



Universidad de Oviedo

**Trabajo Fin de Máster
“MENORES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN”**

Autora:
Seila Parrondo Menéndez

Tutora:
Margarita Fuente Noriega

Margarita Fuente Noriega, Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Oviedo.

CERTIFICA:

Que el Trabajo Fin de Máster presentado por Dña. Seila Parrondo Menéndez , titulado “Menores en situación de Desprotección”, realizado bajo la dirección de Dña Margarita Fuente Noriega, reúne a mi juicio las condiciones necesarias para ser admitido como Trabajo Fin de Máster de la Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables.

Y para que así conste donde convenga, firma la presente certificación en Oviedo a 19 de Julio de 2012.

Vº Bº

Fdo. Margarita Fuente Noriega
Director/Tutor del Proyecto

“ Sostengo que cuanto más indefensa es una criatura, más derechos tiene a ser protegida por el hombre contra la crueldad del hombre” .

Mahatma Gandhi

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

Capítulo I. LA PROTECCIÓN DE MENORES: EVOLUCIÓN Y MARCO JURÍDICO.

1.- Introducción.....	3
2.- Evolución histórica de la protección de menores.....	4
3.- Marco jurídico de la protección de menores.....	9
3.1. Legislación internacional, nacional y autonómica en materia de protección de menores.	
3.2. Principios rectores.	
3.3. Entidades públicas competentes en materia de protección de menores.	
3.4. El menor como sujeto de derechos necesitado de protección.	
3.4.1. La autonomía del menor.	
3.4.2. El ejercicio de los derechos por el menor de edad.	
3.4.3. Especial referencia de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y su trascendencia en el ámbito de su protección.	

Capítulo II. CONCEPTO LEGAL DE DESPROTECCIÓN, VALORACIÓN E INTERVENCIÓN Y MEDIDAS DE ACTUACIÓN

1.- Introducción.....	34
2.- Delimitación de conceptos entre riesgo y desamparo.....	36
3.- Detección, valoración e intervención de las situaciones de desprotección.....	42
3.1. Introducción.	
3.2. Detección de las situaciones de desprotección.	
3.3. Valoración de la situación de desprotección.	
3.4. Intervención en casos de desprotección.	
4.- Medidas de protección en situaciones de riesgo y desamparo.....	50
4.1. La separación del menor del entorno familiar.	

4.2. Casos en los que han de plantearse si es posible la aplicación de medidas alternativas a la separación.

4.3. Medidas previstas en el Principado de Asturias.

Capítulo III. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO.

1.- Introducción.....	60
2- Semejanzas y diferencias entre la tutela por el ministerio de la Ley, legal o automática y la guarda administrativa o legal	61
3.- El acogimiento de menores.....	65
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	78
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	85

INTRODUCCIÓN

A la hora de sumergirme en la realización de un master universitario, buscaba como finalidad obtener un complemento académico a mi formación profesional como trabajadora social y que, por tanto, pudiera ser interesante para ampliar, no solo conocimientos académicos, sino experiencias y nuevos puntos de vista aportados por otros profesionales, dirigidos al campo de la infancia y la adolescencia, entendidos éstos como grupos vulnerables, y de forma especial aquellos que se encuentran en una situación de exclusión social, de forma que, a través el análisis de cada caso, se intentara desarrollar nuevos métodos de apoyo y orientación de los mismos.

La idea de dirigir el trabajo fin de master y las prácticas del mismo hacia un mismo punto de enfoque, donde el estudio del menor es un reto y una forma de mostrar y hacer llegar al resto de profesionales de otros campos académicos como aún nos queda mucho camino por trabajar, y cómo la combinación de otras disciplinas hace que podamos llegar a comprender la importancia de volcarnos en este colectivo, que tenemos tan cerca y que, sin embargo, consideramos protegido y amparado por el entorno familiar, siendo éste un error al igual que pensar que sobre esta materia ya esta todo escrito.

En el ámbito legislativo, nos encontramos con vacíos que no favorecen en absoluto una protección sino, mas bien, un libre albedrío que deja en manos del Juez la libertad para aplicar unas medidas u otras, por no encontrarse regulado el modo de llevarse a cabo.

Es en el ámbito del trabajo social, donde de una forma más directa se detectan aquellas necesidades de protección y donde primero saltan las alarmas de las carencias o problemáticas en ámbito de los menores, ya que una red de Servicios Municipales, y educativos, se encuentra conectada y dan a conocer las primeras carencias.

Éste trabajo no pretende hacer una investigación exhaustiva de los menores en situación de riesgo social, ni una recopilación de normas legislativas, sino que pretende dar un enfoque desde una disciplina fuera del Derecho de cómo los menores, aún en pleno siglo XXI se encuentran en situación de desprotección, cómo los Derechos Fundamentales aún, en nuestra sociedad se encuentran en muchos casos vulnerados y

mediante un breve recorrido a lo largo de la historia ver cómo en el campo de la Protección del Menor tanto a nivel legislativo, como social, se han ido elaborando distintas medidas y estrategias de protección, detección, investigación e intervención en situaciones de desprotección del menor y las consecuencias que éstas situaciones de desprotección desencadenan, medidas jurídicas en ocasiones duras por tratarse de la separación del menor del entorno familiar.

Con ello, espero que sirva al menos para realizar una pequeña reflexión y llamada de atención hacia este colectivo y poder seguir trabajando en mejorar y sensibilizar a la población sobre las necesidades del menor.

Para terminar quería agradecer el apoyo por parte del personal de Cáritas en el desarrollo de las prácticas y el apoyo para un mejor desarrollo del presente trabajo, y el seguimiento y continuo impulso de la Tutora y profesora titular de Derecho Civil, Margarita Fuente Noriega, de la Universidad de Oviedo, que con su profesionalidad y dilatada formación en el campo del menor, hacen que este humilde trabajo convine dos disciplinas como son el Derecho y el Trabajo Social.

Capítulo I. LA PROTECCIÓN DE MENORES: EVOLUCIÓN Y MARCO JURÍDICO.

1.- INTRODUCCIÓN.

Quizás antes de comenzar con el breve recorrido histórico que a continuación sigue sobre la evolución de los derechos de los niños, podamos hacernos una idea de cómo hasta hace poco, tales derechos ni existían, y como de forma paulatina han ido evolucionando. Aún podemos ver con horror como en aquellos países a los que llamamos en vías de desarrollo, se les trata de forma atroz, obligando al menor a realizar trabajos de adultos, como pasan hambre, sed, y mueren sin recibir ayuda, o como son utilizados como soldados sin piedad de su tierna y por desgracia ya no inocente edad.

Y quizás no hace falta irse tan lejos, ya que en nuestro llamado, país desarrollado, al que consideramos por encima en desarrollo junto al resto de Europa, podemos apreciar aún hoy en día como el menor, sigue siendo uno de los grandes desprotegidos por nuestra sociedad, explotado y mal tratado por sus progenitores.

Aún nos queda mucho por trabajar desde todos los campos para poner al menor en la situación que se merece, los Estados y las Entidades Públicas, van creando y fortaleciendo un marco jurídico y social apropiado para el menor, teniendo en cuenta la época en la que vivimos donde interviene la educación, la sanidad o los derechos y obligaciones que rodean a la protección del menor.

Por todo ello, podemos señalar como a nivel internacional se fueron creando documentos que recogen los principios básicos para garantizar la protección del menor: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (12 de diciembre de 1948), la Declaración Universal de los derechos del Niño (Nueva York 1959), la Carta Social Europea de 1961, Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya de 1995, y finalmente la Declaración de los Derechos del Niño de 1995.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE MENORES.

La concepción histórica de lo que hoy conocemos como protección jurídica de menores, tiene sus antecedentes en la regulación de instituciones tradicionales, como la tutela, la adopción o las figuras de protección penal -venta de menores, parricidio, etc-, así como también en la evolución de las medidas educativas.

Remontándonos a las sociedades antiguas, el poder del padre sobre la persona del menor se alargaba a lo largo de toda la vida del mismo, que mientras van evolucionando las sociedades, se comienza a limitar con una edad, habiendo diferenciación entre niños y niñas, ya que éstas últimas pasarían del poder del padre al del marido, e hijos varones.

En la antigua Grecia, el niño era propiedad del Estado, ya que una vez que nacía, la madre debía de presentarlo ante la Asamblea de Ancianos, que valoraban si el niño estaba sano o no, y en caso de no estarlo, ordenaban que se tirase a un estanque y se abandonase. Si por el contrario era fuerte, se dejaba al cargo de la madre hasta la llegada a la edad de los siete años, donde una vez alcanzada debería de comenzar un largo aprendizaje castrense.

En la antigua Roma, es el pater familias el que corre con toda la responsabilidad del menor y dura hasta la muerte de aquel mismo. El pater familias puede venderlo, o matarlo como a sus esclavos o ganado. No obstante, esta situación varía con la llegada del Imperio, donde se castigaba a los padres que mataban a sus hijos.

El derecho romano define la tutela como un poder o potestad sobre la persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo¹.

¹ SANZ MARTÍN, L., en *“La Tutela del Código Civil y su antecedente histórico la Tutela Romana”*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pp. 27 y ss. Menciona la autora cómo en cuanto a los sujetos púberes, la ley romana hace una clara distinción entre el hombre y la mujer, pues mientras el varón sui iuris al alcanzar la pubertad deja de estar sometido a la tutela, la mujer al alcanzar ésta, deja igualmente de estar sometida a la tutela impuberum, para pasar a estar sometida a la tutela propia de su sexo, es decir, a la tutela mulierum.

La caída del Imperio Romano de Occidente y el establecimiento del reino visigodo en la Península, supone un cambio en el ordenamiento jurídico, donde en un primer momento se asimilan los códigos romanos y no será hasta el año 654 cuando el rey Recesvinto promulga el que se conoce como Liber Iudiciorum o Lex Visigothorum, el cual consta de doce libros, subdivididos en títulos y ordenados en leyes según las diferentes materias. En su Libro IV² nos encontramos con la familia donde el legislador condena el abandono de niños y aumenta el castigo de los padres, a diferencia del código romano.

También en esta época aparecen referencias al supuesto en el que los padres entreguen a su hijo a otra persona para que lo críe; en este caso el acogedor, podrá exigir una cantidad de dinero por año hasta que el niño cumpla diez, debiendo el propio niño, con posteridad a esa edad pagar su manutención, y si se niega podría ser reducido a esclavo en beneficio de quien le mantiene, se consideraba delito capital matar al hijo.

Durante toda la Edad Media es común la normativa sancionadora respecto del abandono y el maltrato de menores, aunque de forma leve, siendo los castigos en aumento en las Decretales de Gregorio IX, donde en caso de muerte del hijo, se decreta la extinción de la patria potestad que se realiza en caso de abandono del menor por el padre o con su consentimiento. En las situaciones de maltrato el propio menor puede denunciar a sus progenitores cuando esto ocurriera.

Las responsabilidades de los actos realizados por el menor sometido a patria potestad es únicamente de los padres, quienes han de responder por ellos, mientras vivan con ellos, y no estuvieran casados. En cuanto a la extinción de la patria potestad, se produce por el matrimonio del menor, pero no por la muerte del padre. Se permitía el castigo físico al hijo desobediente y en el caso de agresión hacia los padres, podría ser desheredado.

En el siglo XIV, aparecen varias reglas legales en relación con los castigos corporales que se hacen hacia los menores, seguramente para evitar excesos en estos.

² Liber Iudiciorum IV; si un niño abandonado y libre de nacimiento era posteriormente reconocido por sus padres, estos estaban obligados a pagar a quien lo hubiere recogido por él, o bien proporcionarle un sustituto, pudiendo el juez, si se negaban a ello, liberar al hijo utilizando los bienes de los padres, e incluso, si eran insuficientes entregar a los propios padres.

Siguiendo con el recorrido histórico, en las Partidas de Alfonso X, el Sabio³, exactamente en la Partida Cuarta, en el título XIX, aparece reflejado como los padres deben de cuidar de sus hijos, (Ley V), imponiendo al padre o a la madre su obligación de criar a todos los hijos; en el caso de los hijos legítimos, el deber se extiende no solo a los padres, sino también a los parientes ascendientes en línea derecha tanto del padre como de la madre.

En la Ley IV del Título XX, se establecen las consecuencias del abandono de los hijos, pierden todo poder sobre ellos, no pudiendo reclamarlos a quien los crió. En la misma Partida se regula el supuesto de la adopción. En ella se distingue entre adopción⁴ y arrogación⁵. La adopción en las Partidas se divide, en plena y menos plena; respecto a la primera, que era la que realizaba un ascendiente respecto de un descendiente, el adoptante asumía la patria potestad; en la segunda, no. En principio puede adoptar todo hombre libre que exceda en dieciocho años a la edad del adoptado.

En el siglo XVI, se recoge en la Novísima Recopilación, impulsada por Carlos I y promulgada el 14 de marzo de 1567, donde en el Libro VII, Título XXXVII, bajo el nombre: “*De los expósitos; y de las casa para su crianza, educación y destino*”, reguló dicha materia. La Ley V, otorgada por el rey Carlos IV, mediante Real Cédula de 11 de diciembre de 1776 destaca los artículos 23⁶, 24⁷, 25⁸, y 26⁹.

³ Los autores RICO PÉREZ, F. : “*La Protección de los Menores*” Ed. Montenegro SA, Madrid, 1980, PÉREZ MARTÍN, A. : “*La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*”, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, 3, pp. 9-63, 1992, y PÉREZ MARTÍN, A.: “*Fuentes romanas en las Partidas*”, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, 3, pp. 215-246, 1992, citan en sus obras las Partidas de Alfonso X, El Sabio, y cómo estas influyeron en la historia y desarrollo de las primeras medidas referidas al menor.

⁴ **La adopción**, se producirá respecto a un menor sometido a la patria potestad de su padre natural.

⁵ **La arrogación**, es una adopción de un menor que no está sometido a la patria potestad de otro y la cual se hace a través de la autorización del rey mediante el consentimiento expreso de arrogante y arrogado. Si se trataba de un menor de catorce años, había que ordenar una información previa, para saber si tal acto era recomendable para el menor.

⁶ **Ley V en su Art. 23**, recoge que se permite a la persona que de forma clandestina lleve a un menor a un lugar de expósitos o a una parroquia que se le deje ir libremente, y que no deberá ser interrogada, ni detenida.

⁷ **Ley V en su Art. 24**, considera como delito el abandono, que no sea en los lugares donde se recoja a menores.

⁸ **Ley V en su Art. 25**, dice que los padres pierden cualquier patria potestad y cualquier otro derecho sobre sus hijos expuestos por ellos o con su consentimiento, sin que puedan reclamarlos ni se les puedan entregar.

⁹ **Ley V en su Art. 26**, habla sobre la pérdida de la patria potestad por abandono, a no ser que se pruebe que el padre realizó tal acto en caso de extraordinaria pobreza.

Carlos IV dictó una ley donde aparece modificado el estatus social y jurídico de los expósitos, en la cual aquellos que fueran abandonados en casa de caridad, incluso o cualquier otro lugar, y carecieran de padres conocidos, serían considerados a todos los efectos como hijos legítimos y podrían gozar de la educación de los colegios de los pobres, así como de las dotes para casar a jóvenes de ambos sexos.

El 6 de febrero de 1822 aparece la Ley de Beneficencia¹⁰, donde se aborda de manera general la organización pública de las actividades de carácter benéfico y asistencial. Para ello se pretende unificar la diversidad de instituciones benéficas mediante la unificación de los fondos. El Reglamento de Beneficencia de 14 de mayo de 1852 modificaría algunos aspectos del anterior, entre los cuales en su artículo 20 estableció la prohibición a toda persona pública o privada, de detener, examinar ni molestar a los que llevasen niños para entregarlos en las casas de expósitos. Esta Ley se promulgo durante el Trienio Liberal, y fue abolida durante el reinado de Fernando VII, el 1 de octubre de 1823.

El 10 de marzo de 1847, se crea por Real Decreto, la Dirección General de Beneficencia, Corrección y Sanidad, que mas tarde promulgó el 20 de junio de 1849 una nueva Ley General de Beneficencia cuyo reglamento se aprobó el 14 de mayo de 1852, donde se percibe un carácter intervencionista y centralizador; en ella se reconoce el derecho de que todo ciudadano necesitado puede acogerse a la administración asistencial, así como la distinción de los establecimientos públicos y privados, siendo estos últimos costeados únicamente por financiación privada. En la misma Ley también se distingue entre establecimientos generales, que serán todos los de ámbito nacional, provinciales y municipales correspondiendo a los segundos los provinciales, la administración y dirección de las casas de huérfanos y desamparados, así como las de maternidad y expósitos.

A partir del siglo XIX, comienzan a aparecer numerosos estudios sobre el maltrato hacia la infancia y aparecen los primeros textos legales que defenderán al menor protegiéndolo ante determinadas situaciones.

¹⁰ ILLANAS, M.D. / PLA, C.: *“El menor en situación de abandono en la novela del s. XIX: la prehistoria del debate sobre la institucionalización del menor”*, En Cuadernos de Trabajo Social, 10, Universidad Complutense de Madrid, pp. 245-266, 1997, nos habla de la creación de la ley de Beneficencia, y como la mayor parte de las ayudas que los menores recibían, bien a través de Casas de Misericordia, de Hospicios, Orfanatos, etc, el menor recibía ayuda por parte de la caridad de las clases sociales mas pudientes.

Durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, la sociedad española ha ido creciendo y madurando en su concepción de la infancia y su necesidad de protección, ha avanzado en la consolidación de los sistemas públicos dirigidos al menor. La regulación de un sistema educativo de forma obligatoria, gratuita y universal¹¹, de los servicios sanitarios o de los servicios sociales, son algunos de los cambios significativos que hemos ido viviendo en beneficio de la sociedad en general, y del colectivo de los menores en particular. Pero no será hasta la Constitución de 1978 cuando el menor pase a ser un sujeto de derechos con plena titularidad de los mismos y con una capacidad progresiva para ejercerlos.

No obstante, no hay que olvidar que aunque la legislación en tema de menores ha avanzado y que seguirá en esa trayectoria de la búsqueda de protección, aun hoy en día se dan casos de absoluta aberración en países subdesarrollados, como trata de menores, venta de las mismas, obligación a prostituirse..., o incluso en aquellos países que consideramos desarrollados, existe un porcentaje alto de pobreza extrema en el que viven muchos menores, y que ONGs como Save the Children¹², Intermón Oxfam¹³ o UNICEF¹⁴, muestran datos escalofriantes, sobre una realidad actual y que los medios de comunicación no siempre nos informan de ello.

¹¹ OCÓN DOMINGO, J., en “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 45, menciona como a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se produce un crecimiento paulatino de instituciones y del número de personas recluidas en ellas, debido, entre otras razones, al normal crecimiento de los niños abandonados producido por el aumento del concubinato y de los matrimonios consuetudinarios que proporcionaron la descristianización revolucionaria y la gran concentración urbana que originó el desarrollo industrial.

¹² http://www.savethechildren.es/tema_trabajo.php?idtema=6

¹³ <http://www.intermonoxfam.org/es/sala-de-prensa/nota-de-prensa/miles-de-personas-en-cuerno-de-africa-murieron-por-respuesta-tardia-de>

¹⁴ http://www.unicef.org/spanish/protection/index_exploitation.html

3.- MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE MENORES.

3.1. Legislación internacional, nacional y autonómica en materia de protección de menores.

Diversos tratados internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990, han marcado asimismo, una importante renovación del ordenamiento jurídico español en materia de menores. Esta Convención recoge que los niños son portadores de un conjunto de derechos cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna y se indica en su Preámbulo: *que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*. También en su artículo 20.1 señala que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*.

La Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de Julio de 1992, del Parlamento Europeo, indica en cuanto a las medidas de protección que *toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*¹⁵.

Señalar también el Convenio de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya y ratificado por Instrumento de 30 de junio de 1995.

En cuanto a las normas de carácter estatal, la más significativa ha sido la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM)* (BOE 17/01/96),

¹⁵ “Carta Europea de los Derechos del Niño”, Resolución A3-0172/92 de Julio de 1992, del Parlamento Europeo, Letra D, apartado 8.14.

ley que vincula a los poderes públicos en todo el marco de protección¹⁶; otras a destacar son también, la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (BOE 12/01/00), modificada por última vez el 24/04/2012; la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (BOE 13/01/00)¹⁷; la *Ley 40/2003, de protección a las familias numerosas* (BOE 19/11/03) y *Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de adopción internacional* (BOE 29/12/07).

Asimismo, en el ámbito territorial del Principado de Asturias, la *Ley 1/1995, de 27 de Enero, de Protección del Menor*, es la legislación con la que contamos actualmente.

Complementando el marco jurídico de protección al menor en nuestro territorio, siguen una serie de decretos: *Decreto 57/1995, de 30 de Marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión del Menor en el ámbito del Principado de Asturias* (BOPA 18/05/95)¹⁸; el *Decreto 5/1998, de 5 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar y de Entidades de Adopción Internacional* (BOPA 19/02/98); el *Decreto 46/2000, de 1 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores* (BOPA 14/06/00)¹⁹; el *Decreto 48/2003, de 5 de Junio, por el que se aprueba el reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores* (BOPA 20/06/03); el *Decreto 93/2005, de 2 de Septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias* (BOPA 15/09/05); el *Decreto 10/2006, de 24 de Enero, de creación del Observatorio de la Infancia y Adolescencia* (BOPA 07/02/06) y

¹⁶ Dice el preámbulo: en este sentido -y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código-, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.

¹⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 13/01/00), modificada por las Leyes Orgánicas 7/2000, de 22 de Diciembre (BOE 23/12/00), 9/2000, de 22 de Diciembre (BOE 23/12/00), 9/2002, de 10 de Diciembre (BOE 11/12/02), 15/2003, de 25 de Noviembre (BOE 26/11/03) y 8/2006, de 4 de Diciembre (BOE 5/12/06).

¹⁸ Decreto 57/1995, de 30 de Marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión del Menor en el ámbito del Principado de Asturias (BOPA 18/05/95), modificado por Decreto 11/1997, de 20 de Febrero (BOPA 12/03/97).

¹⁹ Decreto 46/2000, de 1 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores (BOPA 14/06/00), modificado por el Decreto 14/2010, de 3 de Febrero (BOPA 11/02/10).

el *Decreto 62/2007, de 24 de Mayo, de regulación del procedimiento para el reconocimiento y pérdida de la condición de familia numerosa, expedición, renovación del título de dicha condición y categoría* (BOPA 21/06/07).

Por lo que se refiere a las competencias de los Ayuntamientos de los diferentes Concejos en los que se haya dividido el territorio, éstos, como Entidades Locales, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad estando obligados a prestarlos, en todo caso, los servicios sociales. Todo ello esta recogido en la LOPJM y en los decretos arriba citados, ya que la *Ley 1/2003, de 24 de Febrero, de Servicios Sociales*, solo detalla la distribución de competencias, la ordenación territorial, y las prestaciones pero en ningún caso las medidas jurídicas de protección del menor²⁰.

En relación con la actual situación sobre la protección del menor, existen en estos momentos, Comunidades Autónomas, como por ejemplo la nuestra, donde coexiste una nutrida legislación como acabamos de ver, que debido luego a la descentralización y a estar ciertas competencias atribuidas a la Comunidad, generan dificultades en su adecuada utilización, o aplicación, aunque estas cumplan las expectativas asignadas tanto por el Estado como por los Tratados Internacionales, que las obligan, y cabría estudiar, si es lo mas beneficioso para el menor, o por el contrario le perjudica.

Por otro lado cabría también tener en cuenta y valorar, si esta nueva oleada de legislación, en beneficio del menor, en alguno de los casos deja desprotegidos a los tutores, como por ejemplo en aquellos, en los que el menor presenta problemas de conducta disruptiva, y son los padres los que acuden a la Administración en busca de ayuda, extremo al que se ha llegado, y también cómo se resuelven algunos casos derivando al menor a los Entes Públicos considerando que el internamiento del mismo en un establecimiento es lo mas adecuado; quizás, esta nueva problemática también precise de medidas concretas y aportaciones jurídicas.

²⁰ A excepción del Art. 25. Protección de los menores, donde habla de las prestaciones en materia de protección de menores garantizarán que el menor, en toda actuación protectora, goce de los derechos individuales y colectivos reconocidos por la Constitución, la legislación del Principado de Asturias en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, así como los convenios, tratados y pactos internacionales que forman parte del ordenamiento interno, especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989.

3.2. Principios rectores.

En España, los principios fundamentales del régimen jurídico de las personas menores de edad y, por tanto, de su protección, se encuentran en la Constitución Española de 1978, si bien no figuran recogidos en un precepto o conjunto de preceptos específicos, sino que aparecen a lo largo de todo el texto constitucional. No obstante, al enumerar en el capítulo III del Título I los principios de la política social y económica, la Constitución hace mención en primer lugar a la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos y a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

La consecuencia práctica más inmediata de la regulación legal de las situaciones de desprotección tanto de riesgo como de desamparo es que las instituciones competentes -Administración Autonómica y Local- tienen obligación de actuar ante ellas²¹.

Lo anteriormente señalado hay que ponerlo necesariamente en relación con los principios rectores de la actuación administrativa, previstos en el artículo 11 de la LOPJM²², relativos a procurar el mantenimiento del menor en el medio familiar de

²¹ En este sentido, el **Art. 12 de la LOPJM** dispone que: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y la reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”.

“Los poderes públicos velarán que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor”.

²² **LOPJM** vid. **Art. 11. 1.** dice: “Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.

Las Administraciones públicas, en los ámbitos que les son propios articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia por medio de los medios oportunos, de modo muy especial, cuanto se refiera a los derechos enumerados en esta Ley. Los menores tienen derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones en posición equivalente, quienes a su vez, tienen el deber de utilizarlos en beneficio de los menores.

Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.

Las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes y espacios libres en las ciudades.

Las Administraciones públicas tendrán particularmente en cuenta la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias y de recursos humanos y a sus proyectos educativos, participación de los menores y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos”.

origen salvo que no sea conveniente para su interés, el de procurar su integración familiar y social y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal y social. Todo menor tiene derecho a convivir con su familia y a ser educado por ella, siendo a los padres, en cuanto titulares de la patria potestad o, en su caso, a las personas que ejerzan la tutela o la guarda, a quienes corresponde esta responsabilidad.

Un principio que resulta bastante controvertido en el campo jurídico²³ y que aparece recogido, en el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño²⁴, dispone que en todas las decisiones que conciernen al menor prevalecerá el interés superior de éste. El por qué considero o mas bien, se considera desde el ámbito jurídico como polémico este principio es debido a que su aplicación es tarea difícil por ser una materia donde participan diferentes disciplinas. Por citar algunos de los supuestos, en aquellos casos en los cuales, los derechos del niño entran en conflicto con otras personas y para que esto no suceda, habrá que decidir cual de las distintas alternativas posibles se estima mas idónea para proteger al interés del menor, por ej., al decidir sobre la salud del menor, o cuando entran en conflicto los derechos del menor con los derechos de las personas de su entorno, por ej., un conflicto de intereses, y entonces habrá que decidir cual será la solución idónea al fin propuesto, es decir, garantizar la protección del niño, teniendo en cuenta la primacía de su interés superior sobre los otros intereses en que haya en juego.

Un principio importante que tampoco debemos de dejar olvidado es el del interés superior del menor, y como dependiendo de la edad en la que esté, pueda por tanto, ser diferente lo que le sería mas o menos aconsejable, hay que ponerse en su lugar y pensar que podría ser bueno para él, intentando con ello buscar la opción mas correcta para favorecer un crecimiento pleno de sus facultades y capacidades.

²³ Vid DE TORRES PEREA, J. M.: *“Interés del menor y derecho de familia”*, Una perspectiva multidisciplinar. Ed. Iustel, pp.21-41 .Madrid, 1996; Realiza el autor una reflexión de lo que en el campo jurídico se entiende como el principio del interés superior del menor, y el cual considera que no puede ser definido desde el aspecto jurídico exclusivamente, sino que se necesita de otras disciplinas para comprender el alcance y la importancia del mismo, como son por ej, la sociología -la cual considera importante porque estudia el entorno del menor y como le influye- y la psicología - porque en ella se estudia el comportamiento del menor y las repercusiones de los actos que derivarían del uso de éste principio.

²⁴ Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990). El Art. 39 de la C.E. ordena a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos y reconoce que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Añade su Art. 1 que: *“ para los efectos de la presente Convención, se entiende por todo niño 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”*.

La Administración, en materia de protección de menores, tan sólo actuará guiada por el principio de subsidiariedad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres o tutores. Por ello, ante una situación de desprotección, la Administración está obligada a adoptar, en primer lugar, medidas de protección en el propio entorno familiar del menor, aplicando medidas que impliquen la separación de su familia cuando se produzcan carencias graves en la satisfacción de sus necesidades básicas y éstas no puedan ser cubiertas mediante la aplicación de otras medidas. De ahí la importancia, advertida por los tribunales, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto legal de desamparo.

Asimismo, la actuación administrativa ha de tener un carácter flexible, adaptándose a las circunstancias del menor y de su familia en cada momento, para lo cual las medidas acordadas han de ser periódicamente revisadas. En este sentido, el Proyecto de Apoyo Familiar ha de especificar la estimación temporal para el desarrollo del mismo.

El principio de reintegración familiar exige que en los casos de desamparo, donde ha sido precisa la separación del menor de su familia, la Administración Pública deba establecer las medidas y programas necesarios tendentes a procurar la vuelta a su familia de origen en el menor tiempo posible. En todo este proceso, el principio del interés superior del menor y el principio del derecho del menor a ser oído en todas aquellas decisiones que le afecten, son de obligado cumplimiento, debiendo estar permanentemente presentes. No obstante, conviene recordar que todas estas decisiones han de ser adoptadas de conformidad con el principio legal que exige la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

En aquellas situaciones en las que la ley aconseja que el menor sea oído, podemos encontrarnos con un vacío donde es complicado llegar a algún acuerdo, y legalmente en ello radica un punto conflictivo, derivado de las diversas opiniones de los profesionales de la materia. En las relaciones paterno-filiares, cuando se habla de la representación de los padres en la administración de los bienes del menor, se considera

que si el menor tiene suficiente juicio deberá de ser oído, en aquellas decisiones que le afecten²⁵. En aquel caso en el que los tutores no se pongan de acuerdo, el Juez deberá de tomar la decisión y tendrá que oír al menor, y se vuelve a resaltar, en el caso de que el menor tuviera el suficiente juicio²⁶. Finalmente, en aquellos supuestos en los que los padres vivan separados y no consigan ponerse de acuerdo a la hora de con quien ha de convivir el menor, el Juez tomará la decisión escuchando el interés del menor siempre y cuando no solo tenga suficiente juicio para ello sino también- y aquí se concreta una edad- a partir de los 12 años²⁷.

En los casos de adopción²⁸ y en los procedimientos matrimoniales²⁹, también el Juez oirá al menor, volviendo a incidir de nuevo en el supuesto de que se considere que el menor tenga suficiente juicio.

Todo ello incide una y otra vez en el valor que se da al hecho de que el menor tenga suficiente juicio, y no existe como ponderarlo, sino que se limitan o acotan edades, como los doce años para algunos supuestos, dejando en cambio otros al libre albedrío, o a la libre valoración del magistrado.

Desde el punto de vista social, creo que podemos resaltar la importancia de que se oiga al menor, en todos los casos, salvo claro esta en edades muy tempranas, o con situaciones en las que el menor se encuentre en un desarrollo inferior al de la edad biológica, ya que se considera importante la opinión del menor, que es el que al fin y al cabo en quien van a repercutir cada una de las medidas que se adopten.

Finalmente, podemos señalar en el Art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, donde se establece la obligación de toda persona o autoridad y especialmente de aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, deben de comunicarlo a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

²⁵ Art. 154 del Código Civil.

²⁶ Art. 165 del Código Civil.

²⁷ Art. 159 del Código Civil.

²⁸ Art. 177.3 del Código Civil.

²⁹ Art. 92.2 del Código Civil y Art. 773.5 LEC.

3.3. Entidades públicas competentes en materia de protección de menores.

En el Código Civil, Art. 172.1, dice que: “ *la entidad pública a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores...tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda...*”, en referencia al mismo la CE en su Art. 148.1.20 prevé que las Comunidades Autónomas dispongan de competencias para legislar a través de sus respectivas Asambleas autonómicas sobre asistencia social o servicios sociales en general, y mas concretamente en referencia, a la protección del menor.

Las Comunidades Autónomas, por tanto, han asumido competencias en materia de asistencia social, y a través de sus propios instrumentos normativos han adoptado un sistema público de Servicios Sociales mediante el cual, las personas y los grupos que integran la comunidad, puedan obtener recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo. Se atribuyen competencias a las diversas Consejerías de Asuntos Sociales para la promoción y bienestar de la infancia, adolescencia y juventud con la finalidad de llevar a cabo actuaciones encaminadas en particular al adecuado desarrollo social de los jóvenes y los niños.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han elaborado leyes sobre el menor, y en todas ellas aparecen referencias obligadas a la Convención de los Derechos del Niño y a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, - a las cuales hacemos referencias a lo largo de este trabajo- y a través de las cuales han establecido procedimientos, en las respectivas Administraciones Públicas para la atención de los menores en situación de riesgo o desamparo.

Es importante señalar que las instituciones asistenciales estando dentro del Derecho Privado, abarcan también un amplio lugar dentro del Derecho Público, de modo que la intervención de la Administración en esta materia, no debe menoscabar su carácter civil³⁰; así pues la tutela pública es una función social del Derecho orientada a satisfacer necesidades familiares.

En todo caso, son las Entidades Públicas los organismos que, según la normativa de cada Comunidad Autonómica, tienen asignada la protección de los menores. De este

³⁰ ALONSO, Benito; “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda”. Revista Jurídico Española de doctrina, pp. 1.731. Madrid, 1996.

modo, en nuestra Comunidad el Principado de Asturias la asume, la Consejería de Bienestar Social y Vivienda³¹.

Además de los organismos públicos citados, pueden intervenir en materia de protección de menores las denominadas instituciones colaboradoras de integración familiar, cuya actuación se limitaría a la de guarda y mediación, con las limitaciones que la Entidad Pública fije y siempre estando sometidas a supervisión y control de la autoridad que las acredite.

Estas instituciones privadas, han de cumplir una serie de requisitos: asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro que estén bien constituidas, y cuya finalidad principal sea la protección del menor, las cuales han de disponer de medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas³².

3.4. El menor como sujeto de derechos necesitado de protección.

3.4.1. La autonomía del menor.

El menor es el gran olvidado en el estudio de los problemas que originan la titularidad, el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales. La doctrina constitucionalista se ha dedicado tradicionalmente al estudio de extranjeros y personas jurídicas, pasando de puntillas sobre la cuestión de la minoridad. Sin embargo, ésta es una materia que provoca numerosos interrogantes a quien reflexiona sobre ella³³.

Bien es cierto, no obstante, que la evolución en materia de protección nos muestra una tendencia progresiva a aumentar la autonomía de los menores, prueba de ello es la propia LOPJM como en la Exposición de Motivos señala en su apartado 2, los

³¹ Corresponde a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de bienestar social, cohesión e inclusión social, familia, protección del menor, atención a las personas dependientes o con discapacidad, cooperación al desarrollo y vivienda. A la Consejería de Bienestar Social y Vivienda le corresponden las funciones atribuidas a la Consejería de Bienestar Social e Igualdad-en la anterior legislatura- mediante el Decreto 12/2011, de 16 de julio, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma, modificado por Decreto 26/2011, de 16 de agosto, del Presidente del Principado de Asturias, a excepción de las asumidas por la Consejería de Presidencia de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.c) del artículo 2 del presente Decreto.

³² Disposición Adicional 1ª, párrafo 2 de la LOPJM.

³³ HIERRO Liborio, dice en su obra, "La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad", en "Problemas actuales de los derechos fundamentales", edición de Sauca, Madrid, 1994, pp. 380, que tomarse en serio los derechos de los niños puede plantear cuestiones interesantes. Por ejemplo: si ciertos derechos de los niños implican simplemente la extensión de la titularidad del derecho, para comprender en ella tanto a los adultos como a los menores o, por el contrario, obligan a asumir –por razones morales– una estructura (contenido, protección) distinta cuando el titular es un menor que cuando el titular es un adulto.

cambios producidos por los constantes avances que la sociedad va generando en su desarrollo, provoca que aparezca el modelo de un estatus en el menor, el cual hace necesaria una continua creación y modificación de la legislación actual en materia de menores. El nuevo reconocimiento pleno de la titularidad del menor de edad y de una capacidad progresiva para ejercer esos derechos que como menor tiene, reflejan una tendencia progresiva que obliga a tener en cuenta en toda la nueva legislación la importancia del derecho del menor a ser oído si tuviese suficiente juicio, y se tomaran aquellas decisiones siempre en beneficio del menor y de la edad que éste tuviese en cada caso.

Esta nueva concepción busca que el propio menor, sea participe activo, y no pasivo, de la investigación de soluciones ante los problemas que pueda tener, y la capacidad de modificar su situación personal.

En relación con esta cuestión es importante partir de los conceptos propios y básicos de la Teoría General del Derecho como lo son: capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera podría definirse de un modo general como aptitud o posibilidad de ser sujeto o titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda podría ser conceptualizada como la capacidad para el ejercicio de los derechos³⁴.

Los planteamientos de los constitucionalistas coinciden en señalar que la capacidad de obrar, o por lo menos la plena capacidad de obrar, se adquiere con la mayoría de edad³⁵. Esta se convierte de este modo, para aquellos, en un presupuesto o condición subjetiva para el ejercicio de los derechos fundamentales.

³⁴ La capacidad implica según CASTÁN TOBEÑAS, J.,: *“Derecho civil español, común y foral”*, Madrid, 1987, pp. 161-162, “aptitud para derechos y obligaciones, o lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas”. Esta aptitud o capacidad jurídica se desplegaría en dos manifestaciones: “aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos, y aptitud para el ejercicio de los mismos y para concluir actos jurídicos. La primera de ellas se acostumbra designar con la simple denominación de personalidad, capacidad de derecho o capacidad de goce. La segunda, se denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio”.

³⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F.,: *“El sistema constitucional español”*, Madrid, 1992, pp. 179, comenta que “el Art. 12, al determinar cuándo se alcanza la mayoría de edad, está regulando una condición general básica para disponer de capacidad de obrar”.

Para DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ TREVIJANO, *“Curso de derecho constitucional español I”*, Madrid, 1992, pp. 283, “el menor dispondría de una capacidad jurídica restringida, que es definida por los mismos en razón de que no se poseen todos los derechos o, poseyéndolos, necesitan de otra persona que los tutele. Sólo los nacionales “mayores de edad” poseen capacidad jurídica plena, es decir, sólo estos gozan también de capacidad de obrar “.

Según SÁNCHEZ FERRIZ³⁶, debemos distinguir, en primer lugar, las diversas situaciones jurídicas a las que puede dar lugar un derecho constitucional: titularidad, ejercicio efectivo y defensa procesal -que se corresponderían respectivamente con los conceptos de capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación-. En segundo lugar, hay que concretarlas respecto de cada derecho; pues, como dice, *“en todas ellas cabría desvelar una constante: la ausencia de una respuesta general susceptible de ser aplicada en todos y cada uno de los (muy diversos) derechos reconocidos por la Constitución”*. En esta línea, el menor como sujeto de derechos origina una pluralidad de supuestos que deben ser analizados derecho por derecho. No obstante, podemos señalar un serie de principios generales:

1) En el aspecto de defensa de sus derechos, el menor siempre va a necesitar de terceros que lo representen.

2) El menor carece de la titularidad de algunos derechos (derecho al voto, Art. 23).

3) Son titulares, en cuanto que son personas, de los derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana -vida, Art. 15, intimidad, Art. 18...-. En este tipo de derechos, normalmente pierde sentido la capacidad de obrar pues resulta muy forzado hablar en ellos de ejercicio. En estos derechos, de la titularidad se pasa directamente a su defensa en el caso de que se produzca cualquier perturbación³⁷.

4) Los derechos que suponen una proyección externa, básicamente libertades públicas, no necesitan de la mayoría legal pero sí, lógicamente, de una capacidad natural que sería, por tanto, condición para la adquisición de la capacidad jurídica, como también, condición de la adquisición de la capacidad de obrar. El problema está, sin embargo, en el hecho de que el derecho público ha desarrollado escasamente la idea de la adquisición gradual de la capacidad; en general, se sigue funcionando con el esquema dual mayor / menor de 18 años. Mucho más adelantado está en esta cuestión el derecho privado: como dice RAMOS CHAPARRO³⁸, *“en el derecho privado general existe una escala de edades intermedias, entre la salida de la infancia y la llegada de la mayoría legal, que llevan conectadas consecuencias capacitantes particulares, y que,*

³⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *“Estudio sobre las libertades”*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, pp. 139.

³⁷ SÁNCHEZ FERRIZ, R., cit., Pág. 141 y TORRES DEL MORAL, A.: *“Principios de derecho constitucional español”*, Ed. Tirant lo Blanc, Madrid, 1992, pp. 347.

³⁸ RAMOS CHAPARRO, E.: *“Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional”*, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 1995, pp. 183.

precisamente por ello, se diferencian de dicha mayoría, que tiene un alcance jurídico global, por suponer el reconocimiento del mayor grado exigible de capacidad”.

5) Finalmente, en los derechos fundamentales de toda persona, no cabría en principio separar en distintas personas la titularidad y el ejercicio. No cabe ser titular de un derecho que no se puede ejercitar, ni nadie puede ejercer por el menor, por ejemplo, el derecho de reunión, expresión, asociación..., otra cosa es que se tenga, como ocurre normalmente con los menores, limitado el ejercicio del derecho. En este caso los menores sí que son titulares del derecho, pero su ejercicio está limitado en función precisamente de su minoría de edad.

3.4.2. El ejercicio de los derechos por el menor de edad.

La afirmación de que la capacidad de obrar que el menor adquiriría gradualmente, dependiendo de la facultad que trate de ejercer, así como de su concreta capacidad legal, sólo hace referencia a uno de los aspectos del ejercicio de los derechos fundamentales, el ejercicio autónomo de los mismos por parte del menor –autoejercicio-. Sin embargo, tanto en la estructura normativa de los derechos fundamentales, como la función que éstos cumplen respecto del individuo, en su capacidad para producir comunicaciones sociales, permiten entender que el menor pueda ejercer sus derechos fundamentales no sólo de forma autónoma sino también a través de un tercero -heteroejercicio-³⁹.

ALÁEZ CORRAL, B. dice: *“que ello sea posible depende de tres elementos bien distintos entre sí: de una parte, de que la facultad, parte del contenido del derecho fundamental, que se pretende ejercer mediante persona interpuesta, sirva al concreto interés propio del menor de edad. Por ello, ni todos los derechos fundamentales ni todo su contenido, por muy personalísimos que se puedan considerar, impiden su ejercicio*

³⁹ ALÁEZ CORRAL, B.; Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas, pp. 194 y ss., 2007, Ejercicio indirecto a través de un tercero (hereoejercicio), o ejercicio indirecto dice: *“que ello sea posible depende de tres elementos bien distintos entre sí: de una parte, de que la facultad, parte del contenido del derecho fundamental, que se pretende ejercer mediante persona interpuesta, sirva al concreto interés propio del menor de edad. Por ello, ni todos los derechos fundamentales ni todo su contenido, por muy personalísimos que se puedan considerar, impiden su ejercicio indirecto; pero, a la inversa, tampoco todas las facultades en que se puede descomponer un derecho fundamental pueden ser ejercidas en cualquier momento a través de un representante, como sucedería con el derecho de propiedad”.* Y en segundo lugar, *“que el menor pueda ejercer autónomamente sus derechos fundamentales también depende de que haya adquirido la capacidad de obrar necesaria, lo cual obliga al análisis de los criterios con los que el legislador puede concretar esa abstracta condición de ejercicio”*

indirecto; pero, a la inversa, tampoco todas las facultades en que se puede descomponer un derecho fundamental pueden ser ejercidas en cualquier momento a través de un representante, como sucedería con el derecho de propiedad". En segundo lugar, *"que el menor pueda ejercer autónomamente sus derechos fundamentales también depende de que haya adquirido la capacidad de obrar necesaria, lo cual obliga al análisis de los criterios con los que el legislador puede concretar esa abstracta condición de ejercicio"*.

Todo ello viene a decirnos que el ejercicio y la necesidad de protección, tanto con la utilización de la autoprotección como de la heteroprotección, dependerá en su medida, según se explica en la ley, de la valoración que el legislador considere en cada caso y relacionándolo con la protección que el menor en ese momento reciba por parte de sus tutores.

Por tanto el ejercicio autónomo por parte del menor y la necesidad de protección, tanto con la utilización de la autoprotección como de la heteroprotección, dependerá en su medida, según se explica en la Ley, de la valoración que el legislador considere en cada caso y relacionándolo con la protección que el menor en ese momento reciba por parte de sus tutores.

Consideramos, por tanto, importante hacer referencia a los dos tipos de ejercicio que acabamos de señalar: autoejercicio y heteroejercicio, para poder comprender mejor la importancia de estas capacidades en las situaciones de desprotección en las que un menor se puede encontrar, y como cada uno de ellas influye de una u otra forma en su capacidad de obrar, siendo esta mas limitada en uno u otro caso.

En este sentido es de gran interés el análisis efectuado por ALÁEZ CORRAL,⁴⁰ para quien en el ejercicio directo por el menor o entendido como autoejercicio, el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no todas las facultades que constituyen su contenido constitucional. Esto quiere decir que hay facultades del contenido de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre el logro del interés constitucionalmente protegido, sólo pueden ser ejercidas personal y directamente por el titular del derecho. Pero también existen otras facultades del mismo y de otros derechos fundamentales,

⁴⁰ Loc. Cit. ALÁEZ CORRAL, Benito; El ejercicio directo por el menor. (autoejercicio) pp 192.

que, aun siendo ejercitables por el guardador o representante legal del menor, éste puede ejercerlas por sí mismo alcanzada determinada capacidad.

Señala a tales efectos el citado autor⁴¹ “*en el primero de los ámbitos (actos naturales) se encuadran todos aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental*”. Es obvio que en el libre ejercicio del menor de sus derechos fundamentales el padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse, en nombre y representación de aquél. Ciertas facultades naturales del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, de creación artística, el derecho de reunión y manifestación o del derecho de huelga sólo pueden ser ejercitadas por el menor y añade ALÁEZ CORRAL⁴², que “*Fuera de aquellos supuestos en los que la actuación personal del menor es insustituible es obligada la intervención de los representantes o guardadores legales del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales*”.

Sin embargo aún en este ámbito existen actuaciones relevantes que el propio menor podría realizar por sí mismo. Como afirma ALÁEZ CORRAL, B., “*el reconocimiento que realiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor de una serie de derechos fundamentales al menor de edad, es una expresa confirmación legal de su capacidad para ejercerlos, con el único requisito adicional de la presencia de madurez suficiente*”.

Eso es una circunstancia que afecta tanto al menor como al mayor de edad y que no constituye una limitación jurídica de la capacidad de obrar libremente del primero, que en este caso posee desde su nacimiento y adquiere simultáneamente con la titularidad del derecho.

En cambio en el momento que el menor, debido a su edad se encuentra limitado, en el ejercicio de algunos de sus derechos es necesaria la figura de un tercero⁴³ que

⁴¹ Loc Cit. ALÁEZ CORRAL, Benito; pp 193.

⁴² Loc Cit. ALÁEZ CORRAL, B.; pp 193.

⁴³ Loc. Cit. ALÁEZ CORRAL, pp. 193 y ss., dice: “*tanto la legislación estatal como la autonómica encomiendan a los representantes legales, o a quienes tienen legalmente atribuida la protección del menor, el ejercicio de ciertas facultades que forman parte del contenido de los derechos fundamentales del menor*”. Sólo cuando se pueda satisfacer el interés del menor a través de la actuación del tercero, cabe esa modalidad de ejercicio indirecto. En este sentido, destaca también el autor, “*las facultades*

represente al menor. Aquí el legislador no ha concretado demasiado; en la LOPJM se apoya en el criterio de la importancia de la madurez y sobre qué se entiende por madurez suficiente, deja libertad al Juez para que se valore en cada caso como se considere en cada momento. Tampoco ha limitado la capacidad de obrar del menor de edad, y así aparece reflejado en la reciente LOPJM, Art. 2, proclama la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones de su capacidad de obrar, y regula el disfrute por parte del menor de una buena parte de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados.

Del mismo modo, otros ejemplos nos los encontramos en otras normas, así en el Art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, se permite al menor con suficiente madurez -capacidad para querer y comprender el sentido y alcance de la intervención- consentir una determinada intervención quirúrgica necesaria para salvaguardar su vida o su integridad física, sin necesidad del concurso de la voluntad de sus guardadores legales, ejerciendo, con ello, el derecho del Art. 15 de la CE. Consciente de ello, el Art. 162.2.1. del Código Civil, excluye de la potestad de representación paterna o materna aquellos “*actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”.

Ahora bien, una de las problemáticas que nos encontramos en este sentido, es el como definir que el menor tenga la suficiente madurez, qué entendemos por el concepto de madurez en el colectivo del menor, que parámetros han de seguir para considerarlo maduro, quien debe de valorarlo, y sobre todo si dependiendo de la edad podemos aplicarlos a todos por igual o no. El dejar un vacío legal, donde se da libertad para esta valoración provoca peligros, por ej. un médico puede verse comprometido si acepta las decisiones de un menor en el cual luego se produzca una complicación, y es por ello, que en muchos casos prefieren avisar a los tutores o derivar al Juez.

iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos a la realización del ámbito de libertad constitucionalmente protegido no parecen aptas para esa interposición de un tercero en el ejercicio de las mismas”. El pensamiento libre, el movimiento de un lugar a otro, la decisión de reunirse en un espacio físico, la expresión de ideas u opiniones, pero también la comunicación secreta, sólo pueden ser realizadas por el mismo sujeto que se beneficia de la libertad ideológica, la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones.

Los principales criterios que los diferentes ordenamientos jurídicos suelen utilizar para delimitar la capacidad de obrar del menor son: la edad y las condiciones de la madurez⁴⁴. Aquí tenemos que hacer especial mención de las limitaciones en cuanto a la edad del menor, ya que dependiendo de los tramos de edad en los que se encuentre, podrá realizar por si solo el ejercicio de derechos atribuidos al mayor de edad.

Aquí podemos distinguir tres edades: doce, catorce y dieciséis en las cuales, las diferentes capacidades que se consideran que pueden ejercer varían de unas a otras, así por ej. con doce años al menor se le otorga capacidad para ejercer el derecho a consentir el acogimiento familiar o residencial⁴⁵ y a ser oído en todo caso⁴⁶.

A los catorce años el menor puede contraer matrimonio con dispensa judicial y otorgar capitulaciones matrimoniales, al igual que también se le considera con la capacidad necesaria para reconocer hijos y/o contraer matrimonio⁴⁷. Puede realizar testamento -salvo el ológrafo- y optar por la nacionalidad española asistido por su RL y por la vecindad civil.

Con la edad de dieciséis años, se considera que el menor, tiene capacidad para realizar un trabajo remunerado según el Art. 6 y el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de los menores donde se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años, al igual que no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana, también se prohíbe realizar horas extraordinarias, la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos y sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral siempre que no suponga peligro para su salud

⁴⁴ Loc Cit. ALÁEZ CORRAL, B.; pp 193 , donde dice que “la adquisición de una determinada edad, bien sea general para todos los derechos, bien sea específica según de qué derecho o facultad se trate; la presencia de una determinada capacidad natural para el ejercicio de los derechos; o, por último, la exigencia de una determinada madurez intelectual”.

⁴⁵ Art. 173 del CC.

⁴⁶ Aparecen mencionaos en los Arts. 156, 159, 165, 177.3, 231, 273, 92,2 del CC., en el Art. 170.4 LEC y en la Ley 1/1995 de Protección de Menores en el Principado de Asturias.

⁴⁷ Art. 121 y 124 CC.

física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

Finalmente con dieciséis años, el menor también puede consentir en documento público actos dispositivos relativos a su patrimonio⁴⁸ Art. 166 CC, actos de Administración ordinaria de su patrimonio Art. 164 CC, consentimientos médicos medida duramente criticada en nuestro país sobre todo por la parte de la sociedad mas conservadora, cuando al tratarse de menores con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación y solo dejan cabida en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, donde entonces los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente Art. 9.3⁴⁹.

Conforme a la ley el menor puede, aceptar donaciones, siempre que no sean onerosas o condicionales⁵⁰, adquirir la posesión de los bienes⁵¹, ejercer la PP de sus hijos con asistencia de padres o tutores⁵², reconocer hijos con aprobación judicial si no tienen edad para contraer matrimonio.

En relación con los actos que puede ejercer el menor de forma autónoma, podemos citar como ej. el Código Foral de Aragón, el cual considera que el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo, según el Art. 7, ejercer los derechos de la personalidad y otorgar los actos y contratos propios de su vida corriente, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales al igual que llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes puedan realizar sin necesidad de representación o asistencia.

Otro ej. que podemos destacar es el que aparece en el CC. Catalán en su Art. 211-5, donde menciona como el menor puede hacer por sí solo -según su edad y capacidad natural- los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las

⁴⁸ Como ejemplo para comprender hasta que punto el menor puede dar su consentimiento y como se encuentra protegido, se refleja en RJ 2010\3631 Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 mayo 2010, Madrid, Jurisdicción Vía administrativa.

⁴⁹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁵⁰ Art. 625 y 626 CC.

⁵¹ Art. 443 CC.

⁵² Art. 157 CC.

leyes que los regulen establezcan otra cosa, al igual que también aquellos relativos a bienes o servicios propios de su edad, siempre y cuando estén de acuerdo con los usos sociales, y finalmente los demás actos que la ley le permita.

El CC. en sus Arts. 154 y siguientes combina los criterios de la edad y la madurez. La capacidad de obrar laboral, determina la capacidad para ejercer ciertas facultades como los derechos de huelga y sindicación, los cuales se adquieren, según el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a los 16 años para los menores emancipados o con la autorización de sus padres o tutores⁵³. En el ámbito procesal es donde, la aplicación del criterio de la edad es, en general, más rígida y donde plantea más problemas de constitucionalidad.

Aun así, ponemos en duda que por tener una u otra determinada edad tenga la capacidad suficiente para poder realizar cada acto, y el mero hecho de no existir una valoración de la capacidad de juicio crea incertidumbre y problemas a los profesionales que rodean el ámbito de la protección.

La madurez y la previsión legal de la misma, reconocen al menor la capacidad de obrar necesaria para celebrar contratos a través del ejercicio del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor el Art. 3.1 de 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, y el Art. 9.3.c) Ley Reguladora de la Autonomía del Paciente, respecto del derecho a la integridad física. También el Art. 9.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, utiliza el criterio de la madurez al referirse al derecho del menor a ser oído en los procedimientos administrativos que le afecten —y a través de los cuales ejerce sus derechos fundamentales—, cuando tenga suficiente juicio. Una solución muy parecida es la adoptada por el Art. 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

⁵³ **Art. 7.** Capacidad para contratar: Podrán contratar la prestación de su trabajo:

_Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el CC.

_Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que reproduce el criterio de la madurez utilizado por el ordenamiento administrativo material en su Art. 30 y el Art. 21.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, donde se vuelve a obligar a los estados a tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, en los procedimientos que le afecten. El ordenamiento se halla sujeto al mandato de optimización establecido en el Art. 39.2 y 3 CE. a la hora de disciplinar las relaciones paterno-filiales, las relaciones tutelares y de desamparo, las relaciones escolares u otras situaciones de sujeción general y especial en las que se puede ver inmerso el menor, y éste equivale a la realización del interés del menor.

3.4.3. Especial referencia de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y su trascendencia en el ámbito de su protección.

A principios del año 1996, nuestro legislador decidió desarrollar determinados derechos fundamentales atribuyéndolos expresamente al menor en la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*. En ella, además de importantes previsiones referibles al Derecho Privado -acogimiento, adopción, tutela, intervención del Ministerio Fiscal,...-, se presta especial atención a los derechos constitucionales de los menores.

En su Art. tercero, se les reconocen los derechos que les atribuyen la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte. Corrige así, en lo referente al derecho convencional, la imprecisa redacción del Art. 39.4., cuya interpretación más segura es la que circunscribe su virtualidad a los acuerdos internacionales ratificados por España, quedando en una nebulosa bastante ambigua la efectividad del derecho convencional no ratificado. Señala también el Art. 3, que la presente Ley y en general toda la normativa interna referida al menor, se interpretará de acuerdo a los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, en especial, a lo previsto en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989. Ya hemos comentado, no obstante, que en la materia específica de derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, esta interpretación viene ya obligada por el Art. 10.2.

Por otro lado, la referida Ley reconoce expresamente al menor -Art. 4 y ss.-, algunos de los derechos contenidos en la Sección 1.^a, del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, aunque no señala ninguna vinculación con ella. Parecería, en este sentido, que esta Ley es ajena a la declaración de derechos de la Constitución. Sin embargo, parece mas bien que hace un desarrollo de ciertos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Ley Fundamental, adaptándolos a la situación de minoridad y a la consabida falta de plena capacidad de obrar. Es en este sentido muy significativo el carácter de Ley Orgánica que la propia Ley otorga, en su Disposición final vigésimo tercera, a las disposiciones que desarrollan derechos y libertades fundamentales, cumpliendo así lo establecido en el Art. 81 de la Constitución.

Esta atención prestada por la Ley a los derechos del menor en el ámbito público constituye una novedad en nuestra legislación postconstitucional. La normativa sobre menores ha venido refiriéndose tradicionalmente a las figuras clásicas del derecho civil y no ha reparado demasiado en las cuestiones que suscita el tema que examinamos. La Ley de protección del menor parte, según señala su propia Exposición de Motivos, de un nuevo planteamiento en los derechos del menor en el que pueden destacarse tres notas fundamentales: la primera, *“reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”* acorde con su desarrollo; la segunda, interpretación restrictiva de las limitaciones que pudieran derivarse de su condición, principio que recoge expresamente el Art. 2, párrafo 2.º; y tercera, matización del contenido de algunos derechos para combinar la necesaria protección que requiere su edad con la posibilidad de ejercitarlos.

Además, sobre todos estos principios hay que situar el de la primacía del interés del menor que prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir -Art.2, párrafo 1.º-. Mayores dificultades plantea, sin embargo, el principio sentado al final del precepto mencionado a cuyo tenor: *“cuantas medidas se adopten al amparo de la presente ley deberán tener un carácter educativo”*. No acertamos a imaginar el alcance que este enunciado pueda tener. Si, como la propia ley obliga, se parte siempre del interés del menor como valor primario, todo lo hecho en interés del menor debe ayudar por coherencia lógica a su educación en el sentido establecido en el Art. 27.2 de la CE.

El fin educativo no vendría sino a reforzar el principio de actuación en interés del menor.

En cuanto a los derechos regulados expresamente por la Ley del menor, hay que advertir que no son sino una selección, de derechos fundamentales del menor. Quizás se han querido desarrollar aquellos en los que la minoría de edad puede provocar más matices en orden a su ejercicio, dando por supuestos algunos otros como: la vida, la integridad, la seguridad... establecidos por la Constitución y por la Convención sobre Derechos del Niño. Centrándonos ahora en los derechos recogidos por la Ley, vamos a destacar los aspectos que nos parecen más controvertidos.

El Art. 4 reafirma al menor en la titularidad de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Son estos derechos, como decíamos, imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Corresponden a la persona por el mero hecho de serlo y, en términos estrictos, no implican ejercicio, no requiriendo por tanto capacidad de obrar. Su contenido consiste básicamente en un deber general de abstención o de respeto, pasándose de esta manera directamente de la titularidad a la defensa del derecho, en la cual el menor siempre debe estar representado⁵⁴.

Llama la atención la imprecisión e inseguridad que supone averiguar si el menor tiene o no suficiente madurez. Respecto al consentimiento del representante legal, los entendidos en la materia como HIERRO Liborio, consideran importante aconsejar a los Fiscales –en caso de que no se cumpla con la comunicación previa exigida por la ley y se prevea que la divulgación de la noticia supondrá una intromisión en la intimidad o la imagen del menor–, que se efectúe una labor anticipada dirigiéndose a los representantes del menor y medios de comunicación implicados para advertirles de las consecuencias jurídicas. El mismo autor, HIERRO Liborio, entiende como importante

⁵⁴ Del desarrollo que de los mismos hace el Art. 4 de la Ley, podemos resaltar dos aspectos:

- a) En el apartado 2.º de este artículo parece que el legislador no ha incluido como causa de intervención del Ministerio Fiscal las intromisiones en el derecho a la propia imagen del menor, si bien ésta puede quedar amparada en la cláusula general “contraria a sus intereses”.
- b) El apartado 3.º introduce una importante novedad que, como dice la Exposición de motivos, refuerza los mecanismos de garantía previstos en la *Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Esta, en su Art. 2.2, viene a decir que no se apreciará intromisión ilegítima cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso. Para los menores, prevé en el Art. 3 que ellos mismos prestarán el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil, o en su defecto, su representante legal, que deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

el sugerir a los fiscales las posibilidades de aplicación de la figura del desamparo en el caso de “*una reiterada exposición pública del menor*”⁵⁵. La Instrucción 2/1993 de la Fiscalía General del Estado, Pág. 13, sin embargo, no incluye ningún criterio que oriente al Fiscal, en caso de tener competencia, para dar o no el visto bueno al consentimiento. HIERRO Liborio⁵⁶ opina que la intimidad de los niños “*nunca podría ceder por razón de consentimiento salvo cuando su desvelamiento –como la utilización de su imagen– repercutiese en su propio superior interés (esto es, en desarrollo de su proceso educativo, de su participación en la vida cultural, en la reafirmación de su propio honor, etc.)*”. Con esta configuración quedaría salvada para el autor la posibilidad de conocer las cualidades artísticas, deportivas, etc. del menor.

Desde el punto de vista del derecho, la regla general en la actuación de fiscales y jueces debería ser impedir siempre que el consentimiento de los representantes legales del menor legitime intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen. Nadie debería poder representar al menor en orden a dar el consentimiento a una intromisión en su honor, pues, siguiendo el criterio expuesto por el autor HIERRO Liborio⁵⁷, no acertamos a imaginar ningún supuesto en el que la intromisión en el honor del menor repercuta en su propio interés. En principio, no afectaría a la intimidad el que el menor desarrolle públicamente actividades artísticas, deportivas, etc. En cuanto al derecho a la propia imagen, sólo deberían autorizarse supuestos que de algún modo beneficien al menor, evitando siempre que el beneficio sea exclusivamente satisfacer la codicia de los mayores.

En cualquier caso, a la situación descrita se ha añadido, como hemos dicho hace un momento, un importante refuerzo de carácter garantista. El Art. 4.3, de la Ley del menor dice: “*se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o*

⁵⁵ “No puede limitarse la actuación del fiscal a la impasible contemplación de maquinaciones familiares que, orientadas hacia el tan fácil como inesperado rendimiento económico, puedan perjudicar gravemente el proceso de socialización del menor y, con ello, su desarrollo integral”. *Instrucción 2/1993 de la Fiscalía General del Estado*, pp. 13.

⁵⁶ HIERRO Liborio, “Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”. *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3, 2000 pp. 390.

⁵⁷ *Loc cit.* *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3, 2000 pp. 392.

reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso (y esto es lo importante) si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales". Se trata, según consta en la Exposición de Motivos, de *"proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve"*. Así, desde el momento en que se avisa a los medios de comunicación de que el consentimiento no es suficiente para legitimar la intromisión, cabe suponer un mayor cuidado en éstos a la hora de realizar referencias a menores. Pero a pesar de esta encomiable intención, desde el punto de vista de la jurisprudencia, no es suficiente⁵⁸.

El Art. 4.3 supone una clara modificación del régimen previsto para el consentimiento del menor en el Art. 3 de la Ley orgánica 1/1982. Sin embargo, la ley del menor no lo reforma expresamente, dejando en manos de otros la articulación de estas dos previsiones. Sólo alude a la utilización de imágenes o nombre de los menores. Con ello está limitando en gran medida la efectividad del precepto, pues quedaría excluida de su aplicación, por ejemplo, la difusión de información relativa a la intimidad del menor, que seguiría el régimen previsto por la Ley 1/1982, lo cual no parece que esté muy justificado, ya que es uno de los supuestos que con más frecuencia genera abusos.

El Art. 6 reconoce al menor el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. Sin embargo, hay que contar con el hecho de que el menor está en un proceso de formación de su propia identidad ideológica, religiosa, etc. Desde este punto de vista, los padres o tutores no sólo tienen el derecho y el deber de cooperar para que el ejercicio de esta libertad contribuya a su desarrollo integral, como dice el apartado tercero, sino lo que es más importante, tienen el derecho y el deber de cooperar en la propia formación y desarrollo de la conciencia ideológica y religiosa del menor - recordemos el Art. 27.3 de la CE-, siempre eso sí, dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (Art. 27.2 de

⁵⁸ Diferentes autores han hecho mención sobre el tema como TEJEDOR MUÑOZ, L.: *"Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños del honor, a la intimidad y a la propia imagen"*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 700, pp. 840; LASARTE ÁLVAREZ, C.: en *"Principios de Derecho Civil. Parte General"*, 14. Ed. Marcial Pons, pp. 169, Madrid, 1998; e IBÁÑEZ VIVERO, F.: *"La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad"* en El Desarrollo de la Convención de los Derechos del Niño en España, coord.: VILLAGRASA ALCAIDE / RAVETLLAT BALLESTÉ, pp. 93, Barcelona, 2006.

la CE.). Analizando esto, la libertad ideológica del menor puede verse vulnerada por los propios padres, cuando la educación o formación que está recibiendo posea, por ejemplo, tintes sectarios o contrarios a la dignidad humana. En estos casos se produce una manifiesta vulneración del derecho a la libertad ideológica, del derecho a la educación, además de un incumplimiento de los deberes de protección y asistencia de los padres. Fuera del ámbito familiar, la tutela de este derecho resulta mucho más sencilla. Cualquier violación del mismo por parte de los poderes públicos, puede desencadenar los mismos recursos de protección del derecho que en el caso de los adultos, con la inevitable matización de la representación paterna o en su defecto de la instancia pública competente.

Los derechos de expresión y de información son también reconocidos al menor por la Ley (Arts. 5 y 8). No obstante, una vez más estos derechos están matizados dentro del ámbito familiar por la especial relación paterno-filial. Fuera de ella, padres y representantes legales deben, en nombre del menor, recabar la tutela en caso de su violación, de igual forma que se hace para los mayores de edad.

El Art. 5.1, dice: “ *los menores tienen derecho a recibir la información adecuada a su desarrollo*”. De aquí la importancia de delimitar la libertad de expresión y de información fundados en la protección de la juventud y de la infancia del Art. 20.4. de la CE.

Es importante destacar en este apartado, cómo el derecho a tener opiniones y a expresarlas aparecen como los derechos más importantes prometidos por la Convención, el derecho de los niños a formarse sus propios puntos de vista y de expresarlos. La Convención obliga a los Estados a asegurarse de que los jóvenes sean escuchados y de que los medios apropiados para ello estén disponibles⁵⁹.

Los Estados pueden legislar para restringir estos derechos, pero solo en la medida que sea necesario para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

⁵⁹ El Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de 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."

Asimismo, la libertad de expresión y acceso a los medios de comunicación en el Art. 13 dice: "El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño".

para la protección de la seguridad nacional o el orden público y para proteger la salud o la moral públicas.

En cuanto al derecho del menor a ser oído en los procedimientos administrativos y judiciales -Art. 9-, hay que hacer constar que no es sino el desarrollo adaptado al menor de un aspecto del complejo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva - Art. 24-; derecho éste imprescindible para la persona y, por supuesto, para el menor. La importancia de esta previsión de la ley del menor radica, en la generalidad de su planteamiento. Aunque el principio de que el menor sea escuchado cuando tenga suficiente juicio es ya tradicional en algunos supuestos concretos previstos por el ordenamiento, a partir de esta Ley se convierte en un derecho general para cualquier procedimiento que le afecte. Como señala la Exposición de Motivos estamos ante una nueva concepción del menor, como sujeto activo y con capacidad progresiva para ejercer derechos. El Art. 9 reconoce al menor el derecho a ser oído, no sólo en el ámbito procedimental administrativo y judicial, sino incluso también en el ámbito familiar, lo que supone un correlativo deber de los padres de escucharlo. Se trata de un derecho que reconoce la Ley al menor, pero que no es, evidentemente, un derecho fundamental.

Llevar a la práctica este derecho parece sinceramente imposible. ¿Cómo se articula su tutela en caso de vulneración? Un derecho vale lo que valen sus garantías, y en este derecho no encontramos mecanismos que sirvan de garantía para su cumplimiento. En el mundo real, la vulneración en el seno familiar de derechos como éste, o como los de reunión, expresión..., estén expuestos a una dejación general de los deberes paternos que puede ayudar a fundamentar las acciones de las Entidades Públicas y del Ministerio Fiscal, incluida, por supuesto, la declaración de desamparo. Porque, como hemos ido viendo, la lesión concreta de cada uno de estos derechos en la familia difícilmente puede originar una acción judicial: deberíamos disponer de un Fiscal en cada familia para velar por el cumplimiento puntual de estos derechos, lo cual, obviamente, es imposible.

Capítulo II. CONCEPTO LEGAL DE DESPROTECCIÓN, VALORACIÓN E INTERVENCIÓN Y MEDIDAS DE ACTUACIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN.

A lo largo de toda la evolución de las leyes, el legislador paulatinamente ha ido tomando mayor conciencia de los diferentes grupos desprotegidos que conviven en nuestra sociedad, y ha intentado elaborar medidas de protección para paliar las diferencias que existen entre unos y otros. Uno de los grupos al que nos referimos y el cual tratamos de desarrollar a lo largo de este trabajo es el de menores. No solo se ha intentado dar esta protección desde el punto de vista jurídico¹ sino también desde el social, político y psicológico. Existe cada vez mas una mayor sensibilización de la población hacia este colectivo, y como los problemas de la infancia y la adolescencia son entendidos como tales al considerarlos como fácilmente influenciables² de forma a veces no siempre positiva, por ello, es importante garantizar ese pleno desarrollo integral del menor ante una sociedad cambiante y en algunos casos dañina.

La creación de un marco jurídico de protección de los derechos del menor, intenta adecuarse también a los cambios que la sociedad va generando y a los nuevos modelos familiares, que ya no son nucleares, sino que varían en función de las circunstancias y que pueden llevar a que el menor corra el peligro de encontrarse en situaciones de riesgo; aunque no por ello el antiguo modelo familiar proporcionase absolutamente toda protección, ni mucho menos, en ocasiones se produce el efecto contrario, y también es importante crear medidas que valoren el gran abanico de posibilidades que puedan darse.

¹ En España se encuentra recogido en el Art. 39 de la CE, que establece: 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos. 3. Los padres deben de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista de los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

² RUIZ JIMÉNEZ, J.: “*La capacidad del menor*” en Curso sobre la Protección Jurídica del Menor. Aspectos teóricos y prácticos AAVV, obra coordinada por POUS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, pp. 34, Madrid 2001.

La familia³ - en todas las actuales modalidades⁴ -, es el elemento básico de la sociedad y el medio natural en el que los menores deben crecer y desarrollarse para favorecer su bienestar. El desarrollo pleno y armonioso de la personalidad de cualquier menor precisa de su crecimiento en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión⁵.

Los poderes públicos⁶, por tanto, tienen la obligación de actuar a favor de los menores, asegurándoles un bienestar integral y garantizándoles toda la protección prevista en los acuerdos internacionales que recogen los derechos de la infancia.

Por ello, en tanto en cuanto, nuestro sistema administrativo de protección de menores es mixto, entran a formar parte tanto la familia como los poderes públicos para la asistencia y protección del menor. En el caso de que la familia por los motivos que sea, no pudiera realizar el ejercicio responsable de la crianza del menor, las Administraciones Públicas deben entonces de actuar de forma subsidiaria a través de los Servicios Sociales⁷ de protección de menores.

³ El Art. 39 de la CE indica en su párrafo primero que, “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

⁴ Entre las clases de familias en sociología se refieren: a la tradicional o patriarcal, extensa, nuclear, homoparental, monoparental, funcional...etc.

⁵ Aparece recogido en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, publicada en el BOE el 31 de diciembre de 1990, entrando en vigor el 5 de enero de 1991.

⁶ La CE en su Art. 1 dice: “ España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁷ CASADO, D. y GUILLEN, E.: “*Introducción a los Servicios Sociales*”. Ed. Acebo, Madrid, 1987.

2.- DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS ENTRE RIESGO Y DESAMPARO.

Cuando el menor se encuentre en cualquier situación que perjudique su desarrollo personal o social, que no requiera la asunción de la tutela, la actuación de los poderes públicos, deberán garantizar en todo caso los derechos que le asisten, se orientarán a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Para estos fines la Ley del Principado de Asturias establece las actuaciones preventivas para evitar las causas que originen deterioro del entorno sociofamiliar del menor y de su marginación, llevando a cabo medidas de valoración y apoyo en colaboración con los Servicios Sociales tanto autonómicos como municipales o con las entidades colaboradoras -asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro-

El CC. también permite que la Entidad Pública se haga cargo de la guarda del menor, a petición de los titulares de la patria potestad o tutela del menor, cuando por circunstancias graves se encuentren en una situación que les impida encargarse de su cuidado.

La situación de riesgo podríamos decir, por lo tanto, que es aquella en la que el menor y la familia necesitan apoyo y ayuda de las Administraciones Públicas para solventar sus problemas y prevenir su deterioro, que podría desembocar en una situación de desamparo con la consiguiente necesidad de separación del menor de su núcleo de convivencia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la Entidad Pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

Ahora bien, existen motivos por los que se puede producir o entender que se produzca una situación *de desamparo*⁸, tres son los motivos principales: que no tengan

⁸ La vigente Ley estatal de Protección Jurídica del Menor de 1996, no enumera las causas del desamparo; sin embargo, si lo hacen las que cada Comunidad Autónoma fue desarrollando, y en el Principado de Asturias, en la Ley 1/1995, del 27 de enero, donde si aparecen recogidas en los Art. 33 y ss., y donde aparece citado el Art. 172.2, que dice: “cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrá solicitar de la Entidad Pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario. La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de

padres o tutores, que haya un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, y finalmente que concurra un imposible ejercicio de esos deberes.

En el primer caso, *inexistencia de padres o tutores*⁹, es cuando la intervención de la Entidad Pública, se produce sin ningún problema ya que no existe, ningún tipo de oposición, y cuando dicha asistencia se hace muy necesaria ya que el menor no tiene ningún tipo de asistencia. Puede darse en las situaciones en las que los padres, son desconocidos, o aquellos privados de patria potestad; en este último caso, si existen parientes y beneficia al menor, se constituiría la tutela ordinaria a su favor, pudiendo así favorecer la reinserción del menor dentro de la propia familia¹⁰.

En el segundo supuesto, *incumplimiento o inadecuado ejercicio* de los deberes de protección -manteniéndonos siempre en el supuesto extremo-, la medida a seguir sería la tutela automática por parte de la Administración, ya que aquí existe un déficit por parte de los padres o tutores, en los deberes morales y materiales¹¹.

que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo se asumirá la guarda por la Entidad Pública cuando así lo acuerde el Juez, en los casos en los que legalmente proceda.

Sobre esa materia DIEZ GARCIA, H.: “Desamparo de menores y acogimiento”, en Aranzadi, Vol III, pp. 2-5, 1999, ARCE FERNÁNDEZ, I.: “ El desamparo de Menores, Normativa y Práctica del Principado de Asturias”, Universidad de Oviedo, 2011, FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : “El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”, Ed. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, y MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta; “El Desamparo de Menores”, Ed. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2005; todos ellos hacen interesantes reflexiones sobre lo que ellos entienden sobre desamparo y como la aplicabilidad de este proceso afecta a la jurisprudencia en su toma de decisiones.

⁹ Cuando hablamos de los casos donde puede producirse un desamparo, ahondamos en un terreno que parece complicado, donde las diferentes disciplinas opinan de forma dispar, y que quizás la falta aun de coordinación entre unas y otras provoque la falta del desarrollo de un buen criterio homogéneo a seguir. La consideración de proclamar en desamparo a un menor cuando éste no tuviese padres o tutores que le guardasen, le tuviesen en compañía y le proporcionasen los elementos material y emocionales suficientes para el buen desarrollo evolutivo del menor, estamos pensando en la total inexistencia de progenitores, ni redes familiares de apoyo que le puedan proporcionar todo lo necesario, y es por tanto, cuando cae la necesidad de actuación por parte de la Administración.

¹⁰ Art. 239.4 del CC.

¹¹ Según el Art. 172.1, “la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”; el Art. 170 exige una sentencia judicial para la “privación total o parcial de la patria potestad”, y finalmente el Art. 172.6 señala que: “las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles antes la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

Y finalmente el tercer y mas polémico motivo por el que se puede determinar la declaración de desamparo es el *imposible ejercicio de los deberes de protección* por parte de los padres. Llegados a este punto no se llega a un acuerdo sobre si los padres, o tutores, han de ser o no culpables de tal situación, de hecho son muchos los casos en los que por determinadas circunstancias aquellos no pueden hacerse cargo del menor y acuden a la Entidad Pública que intervendrá a favor del interés del menor y mas tarde adoptar las medidas necesarias al caso.

En estos casos podemos pensar en situaciones donde por ej. - acudiendo a la realidad en la que vivimos- la falta de trabajo y la carencia de recursos económicos, impide a unos padres el ofrecer el alimento, vivienda y protección necesario, pero no por ello han de considerarse aquí culpables de tal situación, sino que debido a una situación puntual, les impide realizar tal ejercicio, y una vez superado, podrán volver a ofrecer al menor la cobertura de todas sus necesidades.

Una de las innovaciones introducidas en 1996 por la LOPJM¹² fue precisamente la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo dando lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad Pública. Así, mientras la ley mantuvo el concepto de desamparo en los términos de la legislación anterior, introdujo una nueva institución jurídica: la del riesgo. El Art. 17 de la LOPJM señala que en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por 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 y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

A) Aspectos generales del desamparo.

Con la expresión *deberes de protección* recogido en el Art. 172.1. del CC. dice que *“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(...) Se considera como*

¹² Las actuaciones pertinentes que pueden llevar a cabo los poderes públicos en las situaciones de riesgo y desamparo del menor, están recogidas, en los Art. 17 y 18 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del CC. y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. 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”, y los Art. 154 y 259 del CC. se hace referencia al contenido personal de la patria potestad o de la tutela. Se concretan en el derecho-deber de velar por el menor, tenerlo en su compañía y procurarle una formación integral. Ninguna de estas obligaciones se cumple cuando existe un caso de desamparo.

a) El incumplimiento debe de entenderse, como real, material y grave; no teniendo en cuenta aquellas situaciones provisionales o transitorias de incumplimiento; excluyendo aquellos casos donde los padres no pudiendo hacerse cargo del menor, otros parientes o terceros sí lo realizan, aquí no cabe la declaración de desamparo¹³.

Cuando nos referimos al incumplimiento, nos referimos a una falta total de ejercicio de la patria potestad, donde los progenitores se han desentendido de su papel. Aquellos casos donde, por poner un ejemplo, el menor, lleva una vida independiente, inestable, sin control ni preocupación por parte del progenitor/a.

Y cuando nos referimos al inadecuado ejercicio, -por poner dos ejemplos-, se entiende como comportamientos poco adecuados, dentro del núcleo familiar, cierta agresividad o violencia, en la cual el menor ha sido víctima de malos tratos físicos o psíquicos; o la falta de ingresos de sus padres hace imposible su cuidado.

b) Junto a ello una privación de asistencia material o moral, dentro del Ordenamiento Jurídico español y en la C.E. se protegen el desarrollo y la dimensión moral de la persona. Según el Art. 10 *“la dignidad humana es fundamento del orden político y de la paz social”*.

La ausencia de ayuda moral se refiere a la carencia del ambiente idóneo para desarrollar libremente su personalidad, falta de una formación integral, educación,

¹³ FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : *“El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes”*, Ed. Thomson, Aranzadi, pp. 71, Navarra, 2007.

trasmisión de valores y principios y una convivencia familiar adecuada¹⁴ y por lo que se refiere al ámbito material, el desamparo tendrá lugar cuando el menor no tenga cubiertas sus necesidades mas elementales: alimento, vestido, vivienda, etc.

Estas carencias derivan del inadecuado cumplimiento del ejercicio de los deberes paterno-filiares, y se considera, por tanto, que existe una situación de desamparo cuando concurren ambos planos: material y moral, que debido al imposible o inadecuado ejercicio de los padres de los deberes de protección legal respecto al menor, se pone de manifiesto a través de la carencia de recursos económicos imprescindibles para atender a su alimentación, la falta de condiciones de higiene personal y de vivienda, ausencias del núcleo familiar o falta de comunicación entre los progenitores¹⁵.

c) En tercer lugar, debe mediar un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes de protección y la inasistencia al menor. La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento de los deberes tuitivos, sin que en el supuesto del menor se haya puesto en duda la relación de causalidad entre los deberes propios de la guarda y la situación del menor¹⁶.

d) De otro lado tanto en el Art. 172.1 del CC., como en el Art. 1 de la LOPJM se refieren a los casos donde interviene la Administración cuando haya un menor de edad en situación de desprotección¹⁷.

Ahora bien, cuando la situación que se da es de un menor no emancipado, pero que sí vive de forma independiente según el Art. 319 del CC., cabe decir que la patria potestad sobre el menor no se ha extinguido por lo que en caso de necesidad, son los padres, o tutor, quienes deben de hacerse cargo, no podemos considerarlo en caso de desamparo, ya que las funciones no están siendo incumplidas al encontrarse el menor viviendo de forma independiente, y las causas son parecidas a las de un menor que se encuentre emancipado.

¹⁴ Idem. FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : “*El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*” pp. 72.

¹⁵ Ibídem FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : “*El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*” pp. 72.

¹⁶ Ibídem FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : “*El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*” pp.72.

¹⁷ Ibídem FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B. : “*El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*” pp.73.

d) Finalmente, un ejemplo del que nos vamos a servir para explicar la incidencia de la guarda de hecho en la declaración de desamparo, sería cuando un menor carece de padres, por haberlos perdido en un accidente, pero la familia más cercana como pueden ser los abuelos, realizan la figura del guardador del menor, proporcionándoles a estos lo necesario para el desarrollo adecuado, y procurándoles, alimentos, educación y recursos suficientes para su crecimiento personal. En estos casos no podríamos considerar al menor en una situación de desprotección, ni mucho menos de desamparo, si no que cabría la posibilidad de que esos familiares se hagan cargo de ellos mientras se define la figura del tutor, o simplemente, se mantendrían en la situación de guarda de hecho hasta cumplir la mayoría de edad.

3.- DETECCIÓN, VALORACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN.

3.1.- Introducción.

En este apartado consideramos importante destacar la actuación del trabajador social, en los casos de desprotección de menores; no olvidemos que por encontrarse más cercano en el trabajo a la población, juegan un papel importante en el análisis y detección de situaciones tanto de riesgo como de desamparo.

Es importante en un primer momento clasificar el grado de riesgo que corre cada menor y, por ello, dependiendo de la situación de riesgo, existen dos clasificaciones: leve o moderado /alto; y se procederá de la siguiente manera:

En aquellos casos, en los que la situación de riesgo es LEVE: no es preciso la emisión de informe. Quedará en el expediente familiar toda la documentación recabada a tal efecto (informes escolares, médicos, etc) y las gestiones de la intervención debidamente cumplimentadas y fundamentadas (entrevistas, coordinaciones, visitas a domicilio, comparencias, contrato de compromisos, etc). Desde las Unidades de Trabajo Social (UTS), se articularán los apoyos necesarios para solventar las dificultades de los padres en la atención adecuada de sus hijos (tramitación de guardería, recursos de ocio y tiempo libre, apoyo escolar, etc).

En aquellos casos donde la situación de riesgo es: MODERADO / ALTO: en el supuesto de que se haya valorado un pronóstico positivo del caso, las UTS, emitirán un informe técnico solicitando la inclusión del caso en el Equipo de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia (EITAF). Previa a esta solicitud se habrá explicado a la familia el motivo del tratamiento, en que consiste, que profesionales van a estar implicados¹⁸, y se contará con la aceptación por parte de la familia.

En el caso de que la familia no acepte la intervención, ni asuma problemática alguna en la atención de los menores (pronóstico negativo), se emitirá informe técnico

¹⁸ EITAF: Equipo multiprofesional, formado por: psicólogo/a, educador/a y el/la trabajador/a social de la Unidad de Trabajo Social que tenga asignada/o.

con propuesta de apertura de expediente de protección con intervención técnica dirigido al Programa de Familia Infancia, para su traslado la Consejería de Bienestar Social y Vivienda. En el momento que a la familia se le comunique la apertura del expediente se intentará la intervención con el EITAF, que en el caso de que no sea posible se comunicará a la Consejería competente.

Por lo que se refiere a la situación de desamparo, el Art. 172 del CC. define como tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, siendo en este caso la Administración autonómica la competente para asumir tanto la tutela por ministerio de la ley como la guarda temporal de los menores. En el Principado de Asturias la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, es el que se encarga de la tutela siendo asumida por la misma.

Aquí es importante señalar, que a nivel estatal no existe una calificación de las situaciones como tales concretadas, pero sí existen en la normativa de algunas de las leyes autonómicas, que son realmente importantes; para poder detectar los casos y buscar las soluciones oportunas a cada uno; también es importante señalar, que en algunos casos donde la tutela es asumida por familiares, o por otros en los que recaiga el cargo, y no desempeñan las funciones de tutores, se este dando una desprotección que en algunos casos no es conocida, y que debería de tenerse en cuenta.

En las situaciones de desamparo, las actuaciones que se han de llevar a cabo para su solución es la puesta también en conocimiento de la entidad correspondiente, se trasladaran a la Coordinadora del Programa de Familia Infancia, con la emisión de informe técnico. Desde el Programa de Familia Infancia se dará traslado a la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de forma urgente para que el menor sea separado de su familia. Normalmente, desde que se da traslado de la situación de desamparo, y hasta que se ejecuta la medida protectora, (principalmente por motivos procedimentales), suele pasar un tiempo, en que el menor continúa con su familia.

Desde los Servicios Sociales Municipales¹⁹, y aún a pesar de haber trasladado la situación a la Entidad competente, no podemos dar por finalizada la intervención de los trabajadores sociales; sino que se continuarán realizando seguimiento de la situación del menor, bien directamente con la familia y si no es posible, por fuentes indirectas (centro escolar, centro de salud, guardería, etc) trasladando información actualizada y reiterando la propuesta inicial al Programa de Familia Infancia, para que se derive a la Consejería, insistiendo en la necesidad de la separación del menor de su núcleo familia.

Una vez ejecutada la medida, se reiniciará la intervención con la propia familia o la extensa, dependiendo del caso, para una reunificación del menor con su entorno familiar siempre y cuando sea posible.

3.2. Detección de las situaciones de desprotección.

Las/os trabajadoras/es sociales de las Unidades de Trabajo Social constituyen, como ya hemos dicho, un pilar fundamental en la detección de las situaciones de desprotección de menores. Por su cercanía a la población, son buenos conocedores de la realidad social que rodea la desprotección de menores.

Muchos casos son detectados a través de los propios Servicios Sociales a lo largo de las diferentes tareas de información, valoración, intervención o seguimiento, individuales o en el núcleo familiar, que realizan los trabajadores sociales. En otras ocasiones, la posibilidad que tienen de coordinarse con otros servicios como guarderías, centros escolares, centros de salud, etc, les permite tener un conocimiento bastante cercano y rápido de las situaciones de desprotección infantil.

En esta detección se establecen dos objetivos básicos: el de verificar cualquier sospecha de desprotección de un menor que sea comunicada al profesional, y reunir toda la información posible que permita realizar una valoración de la misma, para posteriormente establecer la intervención más adecuada.

La detección precoz de estas situaciones permite intervenir preventivamente antes incluso de que la situación de desprotección se haya producido, o reduciendo y evitando la posibilidad de que un niño sea separado de su familia.

¹⁹ <https://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/>

Desde las Unidades de Trabajo Social se puede detectar una serie de indicadores de riesgo en las familias, sin la necesidad de una intervención interdisciplinar: el aspecto descuidado en la higiene y en el vestido (por observación directa, por información del centro escolar, guardería, etc); la vivienda precaria / hacinamiento (por visitas al domicilio); los ingresos económicos muy escasos o inestables (análisis documental); las relaciones familiares conflictivas (entrevista, etc), consumos habituales de drogas/ alcohol (observación, etc); violencia doméstica; la existencia de sintomatología psiquiátrica (información del sistema sanitario, entrevista, observación, etc), ausencia de apoyos de familia, amigos, vecinos, etc; la dificultad de acceso a recursos educativos, sanitarios, de ocio, etc; manifestación de problemas de control sobre el menor (entrevista: hace lo que quiere, es malo, desobediente, etc); ausencia de supervisión sobre las actividades del menor (desconocimiento de lo que hace, a donde va, si acude a clase, quienes son sus amigos, etc); utilización del menor como apoyo habitual al trabajo y a las tareas domésticas que no corresponden a su edad (cuidado de hermanos, preparación de comidas, limpieza, etc); manifiestas dificultades del menor para relacionarse con su grupo de iguales, se quejan de características marginales de sus amigos; y por último los padres dificultan o impiden a los distintos profesionales el contacto con el menor.

3.3. Valoración de la situación de desprotección del menor.

Una vez recabada toda esta información se realizará una valoración de la situación sociofamiliar (descripción de los datos recabados detallando los factores de riesgo y los factores positivos de la familia de cada apartado) que nos llevará a concretar el diagnóstico.

Para ello debemos por una parte estudiar los factores de riesgo²⁰ y de protección²¹ del menor, por otra los factores de riesgo y protección de los tutores y finalmente los factores de riesgo y protección sociales.

En los factores de riesgo del menor, debemos determinar las dificultades en su desarrollo evolutivo: físicas, emocionales, deficiencias; y las dificultades en la

²⁰ Entendemos por causas de riesgo aquellas situaciones que impiden o dificultan el desarrollo pleno, adecuado e integral del menor.

²¹ Entendemos como factores de protección, aquellas situaciones en las que el menor tiene cubiertas las necesidades básicas y evolutivas que fomentan el desarrollo integral del menor.

interacción social: por tempranos comportamientos de conducta antisociales, por falta de habilidades o recursos personales para la integración social.

Mientras que en los factores de protección, debemos de analizar si existe, un adecuado desarrollo evolutivo físico y emocional, una adecuada integración y participación en el entorno escolar (rendimiento y asistencia), una adecuada integración social con iguales y adultos (competencia social), capacidad de autoprotección, autonomía e independencia, autoestima, y habilidades de solución de problemas.

Los factores de riesgo de los tutores son: la ausencia de apego emocional, la violencia / conflicto entre padres, padre / madre menor, aislamiento social de la familia, consumo de drogas en los padres, antecedentes de maltrato en los padres, disciplina errática e incoherente, falta de normas claras y supervisión, problemas o deficiencias físicas y / o psicológicas.

Y los factores de protección que los tutores tienen en relación con el menor como: pautas de crianza basadas en el control positivo, apego y vinculación emocional, disciplina coherente, pautas que estimulan la independencia y autonomía, supervisión con límites y normas claras, habilidad de los padres para comunicarse y resolver problemas, maternidad deseada y planificada, familias conectadas con redes sociales de apoyo, y un adecuado ajuste emocional de los padres.

Finalmente cabe que valorar también los factores de riesgo sociales que rodean al menor: si los padres no cuentan con amigos, familiares, vecinos que les proporcionen apoyo y ayuda para cuidar al menor, si no hay otros familiares u otros adultos con rol protector conviviendo en el domicilio del menor, si en el domicilio conviven otras personas, adultas o menores, que exigen un alto grado de atención y cuidado por parte de los cuidadores, si no existen otros familiares ni amigos o vecinos con capacidad o disposición de ayuda, si no se dispone de sistemas de apoyo que proporcionen ayuda material, técnica, emocional o informativa, si no existen o no se puede acceder a recursos comunitarios aplicables para superar la situación de desprotección, si no existen recursos especializados de protección de menores a los que se pueda acceder para superar la situación de desprotección, o si los únicos recursos especializados de protección de menores aplicables exigen la separación del menor de sus padres.

O si por el contrario los factores de protección son elevados: si los padres pueden contar / confiar en amigos, familiares, vecinos para que les proporcionen apoyo y ayuda para cuidar al menor, si hay otros familiares u otros adultos con rol protector conviviendo en el domicilio del menor, si existen otros familiares y también amistades y vecinos con capacidad y disposición de ayuda, si existe disponibilidad de sistemas de apoyo que proporcionan ayuda material, técnica, emocional e informativa cuando lo requieren, si hay disponibles recursos comunitarios aplicables para superar la situación de desprotección, si existen recursos especializados de protección de menores a los que se puede acceder para superar la situación de desprotección.

3.4. Intervención en casos de desprotección.

Como se ha indicado la intervención de los Servicios Sociales Municipales²² en situaciones de desprotección en menores, puede darse por las siguientes situaciones:

1. *A petición del organismo competente* (oficio de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, Juzgado o Fiscalía).

2. *Por derivación de otros servicios* (centro educativo, centro de salud, Hospital, Salud Mental Infantil, etc) a través de informe técnico.

Tanto en el caso 1 y 2 y dependiendo de la urgencia de la situación; si la valoración inicial es de no urgente, se citará a la familia, por notificaciones, en la Unidad de Trabajo Social, que por motivos de confidencialidad en el Asunto solo se especificará “entrevista”. En el momento que acudan a entrevista se les explicará claramente el motivo. Si el caso se considera urgente se citará a la familia por teléfono o se acudirá directamente al domicilio explicándoles en ese momento el motivo de la citación, salvo que la situación no lo aconseje, procediendo como en el caso anterior.

3. *Detección directa por parte de la Unidad de Trabajo Social* ante demanda distinta a la planteada por parte de la familia.

Cuando la Unidad de Trabajo Social tenga sospecha de que se está produciendo situación de desprotección infantil hacia los menores de una familia con la que se está interviniendo, se informará a la familia de la necesidad de recabar información del

²² “Guía para la intervención en los casos de desprotección infantil desde los Servicios Sociales Municipales”. Unidades de Trabajo Social y Equipos de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia. Ayuntamiento de Oviedo, 2007.

ámbito educativo, escolar, etc, mostrando siempre una actitud de ayuda y no de control, e informando a la familia de aquellos aspectos en los que se valora atención deficiente con talante educativo.

4. Tras recibir notificación (escrita o verbal, anónima o no) en la Unidad de Trabajo Social de un vecino, familiar, etc.

Si el caso no es oficiado desde el Programa de Familia Infancia, se remitirá por correo electrónico a la Coordinadora de Familia Infancia los datos de la unidad familiar y el motivo de la intervención para que lo pueda registrar en la base de datos y realizar seguimiento del caso.

En cualquier caso, será el Programa de Familia Infancia, el encargado de la supervisión y coordinación de las intervenciones / actuaciones de las Unidades de Trabajo Social en la materia, mientras que la aplicación de los distintos recursos asistenciales, promocionales, etc, corresponderán al Programa de Trabajo Social de Zona.

Inicialmente se comprobará minuciosamente si existen antecedentes en la Unidad de Trabajo Social de referencia o en el Centro de Servicios Sociales a través de la coordinación del programa. Dependiendo de la situación a valorar y la complejidad añadida, las Unidades de Trabajo Social podrán solicitar al Programa de Familia Infancia, el apoyo de otro técnico o la colaboración de la Policía Local. En todos los casos se asignará el nivel de prioridad (respuesta urgente, preferente u ordinaria).

5. Si el informante quiere mantener el anonimato: En el caso de que la familia sea conocida por la Unidad de Trabajo Social, se citará a la familia con objeto de realizar seguimiento de su situación, y se procederá a dar información de un recurso puntual que puede servirles de apoyo. En el caso que la familia no tenga antecedentes, antes de citar a la familia se intentará recabar información de otras fuentes como Centro de Salud, Centro Escolar, etc.

Si el informante colabora en la investigación y se ofrece a mediar para que la familia acuda a los Servicios Sociales, se mantendrá contacto con la familia, bien a través del informante o a través de citación, explicando claramente el motivo de la intervención.

Independientemente de lo anterior, si el caso es calificado de urgente, se mantendrá contacto inmediato (teléfono, visita a domicilio, etc). Una vez mantenido el primer contacto con la familia, en el que ha sido informada del motivo de la intervención (valoración de la situación sociofamiliar de cara a evaluar una posible situación de desprotección infantil), se procede a recabar información de las siguientes fuentes:

_ Entrevistas posteriores con los progenitores y adultos que tengan relación con los menores otros familiares, cuidadores, etc.

_ Información del sistema sanitario y escolar mediante la petición de informes por escrito a través del Programa de Familia Infancia.

_ Análisis documental (petición de oficio de documentos relativos a la situación económica de la unidad familiar, acreditación documental de la situación, documentación solicitada a la familia, etc.)

_ Visitas al domicilio de la unidad familiar.

_ Coordinación con otras entidades que puedan estar relacionadas con la familia (ONG,s, ..)

4.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN SITUACIONES DE RIESGO Y DESAMPARO.

4.1. La separación del menor del entorno familiar.

Las situaciones en las que puede ser necesario proponer una medida de separación son variadas y dependerán de las múltiples situaciones que puedan presentarse, por ello la importancia de que aparezcan definidas en la legislación. La separación sólo deberá proponerse cuando se constate la imposibilidad de asegurar la protección y el bienestar del menor en el domicilio familiar a causa de la presencia de una o varias de las siguientes circunstancias: la peligrosidad de las condiciones en que vive o de la desprotección que está sufriendo; su elevada vulnerabilidad; la ausencia o no disponibilidad de sus padres o responsables legales; la ausencia total o extrema limitación en la capacidad de los padres o responsables legales para hacerse cargo adecuadamente del cuidado del menor; la falta de conciencia en los padres o responsables legales de sus deficiencias en el cuidado del menor; la falta de colaboración de los padres o responsables legales en la intervención de los Servicios Municipales; la falta de fiabilidad del compromiso de los padres o responsables legales respecto al cuidado del menor; la propia manifestación de los padres o responsables legales de poder perder el control o hacer un daño severo al menor; la inexistencia de personas o factores de control en el entorno familiar que puedan proteger al menor.

La valoración de que puede ser necesaria una medida de protección hacia un menor puede producirse en cualquiera de las fases de intervención de los Servicios Municipales.

4.2. Casos en los que han de plantearse si es posible la aplicación de medidas alternativas a la separación.

Además de las citadas situaciones en las que se han de tomar medidas de separación, en los casos de extrema urgencia también desde las UTS, se ha creado un procedimiento a seguir. La actuación en situaciones de urgencia no siempre implica la adopción de medidas legales de protección. Más aún, los Servicios Municipales siempre

deberán valorar, en primer lugar, si es posible eliminar ese riesgo mediante la utilización de recursos alternativos a la salida del menor del domicilio familiar²³.

Entre estos recursos, se encuentran la intervención de familiares o personas del entorno natural de la familia que puedan contener la situación de crisis²⁴ y el desarrollo de una intervención especializada en situaciones problemáticas, con presencia intensiva de profesionales.

Bien que pretendemos decir con esto último, no es más que darle la importancia que ello conlleva la puesta en funcionamiento de un equipo multidisciplinar²⁵, donde cada uno es fundamental, y desarrollará en coordinación con los demás integrantes del grupo y junto con la familia, las líneas de intervención, para salir de esa situación de urgencia.

El traslado del tutor responsable de la desprotección a un centro especializado de tratamiento (por ejemplo, centro psiquiátrico, programa de tratamiento de toxicomanías) y el mantenimiento del menor en el domicilio bajo el cuidado de una figura parental competente (padre / madre o familiar). La separación del menor de su familia como medida de urgencia sólo debe proponerse cuando exista un peligro grave e inminente para su salud y su integridad básicas y no haya sido posible reducirlo mediante otras medidas. Cuando sea necesaria la separación, la alternativa de que el menor permanezca con su familia extensa (siempre y cuando ésta pueda asegurar su bienestar y los padres o responsables legales, el menor y la familia acogedora estén de acuerdo con la medida) deberá ser prioritaria a cualquier otra.

Aquí pretendemos poner de relieve las diferentes situaciones problemáticas, donde al intervenir el equipo multidisciplinar se encuentra, y ofrecen alternativas al cambio de la situación en la que los tutores se encuentran sin que por ello, pierdan la

²³ Con los recursos alternativos, nos referimos a ayudas por ej. económicas, sociales, de apoyo al entorno, etc, y todas aquellas que facilitasen la salida de la situación de urgencia del entorno del menor.

²⁴ Lo que en derecho se entiende como aquella protección que los familiares más cercanos vuelcan en el menor, y proporcionan los elementos materiales y morales que cubran esas necesidades del menor, que por las razones que fueren no están siendo cubiertas por sus tutores.

²⁵ Hablamos de equipo multidisciplinar de intervención, teniendo en cuenta que estamos refiriéndonos fuera del ámbito del derecho, cuando el trabajador social, el educador social, y el psicólogo social, trazan un plan de intervención y actuación con la familia, a la que siempre hay que tener en cuenta durante todo el proceso, por ej. Si los padres del menor se encuentran en situación de desempleo, se les orientará a la búsqueda, y se les acompañará a la realización de entrevistas, si la problemática es sobre el cuidado del menor y la higiene del hogar, el educador, pautará una normal de limpieza, y les mostrará las herramientas necesarias para que adquieran los conocimientos adecuados para el cuidado del menor, o si por ej. el menor tiene comportamientos inadecuados se analizará el motivo de por qué los tiene y como poder modificarlos.

tutela del menor, siempre y cuando tomen en serio las intervenciones que han de realizar y pongan de su parte.

Ahora bien, también existen situaciones donde es imposible que se tomen medidas alternativas a la separación del menor de la familia y que consideramos importantes señalar, cuando el trabajo se hace duro y las medidas que desde el campo social carecen de eficacia y han de pasar al campo del derecho y aplicabilidad de la legislación.

Entre las situaciones que implican un grave peligro para un menor se encuentran aquellas, en las que ni la madre ni el padre o responsables legales del menor están dispuestos a cuidar de él o éste se niega a permanecer en el domicilio. Cuando se trata de un menor nacido con síndrome alcohólico-fetal o síndrome de abstinencia (se exceptúan los casos de hijos de madres en tratamiento con metadona).

También en las que el menor no tiene satisfechas las necesidades físicas mínimas, tales como comida, vestido, refugio y cuidados médicos y sus padres o responsables legales se niegan o son incapaces de cubrirlas; aunque tienen medios económicos o rechazan las ayudas económicas o de otro tipo que se les ofrecen para resolver este problema.

Cuando hay pruebas claras de que los padres o responsables legales no tienen capacidad para proporcionar al menor el cuidado mínimo que necesita y no hay recursos (por ejemplo, familiares, recursos públicos) para suplir este déficit mientras se lleva a cabo la valoración del caso.

También en aquellos casos en los que hay pruebas médicas de que el maltrato físico o la negligencia son tan severos como para poner al menor en riesgo de muerte o de padecer lesiones graves.

Cuando existen indicadores fiables de una situación de maltrato o abandono que, sin intervención, puede amenazar la vida del menor, y los padres o responsables legales rechazan cualquier tipo de ayuda.

O cuando los padres o responsables legales han amenazado verbalmente con matar al menor o lo han intentado (aun cuando no se hayan producido lesiones severas). Las pruebas médicas apoyan la hipótesis de que se ha intentado envenenar deliberadamente al

menor o hay marcas en su cuerpo que indican que ha sido agredido con un arma mortal o que ha sido golpeado con un objeto pesado.

Cuando el menor indica que se va a hacer daño a sí mismo y sus padres o responsables legales no adoptan ninguna medida para prevenirlo o evitarlo; se ha producido una nueva situación de maltrato o abandono severo después de haberse ofrecido servicios de apoyo a la familia; ha habido abusos sexuales al menor por parte de un pariente o de un conocido de la familia y sus padres o responsables legales no hacen nada para protegerle o el menor es explotado sexualmente por sus padres o responsables legales o es utilizado por ellos para el ejercicio de la prostitución.

Aquellos casos de abuso sexual intra-familiar, si el abusador vive en la casa o tiene acceso al menor, y no hay ningún adulto que apoye al menor y el abusador es uno de los padres o responsables legales; ambos padres o responsables legales participaron en el abuso; el abuso sexual se ha producido con violencia o el menor ha padecido una lesión física; el menor ha padecido serias lesiones físicas que han requerido un examen / tratamiento médico y el abusador todavía vive en la casa o se cree que tiene acceso al menor; el abusador ha amenazado con matar al menor o con infligirle daño físico si no obedecía a sus deseos o si desvelaba el abuso; se han realizado actos estrafalarios o rituales como parte del abuso (por ejemplo, cautiverio, enemas); el abusador incapacitó al menor con drogas o alcohol; la madre, padre o responsable legal no abusivo no cree al menor y mantiene su apoyo o alianza con el abusador.

Todos y cada uno de los casos han de estudiarse y valorarse para la puesta en funcionamiento de mecanismos de trabajo, y la derivación a otros mecanismos institucionales donde es necesaria la intervención de otros profesionales que tratarían de modificar esa situación.

El trabajador social buscará el compromiso y aceptación de la familia, para facilitar la intervención del equipo multidisciplinar, elaborará el diagnóstico social del grupo familiar, que da lugar a la elaboración del plan de intervención. Establecerá con el resto del equipo, el plan de actuación a desarrollar en cada caso, fijando horarios, frecuencia, objetivos específicos, etc. También se encargará de la orientación, información y gestión acerca de los recursos sociales que encuentre al alcance de la familia y puedan ajustarse a sus necesidades, así como de la coordinación con otros sistemas de servicios y otros profesionales implicados en el caso. Llevará a cabo el

seguimiento del tratamiento conjuntamente con el psicólogo y los educadores. Intervendrá activamente aprovechando sus contactos con la familia y los recursos sociales que maneja para incidir en los cambios de comportamiento. Y finalmente emitirá informes técnicos.

El psicólogo analizará la evolución o diagnóstico inicial de los aspectos psicológicos del grupo familiar, determinando los objetivos comportamentales a trabajar. Realizará el seguimiento del caso con el resto del equipo. Propondrá sesiones de orientación familiar en los casos que la problemática lo aconseje. Potenciará el trabajo de grupo con los padres con similares problemáticas para tratar aspectos de relación y educación y finalmente emitirá informes técnicos.

El educador social realizará el diagnóstico educativo de la familia. Trabajaré la intervención educativa en el contexto familiar (dentro y fuera del domicilio). Potenciaré el cambio de actitudes, hábitos y comportamientos que eviten situaciones de deterioro y marginación infantil. Acompañaré a los distintos miembros de la familia siempre que se estime oportuno y únicamente en aquellos casos que tenga carácter educativo (entrenar en habilidades sociales, enseñar actitudes autónomas, etc.). Mediaré entre la familia y su entorno socio-cultural. Participaré con el equipo en la evaluación global de la intervención y por último emitirá informes técnicos.

Es importante que se entienda que todo el trabajo del equipo se realizará con la familia, que ha de estar en todo momento informada y con los que se realiza y pacta el plan de actuación de cada profesional, no se toman medidas al margen, sino en conjunto y con la colaboración de las personas con las que se va a intervenir, y cada una de las actuaciones busca que el menor siga dentro del entorno familiar, salvo claro esta, en aquellos casos concretos donde se atente contra su integridad, física, psicológica o emocional.

4.3. Medidas previstas en el Principado de Asturias²⁶.

La actuación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias será siempre guiada por el principio de primacía del interés superior del menor. En el ordenamiento jurídico se garantiza su primacía sobre cualquier otro interés legítimo concurrente²⁷.

Se otorgara prioridad a la acción preventiva y, a tal efecto, se fermentarán las actividades públicas y privadas dirigidas a favorecer la integración familiar, interviniendo especialmente con familias en situación de riesgo. Se otorgara siempre prioridad a la actuación en el entorno familiar del menor, para evitar, que este sea separado del mismo, desarrollándose programas de intervención familiar capaces de orientar a los progenitores, tutores, o guardadores en el adecuado ejercicio de sus deberes de asistencia y cuidado, ante cualquier detección de deficiencias o irregularidades en el ejercicios de los mismos.

La Administración, en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección referidas, actuara con la máxima flexibilidad y regida por el principio de proporcionalidad, para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación concreta del menor.

La Administración deberá de velar por arbitrar los medios necesarios para posibilitar la recuperación de la convivencia, bien en el núcleo familiar de origen o bien con otros miembros de la familia. También se garantizará la convivencia entre los hermanos, incluso en aquellos casos en que por imposibilidad de su propia familia sean necesarios recursos alternativos para su mejor desarrollo integral. Si esa convivencia resultase imposible, se debe facilitar la conservación de los vínculos existentes, siempre que ese vínculo no resulte perjudicial para el menor. Tener también en cuenta para toda intervención contar con el menor, su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

²⁶ ARCE FERNÁNDEZ, Irene; *“El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias”*, Universidad de Oviedo, 2011.

²⁷ Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño; el Art. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; y el Art. 6.2.b) de nuestra ley 1/1995 de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, así como el Art. 158 del Código Civil, proclaman este principio del superior interés del menor como principio supremo, básico en materia de protección de menores.

Finalmente comentar la importancia de sensibilizar²⁸ a la población ante situaciones de indefensión de los menores, mientras que los entes públicos promoverán la participación y la solidaridad social promoviendo una adecuada conciencia social en relación a los problemas de los menores, e impulsando la participación de instituciones, asociaciones y fundaciones de carácter no lucrativo en cuantas actividades de atención al menor se consideren convenientes. Se impulsaran políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales que en todo caso, no podrá quedar afectado por la falta de recurso sociales básicos.

Dentro del Principado de Asturias las medidas que podemos llevar a cabo aparecen recogidas en: la *Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor*, en su Art. 31 dice que : “se hará de conformidad con lo establecido en el Art. 172.1 del Código Civil”²⁹ y donde “se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

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. Los principios rectores por los que se rige la Ley, están recogidos en el artículo 6³⁰ de la misma.

²⁸ Los Arts. 11.2.e) de la Ley 1/1996 y el Art. 6.2.h) de la Ley 1/1995 preceptúan que la actuación de la Administración del Principado de Asturias en materia de protección de menores conlleva la sensibilización de la población en relación a los derechos del menor y la actuación ante situaciones de indefensión.

²⁹ Art. 172.1 del CC, el cual dice que: “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, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”.

³⁰ Art. 6 de *Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor*, 1. A los efectos establecidos en la presente Ley, la actuación de la Administración del Principado de Asturias se inspirará en los principios generales del sistema público de Servicios Sociales. 2. Específicamente, en el ejercicio de las competencias en materia de protección de menores serán principios rectores en toda actuación de la Administración del Principado de Asturias los siguientes:

La Administración del Principado de Asturias, a través del órgano que resulte competente, incorporará expediente informativo en orden a la determinación de la posible situación de desamparo en que pueda encontrarse un menor, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes³¹: abandono voluntario del menor por parte de su familia; ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos físicos o psíquicos al menor; trastorno mental grave de los padres, tutores o guardadores, siempre que impida o limite gravemente el adecuado ejercicio de los deberes que tales instituciones conllevan; drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; abusos sexuales por parte de familiares o terceros en la unidad familiar del menor; inducción al menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; y finalmente cualesquiera otra situación que traiga causa del incumplimiento o del inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda sobre el menor.

En el Art. 32 de la *Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor*, aparece recogida la denuncia, donde cualquier persona y, en especial, quien, por razón de su profesión, tuviera conocimiento de la existencia de alguna de las situaciones contempladas en el artículo anterior, deberá ponerlo en conocimiento de la Administración del Principado de Asturias, sin perjuicio del deber de denunciar los hechos ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal si fuesen constitutivos de delito. Tal obligación se extiende a todas aquellas instituciones y

-La defensa de los derechos constitucionales del menor y de los reconocidos por los acuerdos internacionales.

-La supremacía del interés del menor como criterio de actuación.

-La prevención, como medida prioritaria, de situaciones de desprotección y graves carencias que afecten al bienestar social del menor.

-La subsidiariedad respecto a las funciones inherentes a la patria potestad.

-La coordinación con los diferentes poderes públicos que actúen en la atención de menores.

-El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que ello no resultara conveniente para el interés primordial del menor.

-La integración familiar y social del menor.

-La sensibilización de la población en relación a los derechos del menor y la actuación ante situaciones de indefensión.

-La promoción de la participación y de la solidaridad social.

-La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado y pluridisciplinar en la adopción de las medidas.

-La confidencialidad en la tramitación de expedientes de actuación protectora.

³¹ Art. 31 de la *Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor*.

entidades, tanto públicas como privadas, que tuvieran relación con menores y que hubiesen adquirido conocimiento de alguna de las situaciones señaladas.

De aquí por tanto, tenemos la importante obligación de informar a los entes públicos de cualquier situación que afecte de forma grave al menor, y la necesidad de que la población este sensibilizada mediante campañas que apoyen la protección del menor. Por ello, aquellas profesiones mas cercanas al menor (como pueden ser el profesor, educador, pediatra, etc), han de estar preparadas y formadas para detectar estas situaciones y actuar en los casos que lo requieran.

Se promoverá la posibilidad de que sea el propio menor quien ponga de manifiesto su situación, bien a la Administración del Principado o a los Servicios Sociales Municipales. La Administración del Principado de Asturias cuidará, en todo momento, de garantizar la absoluta reserva y confidencialidad de la denuncia o comunicación efectuada.

Para que ello se pueda llevar a cabo, se requiere también de una buena información que pueda ser ofrecida en los centros educativos, por ser el espacio en el que el menor pasa el mayor tiempo, además del hogar familiar.

En el Art. artículo 33, de la *Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor*, aparece citada la declaración del desamparo, donde la situación habrá de ser declarada por la Administración del Principado de Asturias, mediante acuerdo motivado al efecto en todo caso y previa la instrucción de expediente encaminado a valorar los hechos que concurran, salvo supuestos de urgencia debidamente justificada y que demanden una actuación inmediata, en cuyo caso, la instrucción del expediente se realizará con posterioridad.

Aquí se tendrán en cuenta, todos los casos en los que el menor, pudiendo ser objeto de desprotección y no teniendo ningún tipo de apoyo familiar, o recursos que palien su situación, no quede otra opción que la de separarlo del entorno en el que se encuentra.

Finalmente, podemos decir que en el Art. 18 de la citada ley del Principado de Asturias, aparecen señaladas las medidas de protección que han de tomarse en los casos en los que se hayan comprobado la desprotección y acreditado el desamparo del menor:

el apoyo familiar para promover el bienestar y desarrollo integral del menor en su medio familiar de origen, como pueden ser el apoyo del educador en el hogar, o la puesta en marcha de recursos comunitarios que favorezcan la salida de la situación en la que se encuentre el menor; la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, previa declaración de la situación de desamparo o, en su caso, la promoción del nombramiento judicial de tutor para el menor; la guarda del menor; el acogimiento familiar del menor, - siendo todas estas medidas como fin último a seguir- ; la propuesta de adopción del menor ante el Juzgado competente - si existiese la posibilidad de ello-; el alojamiento en centros si el resto de medidas resultasen inviables; y finalmente y en relación con todo lo anterior el ejercicio de cuantas acciones civiles o penales pudiesen corresponder al menor, incluso la demanda de privación de la patria potestad sobre el menor, siempre que la Administración del Principado de Asturias se encuentre legitimada para ello; siendo también aplicadas cualesquiera otras que redunden en interés del menor, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Toda medida de protección ha de ser motivada, revestir forma escrita y requerirá propuesta previa de la Comisión del Menor regulada en el Art. 23³² de esta Ley, salvo aquellos supuestos de urgencia debidamente justificados.

³² **Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor**, en su Art. 23 habla sobre la creación de la Comisión del Menor y dice: 1. Se crea la Comisión del Menor como un órgano colegiado integrado por profesionales responsables de las distintas áreas relacionadas con la protección, formación y atención de los menores, cuya composición y funcionamiento deberá ser objeto de desarrollo reglamentario. 2. Serán funciones de la Comisión del Menor las siguientes:

- Elevar propuestas al órgano decisor respecto a las medidas de protección que se consideren más idóneas en orden al interés primordial del menor.
- Revisar aquellas medidas de protección adoptadas excepcionalmente en supuestos de urgencia debidamente justificada, proponiendo su confirmación o revocación.
- Elevar propuesta al órgano decisor respecto a la idoneidad de los acogedores o adoptantes que hayan presentado las correspondientes solicitudes en el registro constituido al efecto.
- Elevar propuesta de reconocimiento al órgano decisor de las instituciones colaboradoras de integración familiar.
- Elaborar anualmente un informe sobre las inspecciones realizadas por la Administración a centros de menores, basándose en los datos suministrados por la propia Administración. Dicho informe, con recomendaciones, se elevará al órgano decisor.
- Promover investigaciones que permitan un mejor conocimiento de la situación y de los problemas de la infancia y la familia.
- Desarrollar acciones informativas, divulgativas, formativas o de otra índole que, dirigidas al conjunto o sectores concretos de la sociedad, favorezcan una mejor comprensión de los problemas de los menores.
- Cualesquiera otras que pudieran ser solicitadas por la Administración del Principado de Asturias respecto a las medidas de protección de menores contempladas en la presente Ley.

También en Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Art. 18 podemos contemplar las actuaciones en situación de desamparo; cuando la Entidad Pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el Art. 172 y siguientes del CC, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Cada Entidad Pública designará el órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento.

En este mismo Art. se citan también los Arts. 222³³ y 239³⁴ del CC., como importantes en la toma de medidas de protección de menores en situación de desamparo.

Esta claro que nos encontramos en el Principado de Asturias, con una nutrida legislación para la protección del menor de edad, que intenta evitar que existan situaciones donde el menor se sienta desprotegido. Los órganos competentes al igual que los Servicios Sociales, intentan diagnosticar, valorar y evaluar las situaciones que puedan darse y fomentar que el menor siempre se quede dentro del entorno familiar, o que en el caso de no poder seguir, al menos se mantengan lazos y funciones parentales para evitar la desvinculación del menor, excepto en las casos que debido a la extrema urgencia o peligro del menor, han de separarlo de la familia.

³³ Art. 222 del CC, donde habla de los sujetos que estarán bajo tutela:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- Los menores que se hallen en situación de desamparo.

³⁴ Art. 239 del CC., donde cita como la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el Art. 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el Art. 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Capítulo III. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO.

1.- INTRODUCCIÓN.

Siguiendo el hilo conductor del trabajo y antes de darlo por finalizado, es conveniente hacer una reflexión sobre las consecuencias que producirían una declaración de desamparo. Estos mecanismos que se ponen en funcionamiento, no son solo meras formalidades legales, sino medidas que pretenden proteger de alguna forma al menor.

Por ello, tanto la tutela por ministerio de ley, como la guarda administrativa o legal y el acogimiento de menores, en sus diversas modalidades, son medidas que se toman tras un estudio de cada caso y analizando cual de ellas podría ser la mas adecuada para el menor. En cada una de ellas, se intenta modificar lo menos posible el entorno del menor, el alejamiento de las redes familiares o sociales que tenga. La medida de acogimiento residencial se intenta siempre barajar como el último recurso y en caso de que las anteriores hayan sido descartadas incluso, después de haber intentado el trabajo multidisciplinar dentro de la familia.

Es difícil llegar a aplicar cada una de estas medidas, y siempre se tendrá en cuenta, como ya hemos explicado al principio de este trabajo, que el principio de la supremacía del interés del menor, es el arma inicial de todo trabajo con menores. No podemos olvidarnos que a edades tan cortas podría ser gravemente perjudicial un cambio brusco del entorno que podría propiciar el desarraigo familiar, y por ello a excepción de casos extremos, siempre se intenta evitar. Se busca, dar las herramientas adecuadas y necesarias a la familia del menor, para que por si mismos y con los recursos comunitarios que disponen, salgan de la situación que les impiden el adecuado ejercicio de cuidado y protección del menor.

Una vez aclarado, que las medidas que siguen son tomadas de forma concienzuda por el equipo que trabaje en cada caso, procedemos a explicar lo que conlleva cada consecuencia y lo que para el menor representaría.

2.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA POR EL MINISTERIO DE LA LEY, LEGAL O AUTOMÁTICA Y LA GUARDA ADMINISTRATIVA O LEGAL.

La tutela por ministerio de ley¹ se produce cuando la administración constata el hecho de que el menor se encuentra en situación de desamparo; en estos casos tras la preceptiva declaración, la Entidad Pública esta obligada por la Ley de forma automática a asumir la tutela del mismo, y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda. Aparece regulada en el Código Civil en el Art. 172.1², y fue introducida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que sustituye el anticuado concepto de abandono por el de desamparo, posteriormente modificado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Art. 18. La Administración en estos casos, interviene, protegiendo al menor ante la situación de desamparo³, adoptando la medida de tutela⁴.

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, si bien, 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, sin olvidar que incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela (Art. 174).

¹ POUS DE LA FLOR, M^a. P. / TEJEDOR MUÑOZ, L.: *“Protección Jurídica del Menor”*, pp.132 y ss. Madrid, 2009

² También se refieren a la tutela administrativa los Arts. 222, 239 y 261 del CC.

³ Autores como FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, L. : *“La tutela Administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los tribunales tutelares de menores”*, en la Revista general de Derecho, pp. 1983 y ss., 1989, LORCA MARTINEZ, J. en su artículo: *“La tutela ex lege o tutela de los menores en situación de desamparo”*, en la Actualidad Civil núm. 2, pp.. 1817 a 1823, 1989, y ALONSO, B.: *“Actuaciones de riesgo y desamparo de menores. Tutela automática y guarda”*, en La Ley, núm. 6, pp. 1727 a 1749, 1997, nos hablan de la finalidad que persigue la Tutela Automática en los procedimientos con menores, y señalan la importancia que tienen debido a que los tutores no pierden el contacto con el menor, y se considera como una medida provisional para que facilitar que una vez superadas las problemáticas el menor vuelva a su familia, sin que por ello exista ningún riesgo.

⁴ En el Art. 239 dice: la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad pública a la que se refiere el Art. 172...se procederá al nombramiento del tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste.

En la tutela automática, el menor pasaría a estar, por tanto, bajo la Entidad Pública, pero, los progenitores, no estarían exentos de responsabilidades, sino que de manera puntual, si bien la Administración se haría cargo del menor, ellos seguirían teniendo potestad suficiente para, en representación del propio menor, realizar actos en materia patrimonial que beneficien a éste

La aplicación de la tutela automática lleva consigo la suspensión⁵ de la patria potestad⁶ o de la tutela ordinaria, pero no por ello los padres que ya no tienen la patria potestad, dejan de tener responsabilidades hacia el menor, y además tienen el derecho y la obligación de relacionarse con sus hijos menores⁷, pues se piensa que puede ser conveniente para su desarrollo, a no ser que el Juez suspenda tal medida, o que sea perjudicial para el menor.

Es importante explicar a los tutores el hecho de que aunque la Administración tenga la tutela del menor, ellos han de seguir en constante relación con él, ya que esta medida es entendida de forma puntual y se busca la reinserción del menor en la familia, una vez superados los impedimentos que dificultasen el adecuado ejercicio de las funciones de los tutores hacia el menor.

La tutela automática finaliza termina, por las mismas causas que la tutela ordinaria: mayoría de edad, adopción, fallecimiento del sometido a tutela, concesión de beneficio de la mayor edad, recuperación de la patria potestad y fin de la incapacitación; además de por cesar la situación de desamparo, por que se constituya tutela ordinaria, o por las mismas que en el acogimiento familiar⁸.

Por su parte la guarda administrativa o legal es aquellas que asume, temporalmente, la Administración, a solicitud de los padres o tutores o del Juez, cuando

⁵ Se pierde temporalmente la guarda del menor pero no la titularidad de la patria potestad o de la tutela sobre el menor.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C.: *“Derecho de Familia”*, pp. 385, Marcial Pons, Barcelona 2008.

DÍAZ HAMBRONA, M^a. D. / HERNÁNDEZ GIL, A., *“Lecciones de Derecho de Familia”*, pp. 505, Madrid, 2007.

⁷ Art. 160 del CC.

⁸ Arts. 173.4 del CC.

concurran determinadas situaciones⁹. Esta forma de protección, que ejerce la Administración, a través de la guarda, se produce tras una solicitud “*extrajudicial*”, si la solicitan los padres o tutores cuando por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor, o “*judicial*” cuando es solicitada por el Juez en los casos que legalmente proceda. En ambos casos la guarda tiene carácter transitorio.

La Entidad Pública, una vez solicitada la guarda temporal por los interesados, tramita el correspondiente expediente. En él analiza y estudia las circunstancias alegadas y la situación personal, social y familiar del menor, y después, oídas las partes interesadas, dicta la resolución que proceda. Si procede la guarda, se hará constar por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración. Se asumirá la guarda por la Entidad Pública cuando así lo acuerde el Juez, en los casos en que legalmente proceda¹⁰

Hay que tener en cuenta aquí también que, aunque los padres o tutores cedan temporalmente a la Administración la guarda de sus hijos, es necesario tener claro que no por ello se extingue la patria potestad ni la tutela; lo que ocurre es que determinadas funciones se delegan a la Administración. Los padres tienen derecho de visita y comunicación con el menor, salvo que se impidiera por resolución judicial¹¹. Finalmente destacar que la función de guarda de la Administración se ejercita a través del acogimiento familiar o residencial, y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

Esta medida deja de funcionar por las mismas razones que la tutela y el acogimiento, por finalizar las causas graves que las originaron, a solicitud de quienes pidieron la intervención de la Administración, o por acordarlo así la Entidad Pública. También se extingue por mayoría de edad del menor, emancipación o habilitación de edad; por quedar sujeto a tutela ordinaria o por adopción.

⁹ POUS DE LA FLOR, M^a. P. / TEJEDOR MUÑOZ, L.: “*Protección Jurídica del Menor*”, pp. 144 a 148, Madrid, 2009.

¹⁰ Art. 172.2 del CC.

¹¹ Art. 160 y 161 del CC.

Cuando existe una situación de crisis familiar transitoria y los tutores acuden a la Entidad Pública competente para que asuma el cuidado personal del menor, es diferente a cuando existe una situación mas grave y duradera en el tiempo donde la protección ha de considerarse como automática.

Por lo tanto, es necesario diferenciar las situaciones en las que el menor se encuentre en el momento en el que se recurre a la Administración y así existen una serie de diferencias entre ambas medidas de protección.

La tutela tiene carácter automático, *ex lege* y se impone por Ministerio de la ley. La guarda en cambio necesita solicitud por parte de las personas que tengan potestad sobre el menor, o bien una declaración del Juez.

En ambos casos los tutores acuden a esta medida cuando no pueden hacer frente a la educación, alimentos o asistencia básica del menor, por cualquier circunstancia grave y justificada.

Otra diferencia es que en el ejercicio de la tutela y de la patria potestad son incompatibles, sin embargo, la guarda es compatible con la patria potestad o la tutela ordinaria. En el caso de la tutela *ex lege*, la finalidad es alejar al menor del entorno familiar, mientras que en la guarda, se pretende dar protección al menor durante el tiempo que dure la situación familiar que dificulte ese ejercicio.

El origen de la medida también es un claro diferenciador, ya que el desamparo es el supuesto por el cual ha de tomarse la medida de la tutela automática; mientras que en la guarda, bastaría con que los progenitores acrediten la imposibilidad material de poder atender al menor.

En su ámbito de actuación ambas medidas se diferencian en que mientras la tutela automática puede extenderse al aspecto personal y patrimonial del menor; la guarda comprende solo la asistencia personal.

Por último, hay que tener en cuenta que el fin de toda guarda es que el menor pueda volver al entorno familiar una vez superada la problemática como ya antes apuntaba, la reintegración del total contenido de la patria potestad o la tutela, siendo excluida la adopción. La tutela administrativa persigue también la finalidad de reinserción del menor en la familia de origen, pero si esto no fuera posible, puede

constituirse el acogimiento preadoptivo o una adopción en su caso, en un futuro y si las circunstancias lo permiten¹².

3.- EL ACOGIMIENTO DE MENORES.

Esta medida de protección de menores hace efectiva la realización de la guarda o tutela administrativa, y consiste en integrar al menor en una familia, o en un establecimiento adecuado a tal fin¹³. Significa, por tanto la separación del menor de la familia originaria. La figura del acogimiento fue introducida por la Ley 21/1987, y modificada por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El procedimiento para formalizar el acogimiento puede ser: Administrativo¹⁴ o Judicial¹⁵. En ambos casos su régimen y efectos son civiles, y esta regulación deber ser completada con la específica de las distintas Comunidades Autónomas.

El acogimiento constituido por la Administración -a través de una resolución administrativa-, y establecido para que sea ejercido por la persona, o personas, que sustituyan al núcleo familiar del menor, o por los responsables del funcional que determine la Entidad Pública, siempre se realizará a favor del interés del menor y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

El acogimiento exige una serie de requisitos necesarios para su puesta en funcionamiento, ya sea la constitución de forma judicial o administrativa. Será necesario por tanto, el consentimiento de la Entidad Pública -tenga la tutela o la guarda-, el de la persona o personas que reciban al menor en acogida, el del menor, si tuviera doce años cumplidos¹⁶, el de los padres, si fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor. Los derechos y deberes de cada uno de las partes, y en particular la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido, el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros, la asunción de los

¹² BALLESTEROS DE LOS RIOS, M. “*El desamparo*”, cit. pp. 204.

¹³ POUS DE LA FLOR, M^a. P. / TEJEDOR MUÑOZ, L.: “*Protección Jurídica del Menor*”, pp. 148 y ss., Madrid, 2009.

¹⁴ Art. 173.2 y 174 del CC.

¹⁵ Art. 173.3 y 174 del CC. y 1828 de la LEC.

¹⁶ Antes de esa edad si tiene suficiente juicio, tiene derecho tan solo, a ser oído, con lo que se le puede dar audiencia conforme al Art. 9 de la LOPJM.

gastos de manutención, educación y actuación sanitaria, deben de ser debidamente pactados por todas las partes implicadas. También el contenido del seguimiento que en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo, tendrá que aparecer claro y estando todos de acuerdo. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores y si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, deberá aparecer reflejado.

Desde los Servicios Sociales, siempre se intentará que el menor se quede dentro del entorno familiar, y en el supuesto de no poder ser así, que la medida que se tome influya lo menos posible en el desarrollo evolutivo del menor, en su separación de la familia, y se fomentará el trabajo de apoyo mediante la puesta en marcha de un equipo multidisciplinar.

El acogimiento constituido judicialmente, tiene lugar cuando es decretado por el Juez, en interés del menor, en los casos en que los padres o tutores se opongan, o no consientan el acogimiento. Se hará conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Corresponde de igual forma a la entidad pública la selección de los acogedores, y el control del acogimiento.

Se distinguen dos modalidades de acogimiento, según quien tengan que realizar el ejercicio de la protección¹⁷:

El acogimiento residencial¹⁸: la tutela la ejerce el Director del centro o institución donde sea acogido el menor.

Ésta medida de acogimiento consiste en integrar al menor, en situación de desprotección social, en un centro -público o privado-, ejerciendo la guarda el Director del mismo. Se incluye aquí la integración en pisos asistidos y hogares funcionales. Es el acogimiento de consecuencias mas drásticas, por ello, es la última medida que debe de ser ejercida, pues se considera que la integración familiar será preferente a la integración en una institución. En todo caso se procurara que el menor este el menor

¹⁷ Art. 172.3 del CC. y Art. 20 de la LOPJM.

¹⁸ RODRÍGUEZ MORATA, F.: “*El acogimiento de menores*”, Aranzadi Civil, Vol. III, pp. 2, 1997.

tiempo posible en el centro, y es utilizado como medida para paliar las carencias que pueda haber en su entorno familiar.

La regulación de esta modalidad de acogimiento es competencia de la Administración, y dependerá de la normativa establecida en cada Comunidad Autónoma con competencia en materia de Asistencia Social. En cualquier caso el Fiscal tiene encomendada la tarea de vigilancia del menor, y promoverá, ante el Juez, las medidas de protección que estime necesarias¹⁹.

Actualmente se constata un importante descenso en el número de casos que han sido derivados a centros residenciales, lo que produce un importante cambio en las estrategias de inserción y favorece la vuelta del menor a la familia, sin que sufra alteraciones ni cambios bruscos en su conducta.

Para ello es importante que exista una uniformidad en los modelos de intervención, donde sería efectiva una profesionalización de las diversas áreas que trabajan con el menor, social, judicial, y sanitaria, así como la elaboración de indicadores comunes que determinen y orienten las propuestas de las medidas adecuadas que han de tomarse.

También tenemos que señalar que el nuevo perfil del menor que es derivado al centro residencial, ha cambiado, ahora nos encontramos con una masificación de menor inmigrante que en algunos casos presenta conductas disruptivas que perjudican al resto, y que por ello, deberían de fomentarse la creación de centros especializados apropiados que traten esta problemática, al igual que ocurre cuando existen menores con problemas de salud mental, y en los centros, no se encuentra ni el personal adecuado, ni el entorno es propicio para su tratamiento.

El acogimiento familiar: es determinado por la Entidad Pública.

Este acogimiento consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren. Es una medida menos traumática que la anterior, por considerarse que la familia es un medio idóneo para el desarrollo integral del menor

¹⁹ Art. 20.4 de la LOPJM y el Art. 174 del CC.

y se puede realizar en la familia extensa del menor²⁰, con la que este unido por alguna relación de parentesco, o en una familia ajena al mismo.

El procedimiento de selección de los acogedores se lleva a cabo por la Administración atendiendo a criterios tales como las características personales, circunstancias socioeconómicas, entorno, etc. Pero en ningún momento realizan un certificado de idoneidad, como ocurre en las adopciones, y ello a veces no beneficia al menor.

Los tipos de acogimiento familiar²¹, tienen un desarrollo en un periodo bastante reciente y se intentan potenciar cada vez mas por considerarlos beneficiosos para el menor; en la actualidad la situación de los menores con problemas ha cambiado, por lo que la atención que se les dispensa se ha visto modificada sustancialmente. Así, las alternativas o soluciones que antes resolvían situaciones de dificultad o conflicto, en la actualidad, al no partir del mismo planteamiento, no pueden ser las mismas soluciones. Los sujetos siguen siendo los mismos, pero sus circunstancias han cambiado. Ahora, el problema no es la ausencia de padres, sino la atención, o mejor dicho, la falta de la misma la que crea carencias, en el entorno del menor.

La incorporación de la mujer al mercado laboral²², el cambio de estructura familiar²³, y los peligros que los avances tecnológicos ponen al alcance del menor, hace necesario que se preste una mayor atención al menor, ya que sino puede ocurrir que la

²⁰ Debe considerarse preferente el acogimiento en la familia extensa del menor ya que uno de los principios en que se apoya la protección de menores es la reinserción en la propia familia, siendo bastante usual que los abuelos ejerzan la función de acogedores. Algunas leyes autonómicas como la del Principado de Asturias, expresamente señalan que se procurar que el acogimiento se produzca en la familia extensa del menor Ley 1/1995 de 27 de enero.

²¹ Los acogimientos serán autorizados por la Administración y según los autores: PÉREZ MARTÍN, A. J.: *“Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores”*, Lex Nova, Valladolid, 1998, FERNÁNDEZ GONZALEZ, M^a. B.: *“Visión general del acogimiento familiar”*, en Actualidad Civil, núm. 5, pp. 1685 a 1695, 2000, y CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *“Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres de relacionarse con el menor y el peligro de perder los hijos por sufrir un enfermedad mental”*, en La Ley, núm. 7, pp. 1489 a 1497, 2000, es beneficio para el menor, el sentirse que pertenece a una familia y no perder el contacto con la suya.

²² Lo cual da lugar a que el menor no este siempre bajo la protección de la madre, como se hacia en el pasado.

²³ Cambios de familia nuclear, donde había cabida de abuelos, padres e hijos, se pasa a solo padres, o familias monoparentales.

soledad causada porque los padres se encuentren fuera del domicilio, y las compañías poco apropiadas, desencadenen en el menor en conductas delictivas.

Dependiendo de que la propia familia del menor pueda mejorar, y que su retorno no implique riesgos para este, o que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o con carácter preadoptivo, hay que distinguir entre acogimiento familiar simple, permanente, o preadoptivo, atendiendo a su finalidad²⁴.

Una de las modalidades de acogimiento familiar es el llamado *simple*²⁵; Se caracteriza por su carácter transitorio, bien porque dada la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter mas estable.

Una de las problemáticas con las que nos encontramos, es la escasa demanda por parte de las familias, de acoger a un menor en esta situación; Tal vez, la falta de campañas de sensibilización y de divulgación de esta medida hacen escasas las familias que están motivadas a llevarlo a cabo.

Quizás, podríamos potenciar también una profesionalización de las familias de acogida, y un apoyo económico –claramente imposible en estos momentos- aparte de que la ley tampoco protege y potencia de alguna forma esta medida, y los recursos con los que nos encontramos en estos momentos, son escasos en todos los casos.

El *acogimiento familiar permanente*; se produce cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

Y finalmente el *acogimiento familiar preadoptivo* se formalizará por la Entidad Pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la Autoridad Judicial, siendo preciso que los

²⁴ Art. 173 bis del CC., redactado conforme a la LOPJM.

²⁵ DÍEZ GARCIA, H.: “El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen”, Revista de Derecho Privado, PP. 167 y ss.2003.

EGEA FERNÁNDEZ, J.: “El acogimiento simple”, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, PP. 87 y ss., Marcial Pons, Madrid, 1999.

acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la Entidad Pública su consentimiento a la adopción. La Entidad Pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que es necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo será lo mas breve posible, y no podrá exceder el plazo de un año.

Estas son las tres modalidades fundamentales del acogimiento y algunos autores ven en el Art. 173 Bis del Código Civil cuatro modalidades de acogimiento al distinguir entre el acogimiento preadoptivo y el adoptivo²⁶.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone, a quien lo recibe, las obligaciones de velar, por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Esto no implica que entre el menor y la familia de acogida se creen vínculos familiares, la ley habla exclusivamente de participación del menor en la vida de la familia. No se crean vínculos de parentesco aunque se trate de acogimiento preadoptivo, pues cuando se lleve a cabo tal medida, ésta será, la que cree tales vínculos.

Los acogedores no tienen funciones de carácter patrimonial sobre los menores acogidos tales como la representación o gestión de los bienes, ya que no hay que olvidar que, en las situaciones de guarda a solicitud de los padres o tutores, estos mantienen la patria potestad, o en su caso las funciones tutelares, y que en las situaciones de desamparo, la tutela la ejerce la Administración, y es ésta la que tiene la representación legal y las facultades patrimoniales. Y en todo caso, la Entidad Pública tiene el deber de vigilancia y control del acogimiento.

El cese del acogimiento del menor se realizará²⁷ por decisión judicial, lo que ocurrirá siempre que el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez, o cuando la Entidad Pública se oponga a ponerle fin, en contra de los padres, tutores o guardadores; por decisión de las personas que lo tiene acogido, previa comunicación de estas a la

²⁶ En este sentido LINACERO DE LA FUENTE, M.; en: *“Protección Jurídica del Menor”*, Ed. Montecorvo, 2001.

²⁷ Conforme al Art. 173.4 del CC.

Entidad Pública, y sin que sea necesario justificar la causa que les haya llevado a tomar esta decisión; a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía, bastara con que la Administración determine si se ha acabado la situación de desprotección y es, por tanto, beneficioso para el menor la integración en su familia de origen, pero cuando el acogimiento se formalizo con oposición de los progenitores, requiere la intervención del Juez, que será el que decida la cesación del mismo; y finalmente por decisión de la Entidad Pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario, para salvaguardar el interés de éste, oídos los acogedores.

También tenemos que tener en cuenta que puede extinguirse por mayoría de edad o emancipación del sometido al acogimiento, por adopción del menor, por muerte o declaración de fallecimiento del menor acogido, o del acogedor, si es solo una persona por incapacitación de la persona o personas que reciban al menor en acogimiento, por el transcurso del plazo por el que se estableció el acogimiento, o por adopción o tutela ordinaria.

La forma en la que hemos intentado abordar este capítulo con una metodología mas descriptiva que analítica, nos sirve para poder reflexionar, una vez comprendidas las consecuencias que conlleva una declaración de desamparo, sobre los pros y los contras que desde mi punto de vista , como trabajadora social, puedo llegar a percibir.

Esta claro que en ambas disciplinas el acogimiento residencial²⁸, es el último recurso que se piensa en aplicar, y estando de acuerdo en que ello seria negativo para el menor, se intenta dar soluciones alejándose cada vez mas de la idea de institucionalización del menor, por considerarlo alejado del principio básico del interés superior del menor, donde claramente no radica el hecho de alejarlo de su entorno familiar. Con esto intentamos buscar alternativas que conlleven la búsqueda de integración del menor en familias.

²⁸ Especial referencia al Informe de la Comisión del Senado publicado en el Boletín General Especial, el 17 de noviembre, de 2010.

El avance de los recursos que la población tiene a su alcance, y los nuevos procedimientos de acogimiento que se centran más en un tipo de acogimiento familiar que en la idea de un centro, favorece el caldo de cultivo de un sistema de bienestar que evoca cambios, no obstante, no podemos dejar pasar por alto los momentos tan difíciles por los que pasamos, con unos Servicios Sociales drásticamente disminuidos y a la baja, donde los profesionales cualificados de este sector, se han reducido notablemente en número, impidiendo así una efectiva realización de su trabajo y llegando en algunos casos a situaciones de deterioro en la protección del menor, que impide el trabajo y mantenimiento del menor en el entorno de la familia, debido a que cuando llega la intervención quizás ya es demasiado complicado llevarla a cabo.

La proliferación de empleo inestable en este sector, hace imposible un seguimiento efectivo de los casos de menores, un equipo cambiante es perjudicial para el menor, porque si se adapta a un profesional y en poco tiempo cambia, la efectividad del trabajo deja de ser útil y lineal, produciendo problemáticas graves y desorientación tanto en el menor como en las familias con las que se intenta trabajar.

Es necesario pararnos y hacer especial hincapié en darnos cuenta de la aproximación de un problema que va a estar presente en nuestra sociedad futura; la quiebra de este sistema social, del recorte de recursos afectarán no solo a aquellas familias que aparecen como demandantes continuos de recursos sociales, sino a muchos nuevos usuarios que surgen debido al ambiente de deterioro y crisis que el Estado Español está sufriendo.

Aquellos pasos, avances que se consiguieron dar, de acercamiento del menor a la familia y permanecer en su entorno, al encontrarnos con la falta de medios, humanos y económicos, produce un verdadero traspiés que provoca un retroceso y una pérdida del trabajo realizado, por tantos profesionales en el sector social.

La derivación de casos a la Administración, se ha notado en aumento, si bien es cierto, que desde el Observatorio de la Infancia vemos como en comparación con los principios del siglo XX ha disminuido el ingreso de los menores en y alejado al menor de los centros residenciales. En contrapartida se ha detectado un crecimiento de un nuevo

grupo de menores en situación de desprotección; me refiero en concreto al del menor inmigrante.

Los cambios profundos que nuestra sociedad esta sufriendo, con un alto nivel de desempleo en crecimiento, favorece el caldo de cultivo de familias que no pueden hacer frente a los gastos de la vivienda, la educación, el vestido y los recursos básicos en términos económicos y materiales a los que no puede hacer frente. El aumento de situaciones de embargo a familias en situación de imposibilidad de encontrar trabajo y hacer frente a la hipoteca, deja a menores, en situaciones comprometidas y aún teniendo un apoyo emocional y moral por parte de sus progenitores, la falta de ingresos económicos, hace que acudan cada vez a los Servicios Sociales, en busca de ayudas, recursos, y orientación, encontrándonos con familias destrozadas y temerosas al no saber hacer frente a esta situación.

Pero esto influirá en un aumento de trabajo que saltara de los servicios públicos, a los privados, asociaciones y ONG, que intentaran paliar esta nueva situación de crisis; pues ya, desde hace tiempo, los Servicios Sociales, impotentes de por poder ofrecer el apoyo las familias, vienen derivando a servicios privados, diversos casos de familias en situaciones complejas y difíciles.

Sin un trabajo social previo, los tribunales pueden encontrarse desbordados en un futuro con problemáticas familiares diversas: familias, que no pueden hacer frente a la manutención del desarrollo evolutivo del menor, y sin que el menor sea tratado de forma incorrecta, ni que se detecte otras situaciones, no puede separarse o tomar medidas masivas de acogimientos de menores en familias de forma temporal, porque esta no seria una solución, no beneficiaria en absoluto al menor, no se tendría en cuenta el interés superior del menor, y produciría en un futuro secuelas que podrían derivar en comportamientos inadecuados en el menor, por sentirse desplazado.

Las medidas políticas de bienestar social, no pueden fluctuar en momentos de mas necesidad, ni recortarse cuando la población que las necesita aumenta y se agrava en aquellos casos en los que ya era necesaria, no podemos quedarnos quietos, viendo

como las familias agobiadas por la situación cometan imprudencias a la hora de conseguir dinero, por ej. y arriesgarse a perder la tutela del menor.

El miedo a un futuro colapso de los procesos de la Administración, hace pensar, en la problemática que ello supondría ante casos que realmente pueden ser urgentes, como la salida necesaria por ej. de un menor del entorno familiar por estar sufriendo abusos sexuales. Sin la puesta en común de profesionales del campo jurídico (civil, judicial, administrativo) y social, no podemos tejer una red de apoyo efectiva y satisfactoria para el menor, lo mismo ocurre si no fijamos un trabajo común donde desde la atención primaria, mediante los profesionales, de los distintos ámbitos, educación, sanidad, seguridad, etc que colaboren y tengan la sensibilidad que les permita detectar casos donde el menor pueda estar en un situación de desprotección. La prevención en cada sector, y la sensibilidad de la sociedad es fundamental, pero si la recortamos, si dejamos de aplicar, guías de buenas practicas, planes de apoyo al entorno, etc, de que serviría todo el camino que hasta ahora hemos recorrido, nos tememos desde el campo del trabajo social, que nos lleva a un desenlace triste y duro.

Volviendo a la situación de los acogimientos del menor, creo importante que la descentralización que se ha asumido por parte de las CCAA, no quede en solo una utilización de los recursos con que cada comunidad cuente, sino que exista un perfil homogéneo donde pueda trabajarse e intercambiar experiencias siempre en busca del avance y mejora de los recursos de acogimiento. La importante coordinación de los organismos y entidades: estatal, autonómica y local debe de ser potenciada, impulsada y favorecer recursos que la apoyen.

Finalmente como forma de cerrar este capítulo, no podemos olvidarnos, que las formas de acogimiento que hablamos, no tienen porque ser las únicas, que en su día fueron creándose y evolucionando, y que quizás, tenemos que ir estudiando nuevas alternativas que incluso nos permitan eliminar el acogimiento residencial del menor, claramente negativo en su desarrollo evolutivo, ya que consideramos que el menor pierde contacto con su familia, red de amigos, entra de forma brusca en un procedimiento institucionalizado que provoca desorientación, y potencia conductas de aislamiento, violencia y negatividad.

Pensamos pues, en modelos terapéuticos, modelos de intervención y no de institucionalización, potenciando profesionales en los centros educativos que trabajen estas problemáticas, profesionales en la sanidad, que ante problemáticas de salud mental en menores tengan los suficientes recursos para hacer frente a estas situaciones, mecanismos que fomenten acogimiento en familias, sin pasar por centros residenciales, o procedimientos adoptivos, sin que pasen por largos trámites y a veces imposibles, que dejen al menor fuera del sistema familiar.

CONCLUSIONES

El recorrido que se ha realizado sobre los medios de protección hacia los menores, nos ha mostrado como ha ido evolucionando positivamente dando lugar a un entramado de leyes y a la creación de organismos de protección y defensa en beneficio del menor. Por citar algunos de los mecanismos que se crearon en los últimos tiempos señalamos, los servicios y recursos que cada Comunidad Autónoma ha puesto a la asistencia del menor. El desarrollo de unos Servicios Sociales Municipales y Equipos Territoriales, Programas de Apoyo a la familia, Planes de Infancia, Guías de Buena Práctica de Intervención Social, y finalmente la creación del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia, son algunas de las pasos que se han llegado a conseguir en torno a la protección del menor.

En todo ello no solo cambia la cantidad y la calidad de los recursos, de los programas y de los procedimientos, sino que además se introduce un nuevo enfoque, un nuevo paradigma en el papel a desempeñar por el sistema de protección de menores, donde da cabida al trabajo de un equipo multidisciplinar, que busca desde las diferentes profesiones, que la cobertura que el menor reciba sea la máxima posible.

La protección de menores lidera las políticas integrales de infancia, dirige la elaboración y el desarrollo una planificación integral de infancia a nivel estatal y autonómico, promueve – como hemos mencionado- el trabajo intersectorial en el marco de los derechos de la infancia y pretende crear con todo ello redes que trabajen por la inclusión y contra la exclusión del menor en los dispositivos y sistemas normalizados.

Un sistema como el que se refleja a lo largo de éste trabajo, integrador desplaza su espacio de trabajo, su área de influencia, desde los recursos específicos de protección de menores hacia la Comunidad. Donde todos somos responsables del buen funcionamiento, y de la necesidad de cooperación entre los distintos organismos para que la puesta en práctica de los mecanismos de protección sean efectivos. De nada serviría, una nutrida legislación, y unos recursos sociales desarrollados, sin la colaboración de los profesionales que las desempeñan, porque nos llevaría a afrontar problemáticas de poder multidisciplinar que nos alejarían de la finalidad de protección del menor que se persigue.

La batalla para hacer efectivos los principios de actuación del sistema de protección de menores, que priorizan el mantenimiento del menor con su familia y su integración familiar y social, debe de ser siempre apoyada desde las diferentes disciplinas y el punto de partida que todos debemos de valorar..

El futuro de la protección de los menores pasa por la creación, y por la transformación de los lugares en donde vive el menor en entornos protectores, promotores de derechos y de responsabilidades por parte de los mecanismos que se articulan para tales efectos y finalmente de centros preventivos de situaciones de riesgo, potenciando la sensibilización de la población hacia las problemáticas del menor. Necesita que la sensibilidad social hacia las situaciones de maltrato, necesidad y abandono por las que puede llegar a atravesar un menor, se traduzca en demanda social.

La protección de menores en un futuro, entendida como una protección capaz de integrar la prevención, la profundización en los derechos y la promoción de la participación y la autonomía del menor, deberá de tener en cuenta los mecanismos civiles y estructurales con los que la población cuenta.

Las dificultades inherentes a la minoría de edad, hacen difícil que el colectivo del menor se agrupe y organice como hace cualquier otro colectivo social para la defensa y promoción de sus derechos e intereses, por ello es tan importante la construcción de las Políticas Públicas en materia de protección de menores, en particular, y de derechos de la infancia, en general, las cuales exigen la creación de una demanda social amplia, exigente y persistente.

Promover la participación del menor y su autonomía como sujetos es una forma de procurar su protección. Potenciar la construcción de un movimiento a favor de los derechos de la infancia es algo necesario para que sus intereses sean tenidos en consideración cuando se construyen las Políticas Públicas.

Como hemos visto el paso de un sistema de protección social de beneficencia a un sistema público de Servicios Sociales, entendido como un derecho de los ciudadanos, ha supuesto un importante cambio en la percepción de los sujetos usuarios de los mismos y de los propios centros, programas y Servicios Sociales.

Los principios de calidad, eficacia, individualización, etc. son hoy los principios imperantes en el sistema de Servicios Sociales y también en los servicios integrados en el sistema de protección de los menores. La voluntariedad, el altruismo, las buenas intenciones son algunas de las cuales siendo importantes, ya no son suficientes.

El sistema de protección de menores, por tanto, se ha transformado en un mecanismo más complejo de forma extrema, se ha producido un importante desarrollo normativo – como hemos podido constatar- y ello ha dado lugar a un ámbito especializado, que a la vez tienen unas lógicas, dinámicas, procedimientos y fines muy distintos: la adopción nacional e internacional, el acogimiento familiar, la mediación y orientación familiar, alojamiento en centros, valoración y aplicación de medidas de protección, intervención familiar, etc, son algunos de los procedimientos que se han ido multiplicando a lo largo de su desarrollo, lo que ha ido a la par de un aumento de profesionales más especializados en el campo del menor, desde las distintas ramas profesionales.

Ahora bien, todo lo que se ha llegado a conseguir y que llama a la continuidad de todos estos nuevos cambios, ha chocado de lleno con la situación de crisis económica nacional que estamos viviendo en estos momentos. Ello ha propiciado, un descenso del número de profesionales que trabajan para tales fines, a la par que ha crecido de forma alarmante el número de casos que necesitan de unos Servicios Sociales de protección más flexibles y amplios que cubran esas necesidades.

Que se destinen menos medios tanto humanos como económicos para la protección del menor, se traduce en menos solución ante problemáticas familiares, y un colapso de las entidades que no pueden resolver en tiempo y forma los casos.

La búsqueda de alternativas privadas, donde cabría la colaboración de asociaciones, fundaciones y ONG, podrán de alguna forma paliar esta deficiencia que el sistema está dejando y que no parece dar solución, ni interesarle.

BIBLIOGRAFÍA

__ALÁEZ CORRAL, B.: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, pp. 179-ss., 2007.

__ALONSO, B.:

-“Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda”. *Revista Jurídica*, pp. 1.731 y ss. Madrid, 1996.

- “Actuaciones de riesgo y desamparo de menores. Tutela automática y guarda”, en *La Ley*, núm. 6, pp. 1727 - 1749, 1997.

__ 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: luces y sombras*”, Ed. Act Civ., pp. 24 y ss., 1997.

__ARCE FERNÁNDEZ, I.: “*El desamparo de Menores. Normativa y práctica del Principado de Asturias*”, Universidad de Oviedo, 2011.

__BALLESTEROS DE LOS RIOS, M.: “*El desamparo*”, Ed. Thecnos, Madrid. cit. pp. 204, 2007.

__CAPARRÓS CIVERA, Neus / JIMÉNEZ-AYBAR, I.: “*El Acogimiento Familiar, aspectos jurídicos y sociales*”, Madrid, 2001.

__CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: “*Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de acogedores y padres de relacionarse con el menor y el peligro de perder los hijos por sufrir un enfermedad mental*”, *La Ley*, núm. 7, pp. 1489 - 1497, 2000.

__CASTÁN TOBEÑAS, J.: “*Derecho civil español, común y foral*”, pp. 161-162, Madrid, 1987.

__CASADO, D.. y GUILLEN, E.: “*Introducción a los Servicios Sociales*”. Ed. Acebo, Madrid, 1987.

__CASADO, D. (coord.):

-“*Leyes de Servicios Sociales del siglo XXI*”. Cáritas Española y Fundación FOESSA, Madrid 2011.

- “*Gestión de caso (y métodos afines) en Servicios sanitarios y Sociales*”, Hacer Editorial, 2009.

__DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.: “*Curso de derecho constitucional español I*”, pp. 283, Madrid, 1992.

__DE TORRES PEREA, J. M. : “*Interés del menor y derecho de familia*”, Una perspectiva multidisciplinar. Ed. Iustel, Madrid, 1996.

__DÍAZ HAMBRONA, M^a. D. / HERNÁNDEZ GIL, A., “*Lecciones de Derecho de Familia*”, pp. 505, Madrid, 2007.

__ DIEZ GARCIA, H.:

-“*Desamparo de menores y acogimiento*”, en Aranzadi, Vol III, pp. 2-5, 1999.

-“*El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen*”, Revista de Derecho Privado, pp. 167 y ss.2003.

__EGEA FERNÁNDEZ, J.: “*El acogimiento simple*”, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, pp. 87 y ss., Marcial Pons, Madrid, 1999.

__FANTOVA, F.: “*Hacia una gestión de calidad en los procesos de intervención social*”, pp. 179-196. Revista Documentación Social, núm. 128, 2002.

__ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, L. : “*La tutela Administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los tribunales tutelares de menores*”, Revista general de Derecho, pp. 1983 y ss., 1989

__FERNÁNDEZ CASADO, M^a D.: “*Una aproximación al principio del interés superior del menor protección jurídica del menor*”, pp. 227 y ss., Granada,1997.

__FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B.:

-“*El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*”, Navarra, 2007

-“*Visión general del acogimiento familiar*”, Actualidad Civil, núm. 5, pp. 1685 - 1695, 2000.

__FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “*El sistema constitucional español*”, Madrid, pp. 179, 1992.

__GALEANO, E.: “*La realidad del menor en desamparo: alternativas para su protección e integración*”, Universidad de Málaga, 2010.

__GERVILLA CASTILLO, A. (Inv Principal) / MAYORGA FERNÁNDEZ, M^a.J. / VENTURA FERNÁNDEZ, L. / RODRÍGUEZ GARCIA, A. / MADRID VILLAR, D. / LÓPEZ GONZALEZ, E.: “*La realidad del menor en desamparo: alternativas para su protección e integración*”, Junta de Andalucía, Ed. Dykinson, S.L., 2010.

__ “*Guía para la intervención en los casos de desprotección infantil desde los Servicios Sociales Municipales*”. Unidades de Trabajo Social y Equipos de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia. Ayuntamiento de Oviedo, 2007.

__HIERRO, L.: “*Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber*”. Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3, pp. 390, Madrid, 2000.

__ IBÁÑEZ VIVERO, F.: “*La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad*” en *El Desarrollo de la Convención de los Derechos del Niño en España*, coord.: VILLAGRASA ALCAIDE / RAVETLLAT BALLESTÉ, pp. 93, Barcelona, 2006.

__ ILLANAS, M. D. / PLA, C.: “*El menor en situación de abandono en la novela del s. XIX: la prehistoria del debate sobre la institucionalización del menor*”, En Cuadernos de Trabajo Social, núm. 10, Universidad Complutense de Madrid, pp. 245-266, 1997.

__ LASARTE ÁLVAREZ, C.:

-“Principios de Derecho Civil. Parte General”, núm. 14. Ed. Marcial Pons, pp. 169, Madrid, 1998.

-“*Derecho de Familia*”, pp. 385, Marcial Pons, Barcelona 2008.

__ LINACERO DE LA FUENTE, M.: “*Protección Jurídica del Menor*”, Ed. Montecorvo, 2001.

__ LORCA MARTINEZ, J. : “*La tutela ex-lege o tutela de los menores en situación de desamparo*”, Actualidad Civil núm. 2, pp. 1817 - 1823, 1989.

__ MARTINEZ ROING, A. / DE PAUL, J.: “Maltrato y abandono en la infancia”, Barcelona, Ed. Martínez Roca, 1993.

__ MORENO TORRES-SÁNCHEZ, J.: “*El Desamparo de Menores*”, Ed. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2005.

__ OCÓN DOMINGO, J.: “*Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 45. 2007.

__ PÉREZ MARTÍN, A. J.: “*La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*”, Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo, núm. 3, pp. 9 - 63, 1992.

__ PÉREZ MARTÍN, A. J.: “*Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*”, Lex Nova, Valladolid, 1998.

__ POUS DE LA FLOR, M^a. P. / TEJEDOR MUÑOZ, L.: “*Protección Jurídica del Menor*”, Madrid, 2009.

__ TEJEDOR MUÑOZ, L.: “*Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños del honor, a la intimidad y a la propia imagen*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 700, pp. 840.

__ RAMOS CHAPARRO, E.: “*Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional*”, en Derecho privado y Constitución, núm. 7, pp. 183, Madrid, 1995.

__ RICO PÉREZ, F. : “*La Protección de los Menores*” Ed. Montenegro SA, Madrid, 1980.

__ RODRÍGUEZ MORATA, F.: “*El acogimiento de menores*”, Aranzadi Civil, Vol. III, pp. 2, 1997.

__ RUBIO NOMBELA, G.: “*Caridad, beneficencia y asistencia social*”. En VV.AA. “*Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*”. Ed. Ministerio de Gobernación, Madrid, 1967.

__ RUIZ JIMÉNEZ, J.: “*La capacidad del menor*” en Curso sobre la Protección Jurídica del Menor. Aspectos teóricos y prácticos AAVV, obra coordinada por POUSS DE LA FLOR y TEJEDOR MUÑOZ, pp. 34, Madrid 2001.

__ SÁNCHEZ FERRIZ, R.: “*Estudio sobre las libertades*”, Valencia, pp. 139, 1989.

__ SÁNCHEZ FERRIZ, R. / TORRES DEL MORAL, A.: “*Principios de derecho constitucional español*”, cit. pp. 141 - Pág. 347, Madrid, 1992.

__ SANZ MARTÍN, L.: “*La Tutela del Código Civil y su antecedente histórico la Tutela Romana*”, Editorial Dykinson, pp. 27 y ss , Madrid, 1998.

__ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “*Abandono y Desamparo de Menores en el Derecho Civil Español*”, Madrid, 2004.

WEBGRAFÍA

http://www.savethechildren.es/tema_trabajo.php?idtema=6

<http://www.intermonoxfam.org/es/sala-de-prensa/nota-de-prensa/miles-de-personas-en-cuerno-de-africa-murieron-por-respuesta-tardia-de>

http://www.unicef.org/spanish/protection/index_exploitation.html

www.asturias.es

<http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/>

ANEXO**LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**

__Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de Julio de 1992,

__Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990.

__Constitución Española de 1978.

__Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM) (BOE 17/01/96).

__Ley 1/1995, de 27 de Enero, de Protección del Menor, del Principado de Asturias.

__Decreto 57/1995, de 30 de Marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión del Menor en el ámbito del Principado de Asturias (BOPA 18/05/95).

__Decreto 48/2003, de 5 de Junio, por el que se aprueba el reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores (BOPA 20/06/03)

__Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, hace mención expresa a la cuestión de la minoría de edad

__ Decreto 10/2006, de 24 de enero, del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia del Principado de Asturias.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
Ed.	Editorial
EITAF	Equipo de Intervención Técnica de Apoyo a la Familia
LEY	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.O.	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
PP	Patria Potestad
T.C.	Tribunal Constitucional
UTS	Unidad de Trabajo Social