutico se realiza 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 puede aplicarse sola o como complemento de otra. Si el menor la rechaza, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

En Aragón no disponemos de centros de internamiento encaminados a la ejecución de esta medida. La pretensión de la Administración autonómica es que constituya una sección más en el centro de internamiento antes citado. Mientras tanto, los menores con este tipo de anomalías están internados en régimen cerrado, abierto o semiabierto con asistencia de un equipo médico.

Todas las medidas judiciales que hemos visto implican un seguimiento muy minucioso que se logra a través de la información que la Administración autonómica traslada al Juez sobre la marcha de la ejecución.

En lo que respecta al resto de medidas judiciales, como la amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias

¹⁹⁶. Centro de internamiento «San Jorge». La información que a continuación se detalla ha sido facilitada por dicho centro.

administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, o la inhabilitación absoluta, no nos interesan a este respecto, pues la Comunidad Autónoma no interviene en su ejecución.

D) Los centros de internamiento para el cumplimiento de medidas judiciales

Vamos a dedicar ahora nuestro estudio a los centros de internamiento para el cumplimiento de medidas judiciales. Es necesario aclarar que los centros a los que vamos a hacer referencia son los centros para el cumplimiento de medidas judiciales, es decir las cárceles de los menores delincuentes, y no a los centros de protección encargados de acoger a los menores en situación de desamparo o riesgo.

Artículo 81: *De los centros de internamiento para el cumplimiento de medidas judiciales.*

1. Las medidas de internamiento, así como la ejecución de los internamientos cautelares, se realizarán en centros propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, salvo que en interés del menor se considere otro centro como más adecuado, previa autorización del Juez que haya dictado la sentencia.

2. Reglamentariamente se regularán la organización y funcionamiento de los centros de internamiento por medida judicial, inspirándose en los principios proclamados por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, así como por la presente Ley.

3. Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y su desarrollo reglamentario.

4. En todo caso, se garantizará al adolescente el derecho de defensa en los procedimientos disciplinarios.

a) La ejecución de la medida de internamiento

El propósito del art. 81 es que el menor infractor sea internado, bien en ejecución de una medida cautelar, bien en ejecución de una medida estrictu sensu, en un centro propio de la Comunidad Autónoma en la que reside.

Considero que la finalidad perseguida es que el menor pueda cumplir la medida en su propio entorno facilitando de este modo las visitas de sus familiares y el desarrollo de actividades que posteriormente le pueden proporcionar medios de procurarse la vida en su propia Comunidad Autónoma.

En todo caso, caben excepciones a este principio general. No obstante, para que esto sea posible es necesario que concurren dos requisitos:

- Que en interés del menor se considere otro centro más adecuado.
- Que el Juez que haya dictado sentencia lo autorice previamente.

Un supuesto de este tipo puede darse en Aragón, en el caso de internamiento terapéutico. Ya dijimos que Aragón carece de este tipo de internamiento y que, por tanto, está pendiente la constitución de una cuarta sección en el centro de internamiento dedicada al tratamiento de los menores a los que se aplique esta medida. Mientras tanto, los menores a los que se aplica esa medida judicial, son internados en régimen cerrado, semiabierto o abierto con el seguimiento de un equipo médico. Ahora bien, puede suceder que, debido a la entidad de la enfermedad sufrida por el menor, sea más conveniente que sea internado en un centro de internamiento terapéutico especializado de otra Comunidad Autónoma.

Por último he creído conveniente señalar el personal del centro de la Residencia de San Jorge para que nos hagamos una idea de la necesidad de personal especializado que requieren estos centros de internamiento de menores. El personal es el siguiente: Una directora, una subdirectora, un director técnico, un director administrativo, cuatro coordinadores, un pedagogo, un psicólogo, un trabajador social, un D.U.E., tres profesores del departamento de educación y cultura, un insertor laboral, dos maestros de taller, quince educadores, veintiuno auxiliares educativos, seis P.S.A., cuatro P.E.S.D., un personal de mantenimiento, tres limpiadoras, siete vigilantes de seguridad de día y tres de noche. Como podemos ver casi 80 personas al servicio de un centro en el que el número de plazas es de 40.

b) Régimen disciplinario¹⁹⁷

El régimen disciplinario trata de garantizar el buen funcionamiento de los centros, algo irrenunciable allí donde un grupo de personas más o menos numeroso convive íntimamente, durante todo el tiempo y en un ámbito espacial reducido. Además, el respeto por las normas de funcionamiento interno resulta imprescindible para alcanzar objetivos más ambiciosos. Sin embargo el legislador estatal ha olvidado abordar la elaboración del catálogo de infracciones que propician la intervención disciplinaria.

Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de la propia Ley Orgánica de 12 de enero de 2000 y del Título IX de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de

197. Información facilitada por el Centro de internamiento «San Jorge».

sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria, comunicaciones y visitas.

Partiendo de esta base las faltas disciplinarias se clasifican en muy graves, graves y leves, atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas, pero no establece la Ley los casos en que los menores deben ser corregidos disciplinariamente, sino que se remite a un futuro texto reglamentario.

Tal solución ignora, en definitiva, que debe arbitrarse en la materia una legislación inequívoca no sólo respecto del tipo y duración de las sanciones y las autoridades competentes para su imposición o para resolver los eventuales recursos, sino también con relación a las conductas constitutivas de falta disciplinaria. Por ello se ha entendido que el contenido de las faltas muy graves y graves, así como las pautas de referencia fundamentales para la descripción de las leves, debieron quedar fijadas en la propia Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores; sólo en tales términos resultarían respetados los principios de legalidad y seguridad jurídica, propios del Derecho administrativo sancionador.

En la misma línea, se ha entendido, tajantemente, por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2000, relativa a los criterios de interpretación de la Ley Orgánica) que la falta de desarrollo reglamentario impedirá la imposición de las sanciones previstas en el art. 60 de la Ley Orgánica «ya que en tanto no se tipifiquen las correspondientes infracciones la imposición de una sanción vulneraría el principio de legalidad en materia sancionadora»; ello no obstante, se recuerda que la doctrina constitucional considera acorde con las exigencias de dicho principio la remisión expresa que hace la Ley a una ulterior tipificación de las infracciones por vía reglamentaria.

En este panorama, la situación que se presenta en el centro de San Jorge (único centro de internamiento en la Comunidad

Autónoma de Aragón), es la siguiente: La regulación de las faltas leves, graves y muy graves está contenida en un reglamento de 30 de septiembre de 1992 puesto que no se ha procedido al desarrollo reglamentario al que hace referencia la Ley Orgánica 5/2000 y por ello ante esta laguna se ha mantenido en vigor el reglamento de 1992.

En este sentido, son faltas leves:

- La desobediencia leve.
- Causar intencionadamente destrozos leves en las dependencias o resto de los materiales del establecimiento, en los proporcionados al menor para su uso personal o en las pertenencias de otras personas.
- Simular lesiones o enfermedades.
- Reaccionar con ira y cólera atentando contra los derechos de los demás internos y del personal.
- No respetar el descanso o la intimidad de los compañeros.
- Vender o intercambiar objetos.
- Cometer actos groseros y faltas de respeto.
- Cometer acciones u omisiones que impliquen incumplimientos voluntarios del interno y que revistan objetivamente análoga gravedad a las faltas anteriores.

Son faltas graves:

- La desobediencia grave.
- Tener objetos no permitidos que sean peligrosos o que atenten contra la seguridad del Centro.
- Inferir amenazas o agresiones verbales a compañeros o profesionales del Centro.
- La apropiación indebida, tanto de objetos propios del Centro como de los compañeros o del personal.

- Causar destrozos graves en el material (romper, quemar, violentar puertas, muebles o enseres, cerraduras...).
- Coaccionar a un compañero.
- Incorporarse al Centro tras un permiso, con un retraso no superior a las 24 horas.
- La utilización indebida de cubiertos o herramientas de los talleres que suponga riesgo para las personas.
- La comunicación con el exterior a través de medios no autorizados.
- La acumulación de tres faltas leves en el día.
- Cualquier acción u omisión que por su naturaleza pudiera ser constitutiva de delito y motive la denuncia ante la autoridad judicial.

Son faltas muy graves:

- Agredir o provocar lesiones a compañeros o a los profesionales.
- Participar en un motín o instigar a que se produzca.
- Autolesionarse.
- Participar en una fuga o instigar a que se produzca.
- Poseer o consumir alcohol o drogas, o cualquier otro producto perjudicial para la salud.
- Regresar de un permiso después de un tiempo de retraso superior a las 24 horas.
- Comerciar con drogas.
- La acumulación de dos faltas graves en la semana.

La regulación de las sanciones es la contenida en la Ley Orgánica 5/2000 y es la siguiente.

Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas muy graves son:

- La separación del grupo por período de tres a siete días en casos de evidente agresividad, violencia y alteración grave de la convivencia.
- La separación del grupo durante tres a cinco fines de semana.
- La privación de salidas de carácter recreativo por período de uno a dos meses.

Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas graves son:

- Las mismas que en los cuatro supuestos anteriores con la siguiente duración: dos días, uno o dos fines de semana, uno a quince días, y un mes respectivamente.
- La privación de participar en las actividades recreativas del centro durante un período de siete a quince días.

Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas leves son:

- La privación de participar en todas o algunas de las actividades recreativas del centro durante un período de uno a seis días.
- La amonestación.

4. CONCLUSIÓN

Hemos visto como el fenómeno de la delincuencia infantil y juvenil es muy importante en la actualidad. ¿De qué medios disponemos para hacer frente a este problema?

Primero, es necesario que la sociedad se conciente de que la violencia infantil y juvenil nos afecta a todos y no solo a las familias de esos menores y a los afectados por esos actos violentos. La actuación de la sociedad en su conjunto es vital para hacer frente a la violencia callejera. Sólo nos preocupamos de que nues-

tros intereses no se vean dañados, pero poco nos importan los del resto. Es necesaria una solidaridad mayor entre todos nosotros. Por otro lado, el conjunto de la sociedad es decisivo en la configuración de la programación televisiva. La televisión da respuesta a las demandas sociales. Debemos reclamar un cambio orientado hacia un camino no invadido por la violencia.

Segundo, es necesario incidir en la educación del menor desde la familia. La familia juega un papel vital en la formación del menor. Es muy importante que el menor encuentre un sólido apoyo en su familia en todos los problemas que le afectan y que el menor reciba el trato que merece por parte de sus familiares.

Tercero, es necesario incidir en la educación del menor en el ámbito escolar. Se ha propuesto una reforma del Real Decreto 732/1995, que establece los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, porque hace excesiva ponderación de los derechos en detrimento de los deberes. Considero que la reforma es necesaria. Hemos visto que el sistema actual falla. El cambio es necesario para que podamos ver sus consecuencias. Luego podremos hacer una valoración y decidir qué es lo más adecuado.

Sin embargo son necesarias más reformas en el ámbito educativo. Sería conveniente que existieran programas escolares de prevención de la violencia. El centro escolar se convierte en el segundo hogar de los menores por lo cual la puesta en práctica de estos planes podría ser muy positiva.

Por otro lado considero que es necesario aumentar la sensación de respeto y disciplina en los centros docentes. Actualmente los menores han perdido el respeto por sus profesores, porque saben que las consecuencias de su comportamiento no pueden ser trascendentes. Hoy en día expulsar a un menor de su centro supone un procedimiento lento y complejo. Por eso se opta por no expulsar al menor, y éste, al no sufrir las consecuencias de su actuación, reitera su conducta.

La violencia infantil y juvenil es un fenómeno de difícil solución. Con las propuestas que hemos visto, tal vez podría reducirse el nivel de violencia, pero en ningún caso erradicarse.

En cualquier caso, considero que el culpable no es el menor. No creo que se nazca delincuente. Los delincuentes los hacen las circunstancias ambientales, sociales, económicas, culturales...

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo I, vol. I y II 14.^a edición, (Barcelona, 1996).
— Tomo IV. 8.^a edición. (1997).
- ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de derecho ambiental* (Navarra, 2001).
- ALFANDARI, DEKEUWER-DÉFOSSEZ, MONEGER, VERDIER VERDKINDT, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention Internationale des Droits de l'Enfant*. Documentation française. (1993).
- ALONSO PÉREZ, M., *La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil*. AC n.º 2 (6-12 enero 1997).
- APILLUELO MARTÍN, M., *La relación del trabajo del menor de edad*. Centro de Estudios Sociales. (Madrid, 1999).
- BAYOD LÓPEZ, C., *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*. Instituto Fernando el Católico, (Zaragoza, 2000).
- BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil*. Editorial Aranzadi. (2000).
- BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo*, parte especial. 4.^a edición. (Madrid, 1999).
— *Constitución y deporte*. Editorial Tecnos. (Madrid, 1998).
- BERNUZ BENEITEZ, María José, *El derecho del niño a ser oído en los derechos de la infancia y de la adolescencia*. (Zaragoza, 2000).

- *Las funciones de la justicia en las políticas sociales y jurídicas francesas de infancia y juventud*. AC, n.º 25. (2001).
- BERRIGAUD, F., *La Convention Internationale des Droits de l'Enfant au regard de la législation de l'aide sociale à l'enfance*. Editorial DEF n.º 31. (1990).
- BOULANGER, François, *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*. Editorial Económica. (1998).
- CASADO MONGE, R. M., *Actuación de la Administración en la protección de menores maltratados. El control del Justicia de Aragón. Ciencia forense (Revista Aragonesa de Medicina Legal, n.º 2)*. Institución «Fernando el Católico». Diputación de Zaragoza. (Zaragoza, 2000).
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, tomo V, vol. II, revisado por CASTÁN VÁZQUEZ y GARCÍA CANTERO. 10.ª edición, Reus S.A. (Madrid, 1995).
- Tomo I, vol. II, revisado por DE LOS MOZOS. 14.ª edición. (Madrid, 1987).
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. L., *Comentarios al título VII del libro I del Código civil dentro de Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales dirigidos por ALBADALEJO*, tomo III. (Madrid, 1982).
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre*. Revista Poder Judicial, n.º 3.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, tomo II. Editorial Civitas. (Madrid, 1991).
- DE LA OLIVA SANTOS, S., *Derecho porcesal civil. Proceso de declaración*. Centro de Estudios Ramón Areces. (Madrid, 2000).
- DE LOS MOZOS, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*. Editorial Montecorvo S.A. (Madrid, 1995).

BIBLIOGRAFÍA

- DE SALAS MURILLO, Sofía, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales. (Madrid, 1999).
- DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, Françoise, *Les droits de l'enfant*. Colección Que sais-je? n.º 852. Presses Universitaires de France, 5.ª edición (2001).
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón* dirigidos por LACRUZ BERDEJO, tomo II. Diputación General de Aragón. (Zaragoza).
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de derecho civil*, tomo I, vol. I, 2.ª edición. (Madrid, 1998).
- EGEA I FERNÁNDEZ, *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de juny de protecció de menors*. L'acolliment. RJC (1987).
- FAYA BARRIOS, Antonio Luis, *La protección internacional del menor*.
- FERNÁNDEZ CASADO, María Dolores, *Una aproximación al principio del interés superior del menor*.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, *Protección internacional de los derechos del niño*. Colección el Justicia de Aragón, HT Grupo Tafalla S.L. (Zaragoza, 1994).
- FERRER ORTIZ, Javier, *Derecho Eclesiástico del Estado español*. 4.ª edición renovada a cargo del Instituto Martín de Azpilicueta, ediciones de la Universidad de Navarra S.A.
- FERRER VANRELL, M. P., *El acogimiento familiar en la Ley 11/1987*. ADC. (1993).
- GÁLVEZ MONTES, F. J. y GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, 3.ª edición. (Madrid, 2001).
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Notas sobre el acogimiento familiar*. AC. (1992).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Civitas. (Madrid, 1980).
- GARCÍA GARCÍA, Clemente y GARCÍA GÓMEZ, Andrés, *Colisión entre*

el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión: su protección jurídica. Editado por el ilustre colegio de abogados de Murcia. (Murcia, 1994).

- GARCÍA MÁS, F. J., *Panorama general de ley 1/1996 de 15 enero, de protección jurídica del menor*, AC, n.º 34 (22-28 septiembre 1997).
- GARRIDO FAYA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, 5.ª edición, (1975).
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*. Mac Graw Hill. (Madrid, 1997).
- GUÍA para detectar, notificar y derivar situaciones de maltrato infantil en Aragón. Instituto de Servicios Sociales y Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón. (Zaragoza, 2001).
- GULLÓN BALLESTEROS, *Sobre la ley 1/1996 de protección jurídica del menor*. LL. (1996).
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*. (Madrid, 2000).
- HENS-FALLON, B. y SIMON, A. M., *Droit de famille, droits de l'enfant*. Sirey. (1996).
- IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores: en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*. (Barcelona, 1996).
- JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, *Pasado, presente y futuro de la protección de los menores en Aragón*. Edita el Ayuntamiento de Zaragoza, Área de Servicios Públicos. (Zaragoza, 1998).
- *Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código civil de 15 de enero de 1996 (LO 1/1996)*. RDCA VI, n.º 1. (2000).
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. (Barcelona, 1995).

BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho Civil*, tomo IV, vol. II, 3.^a y 4.^a edición, J. M. Bosch Editor. (Barcelona, 1989 y 1997).
- Tomo I, vol. II revisado por DELGADO ECHEVERRÍA. Editorial Dykinson. (Madrid, 1998).
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho penal de menores*. Editorial Tirant lo Blanch. (Valencia, 2001).
- LAROCHE-GISSEROT, Florence, *Les droits de l'enfant*. Colección Connaissance du Droit. Editorial Dalloz. (1996).
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso sobre la protección jurídica del menor: aspectos teóricos y prácticos*. Editorial Cóllex, 1.^a edición. (Madrid, 2001).
- LHERBIER-MALBRANQUE, Brigitte, *La protection de l'enfant maltraité. Protéger, aider, punir et collaborer*. Colección Logiques Juridiques. Editorial L'Harmattan. (2000).
- LINACERO DE LA FUENTE, María, *Protección jurídica del menor*. Editorial Montecorvo S.A. (Madrid, 2001).
- LLEDO YAGÜE, F., *Compendio de Derecho de Familia*. Editorial Dykinson. (Madrid, 2000).
- LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*. Editorial Dykinson. (Madrid, 2001).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *El derecho de asociación*. (Madrid, 1996).
- MAQUEDA ABREU, M.^a Luisa, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*. 1.^a edición. (1996).
- MARTÍNEZ ROIG, A. y DE PAUL, J., *Maltrato y abandono en la infancia*. Editorial Martínez-Roca. (Barcelona, 1993).
- MAYOR DEL HOYO, M. V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*. Editorial Comares. (Granada, 1999).

BIBLIOGRAFÍA

- MIGUEL PERALES, Carlos de, *Derecho español del medio ambiente*. (Madrid, 2000).
- PAJA BURGOA, J. A., *La Convención de los derechos del niño*. (1998).
- PANTOJA GARCÍA, Félix, *Algunas notas y comentarios de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*. Editorial Cóllex, 1.ª edición. (Madrid, 1997).
- *El derecho y los servicios sociales*. Editorial Comares. (Madrid, 1997).
- PRIETO DE PEDRO, J., *Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*. Tomo II. (Madrid, 1998).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Editorial Aranzadi, 2.ª edición.
- RAYMOND, Guy, *Droit de l'enfance et l'adolescence. Le Droit français est-il conforme a la Convention Internationale des Droits de l'Enfant?* Editorial Litec. (1995).
- REYES LÓPEZ, María José, *Derecho de Consumo*. Tirant lo Blanch. (Valencia, 1999).
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentario al artículo 92, en Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del C.c.*, 2.ª edición. (Madrid, 1994).
- *El interés del menor*. Editorial Dykinson. (Madrid, 2000).
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores*. AC, n.º 2. (1989).
- ROSENCZWEIG, J. P. y BOUIX, *Les Droits de l'enfant en France*. Institut International d'expression et d'inspiration françaises. 2.ª edición. (1992).
- SÁENZ CÁRDENAS, S., MARQUÉS MOLIA, F. y COLELL BRUNET, R., *Educación para la salud (técnicas para el trabajo con grupos pequeños)*. 2.ª edición. (Lérida, 1998).

BIBLIOGRAFÍA

- SANCHO CASAJÚS, C., *El Ministerio Fiscal ante la violencia doméstica. Ciencia forense* (Revista Aragonesa de Medicina Legal, n.º 2). Institución «Fernando el Católico». Diputación de Zaragoza. (Zaragoza, 2000).
- SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Comentario al Código civil*, tomo I. Editorial Civitas. (Madrid, 1999).
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*. Elcano. (Navarra, 2000).
- TORRE PUENTE, Juan Carlos, *Orientación Familiar en Contextos Escolares*. Universidad Pontificia de Comillas. (Madrid, 2001).
- VARELA GARCÍA, C., *Comentarios a la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: Principios programáticos y normas de conflicto*. AC, n.º 12 (17-23 marzo 1997).
- VARGAS CABRERA, Bartolomé, *La protección del menor en el ordenamiento jurídico*. (Granada, 1994).
- VIVANCOS SÁNCHEZ, M., *Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo*. AC, n.º 48. (2000).
- VV.AA., *Los derechos de la infancia y la adolescencia*. (2000).
- ZANI, Mamoud, *La Convention International des Droits de l'Enfant: Portée et limites*. Editorial Publisud. (1996).
- 91.º Congreso de notarios de Francia, Tours 21-24 de mayo de 1995, *Le droit et l'enfant*.

11. El Consorcio Foral. (Tras la reforma del Instituto por Ley 1 /1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)
Carmen Sánchez-Frera González

12. Historia del Reinado de Don Pedro III El Grande, de Aragón, y de los orígenes de la penetración aragonesa en Italia.
Manuel de Soria y Pineda

13. El Protonotario de Aragón, 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna.
Juan Francisco Baltar Rodríguez

14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803).
*Manuel Gómez de Valencia
Ana L. Navarro Soto*

15. El ciclo urbano del agua, abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.
José Luis Castro Miranda



EL JUSTICIA DE ARAGÓN