

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2002)

La protecció pública dels menors desemparats

La tutela de l'Administració

Autors

Ángeles de Palma
Tomàs Font i Llovet

Any 2002



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

LA PROTECCIÓ PÚBLICA DELS MENORS DESEMPARATS. LA TUTELA DE L'ADMINISTRACIÓ

Sumari	2
--------------	---

Capítol I. La protecció dels menors: aproximació històrica

1.- La protecció pública dels menors en el segle XIX: de la caritat privada a la beneficiència pública.....	9
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

2.- La legislació sobre protecció a la infància a la primera meitat del segle XX....	13
--------------------------------------------------------------------------------------	----

2.1 La llei de protecció a la infància de 1904.....	14
-----------------------------------------------------	----

2.2 La llei de 25 de novembre de 1918 sobre organització i atribucions dels Tribunals per a infants.....	16
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.3 La llei de 3 de febrer de 1929 de Tribunals tutelars per a infants.....	18
-----------------------------------------------------------------------------	----

3.- La legislació de 1948 i els precedents normatius de la tutela <i>ex lege</i>	21
----------------------------------------------------------------------------------------	----

3.1.- El Text Refós sobre Tribunals Tutelares de Menors aprovat per Decret d'11 de juny de 1948.....	21
------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.2.- El Text Refós sobre Protecció de Menors de 2 de juliol de 1948.....	24
---------------------------------------------------------------------------	----

3.3.- Precedents normatius de la tutela <i>ex lege</i> de l'Administració pública.....	26
----------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítol II: La protecció pública dels menors després de la Constitució de 1978

1.- El model constitucional de protecció als menors. La responsabilitat de la família i els poders públics: el sistema mixt de l'art. 39 de la Constitució.....	28
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.- Les competències de l'estat i les comunitats autònomes en matèria de protecció de menors. Examen dels diversos títols competencials	32
2.1 Legislació civil. La controvertida regulació de la tutela administrativa a l'emparament d'aquest títol competencial.....	33
2.2 Assistència social i serveis socials.....	40
2.3 Institucions públiques de protecció i tutela de menors.....	41
2.4 Altres títols competencials.....	43
3.- La legislació sobre protecció de menors aplicable a Catalunya.....	46
3.1 La legislació catalana en matèria de menors.....	46
3.2 La normativa estatal i internacional sobre protecció de menors aplicable a Catalunya.....	63

Capítol III: La condició de menor i la seva posició jurídica a l'ordenament. Principis rectors de la protecció pública dels menors

1.- Els menors: els infants i els adolescents. La qüestió de la protecció pública als menors emancipats.....	66
1.1 La condició de menor: els infants i els adolescents.....	66
1.2 La protecció pública als menors emancipats.....	69
1.3 La determinació de la condició de "menor" en el cas dels immigrants indocumentats.....	75
2.- L'estatus o posició jurídica dels menors.....	85
2.1 El menor com a subjecte de drets.....	85
2.2 Els drets dels menors en la legislació catalana.....	87
2.3 La distinció entre titularitat i exercici i defensa dels drets dels menors.....	91
3.- Principis rectors de l'actuació pública en matèria de menors.....	95
3.1 L'abast general de la protecció pública als menors. El principi d'igualtat...	95
3.2 L'interès superior del menor.....	97

3.3 L'obligació d'escoltar al menor en totes les decisions que els afecten. L'audiència del menor	101
3.4 El principi de reagrupació familiar del menor. El dret a viure amb la família i a relacionar-se amb la mateixa.....	105
3.5 Els principis de corresponsabilitat i subsidiarietat. Públic i privat en la protecció dels menors.....	108
3.6 La prioritat pressupuestària.....	113
4.- El paper del Ministeri Fiscal en la defensa dels drets dels menors.....	116
4.1 La intervenció del Ministeri Fiscal per a la salvaguarda dels drets i interessos dels menors.....	116
4.2 La intervenció del Ministeri Fiscal en l'exercici de la tutela administrativa.....	119

Capítol IV: La protecció dels menors desemparats. La tutela de l'Administració

1.- La protecció pública dels menors desemparats.....	122
2.- La situació de desemparament.....	123
2.1 El concepte legal de desemparament.....	123
2.1.1 El concepte de desemparat en el Codi Civil.....	123
2.1.2 El concepte de desemparament en l'Ordenament català.....	125
2.2 Circumstàncies que condueixen a la declaració administrativa de desemparament.....	128
2.2.1 La falta o inadequat compliment dels deures legals de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors.....	129
2.2.2 La falta dels elements bàsics per al desenvolupament integral de la personalitat del menor	132
2.2.3 Els maltractaments	136
2.3 Elements i característiques de la situació de desemparament.....	138

2.3.1 El caràcter objectiu de la situació de desemparament.....	138
2.3.2 La situació de desemparament potencial.....	142
2.3.3 El caràcter tendencialment indefinit o permanent de la situació de desemparament.....	144
3.- L'autoritat competent per a apreciar i declarar la situació de desemparament: les administracions autonòmiques.....	146
4.- El coneixement per l'administració de les situacions de desemparament	149
4.1 La denuncia realitzada pel propi menor que pateix el desemparament	150
4.2 La obligació de tots els ciutadans i, en especial, dels professionals, de denunciar les situacions de desemparament dels menors i prestar l'auxili immediat que precisin.....	151
4.3 La obligació de les institucions públiques o privades de denunciar les situacions de desemparament.....	153
4.4 El contingut de la denuncia i la obligació de l'Administració de garantir la reserva i confidencialitat de la mateixa.....	154
4.5 El deure de l'Administració d'incoar el procediment de desemparament i l'adopció de mesures de protecció.....	154
5.- La declaració provisional de desemparament o l'assumpció provisional de funcions tutelars.....	156
5.1 La resolució declarant de manera provisional el desemparament.....	156
5.2 El procediment d'urgència.....	158
6.- El procediment administratiu en matèria de desemparament.....	158
6.1 L'objecte i les finalitats del procediment en matèria de desemparament i tutela administrativa.....	158
6.2 La naturalesa del procediment de desemparament.....	160
6.3 L'inici del procediment administratiu.....	163
6.4 La instrucció del procediment: al·legacions, prova, informes i audiència.....	165

6.4.1. Al·legacions.....	165
6.4.2. Proves.....	166
6.4.3. Informes.....	167
6.4.4. Audiència.....	168
6.5 La proposta de resolució.....	170
6.6 La terminació del procediment. El termini per a dictar i notificar la resolució administrativa de desemparament.....	171
6.7.- El procediment administratiu previst en l'Ordenament català per a declarar a un menor desemparat.....	173
6.7.1 Els factors de risc social.....	174
6.7.2 Els informes tècnics.....	175
6.7.3 La identificació de la situació personal i familiar del menor.....	176
6.7.4 La participació dels pares o guardadors del menor.....	177
6.7.5 L'audiència al menor.....	177
6.7.6 La proposta de resolució dels equips tècnics sobre la declaració de desemparament i les mesures de protecció aplicables.....	178
6.7.7 L' informe del Comitè Tècnic d'Avaluació de Declaracions de Desemparament.....	179
6.7.8 La resolució declarant el desemparament i establint la mesura de protecció.....	181
7.- La resolució administrativa de desemparament.....	181
7.1 La resolució administrativa de desemparament: contingut i efectes.....	181
7.2 La notificació de la resolució administrativa: destinataris, termini, medi o forma, contingut i acreditació.....	183
7.2.1. Destinataris.....	183
7.2.2. Termini.....	183
7.2.3. Medi o forma.....	185
7.2.4. Contingut.....	186
7.2.5. Acreditació de la notificació.....	187
7.3 La comunicació de la resolució de desemparament i d'adopció de mesures de protecció al Ministeri Fiscal. La comunicació, en el seu cas, a l'autoritat consular.....	187
7.4 Eficàcia de la resolució administrativa de desemparament.....	189

7.4.1	L'executivitat de la resolució administrativa de desemparament....	190
7.4.2	L'executorietat de la resolució administrativa de desemparament. L'execució forçosa.....	192
7.4.3	La necessitat d'entrar en un domicili per a procedir a l'execució forçosa de la resolució administrativa de desemparament i aplicació de la mesura de protecció.....	195
7.5	La naturalesa de la resolució administrativa de desemparament i d'establiment de les mesures de protecció.....	197
8.-	Els recursos contra les resolucions administratives de declaració de desemparament.....	199
8.1	La qüestió de l'ordre jurisdiccional competent	199
8.2	La via del procés de jurisdicció voluntària davant els Tribunals de l'ordre jurisdiccional civil.....	201
8.3	El procediment previst als arts. 779 i 780 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil	204
8.4	La competència dels Tribunals de l'ordre jurisdiccional contenciós- administratiu.....	206
9.-	Efectes de la declaració de desemparament. La tutela administrativa dels menors desemparats.....	207
9.1	Efectes de la resolució de desemparament.....	207
9.2	La naturalesa iuspublicista de la tutela administrativa.....	208
9.3	Caràcters de la tutela administrativa.....	213
9.3.1	El caràcter automàtic de la tutela administrativa.....	213
9.3.2	La relativa provisionalitat de la tutela administrativa.....	217
9.3.3	El caràcter delegable de l'exercici de la tutela administrativa.....	219
9.4	El contingut de la tutela administrativa.....	221
9.5	La distinció entre les figures de la tutela administrativa i la guarda temporal administrativa.....	225
	Bibliografia.....	231

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Capítol I. La Protecció dels menors: aproximació històrica

1. La protecció pública dels menors en el segle XIX: De la caritat privada a la beneficència pública

En el nostre país, els poders públics comencen a dedicar certa atenció a la protecció dels menors a partir del segle XIX, fins aquest moment havia dominat la caritat particular i eclesiàstica.¹ En la primera meitat del segle XIX, com a conseqüència de la secularització de la societat i el procés desamortitzador, s'inicia el camí que conduiria de la caritat privada a la beneficència pública.² Els liberals van plantejar la necessitat de reformar el sistema assistencial que fins aquest moment havia estat en mans de l'Església i els particulars. No obstant això, la inquietud dels liberals per la problemàtica social no era del tot desinteressada. En realitat, el seu principal interès era el patrimoni de les institucions eclesiàstiques, amb el qual desitjaven plantar cara al greu deute públic.³ La secularització dels béns de l'Església com a conseqüència de la

¹ No obstant, havien existit amb anterioritat institucions de protecció i menors. Una de les primeres institucions de protecció dels menors va ser el "Pare d'Orfes", creada a València en 1337 per Pedro IV d'Aragó i II de València. Amb posterioritat, aquesta institució es va estendre a diverses ciutats d'Aragó, Navarra i Castella i va subsistir fins el segle XVIII. El Pare d'Orfes exercia funcions de caràcter assistencial -recollir als orfes i abandonats i procurar-los ofici- i de caràcter repressiu -conèixer i jutjar les situacions de vagabunderia i fins i tot delictives. La doctrina ha apuntat que aquesta figura va poder ser l'origen del posterior model dels jutges tutelars. Vid. CANTARERO, Rocío. *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y Derecho procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 42-48.

² Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. "La Beneficencia general y particular. Situación y perspectivas", en *Problemas fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*, Ministeri de la Governació, Madrid, 1967, p. 15-31.

³ Segons posa en relleu Elena MAZA ZORRILLA, "A partir d'aquests moments, el problema del deute públic i de les disposicions desamortitzadores evolucionen correlativament... Des de l'òptica de la beneficència que ens movem, el màxim interès ho comporta la R. Cèdula promulgada el 25 de setembre de 1798 per la qual s'ordena alienar en pública subhasta "tots els béns arrels pertanyents a Hospitals, Hospicis, Cases de Misericòrdia, de Reclusió i de

desamortització comportarà que l'activitat assistencial que venia sent finançada per l'Església hagi de ser escomesa per l'Estat.

D'altra banda, la crisi generalitzada que es va iniciar a Espanya a la segona meitat del segle XVIII, i que va arribar la seva màxima intensitat a principis del segle XIX, va comportar l'increment de la demanda assistencial i va posar en relleu les greus deficiències de la caritat particular i eclesiàstica.⁴ Els centres de caritat privada dedicats als menors es van veure desbordats. La falta de mitjans d'aquests centres -cases de misericòrdia, incloses, cases de “expósitos”, cases de maternitat- va provocar una gran mortaldat infantil. De tal forma que si ja a mitjans del segle XVIII havia començat a qüestionar-se la situació dels hospicis i les cases de “expósitos”, al segle XIX van recaure sobre ells les crítiques més fortes.

No obstant això, les reformes socials previstes pels liberals es van veure frustrades com a conseqüència de la restauració de l'absolutisme (1814-1820). Uns anys després, amb la tornada dels liberals es va plantejar de nou la qüestió del model d'assistència (trienni liberal 1820-1823). La reforma propiciada es va plasmar finalment en la Llei d'establiment general de beneficència de 23 de gener-6 de febrer de 1822. Aquesta Llei pretenia uniformitzar la gran varietat d'institucions d'assistència i oficialitzar-les, absorbint les de caràcter privat. La referida Llei, no obstant això, pràcticament no va poder ser aplicada, ja que al 1823 es va restaurar de nou l'absolutisme. Després de la mort de Fernando VII, recuperat el poder pels liberals, la Llei de Beneficència de 1822 va ser restablerta mitjançant el RD de 8 de setembre de 1836.

No obstant, cal advertir que la secularització de les activitats assistència no va arribar a produir-se totalment, ni a la legislació ni a la pràctica. La crisi

Expòsits". Vid. Elena MAZA ZORRILLA, *Valladolid: sus pobres y la respuesta institucional (1750-1900)*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 1985, p. 54 i ss.

⁴ Vid. PICONTO NOVALES, Teresa, *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido editorial, 1996, p. 20-22.

econòmica i l'increment de la demanda d'assistència social va comportar que els poders públics propiciessin la col·laboració dels particulars, en la seva majoria institucions eclesiàstiques. Els particulars i l'Església desenvolupaven activitats de beneficència de forma paral·lela a l'Estat.

Les transformacions polítiques i l'aprovació en 1845 d'una Constitució moderada desemboquessin en l'aprovació d'una nova Llei de Beneficència el 20 de juny de 1849. Uns anys després, aquesta Llei va ser desenvolupada pel reglament de 14 de maig de 1852. En aquesta legislació es contemplava la beneficència pública i la particular, encara que els establiments públics es configuraven com la regla general i els privats tan sol com una excepció.⁵ No obstant això, la veritat és que, en la realitat, la majoria d'establiments eren privats.⁶

⁵ Els establiments públics es classificaven en generals, provincials i municipals. L'educació d'orfes i desemparats corresponia a la província d'on fossin naturals, llevat que ells o els seus pares haguessin adquirit el veïnatge de la província on reclamen socors de la beneficència (art. 12 del Reglament de 14 de Maig de 1852). La distinció legal entre establiments públics i privats venia determinada per la procedència dels fons. Les institucions benèfiques particulars eren totes aquelles creades i dotades amb béns particulars; D'altra banda, no perdien aquest caràcter pel fet de rebre alguna subvenció pública, sempre que aquella no fos indispensable per a la seva subsistència; així ho disposava la instrucció de 30 de desembre de 1873 per a l'exercici del protectorat en la beneficència particular. Vid. veu "Beneficència" en Escriche Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1874, p. 56.

⁶ Així, a la discussió mantinguda a les Corts sobre la Llei de 1849, el Sr. GÓMEZ DE LA SERNA afirmava el que segueix: "diu l'article que tots els establiments de beneficència del Regne són públics, i acabant d'establir aquest principi, quan acaba d'usar de la paraula de tot, exceptua una porció, gairebé exceptua la meitat dels establiments d'Espanya. És a dir que l'article es destrueix a si mateix..." (Diari de les Sessions de Corts, 36, Presidència del Sr. Luis Mayans, sessió del dijous 15 de febrer de 1849, p. 750. Vid. AGUADO CUDOLÀ, Vicenç. "La beneficència: de la policia administrativa en el servicio público. El caso de la mancomunidad de Cataluña" en l'obra coordinada per J. TORNOS MAS; *Los servicios sociales de asistencia a la tercera edad. El caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch, p. 59, nota 24.

Ara bé, la referida legislació no ofería una resposta adequada als problemes que plantejava l'assistència social. Degut a això, va ser objecte de dures crítiques, especialment provinents d'un nou moviment polític-social denominat "filantropia".⁷ El moviment filantròpic proposava un programa, de reorganització de l'assistència a la infància, basat en el reforçament de l'esperit familiar i, especialment, en el protagonisme de la dona.

L'escriptora Concepción ARENAL, seguidora del referit moviment, afirmava que "la legislación vigente sobre Beneficencia ni ordena lo conveniente, ni garantiza el cumplimiento de lo que se ordena" i afegeix que "no señala recursos para promover a los gastos que han de originarse en el caso de que se cumpla lo que se manda". L'autora considerava necessari enllaçar la caritat privada amb la beneficència pública i per a això proposava l'elaboració d'una llei.⁸

⁷ Aquest moviment associatiu s'emmarcaria en la ideologia liberal, que propugnava el abstencionisme de l'Estat. Així, Concepción ARENAL (*Artículos sobre Beneficencia y Prisiones*, T. XVIII, vol. I. Librería de Victoriano Suárez: Madrid, 1900, p. 69) afirmava que "el Estado no debe hacer nada de lo que los individuos o las corporaciones pueden hacer tan bien o mejor que él"; citada per PICONTO NOVALES, Teresa, *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Egido editorial, p. 28.

⁸ La referida llei, segons l'autora, havia de preveure els següents aspectes: 1r.: organització d'associacions filantròpiques. Comunicació, comunió dels compassius, unitat i mutu recolzament en els seus esforços. 2n.: Obligació imposada a tota associació religiosa d'exercitar-se en alguna obra de caritat. 3r.: Publicitat en tot el concernent al ram de Beneficència. 4t.: Evitar fins on sigui possible l'aglomeració de desvalguts. 5è.: Crida al sacerdot i a la dona com indispensable auxiliars. 6è.: Donar a la Beneficència l'auxili de les ciències. Vid. ARENAL, Concepción, *La Beneficencia, la Filantropía y la Caridad. Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1860*. Madrid: Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos y de Ciegos, 1861; p. 36, 43 i 90-91. Veure, així mateix, sobre les crítiques d'aquesta autora a la Legislació de Beneficència, AGUADO CUDOLÀ, Vicenç, "La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la mancomunidad de Cataluña" en la obra coordinada por J. TORNOS MAS, *Los servicios sociales de asistencia a la tercera edad. El caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch, p. 62.

El moviment filantròpic va tenir una gran influència i les seves propostes es van plasmar en bona mesura en les lleis de protecció de menors, així com en la institucionalització d'uns Tribunals especials de menors. La família serà la institució a partir de la qual es configura la política pública de control de la infància. La finalitat era garantir que els nens fossin éssers útils a l'Estat, per a això s'estableix un seguiment i vigilància constant dels menors i les seves famílies, mitjançant mesures de policia administrativa i educatives. La protecció del menor es realitzarà a través d'un complex entramat de control social.

2. La legislació sobre protecció a la infància en la primera meitat del segle XX

La primera Llei de protecció a la infància aprovada a Espanya va ser la de 26 de juliol de 1878, de prohibició d'exercicis perillosos executats per menors. Aquesta Llei preveia sancions, de pena de presó o multa, per aquells que es servissin dels nens en la realització de treballs difícils i perillosos als espectacles públics. A més, en el cas de pares i tutors la condemna comportava la destitució de la tutela o la privació de la pàtria potestat de forma temporal o permanent.⁹ Tanmateix, el 13 de maig de 1900 va ser dictada una Llei reguladora del treball de dones i nens i el 23 de juliol de 1903 es va aprovar la Llei sobre mendicitat de menors. Aquesta última norma ja encomanava a l'Estat l'acció protectora o tutelar sobre els nens abandonats i els privats de l'assistència dels seus pares.¹⁰

⁹ A l'art. 4 s'establia que corresponia al Tribunal sentenciador resoldre si els pares devien ser privats temporal o perpètuament dels drets de pàtria potestat.

¹⁰ A més, la Llei de 23 de juliol de 1903 establia un conjunt de sancions als pares i tutors dels menors que practiquessin la mendicitat. De la mateixa forma, en el cas de que pares o tutors fossin sancionats de forma reiterada, la Llei preveia la suspensió del dret a la guarda i educació dels menors i l'ingrés d'aquests en un establiment de beneficència. D'altra banda, l'art. 5 disposava que "els agents de l'Autoritat hauran de detenir als menors de setze anys que mendiguin, vaguin o pernocten en paratge públic, sols o acompanyats per persones majors (...). Els agents conduiran els detinguts al local destinat a aquest efecte, on estaran amb la

No obstant això, la referida legislació no resolva degudament el problema de la infància, de l'abandó i l'explotació infantil. Per això, s'escomet l'elaboració d'un projecte de llei de protecció a la infància que desembocarà en l'aprovació de la Llei de protecció a la infància de 12 d'agost de 1904, posteriorment completada pel reglament de 24 de gener de 1908.

2.1 La llei de protecció a la infància de 1904

La presentació a les Corts del projecte de llei va tenir lloc el 26 de gener de 1904. En aquell acte el Ministre declarava, en relació amb la legislació aleshores en vigor les lleis citades de 1878, 1900 i 1903- que "pel concret i limitat de les finalitats que atenen, no realitzen el veritable ideal d'una llei de protecció a la infància". El denominat "problema infantil" reclamava l'atenció urgent del Govern. Segons s'afirmava en el propi discurs de presentació del projecte, les estadístiques posaven en relleu l'elevada mortalitat infantil i, per tant, "el minvament que la Nació sofreix en la seva riquesa i en les seves energies amb aquesta multitud de vides que talla en flor la mort". A més, s'afegia: "creix de dia en dia la munió de nens abandonats, i les seves miserables existències ofereixen trista ocasió a pares i guardadores indignes per a explotacions impies, que substitueixen les sol·licituds d'afecte amb les exigències d'un treball industrial prematur (...). La pàtria potestat s'alça en ocasions com barrera infranquejable per emparar la sevicia, l'explotació, l'abandó dels fills per pares desnaturalitzats, que, empenyent-los a la mendicitat industrial, deixen les seves ànimes candoroses els gèrmens de la vagància, de la corrupció i el delictes".

separació convenient fins que siguin retornats als seus guardadores o traslladats a una Establiment benèfic (...). I en l'art. 6 s'establia que "els nens abandonats i els privats de l'assistència dels seus pares per defunció d'aquests o per impossibilitat absoluta de mantenir-los (...) seran sustentats i educats en els Establiments de Beneficència que existeixin en el municipi o en la província d'on siguin naturals, segons les disposicions de la legislació general del ram i la pràctica seguida en cada província respecte a l'asil i educació d'orfes i desemparats. Podran també els Ajuntaments i les Diputacions provincials concertar-se amb les Societats o Institucions particulars protectores de la infància constituïdes legalment, per a la prestació d'aquest servei mitjançant una subvenció o l'abonament de pensions".

Així, finalment va ser aprovada la Llei de protecció a la infància de 12 d'agost de 1904.¹¹ L'objecte de la Llei era brindar protecció pública als menors de deu anys, protecció que comprenia la salut física i moral del nen (art. 1). La Llei establí les entitats públiques a qui s'encomanava l'acció protectora: un Consell Superior de Protecció a la Infància, emmarcat en el Ministeri de Governació i presidit pel ministre; les Juntes provincials presidides pel governador de la província i les Juntes locals presidides per l'alcalde (arts. 3 a 7). Per tant, l'acció protectora de la infància quedava encomanada a l'Administració pública. A més, la Llei exigia a les dones una sèrie de requisits per a poder dedicar-se a la lactància mercenària (art. 8) i requeria autorització per a les agències de nodrisses (art. 9). D'altra banda, imposava als directors d'establiments benèfics el deure donar un part mensual sobre els ingressos, retirades, trasllats o defuncions (art. 11). Finalment, establí una sèrie de sancions per l'incompliment del perceptuat en la Llei (arts. 12 i 13). En definitiva, la Llei encomanava a l'Administració la protecció dels menors a través de tècniques purament de policia governativa. La Llei no contemplava la prestació de serveis assistencials concrets, es limitava a establir els òrgans administratius competents i les mesures administratives de vigilància i control que aquests devien adoptar.

La Llei de protecció a la infància de 12 d'agost de 1904, com s'ha vist, no tractava la qüestió dels menors delinqüents. La delinqüència infantil quedava emmarcada aleshores en el Dret penal comú. No obstant això, al començament de segle se subratllava l'estret límit que separava els menors abandonats i la delinqüència infantil; aquesta última generalment provenia d'una prèvia situació d'abandó. Així, des de les societats filantròpiques es propugnava deixar als menors fora del marc del Codi penal i la creació d'uns Tribunals especials per al seu tractament.¹²

¹¹ En l'elaboració d'aquesta Llei es van tenir en compte les lleis de protecció de menors aleshores vigents a Àustria, Anglaterra, Alemanya i França, totes elles dirigides a posar fi a la gran mortaldat infantil mitjançant la imposició de sancions.

¹² Vid. PICONTO NOVALES, Teresa, *La Protección...* cit. pàg. 33-34.

La referida idea va ser acollida i, en desenvolupament de la mateixa, van ser presentats a les Corts successius projectes de Llei pels Ministres de Gracia i Justícia, Srs. Arias de Miranda, Burgos i Mazo i Alvarado, el 28 d'octubre de 1912, 1 de novembre de 1915 i 5 de novembre de 1917, respectivament.¹³ Aquest últim projecte va cristal·litzar en la Llei de bases de 2 d'agost de 1918, desenvolupada pel reial decret de 25 de novembre de 1918 sobre organització i atribucions dels Tribunals per a nens.¹⁴

2.2 La Llei de 25 de novembre de 1918 sobre organització i atribucions dels Tribunals per a nens

La Llei de 25 de novembre de 1918 va instituir a Espanya els primers Tribunals per a nens. Aquesta llei va crear per primera vegada en el nostre país una jurisdicció especial per als menors delinqüents, amb la finalitat de que deixessin de ser tractats igual que els adults. Els Tribunals per a nens es configuren amb un doble caràcter: d'una banda, realitzaven funcions de tipus jurisdiccional i, per un altre, actuaven com òrgan protector de la infància.

El Tribunal estava format per un President que generalment provenia de la carrera judicial però que, per decisió del Ministre de Gracia i Justícia, en certes poblacions podia ser una persona estranya a la carrera- i per dues vocals

¹³ Aquests projectes estaven inspirats en la necessitat de canviar radicalment "el tractament terapèutic que es trobava sotmesa la infància rebel, viciosa i delinqüent". A aquest efecte d'aconseguir aquest objectiu es proposava la creació de Tribunals especials per a nens "que el seu fonament no és un altre -com deia el Sr. Arias Miranda- que la diferent condició que als ulls de la societat i de la llei deu merèixer l'home que en el ple domini de la seva raó i en el complet exercici de totes les seves facultats es col·loca fora de la llei, i el qual en la inexperiència dels primers anys, i degut més que a dolents instints a deficiències d'educació, comet algun fet punible, del com pot ser fàcilment redimit més que amb els rigors de la llei, amb aquells mitjans i estímuls que la societat té en la seva mà, i que, discretament aplicats, poden apartar des dels començaments de la vida als joves delinqüents del camí de perdició".

¹⁴ Per a un estudi històric de l'obra d'aquests Tribunals, veure ROCA TOMÁS, R.C. *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*. València: Ed. Consell Superior de Protecció de Menors, 1968.

designats per l'Administració (art. 1), en concret per la Junta provincial de Protecció a la infància, òrgan previst en la Llei de Protecció a la Infància de 1904 a la qual s'ha fet referència poques línies abans. D'altra banda, les resolucions del Tribunal podien ser recorregudes en apel·lació davant el Consell Superior de Protecció a la Infància; òrgan administratiu emmarcat en el Ministeri de Governació segons s'estableix en la Llei de Protecció de Menors de 1904-. Per tant, aquest Tribunal per a nens no tenia naturalesa judicial sinó que, en realitat, es tractava d'un Tribunal de caràcter administratiu.¹⁵

La competència del Tribunal s'estenia: d'una banda, al coneixement dels delictes i faltes comesos pels menors de quinze anys (facultat reformadora); i, d'una altra, a la suspensió del dret dels pares o tutors a la guarda i educació dels menors quan aquests cometessin delictes o infraccions o realitzessin conductes que impliquessin l'exercici indegut de la pàtria potestat i la consegüent desprotecció del menor (facultat protectora) (art. 3).¹⁶

D'altra banda, les mesures previstes en la citada llei de 1918 també constitueixen una novetat. En l'art. 6 s'habilitava al Tribunal per "acordar deixar al menor a cura de la seva família o lliurar-se'l a altra persona o a una Societat tutelar o ingressar-lo per temps determinat en un Establiment benèfic de caràcter particular o de l'Estat". Així mateix, aquest precepte contempla una nova figura: la del delegat de protecció a la infància, encarregat "de la constant vigilància del menor i de la persona o societat a que la seva custòdia hagi estat confiat". Finalment, el referit art. 6 restringia l'ingrés del menor en un Establiment de l'Estat "quan aquell hagi executat un acte punible amb discerniment; però per a fer aquesta declaració, caldrà que el Tribunal adquireixi convenciment ple de l'evident perversitat del menor". Finalment, la llei encomanava promoure, a través del Consell Superior i les Juntes

¹⁵ Sobre la naturalesa de la jurisdicció de menors i el seu caràcter administratiu, MARTÍN OSTOS, José, *Jurisdicción de menores*. Barcelona: Bosch Editor, 1994, p. 15-29.

¹⁶ Els Tribunals per a nens no podien privar als pares de la pàtria potestat, aquesta competència corresponia als Tribunals ordinaris.

provincials i municipals previstes en la Llei de protecció a la infància, la creació de Societats tutelars.

Per tant, l'aplicació de la llei requeria la creació de les referides Societats tutelars i l'existència de centres d'educació, reforma i observació. La manca d'aquests centres, com a conseqüència de la falta de recursos econòmics, va ser una de les raons que explica la lenta consolidació d'aquests Tribunals.

2.3 La llei de 3 de febrer de 1929 de Tribunals tutelars per a nens

La llei de 1918 de Tribunals tutelars per a nens va ser reformada per la Llei de 15 de juliol de 1925 i, posteriorment, per la Llei de 3 de febrer de 1929.¹⁷ La Llei de 1929 manté la naturalesa administrativa del Tribunal. D'altra banda, aquesta llei tracta de delimitar amb major claredat la facultat reformadora i la facultat protectora atribuïda al Tribunal. Així, a l'art. 9 s'atribueix als Tribunals tutelars competència per a conèixer:

1r.- a) Les accions o omissions comeses pels menors de setze anys tipificades en el Codi penal o en lleis penals especials; b) les infraccions administratives comeses per menors de la mateixa edat; c) els supòsits de menors de setze anys dedicats a la prostitució o a vagabundejar. En aquests casos s'atribueix al Tribunal una facultat reformadora que, segons estableix la llei, no té caràcter repressiu sinó educatiu i tutelar.

2n.- Les faltes tipificades en lleis penals comeses per majors de setze anys contra els menors d'edat. En aquest cas la jurisdicció del Tribunal tenia caràcter repressiu.

3r.- De la suspensió del dret dels pares o tutors a la guarda i educació del menor: a) en els casos prevists en el Codi civil per maltractaments o ordres, consells o exemples corruptores dels menors de setze anys; b) en els casos

¹⁷ Aquesta reforma va ser necessària per a adaptar la legislació sobre Tribunals tutelars per a nens al nou Codi Penal de 1928 que havia entrat en vigor el 1 de gener de 1929.

prevists en normes penals com a conseqüència de delictes o faltes comesos per aquests pares o tutors en perjudicis dels menors. En aquest àmbit s'atribueix al Tribunal una facultat protectora el caràcter de la qual é essencialment preventiu.

La Llei també contemplava l'adopció de noves classes de mesures, evolucionant-se des de la pura repressió a la moralització i reeducació. Així, en l'exercici de la seva facultat reformadora el Tribunal podia preveure mesures com l'amonestació; la llibertat vigilada; la custòdia per altra persona, família o societat tutelar; l'ingrés en un centre d'educació, observació o reforma de caràcter públic o privat; o l'ingrés en establiments especials per a menors malalts, deficients o simplement difícils.¹⁸

D'altra banda, en l'exercici de la facultat protectora el Tribunal podia acordar la vigilància o suspensió de la pàtria potestat o la tutela als pares o tutors i confiar al menor a una persona, família o institució. En el supòsit de suspensió de la pàtria potestat o la tutela, els propis Tribunals assumien la tutela del menor (arts. 17 i 18).¹⁹

La llei regulava les "institucions auxiliars". A l'art. 24 s'encomanava a les Juntes provincials i municipals de protecció a la infància la creació de societats i establiments tutelars. Els menors confiats pel tribunal a altres persones, famílies, societats tutelars o establiments en l'exercici de la seva facultat reformadora, havien de ser sustentats i educats mitjançant l'abonament d'estades sufragades pels seus pares, satisfetes a càrrec dels béns del menor

¹⁸ En tots aquests casos es preveia la designació d'un delegat encarregat de vigilar al menor i la persona, família o centre responsable del compliment de la mesura; figura semblant a la ja prevista en la llei de 1918.

¹⁹ L'art. 18 disposava que "quan suspenguin el dret a la guarda i educació dels pares i tutors, els mateixos tribunals exerciran la tutela de la persona del menor, podent confiar-lo a altres persones o entitats i assumint el Tribunal les facultats que als pares o tutors competeixen per a autoritzar els contractes d'aprenentatge o de treball; l'emigració o la inscripció del menor en l'Exèrcit o en la Marina de guerra o de mercant".

o amb les pensions de l'Estat i Corporacions i amb els altres recursos propis del Tribunal. En canvi, els menors confiats pel tribunal a aquestes persones o institucions en l'exercici de la facultat protectora devien ser sustentats i educats a compte del municipi que haguessin nascut i, mancant mitjans d'aquest municipi, per la província a la qual el mateix pertanyé (art. 25). En el cas que els pares del menor o el propi menor tinguessin recursos suficients, havien de ser abonats a la corresponent Corporació les despeses de sustentació i educació.

Els Ajuntaments o Diputacions que es feien càrrec d'un menor podien prestar el servei mitjançant establiments propis o concertant-lo amb entitats protectores autoritzades o famílies honrades elegides per la Junta de Protecció a la Infància. Els menors quedaven sota la vigilància de la Junta de protecció i no podien ser retornats als seus pares o altra persona sense l'autorització del Tribunal tutelar (art. 26).

D'altra banda, la Llei de 1929 facultava als pares o representants legals dels menors que els desitgessin corregir, en virtut del seu dret de pàtria potestat o tutela, a sol·licitar l'auxili de l'Autoritat corresponent per a internar el menor en un Establiment de correcció paterna. En aquests casos, el Tribunal havia de limitar-se a examinar els motius que es fon la correcció acordada per pares o tutors; això si, la Llei advertia que el menor havia de ser escoltat. Per tant, quan el pare o tutor demandava una mesura de correcció s'investigava a la pròpia família; el dret de correcció podia tornar-se contra qui ho exercia i conduir a la suspensió de la pàtria potestat o tutela.

De l'examen de la referida legislació resulta que la intervenció i control administratiu no només requeia sobre els menors indisciplinats, sinó també, i de manera molt especial, sobre les famílies que els abandonaven o maltractaven.

La creació dels Tribunals tutelars de menors, segons es dedueix de les pròpies normes reguladores, suposa el primer pas en la distinció entre "infància perillosa" -facultat reformadora- i "infància en perill" -facultat protectora-. No

obstant això, la veritat és que en aquest primer moment no es delimiten amb claredat els diversos tipus d'acció polític-jurídica.

3. La legislació de 1948 i els precedents normatius de la tutela ex lege de l'administració pública

3.1 El Text Refós sobre Tribunals Tutelars de Menors aprovat per Decret de 11 de juny de 1948

La llei de Tribunals tutelars de menors va ser objecte de successives reformes²⁰ fins que va ser dictat el Decret de 11 de juny de 1948 pel qual s'aprova el text refós i el seu Reglament aprovat en la mateixa data, norma que segueix els passos de la legislació aprovada en 1929. Aquesta legislació ha estat vigent fins l'aprovació de la Llei Orgànica 4/1992, reguladora de la Competència i Procediment dels Jutjats de Menors, posteriorment derogada per la Llei 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.

La llei de Tribunals Tutelars de Menors de 11 de juny de 1948 continuava sense incardinar el referit òrgan en el Poder Judicial; el Tribunal continuava mantenint naturalesa administrativa.²¹ La llei atribueix a l'Administració pública,

²⁰ Així, a més de la reforma portada a terme en 1929, es produeixen modificacions en el període de la República mitjançant el Decret de 16 de juny de 1931. Més endavant, amb el triomf del franquisme, es va restaurar l'articulat de la llei de 1929 mitjançant la Llei de 13 de desembre de 1940. Vid. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Revista General del Derecho, València, 2000, p. 33. CANTARERO, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*,. Madrid: Montecorvo, 1988; p. 52.

²¹ La integració dels Tribunals Tutelars de Menors en el poder judicial va ser prevista per la Llei de Bases Orgànica de la Justícia de 28 de novembre de 1974 que contempla la creació de les Magistratures Tutelars de menors. Sobre la naturalesa d'aquests Tribunals, MARTÍN OSTOS, José, *Jurisdicción de menores*. Barcelona: Bosch Editor, 1994; p. 15-29.

a través del Consell Superior de Protecció de Menors, àmplies facultats per a establir la composició i organització dels Tribunals.²²

La llei de 1948, en la mateixa línia que la Llei de 1929, atribueix als Tribunals Tutelars competències que incidien en diversos àmbits jurídics. La llei, seguint les passes de la legislació precedent, regulava conjuntament la facultat reformadora i la facultat protectora, encara que tractant de delimitar l'una i l'altra.

La facultat reformadora comprenia el coneixement dels delictes i infraccions governatives comeses pels menors. Així mateix, el Tribunal havia d'actuar la seva facultat reformadora enfront dels menors llicenciosos, vagues o els que practicaven la mendicitat o la prostitució. En exercici d'aquesta facultat els Tribunals podien acordar un conjunt de mesures similars a les previstes en la Llei de 1929: amonestació, breu internament en un centre, llibertat vigilada; custòdia per altra persona, família o societat tutelar, ingrés en un centre d'observació, educació o reforma, fora públic o privat, o ingrés en un centre especial per a anormals.

La facultat protectora permetia acordar la vigilància o suspensió dels drets de guarda i educació de pares o tutors en cas d'inadequat exercici de la pàtria potestat o la tutela. En cas de suspensió del dret de guarda i educació, el propi Tribunal havia d'assumir l'acció tutelar i encomanar la custòdia del menor a altres persones o entitats: l'acolliment del menor per la Junta de Protecció de Menors, societat tutelar, establiment, persona o família (arts. 9, 13, 17 i 18).²³

²² El Consell Superior de Protecció de Menors havia estat previst per vegada primera en la Llei de Protecció a la Infància de 1904, la llei ho emmarcava en el Ministeri de Governació. Ara, la Llei de 2 de juliol de 1948 sobre Protecció de Menors crea l'Obra de Protecció de menors, entitat estatal autònoma dependent del Ministeri de Justícia, l'òrgan superior de la qual serà el referit Consell Superior de Protecció de Menors (arts. 4 i 7).

²³ Aquesta regulació constitueix un clar precedent de les funcions tutelars dels menors desemparats que l'Ordenament atribueix actualment a les Administracions autonòmiques. Una vegada constatada per l'Administració la situació de desemparament del menor, l'Administració té encomanada per la llei la tutela –ara és la llei i no, com abans, uns Tribunals especials–.

Per tant, des de la perspectiva protectora, els Tribunals Tutelars de Menors tenien atribuïda una facultat protectora immediata, que havien d'exercir sobre el propi nen amb la finalitat de protegir-lo, i una facultat protectora mediata, que exercien sobre els responsables del menor que actuaven en el seu perjudici, ja fossin pares, guardadores o tutors. Així, quan l'indigne o inadequat exercici dels drets de guarda i educació dels menors creava una situació de risc per als mateixos, la protecció del menor requeria la correlativa limitació dels drets dels responsables del nen: la vigilància o suspensió del dret dels pares o tutors a la guarda i educació del menor. La suspensió del dret de guarda i educació als pares o tutors suposava que l'acció tutelar sobre els menors requeia exclusivament sobre els Tribunals tutelars (art.13). D'altra banda, la mesura de suspensió dels drets de guarda i educació dels responsables del menor comportava el seu acolliment per una persona, família, societat tutelar o establiment (art. 17 B).

El Fuero de los Españoles de 1945, al seu art. 22 havia configurat la família com la cèl·lula bàsica de la societat en disposar que "l'Estat reconeix i empara a la família com institució natural i fonament de la societat, amb drets i deures anteriors i superiors a tota llei humana i positiva". A continuació, a l'art. 23 havia establert les obligacions paternes respecte als fills i les conseqüències de l'incompliment: "els pares estan obligats a alimentar, educar i instruir als seus fills. L'Estat suspèn l'exercici de la pàtria potestat o privarà d'ella als quals no l'exerceixin dignament, i transferirà la guarda i custòdia dels menors a qui per llei correspongui".

Respecte la facultat reformadora, s'adverteix que la legislació venia a identificar al menor que havia comès un delictes o infracció amb el menor que es trobava en una situació de risc social. En efecte, l'art. 9 atribueix al Tribunal facultat reformadora enfront del menor que havia comès il·lícits penals o administratius i enfront dels menors "prostituïts, llicenciosos, vagues i vagabunds". Per tant, en un cas ens trobem davant menors que efectivament han comès delictes o faltes

De la mateixa manera, la tutela de l'Administració implica –també per obra de la llei– la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària.

penals o infraccions administratives i, en canvi, en l'altre cas ens trobem simplement davant menors en situació de risc social, menors que no han comès cap acte il·lícit. No obstant això, el Tribunal podia imposar el mateix tipus de mesures als dos grups de menors esmentats. En l'exercici de la facultat reformadora, la llei permetia als Tribunals adoptar la mesura d'internament, sense contemplar una durada determinada per a aquesta mesura.²⁴ Aquest tractament es justificava atribuint a les mesures caràcter educatiu i tutelar. D'altra banda, l'acció del jutge tutelar es presentava com paternalista i protectora. No obstant això, aquesta ideologia paternalista condueix, en realitat, a menyscar els drets dels menors i a privar-los de certes garanties processals.

La legislació de Tribunals Tutelars de Menors no definia amb requereixió els límits entre la funció reformadora i la protectora. Per això, després de l'aprovació de la Constitució de 1978 es va criticar l'atribució a un mateix òrgan de la facultat reformadora i protectora. La doctrina censura el tractament unitari de la problemàtica plantejada per la infància perillosa i la infància en perill, ja que podia conduir a criminalitzar situacions en les quals el menor és, en realitat, una víctima.²⁵

3.2 El Text Refós sobre Protecció de Menors de 2 de juliol de 1948

El 2 de juliol del mateix any 1948 va ser aprovat el text refós sobre Protecció de Menors. Aquesta norma definia la protecció de menors com una institució d'inspecció, vigilància, promoció, foment i coordinació d'Organismes i serveis protectors. L'Obra de Protecció de menors es configurava com entitat estatal

²⁴ En canvi, la vella llei de 1918 havia precisat que l'ingrés d'un menor en un establiment devia realitzar-se per un "temps determinat". Aquesta limitació va desaparèixer en la llei de 3 de febrer de 1929 dictada durant la dictadura de Primo de Rivera i ara tampoc es contemplava en la legislació franquista de 1948.

²⁵ Vid. PICONTO NOVALES, Teresa, *La Protecció...*, cit. p. 110.

autònoma depenent del Ministeri de Justícia (arts. 1 i 4).²⁶ Per tant, de naturalesa administrativa. Quedaven subjectes a protecció els menors fins els setze anys i els majors d'aquesta edat i menors de vint-i-un sotmesos a la tutela dels Tribunals de Menors (art. 2). La protecció es realitzava mitjançant l'exercici, entre unes altres, de les següents funcions emmarcades en l'activitat clàssica de policia administrativa: inspecció dels centres; investigació dels danys, abusos o explotació a menors; denúncia i persecució dels delictes comesos per menors; vigilància del compliment de les disposicions protectores. No obstant, també es preveien algunes mesures amb cert contingut assistencial com "l'empara als menors moralment abandonats, recollint-los de la via pública i brindant-los educació protectora i ensenyament professional; o la cura de l'educació i instrucció dels denominats anormals" (art. 5).

El Consell Superior era l'òrgan superior de l'Obra de Protecció de Menors. Aquest òrgan administratiu, com s'ha dit, tenia atribuïdes per la llei de Tribunals Tutelars de Menors àmplies facultats amb vista a la determinació de la composició i organització dels referits Tribunals.²⁷ A més, la llei contemplava

²⁶ Així ho va establir el Decret de 26 de febrer de 1976, núm. 414/76. Aquesta norma venia a aclarir la confusa naturalesa del Consell Superior de Protecció de Menors, Les Juntes de Protecció i els Tribunals Tutelars, englobant-los en l' "Obra de Protecció de Menors". D'altra banda, aquesta norma també pretenia subratllar la independència dels Tribunals Tutelars en donar nova redacció a l'art. 59 que va passar a dir que "els Tribunals Tutelars de Menors, col·legiats o unipersonals, en l'exercici de la seva funció jurisdiccional, solament estaran sotmesos a l'Ordenament jurídic, respectant en tot cas la jerarquia de les normes".

²⁷ El Consell es dividia en cinc seccions: 1) la secció primera "puericultura i primera infància" tenia encomanades, entre unes altres, funcions com la vigilància de la lactància mercenària o l'empara i assistència material als menors de tres anys. 2) la secció segona "assistència social", tenia caràcter assistencial i sanitari i entre les seves funcions pot destacar-se el foment d'institucions dedicades a la protecció o procurar que no es produeixin casos d'abandó o indigència de menors. 3) la secció tercera, relativa a la "mendicitat i tutela moral" tenia caràcter tutelar per motius d'ordre moral. 4) la secció quarta relativa als "tribunals tutelars de menors", les seves funcions eren les quals s'establien en la legislació que regulava aquests tribunals. 5) Finalment, la secció cinquena, denominada "jurídica i legislativa" actuava com assessoria jurídica del Consell Superior.

l'existència en cada capital de província d'una Junta de Protecció de Menors sota la dependència del Consell Superior (art. 40).²⁸ La Llei també preveia que les Juntes provincials, pel compliment de les seves funcions, podien utilitzar institucions alienes oficials o particulars quan manquessin de pròpies o aquestes fossin insuficients, per al qual podien celebrar amb elles convenis de col·laboració (art. 62).

La llei de Protecció de Menors de 1948 es referia, així mateix, als Tribunals tutelars de menors per atribuir-los la funció de correcció dels menors infractors, prostituïts, vagues o vagabunds i la protecció dels menors contra l'indigne exercici del dret de guarda i educació. Funcions reformadora i protectora que, com s'ha vist, ja havien estat prèviament atribuïdes per la llei reguladora d'aquests Tribunals.

3.3 Precedents normatius de la tutela *ex lege* de l'Administració pública

En aquesta mirada al passat, també deu fer-se esment de l'Ordre de 1 d'abril de 1937, sobre col·locació familiar, doncs aquesta norma estableix la tutela legal de l'Administració i, per tant, constitueix un precedent de l'actual tutela *ex lege* atribuïda a les Administracions Públiques. L'Ordre regulava el servei de "col·locació familiar" dels menors orfes i abandonats. Les famílies acollidores tenien el deure alimentar-los, vestir-los i educar-los. Ara bé, la tutela dels menors corresponia a l'Administració. En efecte, l'art. 9 de l'Ordre disposava que la col·locació familiar és una forma d'exercir l'Estat la tutela dels nens abandonats i atribueix (potser per analogia amb aleshores art. 121 del Codi Civil per als nens recollits en establiments benèfics) la tutela a les Juntes Locals, tutela que exerciran sota la inspecció de la Junta Provincial i el Govern.²⁹ En exercici d'aquesta funció tutelar, les Juntes Locals quedaven

²⁸ Al seu torn, cadascuna d'aquestes Juntes havia de constar de tres seccions: la de puericultura i primera infància, la d'assistència social i la de mendicitat i tutela. Cadascuna d'aquestes seccions tenia encomanades funcions pròpies del seu àmbit (arts. 54 a 57).

²⁹ Les Juntes locals i les Juntes provincials eren òrgans de l'Administració prevists per primera vegada en la llei de Protecció a la Infància de 1904.

obligades a vigilar que les famílies acollidores complissin degudament les seves obligacions. No obstant això, la tutela de l'Administració no arribava a l'administració dels béns del menor, funció que corresponia al Consell de Família en aplicació del disposat en el Codi Civil.

Tanmateix, en el Decret de 23 de novembre de 1940, de protecció als orfes de la Revolució i la Guerra,³⁰ també trobem un precedent de l'atribució de la tutela "ope legis". En l'art. 2 del Decret s'estableix que la protecció de l'Estat als orfes de la revolució i la guerra consistirà en plantar cara, a càrrec de el "Fons de Protecció Benèfic social" a la subsistència i educació dels mateixos i en "prestar la més vigilant cura al seu procés formatiu, a fi de que aquest es verifiqui en condicions d'adhesió als ideals i principis professats per l'Estat".³¹ La guarda i cura d'aquests menors s'atribuïa, pel següent ordre, a la pròpia família, a persones de reconeguda moralitat, a "l'auxili social" del moviment o als establiments benèfics fundats per les Corporacions públiques o les entitats de beneficència privada (art. 3). Segons establia l'art. 4, les referides persones o institucions públiques o privades, a qui s'encomanava la guarda i direcció dels orfes, ostentaven amb caràcter general jurídics el caràcter de tutor legal.³²

³⁰ En l'Exposició de Motius del Decret es manifesta l'esperit i finalitat de la norma, la qual "sostreu als orfes de tots els riscos de l'abandó i, tenint cura de la seva formació educativa, els capacita per a ésser, en el seu moment, actius servidors d'una Espanya justa a la qual faran, de segur, ofrena dels seus sacrificis".

³¹ Mitjançant Llei de 6 de desembre de 1940 va ser creat el Front de Joventuts, l'art. 1 de la Llei establia que la finalitat era "la formació i enquadrament de les forces juvenils d'Espanya". El Front de Joventuts es dividia en una Organització Masculina (dividida en graus corresponents als períodes de set a onze anys, d'onze a quinze, de quinze a divuit i de divuit fins l'edat d'ingrés en les files de l'exèrcit) i una Secció Femenina (en la qual es romanien des dels set fins els disset anys). Vid. ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1994, p. 123, nota 62.

³² Així mateix, la Llei de 20 de desembre de 1952, de reorganització del patronat de protecció a la dona, establia en el seu art. 28 que les Juntes provincials exercien sobre les òrfenes majors

Capítol II. La protecció pública dels menors després de la Constitució de 1978

1. El model constitucional de la protecció als menors. La responsabilitat de la família i els poders públics: el sistema mixt de l'art. 39 de la Constitució

La Constitució, en aplicació de la clàusula social d'Estat que la mateixa proclama, encomana als poders públics el deure garantir als ciutadans cert nivell de benestar social i, pel que es refereix als menors, fer efectiu el principi constitucional de protecció integral de la infància i garantir als nens la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets. En compliment d'aquest manament constitucional el nostre legislador va emprendre un procés de renovació de l'Ordenament jurídic en matèria de menors.³³

de 16 anys i menors de 21 les facultats que les lleis civils atribueixen als organismes tutelars mentre es trobin en situació de desemparament.

³³ Així, en l'àmbit de la legislació estatal, van ser promulgades, entre unes altres, la Llei 11/1981, de 13 de maig, de modificació de la Filiació, Pàtria Potestat i Règim Econòmic del Matrimoni, que va suprimir la distinció entre filiació legítima i il·legítima, va equiparar al pare i a la mare a l'efecte d'exercici de la pàtria potestat i va introduir la investigació de la paternitat; la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, sobre la tutela; la Llei 21/1987, de 11 de novembre, per la qual es van modificar determinats preceptes del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria d'adopció; la Llei orgànica 5/1988, de 9 de juny, sobre exhibicionisme i provocació sexual en relació amb els menors; la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, sobre reforma de la Llei reguladora de la competència i el procediment dels Jutjats de Menors, amb posterioritat derogada per la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors; la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció de menors. Així mateix, els diversos legisladors autonòmics han procedit a dictar normes sobre protecció i drets dels menors.

L'aprovació de la Constitució determina un nou marc jurídic-polític de protecció de la infància. Aquest nou marc jurídic ve delimitat essencialment pel reconeixement del dret fonamental a la igualtat (art. 14), el deure dels pares de prestar assistència de tot ordre als seus fills (art. 39.3), l'obligació dels poders públics de brindar protecció integral als fills (art. 39.2) i el reconeixement als nens de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets (arts. 39.4).

L'art. 39 de la Constitució disposa el que segueix:

- "1. Els poders públics assegurin la protecció social, econòmica i jurídica de la família.
2. Els poders públics assegurin, així mateix, la protecció integral dels fills, iguals aquests davant la llei amb independència de la seva filiació, i de les mares, qualsevol que sigui el seu estat civil. La llei possibilitarà la investigació de la paternitat.
3. Els pares deuen prestar assistència de tot ordre als fills tinguts dintre o fora del matrimoni, durant la seva minoria d'edat i en els altres casos que legalment procedeixi.
4. Els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets".³⁴

El text constitucional acull un sistema mixt de protecció a la infància. Aquesta classe de sistema implica la col·laboració entre públic i privat. Les responsabilitats es comparteixen entre la família i els poders públics. Així, el citat art. 39 de la Constitució imposa, tant als pares com als poders públics, la responsabilitat de prestar assistència als menors.³⁵

³⁴ Sobre les esmenes i debats que van conduir a la redacció final d'aquest precepte, ALVAREZ VELEZ, Ma. Isabel, *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1994, p. 139-156.

³⁵ La Constitució republicana de 1931 va ser la primera que va contemplar la protecció pública de la infància. L'art. 43 que, en bona part constitueix el precedent de l'actual art. 39, establí el que segueix: "la família està sota la salvaguarda especial de l'Estat. El matrimoni es fonamenta en la igualtat de drets per a ambdós sexes, i podrà dissoldre's per mutu desens o a petició de qualsevol dels cònjuges, amb al·legació en aquest cas de justa causa. Els pares estan obligats a alimentar, assistir, educar i instruir als seus fills. L'Estat vetllarà pel compliment d'aquests deures i s'obliga subsidiàriament a la seva execució. Els pares tenen envers els fills tinguts fora

En conseqüència, el paper dels poders públics no consisteix tan sols a actuar quan la família no ho fa o ho fa malament, sinó que tenen la responsabilitat de dissenyar i aplicar una política per a la infància que asseguri als menors una protecció integral que garanteixi el desenvolupament i ple exercici dels seus drets i, per tant, el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Així, els poders públics estan obligats a garantir als menors els seus drets, especialment els drets fonamentals, aquells que constitueixen el seu "estatut jurídic indisponible".³⁶ A aquest efecte, deuran establir un sistema educatiu, sanitari o de serveis socials que en tot moment garanteixi als menors el desenvolupament i ple gaudir dels seus drets.

La Constitució configura la nostra Administració com un instrument que deu servir a la societat i promoure les condicions perquè els drets constitucionals de les persones -inclosos i de forma especial els menors- siguin reals i efectius, "perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups que s'integren siguin reals i efectives", tal com afirma l'art. 9.2 de la Constitució.

D'altra banda, el nostre Ordenament encomana als pares el deure prestar en el si de la família determinades funcions assistencials. El citat art. 39 de la Constitució estableix que els pares deuran prestar assistència de tot ordre als seus fills. Aquest manament es concreta en els deures i facultats inherents a la pàtria potestat, especialment: "vetllar per ells, tenir-los en la seva companyia, alimentar-los, educar-los i procurar-los una formació integral" i "representar-los i

del matrimoni els mateixos deures que respecte als nascuts en ell. Les lleis civils regularan la investigació de la paternitat. No podrà consignar-se declaració alguna sobre la legitimitat o il·legitimitat dels naixements ni sobre l'estat civil dels pares, en les actes d'inscripció, ni en filiació alguna. L'Estat prestarà assistència als malalts i ancians i protecció a la maternitat i a la infància fent seva la "Declaració de Ginebra" o taula dels drets del nen".

³⁶ Aquest estatut ve determinat pels drets reconeguts als menors en la Convenció dels Drets del Nen de Nacions Unides de 1989, la Carta Europea dels Drets del Nen de 1992 i la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor (STC 141/2000, de 29 de maig, F.J. 5).

administrar els seus béns".³⁷ Per tant, els pares estan obligats a brindar assistència i protecció als seus fills. La importància que per al conjunt de la societat té el compliment d'aquestes funcions en el si de la família explica que la pròpia Constitució, en el ja citat art. 39, encomani als poders públics assegurar la protecció social, econòmica i jurídica de la família.

En conseqüència, tant els poders públics com la família han de col·laborar, cadascun des de la seva àrea d'actuació, a fer efectiu el manament de l'art. 39.4 de la Constitució: assegurar que els menors gaudeixin de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets; en particular, la Convenció dels Drets del Nen aprovada per l'Assemblea de Nacions Unides al 1989 i la Carta Europea dels Drets del Nen aprovada pel parlament Europeu al 1992.

En l'actualitat, el nostre Ordenament atribueix als menors la condició de subjectes de drets i encomana als poders públics garantir el seu ple desenvolupament i exercici. Així, ha quedat superada l'antiga concepció dels menors com subjectes passius, projecte de futur en desenvolupament i éssers exclusivament necessitats de protecció. Per això, l'atenció que deu brindar-se als menors ja no pot identificar-se com un sentit patrimonialiste de la pàtria potestat, ni amb una consideració tutelar, assistencial i benèfica d'intervenció de les diferents instàncies. En l'actualitat, la protecció als menors deu ser entesa com una acció de promoció del seu benestar i desenvolupament i defensa dels seus drets, respectuosa amb la condició humana singular i lliure de cada menor, i actuada des de la responsabilitat compartida dels pares, els poders públics i la societat en el seu conjunt.

³⁷ Art. 154.1 del Codi Civil i art. 143.1 i, a Catalunya, art. 145 del Codi de Família.

2. Les competències de l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de protecció de menors. Examen dels diversos títols competencials

La Constitució de 1978 també va acollir un nou model d'organització territorial de l'Estat. En efecte, l'exercici del dret a l'autonomia reconegut a les nacionalitats i regions va conduir a la creació de Comunitats Autònomes amb capacitat d'autogovern en l'àmbit de les competències que tinguessin atribuïdes. El que ens duu a examinar la qüestió de la distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats autònomes en la matèria de protecció de menors.

En primer lloc, cal advertir que quan la Constitució estableix la distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes no contempla com un títol competencial específic la matèria de protecció de menors. D'altra banda, la protecció de menors pot realitzar-se des de distints àmbits jurídics, ja sigui l'administratiu, el civil o el penal. En conseqüència, per a determinar la distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de protecció de menors és necessari considerar diversos títols competencials resultants de l'establert en els arts. 148 i 149 de la Constitució.

L'Estat, després de l'aprovació de la Constitució, va començar a traspasar a les Comunitats Autònomes els serveis que fins aleshores venia prestant a través de l'Obra de Protecció de Menors i, per tant, les funcions atribuïdes al Consell Superior i a les Juntes provincials. Així mateix, es va atribuir a les Comunitats Autònomes l'execució de les mesures de protecció i reforma que aleshores adoptaven els Tribunals Tutelars de Menors.³⁸ El títol a l'empara del

³⁸ En aplicació de la legislació llavors vigent sobre Tribunals Tutelars de Menors d'11 de juny de 1948 i la Llei de Protecció de Menors de 2 de juliol de 1948.

Així, per exemple, en el cas d'Aragó, segons es dedueix de l'Exposició de Motius de la Llei 10/89, de 14 de desembre, de protecció de menors, el traspàs de les funcions i serveis en matèria de protecció de menors va ser realitzat a l'empara de la competència atribuïda en l'art. 35.1.19 del seu Estatut d'Autonomia "assistència, benestar social i desenvolupament comunitari; joventut i promoció de les condicions per a la seva participació lliure i eficaç en el

que van ser realitzats aquests traspases va ser, en uns casos, la competència sobre "assistència social" i, en uns altres, la competència en matèria de "institucions públiques de protecció i tutela de menors".³⁹ Ara bé, en la regulació legal del règim de protecció de menors ha tingut una influència decisiva, per les raons que veurem, la competència sobre "legislació civil"; per això es comença per fer referència a la mateixa.

2.1 Legislació civil. La controvertida regulació de la tutela administrativa a l'empara d'aquest títol competencial

Al nostre Dret tradicional, el Codi Civil ha contemplat un conjunt d'institucions jurídic-privades dirigides a la protecció dels menors.⁴⁰ No obstant, s'ha d'advertir que el referit Cos Legal no preveia l'assistència material i protecció de tots els menors. En efecte, la protecció pública dels menors no s'articulava a través del Codi Civil, sinó mitjançant les ja citades Llei de 2 de juliol de 1948 de Protecció de Menors i la Llei de 11 de juny de 1948 de Tribunals Tutelars de Menors.⁴¹ Aquestes normes, com ja s'ha vist, atribueixen a l'Administració

desenvolupament polític, social, econòmic i cultural". En canvi, en el cas de Balears o Catalunya, l'Estat va realitzar el traspàs de les funcions i serveis en matèria de protecció de menors a l'empara de la competència "institucions públiques i tutela de menors".

³⁹ Així, per exemple, en el cas d'Aragó, segons es dedueix de l'Exposició de Motius de la Llei 10/89, de 14 de desembre, de protecció de menors, el traspàs de les funcions i serveis en matèria de protecció de menors va ser realitzat a l'empara de la competència atribuïda en l'art. 35.1.19 del seu Estatut d'Autonomia "assistència, benestar social i desenvolupament comunitari; joventut i promoció de les condicions per a la seva participació lliure i eficaç en el desenvolupament polític, social, econòmic i cultural". En canvi, en el cas de Balears o Catalunya, l'Estat va realitzar el traspàs de les funcions i serveis en matèria de protecció de menors a l'empara de la competència "institucions públiques i tutela de menors".

⁴⁰ La pàtria potestat i assistència paterna, la tutela civil o ordinària, la curatela o el defensor judicial.

⁴¹ Així, la Llei de 2 de juliol de 1948 sobre Protecció de Menors atribuïa a l'Obra de protecció de Menors -entitat administrativa dependent del Ministeri de Justícia- la funció de "empara als

pública funcions denominades tutelars. No obstant això, l'acció tutelar que aquestes normes encomanaven als Tribunals Tutelars o a l'Obra de Protecció de Menors no tenia el mateix significat que la tutela de Dret civil; l'expressió "tutela" s'utilitzava en aquest àmbit com sinònim de protecció o acció protectora que corresponia a l'Administració.⁴²

Per tant, en realitat, la denominada funció o acció tutelar que la llei atribuïa aleshores a l'Administració pública era una activitat protectora o assistencial de Dret públic, distinta de la tutela de Dret civil. De la mateixa manera, en l'actualitat, l'assistència o protecció que l'Administració ha de proporcionar als menors constitueix una activitat d'assistència social, emmarcable dins el concepte de servei públic de caràcter social o personal.

En conseqüència, en la mesura que les Comunitats Autònomes podien assumir competència en matèria de "assistència social" o "serveis socials" i, en alguns casos, a més, en matèria d' "institucions públiques de protecció i tutela de menors" o de "política infantil i juvenil", resultava que la protecció pública dels menors quedava exclusivament en mans de les Comunitats Autònomes. És més, com s'ha dit, l'Estat va portar a terme els traspases en matèria de protecció pública de menors a l'empara d'alguns dels referits títols competencials.

No obstant, quan el legislador estatal escomet la reforma del Codi Civil es proposa reconduir a l'àmbit civil l'activitat administrativa protectora o tutelar. Per què?, quina va poder ser la raó?. Segons apunta DE PABLO, la raó és que per aquesta via l'Estat volia dotar d'un règim jurídic unitari a una matèria que, d'una altra manera, hauria estat regulada de forma diversa per cadascuna de les

menors moralment abandonats, recollint-los de la via pública i proporcionant-los educació protectora i ensenyament professional" (art. 5.5).

⁴² En el mateix sentit, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil (Artículo 172)*, Coordinador Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1993, p. 35-88 i 47-48.

Comunitats Autònomes. Segons el referit autor, les intencions del legislador estatal es posen en relleu a la disposició final del projecte de reforma del Codi Civil de 1987 que, en el primer apartat, establia que "la tutela, l'acolliment i les altres institucions de protecció de menors es regiran exclusivament, en matèria civil, per les disposicions del Codi Civil i Compilacions que el Codi salvaguarda". Encara que aquesta disposició no va passar al text final de la Llei, en el preàmbul de la mateixa s'afirma, en relació amb la figura de l'acolliment, que ha estat regulada "fins avui per disperses normes administratives", i s'afegeix "s'ha estimat que la figura posseeix la substantivat necessària per a ser digna d'incloure's en el Codi civil, amb el que també s'aconseguirà unificar pràctiques divergents i difondre la seva aplicació".⁴³

Doncs bé, amb la finalitat d'evitar regulacions divergents (la regulació per "disperses normes administratives"), el legislador estatal, a l'empara de la competència sobre "legislació civil", incorpora al Codi Civil, mitjançant la Llei 21/1987, de 11 de novembre, les figures de la tutela administrativa i la guarda administrativa.⁴⁴ La regulació de la tutela de les Administracions Públiques per l'art. 172 del Codi civil va ser objecte de crítiques des de la doctrina civilista. Bona part de la doctrina considerava que s'havia produït una inadmissible

⁴³ Per aquestes raons DE PABLO CONTRERAS considera que en aquest punt la Llei de 1987 és inconstitucional. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1993, p. 64-65.

⁴⁴ L'art. 172 del CC, en la redacció de 1987, disposava que "1. L'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors, té per ministeri de la llei la tutela dels que es trobin en situació de desemparament. Es considera com situació de desemparament la que es produeix de fet a causa de l'incompliment, o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors, quan aquests quedin privats de la necessària assistència moral o material". I en l'apartat 2 s'afegia que "L'entitat pública assumirà només la guarda durant el temps necessari, quan qui tenen la potestat sobre el menor ho sol·licitin justificant no poder atendre'l per malaltia o altres circumstàncies greus, o quan així ho acordi el jutge en els casos que legalment procedeixi". Aquest precepte va ser objecte de nova redacció per la disposició final 5ª de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener.

administrativització de la tradicional institució de la tutela civil. No obstant això, com s'ha dit, la denominada tutela administrativa contempla, en realitat, una activitat pública de caràcter assistencial, un servei social.

El mateix legislador estatal vindria a reconèixer que, en realitat, regula una actuació pública de caràcter assistencial. En efecte, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, disposa en el seu art. 14, sota el títol atenció immediata, que "Les autoritats i serveis públics tenen obligació de prestar l'atenció immediata que requereixi qualsevol menor (...)". El propi legislador reconeix que la protecció i assistència pública als menors constitueix una activitat administrativa, un servei públic i, per tant, la relació entre l'Administració i el menor seria una relació jurídic-administrativa i no una relació de Dret civil.⁴⁵

Per això, un altre sector de la doctrina, al qual s'adscriu DE PABLO, considera que, en realitat, el que ha succeït és que el legislador estatal amb la Llei de 1987 va procedir a una civilització formal de la normativa administrativa de protecció de menors, inserint artificialment la regulació de la tutela de les Administracions públiques en el Codi Civil, amb la intenció que fos "legislació civil" a l'efecte de l'art. 149.1.8 de la Constitució.⁴⁶

Així, aquesta artificial civilització d'una normativa que deu ser administrativa, quan regula l'actuació d'una Administració pública, té el seu reflex en el disposat per la Llei orgànica 5/2000, de responsabilitat penal dels menors, que en el seu art. 3 estableix el règim dels menors de catorze anys, als quals exigeix de responsabilitat penal i remitent al disposat sobre protecció de menors en el Codi Civil. Així mateix, quan l'Exposició de Motius de la Llei es

⁴⁵ A Catalunya, la Llei 11/1985, de 13 de juny de protecció de menors -ara derogada- connecta directament amb la legislació estatal precedent -Llei de protecció de menors i Llei de tribunals tutelars de menors de 1948- i es qualifica així mateixa de norma administrativa.

⁴⁶ Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, p. 35-88 i 65-68.

refereix a aquesta qüestió estableix que per a donar resposta a aquests menors de catorze anys que han comès algun il·lícit són suficients "els àmbits familiar i assistencial civil". Doncs bé, la veritat és que ni el Codi Civil, ni a Catalunya el Codi de Família, han donat resposta a la situació d'aquests menors de catorze anys que havent comès un il·lícit penal no se'ls exigeix la consegüent responsabilitat punitiva. En general es tractarà de menors en situació de risc, això és, situacions que perjudiquen el desenvolupament personal o social del menor. La resposta a aquests menors l'ha brindat el legislador estatal en la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, l'art. del qual 17 estableix que l'actuació dels poders públics "s'orientarà a disminuir els factors de risc i dificultat social que incideixin en la situació personal i social", per a això l'Administració pública competent deurà "realitzar el seguiment de l'evolució del menor en la família". És necessari subratllar que el legislador estatal ha dictat aquest precepte amb caràcter supletori del que dictin les Comunitats Autònomes amb competència en matèria de "assistència social".⁴⁷ Per tant, es tracta d'una norma de caràcter administratiu i no de naturalesa civil; norma administrativa en tant es dirigeix a l'Administració pública a la qual imposa una sèrie d'obligacions en relació amb els menors en situació de risc social.

En la mesura que el Codi Civil ha configurat la tutela de les Administracions públiques com una institució de Dret civil, les Comunitats Autònomes que no tenen competència en aquesta matèria no han pogut procedir a la seva regulació. En efecte, l'art. 149.1.8 de la Constitució atribueix competència exclusiva a l'Estat en matèria de "legislació civil". Encara que, a continuació adverteix que això "sense perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament per les Comunitats Autònomes dels drets civils, forals o especials, allí on existeixin".⁴⁸

⁴⁷ Segons disposa la disposició final 21a.1 de la pròpia Llei.

⁴⁸ A continuació, el referit precepte encara afegeix una excepció a l'excepció, al establir que l'Estat té "en tot cas", competència exclusiva en les següents matèries "les regles relatives a l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques, relacions jurídic-civils relatives a les formes de matrimoni, ordenació dels registres i instruments públics, bases de les obligacions contractuals,

Per tant, les Comunitats autònomes dotades de dret civil foral o especial tenen competència per a regular les institucions previstes en les seves compilacions o en normes consuetudinàries vigents en el moment d'aprovar-se la Constitució.⁴⁹ A més, segons ha declarat el Tribunal Constitucional, també poden regular "institucions connexes amb les ja regulades en la Compilació dintre d'una actualització o innovació dels continguts d'aquesta segons els principis informadors peculiars del Dret foral".⁵⁰

Així, a l'empara de la referida clàusula de l'art. 149.1.8 de la Constitució, han assumit competències per a legislar el seu Dret civil foral o especial les Comunitats de Catalunya, País Basc, Galícia, Aragó, Balears, València i Navarra. No obstant això, aquest títol competencial només permet legislar sobre aquelles institucions civils ja regulades o connexes amb les mateixes. Per això, les Comunitats que en el seu Dret foral o especial ja havien regulat algunes de les institucions relatives o connexes amb la protecció de menors quedaven reduïdes a Catalunya, Aragó i Navarra.⁵¹

En efecte, Catalunya comptava amb una Compilació en la què es regulaven certs aspectes de l'adopció; això permetia regular no només aquesta institució

normes per a resoldre els conflictes de lleis i determinació de les fonts del Dret, amb respecte, en aquest últim cas, a les normes de dret foral o especial".

⁴⁹ En la STC 121/1992, de 28 de setembre i en la STC 182/1992, de 16 de novembre, el Tribunal Constitucional declara que la competència autonòmica de l'art. 149.1.8 sobre els drets civils forals o especials arriba a no només als drets civils especials que havien estat objecte de compilació sinó també a les normes civils de formació consuetudinària preexistents.

⁵⁰ STC 88/1993, de 12 de març (F.J. 3) i STS 156/1993, de 6 de maig (F.J. 1).

⁵¹ Vid. MAYOR DEL HOYO, Ma Victoria, *La regulació autonòmica de la guarda administrativa de los menores*. Barcelona: Cedecs, 2000, p. 45-46; IGLESIAS RODÓ, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 43.

sinó les quals tinguessin connexió amb la mateixa.⁵² La Compilació aragonesa també contemplava l'adopció en regular els pactes successoris entre parents adoptius (art. 99) i, a més, tenia un Títol dedicat a el "Dret de la persona i de la família" en el qual es regulava les relacions tutelars i parentals.⁵³ La compilació Navarra coneixia institucions com la filiació, la pàtria potestat, l'adopció i el profillament. Per tant, el fet que en aquestes Comunitats ja haguessin estat contemplades les referides institucions de Dret privat vinculades a la protecció dels menors, permetia procedir a modificar i desenvolupar aquesta regulació i també les matèries connexes amb les mateixes.

Pel que es refereix a la resta de Comunitats Autònomes, hauran d'aplicar directament l'establert en el Codi Civil en relació amb la tutela i la guarda administrativa. No obstant, en la mesura que es tracta d'una activitat administrativa, existeixen certes qüestions que podran ser objecte de regulació per les pròpies Comunitats Autònomes. En efecte, correspon a l'Administració autonòmica constatar que el menor es troba en situació de desemparament i dictar la corresponent resolució administrativa de desemparament de la qual deriva la tutela automàtica. Per tant, correspondrà a la pròpia Comunitat Autònoma establir qüestions com l'òrgan competent o el procediment per a

⁵² Així, la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, va regular en els seus arts. 2 a 4, les figures de la tutela i la guarda administrativa. D'altra banda, aquestes institucions han estat regulades amb posterioritat pels arts. 164 a 166 del Codi de Família aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol.

⁵³ El legislador aragonès va dictar la Llei 10/1989, de 14 de desembre, de protecció de menors. Segons es dedueix de l'Exposició de Motius de la Llei, a la vista de la reforma del Codi Civil realitzada en 1987, "la Comunitat Autònoma d'Aragó, com entitat pública competent en matèria de protecció de menors a Aragó, deu establir un marc jurídic mitjançant el qual (...) sigui possible l'aplicació de les novetats introduïdes per la Llei modificatòria del Codi Civil". Així, "al costat dels instruments recollits en el Codi Civil, figuren els principis bàsics que han de regir en les accions tendents a la protecció del menor, els mitjans de control de les actuacions de l'Administració de la Comunitat Autònoma i les característiques pròpies de la Compilació del Dret Civil d'Aragó, que poden llançar alguna peculiaritat a la protecció de menors".

dictar la referida resolució. En definitiva, existeixen certs aspectes que deuran ser regulats per les normes autonòmiques.

2.2 Assistència social i serveis socials

La Constitució, en el seu art. 148.1.20, habilita a totes les Comunitats Autònomes a assumir competències en matèria d' "assistència social". D'altra banda, l'art. 149.1 no contempla cap títol competencial del que en derivi l'atribució de competències a l'Estat sobre aquesta matèria. Així, en la mesura que les Comunitats Autònomes han assumit en els seus respectius Estatuts d'Autonomia aquesta competència amb caràcter exclusiu,⁵⁴ podran actuar en l'àmbit de la mateixa que es correspon amb la protecció de menors, actuant tant la funció legislativa com l'execució d'aquella legislació.⁵⁵

La Constitució no ha definit la noció d'assistència social. No obstant això, de la doctrina establerta pel tribunal Constitucional resultaria que constitueix una tècnica pública de protecció de grups de població o col·lectius no integrats en el sistema de Seguretat Social.⁵⁶ Per tant, a l'empara d'aquest títol competencial

⁵⁴ Estatut d'Andalusia (art. 13.22), d'Aragó (art. 35.26), d'Astúries (art. 10.24), Balears (art. 39.7), Canàries (art. 30.13), Cantàbria (art. 24.22), Castella-La Manxa (art. 31.1.20), Castella i Lleó (art. 32.1.19), Catalunya (art. 9.25), Extremadura (art. 7.1.20), Galícia (art. 27.23), Madrid (art. 26.18), Múrcia (art. 10.18), Navarra (art. 44.17), La Rioja (art. 8.30), València (art. 31.24), País Basc (art. 10.12).

⁵⁵ No obstant, des de la doctrina s'adverteix que, a l'empara de l'art. 149.1.1 de la Constitució que atribueix a l'Estat competència per a regular les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels seus drets constitucionals, l'Estat podria garantir uns mínims i una coordinació de les actuacions públiques en matèria de protecció de menors. Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989", *Revista de Derecho Privado*, juliol-agost 1993, p. 692.

⁵⁶ La STC 76/1986, de 9 de juny (F.J. 6) declarava que "la noció d'assistència social no està precisada en el text constitucional, pel que ha d'entendre's remesa a conceptes elaborats en el plànol de la legislació general, que no han deixat de ser tinguts en compte pel constituent; de la legislació vigent es dedueix l'existència d'una assistència social externa al sistema de Seguretat Social, i no integrada en ell, a la qual ha d'entendre's feta la remissió continguda en

les Comunitats Autònomes podran dissenyar i aplicar polítiques públiques dirigides a brindar protecció als menors.

D'altra banda, algunes Comunitats autònomes també han assumit competències en matèria de "serveis socials", el que obliga a plantejar la diferència amb l'"assistència social". Des d'un sector de la doctrina s'ha apuntat que l'assistència social i els serveis socials constitueixen nocions distintes; els serveis socials tindrien un objecte més ampli i complementari de l'assistència social: l'assoliment del major benestar per a l'individu i la seva plena integració social.⁵⁷ Doncs bé, en la distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats autònomes que va portar a terme la Constitució no es contemplen els "serveis socials". Estaríem, doncs, davant una matèria residual que podria ser assumida per les Comunitats autònomes a l'empara de l'art. 149.3 de la Constitució.

2.3 Institucions públiques de protecció i tutela de menors

La competència en matèria d'institucions públiques de protecció i tutela de menors ha estat assumida per nombroses Comunitats Autònomes en els seus respectius Estatuts amb caràcter exclusiu. Aquesta matèria no va ser contemplada per la Constitució al establir les competències de l'Estat i de les

l'article 148.1.20 de la Constitució (...) Aquesta assistència social apareix com un mecanisme per grups de població als quals no arriba a aquell sistema i que opera mitjançant tècniques distintes de les pròpies de la Seguretat Social. En el moment actual -amb independència que l'evolució del sistema de Seguretat Social pugui anar en la mateixa adreça- é característica de l'assistència social el seu sosteniment al marge de tota obligació contributiva o prèvia col·laboració econòmica dels destinataris o beneficiaris". Veure, així mateix, la STC 146/1986, de 25 de novembre (F.J. 2), la STC/ 13/1992, de 6 de febrer (F.J. 14) i la STC 171/98, de 23 de juliol (F.J.3). Sobre la partió entre els títols competencials "assistència social" i "seguretat social" i la incidència estatal en la competència autonòmica sobre "assistència social", VAQUER CABALLERIA, Marcos, *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. València: Tirant lo Blanch, p. 94-105.

⁵⁷ Vid. ALONSO SECO, J.M. i GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 87-89.

Comunitats autònomes. No obstant això, podia ser assumida per aquestes últimes a l'empara de la clàusula residual de l'art. 149.3 de la Constitució.

Així, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix a la Generalitat competència exclusiva sobre "institucions públiques de protecció i tutela de menors, respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària" (art. 9.28). En el mateix sentit s'expressen l'Estatut d'Autonomia d'Andalusia (art. 13.23), l'Estatut d'Autonomia de Canàries (art. 30.14), l'Estatut d'Extremadura (art. 7.32) i l'Estatut d'Autonomia de la Regió de Múrcia (art. 10.18). En canvi, l'Estatut del Principat d'Astúries, de forma una mica més àmplia, atribueix a la Comunitat competència exclusiva en matèria de "protecció i tutela de menors, sense perjudici del disposat en l'article 149.1.6a i 8a de la Constitució. En l'Estatut de les Illes Balears se suprimeix tota referència a les competències estatals i s'atribueix a la Comunitat competència exclusiva en matèria de "institucions públiques de protecció i tutela de menors" art. 10.35). Amb un abast més ampli, l'Estatut d'Autonomia d'Aragó atribueix a la Comunitat Autònoma competència exclusiva en matèria de "protecció i tutela de menors" (art. 35.28); en idèntic sentit s'expressen l'Estatut d'Autonomia de Cantàbria (art. 24.23), l'Estatut de Castella-La Manxa (art. 31.31), l'Estatut d'Autonomia de Madrid (art. 26.24) i l'Estatut de la Rioja (art. 8.32).

El títol competencial "institucions públiques de protecció i tutela de menors", sembla habilitar, en principi, simplement per a disposar la creació, organització, règim i funcionament de les institucions i centres de protecció i tutela dels menors. Per tant, aquesta competència no tindria un abast tan ampli com la de "assistència social" que l'art. 148.1.20 de la Constitució atribueix a les Comunitats Autònomes. No obstant això, com veiem, en altres Comunitats Autònomes l'àmbit material de la competència és més ampli, al referir-se de forma general a la "protecció i tutela dels menors". Encara que no es diu expressament, la competència atribuïda amb caràcter exclusiu a les Comunitats Autònomes es refereix a la protecció i tutela pública; no pot referir-se a la protecció o tutela de Dret privat doncs quedaria emmarcada a la competència atribuïda a l'Estat en matèria de legislació civil. Per tant, quan el legislador atribueix a les Comunitats Autònomes competència exclusiva sobre

protecció pública i tutela dels menors estaria contemplant un àmbit específic de l'assistència social, l'assistència a un grup concret de població, el col·lectiu dels menors.

Així, l'Estat va anar traspasant a les Comunitats Autònomes les funcions i serveis en matèria de protecció de menors amb fonament en algun d'aquests títols competencials: "assistència social" o "institucions públiques de protecció i tutela de menors". L'Estat, a l'empara d'un d'aquests títols, va transferir a les Comunitats Autònomes els serveis que comprenien les funcions que l'Obra de Protecció de Menors exercia en el territori de la concreta Comunitat i l'execució de les mesures de protecció i reforma que adoptaven els Tribunals Tutelars de Menors.⁵⁸

2.4 Altres títols competencials

D'altra banda, per a delimitar les competències estatals i les competències autonòmiques en l'àmbit de protecció de menors deuen considerar-se, així mateix, altres títols competencials. De conformitat amb el disposat en l'art. 149.1. 2a, 5a i 6a de la Constitució, l'Estat té competència exclusiva en matèria de "nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil", "Administració de justícia" i "legislació processal, sense perjudici de les necessàries

⁵⁸ Així, els Reials decrets de Transferència es dicten en uns casos a l'empara de la competència sobre "institucions públiques de protecció i tutela de menors" (Catalunya i Navarra); en uns altres a l'empara de la competència sobre "assistència i benestar social, inclosa la política juvenil" (La Rioja); en uns altres s'invoca la competència sobre "assistència, benestar social, desenvolupament comunitari i joventut" (Aragó) i en uns altres s'acudeix la competència en matèria de "assistència social" (Galícia). Veure el Reial decret 1292/1981, de 5 de juny, sobre traspàs a la Generalitat de Catalunya dels serveis de l'Estat en matèria de protecció de menors; els Reials decrets 1070/1984, de 8 de febrer i 2051/1985, de 9 d'octubre, sobre traspàs d'identiques funcions i serveis estatals a la Comunitat d'Aragó; el Reial decret 1109/1984, de 29 de febrer, sobre traspàs de funcions i serveis de l'Estat a la Comunitat de la Rioja/ en matèria de protecció de menors; els Reials decrets 1108/1984, de 29 de febrer i 1054/1985, de 5 de juny, per a Galícia; o el Reial decret 1775/1985, de 1 d'agost, per a la Comunitat foral de Navarra.

especialitats que en aquest ordre es derivin de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats autònomes".

Doncs bé, cadascun dels referits títol competencials es troben reflectits en la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil.

El propi legislador declara en l'Exposició de Motius el que segueix:

"La Llei pretén ser respectuosa amb el repartiment constitucional i estatutari de competències entre l'Estat i les comunitats Autònomes.

En aquest sentit, la Llei regula aspectes relatius a la legislació civil i processal i a l'Administració de Justícia, per als quals gaudeix d'habilitació constitucional específica en els apartats 5è, 6è i 8è de l'art. 149.1.

No obstant, es deixen fora de perill, en una disposició final específica, les competències de les Comunitats Autònomes que disposin de Dret civil, Foral o especial propi, per a les quals la Llei es declara subsidiària respecte a les disposicions específiques vigent en aquelles.

Així mateix, quan es fa referència a competències de caràcter administratiu, s'especifica que les mateixes corresponen a les Comunitats Autònomes i a les ciutats de Ceuta i Melilla, de conformitat amb el repartiment constitucional de competències i les assumides per aquelles en els seus respectius Estatuts".

En efecte, segons es dedueix de la disposició final 21a de la referida Llei orgànica, constitueixen legislació supletòria de la qual es dicti en les Comunitats autònomes amb competència en matèria d' "assistència social" els preceptes següents: art. 5.3 i 4, art. 7.1, art. 8.2 c), art. 10.1 i 2 a), b) i c), els arts. 11, 12, 13, 15, 16, 17 i 18.2, l'art. 21.1, 2 i 3 i l'art. 22. En tots aquests casos, el legislador dicta normes de naturalesa administrativa, segons s'afirma en l'Exposició de Motius de la pròpia Llei, dirigides a garantir la protecció i assistència dels menors.

Amb fonament en les competències atribuïdes a l'Estat per l'art. 149.1.2a, 5a i 6a de la Constitució,⁵⁹ es dicten els articles següents: art. 10.3, art. 21.4, art. 23, les disposicions addicionals 1a, 2a i 3a, la disposició transitòria única i les disposicions finals 19a i 20a.

Finalment, en la disposició final 3a de la Llei, el legislador estatal adverteix que els restants preceptes no orgànics i les revisions del Codi civil contingudes en la Llei s'han dictat a l'empara de l'art. 149.1.8 de la Constitució i, per tant, s'aplicaran "sense perjudici de la normativa que dictin les Comunitats Autònomes amb competència en matèria de Dret Civil, Foral o Especial".

D'altra banda, com s'ha dit, l'Estat va atribuir a les Comunitats Autònomes la competència per a executar les mesures de protecció i reforma que adoptaven els ja desapareguts Tribunals Tutelars de Menors, a l'empara del títol competencial d'assistència social" o de "institucions públiques de protecció i tutela de menors". Així, l'actual llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, estableix en el seu art. 45 que correspon a les Administracions autonòmiques l'execució de les mesures adoptades pels Jutges de Menors.

Doncs bé, en desenvolupament de les competències atribuïdes, nombroses Comunitats Autònomes han procedit a dictar normes relatives a la protecció dels menors.

La primera Comunitat Autònoma a la qual l'Estat va traspasar els serveis de protecció de menors va ser Catalunya, que va assumir aquesta competència en 1981. Per això, va ser també aquesta Comunitat la primera a dictar una Llei que li permeté complir adequadament la funció protectora encomanada. Així, va ser dictada la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. Amb posterioritat, ha estat dictada la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre

⁵⁹ "Nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i drets d'asil", "Administració de Justícia" i "legislació processal, sense perjudici de les necessàries especialitats que en aquest es derivin de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats Autònomes".

mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció i la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents. De forma recent ha estat aprovada la Llei 8/2002, de modificació de la Llei 37/1991 i de regulació de l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social.

Tanmateix, moltes altres Comunitats Autònomes han dictat normes sobre protecció de menors. En Aragó, la Llei 10/1989, de 14 de desembre, de protecció de menors. Extremadura, la Llei 4/1994, de 24 de novembre, de protecció de menors. València, la Llei 7/1994, de 5 de desembre, de la infància. El Principat d'Astúries, la Llei 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors. Les Illes Balears, la Llei 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors. Múrcia, la Llei 3/1995, de 21 de març, de la infància. Madrid, la Llei 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència. Canàries, la Llei 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors. Galícia, la Llei 3/1997, de 9 de juny, de protecció jurídica, econòmica i social de la família, la infància i l'adolescència. La Rioja, Llei 4/1998, de 18 de març, del menor. Andalusia, la Llei 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció del menor. Castella-La Manxa, la Llei 3/1999, de 31 de març, del menor. Cantàbria, la Llei 7/1999, de 28 d'abril, de protecció a la infància i l'adolescència. Navarra, el Decret Foral 90/1986, de 25 de març, pel qual s'estableixen normes sobre adopcions, acolliment familiar i atenció a menors. Castella i Lleó, la Llei 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància. El País Basc, el Decret 175/1983, de 11 de juliol, de mesures de protecció infantil i zones d'esbarjo.

3. La legislació sobre protecció de menors aplicable a Catalunya

3.1 La legislació catalana en matèria de menors

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix a la Generalitat competència exclusiva en matèria de "conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català", "assistència social" i "institucions públiques de protecció i tutela de

menors, respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària" (art. 9. 2, 25 i 28 del EAC).⁶⁰ Doncs bé, a l'empara d'aquests títols competencials el legislador català ha anat establint el marc jurídic de protecció de menors.

Ara bé, el legislador ha degut realitzar aquesta tasca de forma progressiva. L'aprovació de la Constitució determinava un nou marc jurídic-polític d'actuació en l'àmbit dels menors. No obstant això, la renovació de la legislació estatal aleshores vigent no es va realitzar de forma immediata. Després de l'aprovació de la Constitució encara va seguir diversos anys en vigor la Llei de Tribunals Tutelars de Menors de 1948, examinada amb anterioritat. Aquesta llei va ser finalment declarada parcialment inconstitucional pel Tribunal Constitucional (STC 36/1991, de 14 de febrer).

L'Estat, mitjançant el Reial decret 1.292/1981, de 5 de juny, havia traspassat a la Generalitat els serveis en matèria de protecció de menors que comprenien les funcions que l'Obra de Protecció de menors desenvolupava en el territori de Catalunya, en compliment de aleshores vigent llei de Protecció de Menors de 2 de juliol de 1948. Així mateix, l'Estat va traspassar a la Generalitat la competència per a l'execució de les mesures acordades pels Tribunals Tutelars de Menors. Tribunals tutelars, com sabem, regulats per aleshores vigent llei de

⁶⁰ Ara bé, cal cridar l'atenció sobre el fet que l'art. 9.28 atribueix competència a la Generalitat en matèria d'institucions públiques de protecció de tutela de menors però afegeix "respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària". No obstant això, l'art. 9.2 atribueix a la Generalitat competència exclusiva en matèria de "conservació modificació i desenvolupament del Dret civil català". A la vista d'aquests dos títols competencials sorprèn el fet que en el primer d'ells se situï en un mateix nivell la legislació civil i la penal i la penitenciària, quan en matèria de Dret civil català la Generalitat té competència i, en canvi, no la té en matèria penal i penitenciària. La interpretació conjunta d'aquests preceptes obliga a concloure que l'al·lusió a la legislació civil que realitza l'art. 9.28 no pot referir-se al Dret civil català, sinó a la legislació civil estatal, això és, aquella part del Dret civil estatal també aplicable a Catalunya d'acord amb el disposat en l'art. 149.1.8 de la CE. Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *RJC* núm. 2, 1987, p. 24-28; i el mateix autor en "La protecció de menors a Catalunya, els diferents règims de protecció" (propostes de nova regulació), Generalitat de Catalunya, 1989, p. 12-15.

11 de juny de 1948. Per tant, en el moment que la Generalitat assumeix aquestes competències continuava en vigor la legislació preconstitucional relativa a la protecció de menors; regulació de caràcter eminentment administratiu dictada, doncs, al marge del Codi Civil.

La legislació estatal que regulava la protecció de menors en el moment de realitzar-se els referits traspases a la Generalitat, atribuïa als Tribunals Tutelars de Menors, com s'ha vist, una doble funció: d'una banda, la funció protectora dels menors d'edat abandonats o en situació de desprotecció; d'altra banda, la funció reformadora dels menors que havien comès fets il·líctics o es trobaven en situació de risc social.⁶¹ L'execució de les mesures de protecció i reforma imposades pels Tribunals tutelars, fins el moment de ser atribuïdes a la Generalitat, havia correspost a les Juntes provincials previstes en la Llei de Protecció de Menors de 1948. Aquestes Juntes, com vam veure, quedaven emmarcades en l'Obra de Protecció de Menors, entitats estatal autònoma dependent del Ministeri de Justícia.

Doncs bé, en el moment que la Generalitat assigna les funcions traspasades a l'òrgan corresponent de l'Administració autonòmica, es troba amb que no podia complir degudament les funcions de protecció encomanades sense modificar de forma substancial el marc legal d'actuació. Per això, a l'empara de l'art. 25.2 del EAC, que atribueix a la Generalitat la potestat legislativa en l'exercici de les seves competències exclusives, procedeix a promulgar una Llei de protecció de menors en substitució de la llei estatal de protecció de menors de 1948 fins aquest moment vigent. Així, amb fonament en la competència atribuïda en l'art. 9.28 de l'Estatut d'Autonomia, va ser dictada la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. Amb aquesta llei, segons afirma el legislador en el preàmbul de la mateixa, es procedeix a substituir "l'antiga normativa de protecció de menors, de caràcter administratiu, que quedava fora de les

⁶¹ La Llei de Tribunals Tutelars de Menors en el seu art. 9 c) atribuïa a aquests tribunals competència per a conèixer dels casos dels menors de setze anys prostituïts, llicenciosos, vagues i vagabunds sempre que, segons el parer del Tribunal, requereixin l'exercici de la facultat reformadora.

limitacions de l'art. 9.28 de l'Estatut".⁶² Per tant, aquesta legislació tenia caràcter administratiu i no regulava matèries de Dret civil.

La Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors, segons declara en la pròpia Exposició de Motius, pretén "substituir els antics criteris de beneficència que es basava la protecció a la infància (...) per la moderna concepció de servei públic."⁶³ La Llei catalana, seguint les passes de l'anterior legislació estatal, acull un concepte restringit de protecció de menors que comprèn tres àmbits: 1) el tractament de la delinqüència; 2) la prevenció de la delinqüència; i 3) la tutela de menors per defecte o per inadequat exercici de la pàtria potestat o del dret de guarda i educació.⁶⁴ A grans trets, aquests tres àmbits de protecció venien a coincidir amb els àmbits d'actuació de aleshores Tribunal Tutelar de Menors.

⁶² En efecte, La Llei va ser dictada a l'empara de la competència atribuïda amb caràcter exclusiu per l'art. 9.28 del EAC: "institucions públiques de protecció i tutela de menors, respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària". Per aquesta raó, l'art. 1 de la Llei establí expressament que la Generalitat devia desenvolupar l'acció de protecció dels menors d'acord amb la pròpia Llei i "respectant en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària". A més, aquesta previsió legal s'explica pel fet que el Reial decret 1291/1981, de juny, de traspàs de Serveis de l'Estat a la Generalitat en matèria de protecció de menors, ja establí en el seu apartat B), 2 que "la Generalitat de Catalunya s'ajustarà, en qualsevol cas, a la legislació civil, penal i penitenciària vigent a cada moment en tot allò que incideixi sobre les funcions de protecció de menors al seu càrrec".

⁶³ Això explica que en el moment de presentació del projecte de llei al Ple del Parlament, el Conseller de Justícia la qualificà com una llei administrativa (Diari de Sessions del Parlament de Catalunya núm. 29, de 29 de maig de 1985, sessió plenària núm. 28, 2, pàg. 1355). Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *RJC* núm. 2, 1987, pàg. 29, nota 12.

⁶⁴ No obstant, encara que la Llei desenvolupava per separat cadascuna de les tres competències que comprenia la protecció de menors, establí una sèrie d'actuacions comunes: facilitar a l'autoritat judicial, aleshores representada pels Tribunals tutelars, una aplicació òptima de les mesures que dictessin, el que devia permetre que no quedessin reduïdes a les d'internament; substituir els antics criteris de beneficència que es basava la protecció per la moderna concepció de servei públic; adequada preparació del personal; introduir noves mesures pedagògiques i preocupar-se i respectar el procés educatiu del menor.

No obstant això, el legislador català dóna un petit pas avant en l'àmbit de protecció de menors i proclama una sèrie de principis rectors de l'activitat protectora dirigits a garantir el respecte als drets dels menors i a establir una sèrie de garanties individuals enfront de la intervenció de l'Administració.

Per tant, la Llei catalana de 11/1985, com ja ho havia fet abans la legislació estatal de protecció de menors, regula de forma conjunta la faceta protectora i la funció reformadora, encara que ara es tractava de delimitar amb major claredat l'àmbit de l'una i l'altra. Pel que es refereix a la faceta reformadora es regulava de forma separada el "tractament" i la "prevenció" de la delinqüència infantil i juvenil (Títols IV i V, respectivament).⁶⁵ Pel que fa a la faceta protectora, la legislació catalana tindrà una influència decisiva en la posterior regulació de la tutela administrativa per la llei estatal 21/1987, de 11 de novembre, de reforma del Codi Civil.⁶⁶

En efecte, la Llei catalana de Protecció de Menors, en el seu art. 54, seguint en realitat els passos de la legislació estatal precedent, va disposar que "la tutela de menors per defecte o inadequat exercici de la pàtria potestat o del dret de guarda i educació consistirà en l'atenció i tractament dels menors abandonats o víctimes de l'actuació dels pares o guardadores, quan l'autoritat judicial⁶⁷

⁶⁵ En relació amb tractament de la delinqüència, l'art. 24 disposava que "tindrà un caràcter fonamentalment educatiu i consistirà en l'atenció, per manament de l'autoritat judicial, dels menors infractors". Quant a la prevenció de la delinqüència, l'art. 47 disposa que "consistirà en la intervenció individualitzada amb el tractament adequat" i en l'art. 49 s'estableix que les mesures preventives s'adoptaran sempre el consentiment del representant legal, prèviament consultat i escoltat el menor.

⁶⁶ Ara bé, el legislador estatal procedirà a incorporar al Codi Civil una matèria que tradicionalment havia estat regulada per normes administratives, en la mesura que té per objecte l'actuació de l'Administració pública. Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, pàg. 49.

⁶⁷ La integració dels Tribunals Tutelars de Menors -com s'ha vist, inicialment Tribunals administratius especials- en el Poder Judicial va ser prevista per la Llei de Bases Orgànica de

decideixi intervenir en l'exercici de les seves competències i en la forma que disposi".

La referida Llei, en el seu art. 2 c), en relació amb l'art. 1, atribuïa a l'Administració de la Generalitat la tutela o acció tutelar que anteriorment havia correspost als Tribunals Tutelars de Menors -que havien nascut com a òrgans de naturalesa administrativa- i l'Obra de Protecció de Menors, dependent de l'Administració de l'Estat segons el que es disposa en les Lleis de Tribunals Tutelars de Menors i de Protecció de Menors de 1948.⁶⁸ Per tant, la tutela que la Llei de 1985 atribuïa a l'Administració de la Generalitat enllaçava amb l'acció tutelar o protectora que anteriorment exercien l'Obra de Protecció de Menors i els Tribunals Tutelars i no amb la institució de la tutela prevista en el Codi Civil.

No obstant això, en el nou marc de l'Estat de les autonomies la regulació conjunta de la faceta protectora i la reformadora plantejarà alguns interrogants respecte al títol competencial que, en cada cas, legitimava dita regulació. En efecte, el legislador estatal, mitjançant la Llei 21/1987, va procedir a regular en el Codi Civil l'actuació tutelar de les Administracions públiques (art. 172). En vista d'aquesta regulació estatal, la doctrina civilista es planteja si la Llei catalana de protecció de menors de 1985, al regular la faceta protectora i, en concret, la tutela de l'Administració, no conté normes pròpies del Dret civil.⁶⁹ Aquesta qüestió rebrà, potser de forma precipitada,⁷⁰ una resposta afirmativa i

la Justícia de 28 de novembre de 1974, que contempla la creació dintre de la jurisdicció ordinària de les Magistratures Tutelars de Menors. Amb posterioritat, ja en el marc del Poder Judicial, van ser creats els Jutjats de Menors per la Llei orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial (art. 96).

⁶⁸ Veure els arts. 13 i 14 del Decret de 11 de juny de 1948 pel qual s'aprova el Text refós de la legislació sobre Tribunals Tutelars de Menors.

⁶⁹ Vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *RJC* núm. 2, 1987, p. 31-32.

⁷⁰ Una part de la doctrina civil, de forma equivocada i passant per alt els precedents immediats, vincula la tutela administrativa a la tutela ordinària del Codi civil, quan el cert és que la mateixa

la referida faceta protectora regulada per la Llei 11/1985, de 13 de juny, serà objecte d'una regulació separada uns anys després. Aquest àmbit de protecció va ser regulat per Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, norma que es defineix així mateixa "de caràcter primordialment civil".⁷¹

Amb la finalitat de comprendre millor les raons que van moure al legislador català a regular de forma separada el referit àmbit de protecció, és necessari posar en relleu que, només tres anys abans, el legislador estatal havia dictat la Llei 21/1987, de 11 de novembre, per la qual es modificava el Codi civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria d'adopció, tutela i altres formes de protecció de menors. En aquesta llei el legislador estatal va procedir a reconduir al Dret civil l'actuació tutelar o protectora atribuïda a l'Administració, es privatitzava així una regulació tradicionalment administrativa.⁷²

La raó per la què el legislador estatal va incorporar a un cos normatiu de caràcter civil la regulació d'una actuació de l'Administració que fins aleshores havia estat prevista en normes administratives és, com s'ha dit, el desig d'actuar a l'empara de la competència que l'art. 149.1.8 li atribueix sobre "legislació civil". De considerar-se una matèria administrativa, els poders públics haurien actuat a l'empara del títol competencial "assistència social", una competència exclusiva de les Comunitats Autònomes, cosa que hauria derivat molt probablement en una regulació diferenciada i dispersa de l'acció protectora o tutelar de la distintes Administracions autonòmiques.⁷³

connecta amb les funcions tutelars encomanades als Tribunals de Menors i actuades a través de l'Obra de Protecció de Menors. Així ho posa en relleu en la pròpia doctrina civil, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, 1989, p. 90.

⁷¹ Així s'estableix en el preàmbul de la Llei.

⁷² En aquest sentit, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1993; p. 62-67.

⁷³ Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1993, p. 63-64.

La Llei estatal 21/1987 de modificació del Codi Civil, regulava la tutela i la guarda administrativa dels menors desemparats. El legislador disposa que la situació de desemparament donarà origen a una tutela automàtica a càrrec de l'Administració pública a la qual correspongui en cada territori la protecció dels menors.⁷⁴ A més, també es confia a l'Administració la guarda del menor. En la disposició addicional 1a. s'establia que les entitats públiques esmentades per la Llei eren aquelles que, en el respectiu territori, tingué encomanada la protecció dels menors. Per tant, d'aquesta Llei derivava l'atribució d'un conjunt de funcions a les Administracions autonòmiques relatives a la tutela, guarda, acolliment i adopció de menors.

Una part de la doctrina civilista, des de l'exclusiva òptica de la tutela civil, sense considerar l'acció tutelar que havia desenvolupat l'Administració de l'Estat a través de l'Obra de Protecció de Menors i els Tribunals Tutelars de Menors, acusa a la Llei estatal 21/1987, de 11 de novembre, d'administrativitzar institucions tradicionalment vinculades al Dret civil, quan, en realitat, succeïa tot el contrari. A més, també s'acusa a aquesta Llei de procedir a una certa desjudicialització en l'àmbit de la protecció de menors, al establir una sistema

⁷⁴ En efecte, l'art. 2 d'aquesta llei reformava l'art. 172 del Codi Civil que ara passava a establir que "l'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors, té per ministeri de la llei la tutela dels quals es trobin en situació de desemparament (...)" Amb aquesta regulació de la tutela el legislador s'apartava de l'establert anteriorment en la Llei 13/1983, de 24 d'octubre, de modificació del Codi Civil en matèria de tutela. Després de la reforma de l'any 1983, l'art. 239 del C. c. disposava que "si es tractés d'un menor acollit en establiment públic, la tutela podrà ser atribuïda al Director de l'establiment". D'altra banda, corresponia a l'autoritat judicial la constitució de la tutela. En canvi, amb la reforma de 1987, l'art. 172.1 establia que "L'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors, té per ministeri de la llei la tutela dels quals es trobin en situació de desemparament. Es considera com situació de desemparament la qual es produeix de fet a causa de l'incompliment, o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors, quan aquests quedin privats de la necessària assistència moral o material". No obstant, deu advertir-se que, amb posterioritat, la redacció aquest precepte ha estat modificada per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i de modificació del Codi Civil.

d'intervenció i control administratiu per a la protecció de menors.⁷⁵ Sistema d'intervenció i control administratiu que, com s'ha vist en examinar els precedents històrics, enfonsa les seves arrels en la legislació de principis del segle XX.⁷⁶

Per tant, amb la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de reforma del Codi civil, el legislador estatal modifica el marc legal d'actuació en l'àmbit de la protecció pública dels menors desemparats. La nova situació duu al legislador català a replantejar-se la regulació que inicialment havia realitzat d'aquest àmbit protector a través de la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors; norma dictada a l'empara de la competència atribuïda amb caràcter exclusiu per l'art. 9.28 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya ("institucions de protecció i tutela de menors, respectant, en tot cas, la legislació civil, penal i penitenciària"). Deu tenir-se en compte que la Generalitat de Catalunya té atribuïdes competències en matèria de "conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català" (art. 9.2 del EAC). No obstant això, el títol competencial del referit art. 9.28 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya establia com límit en l'àmbit de la protecció i tutela pública dels menors la legislació estatal, també en matèria civil.

La nova situació competencial derivada de la Llei estatal 21/1987 i el desenvolupament del Dret civil català va conduir a una nova regulació de la facultat protectora en l'àmbit dels menors. Així, el legislador català mitjançant la

⁷⁵ Vid. TENA PIAZUELO, Isaac, "Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989", *Revista de Derecho Privado*, juliol-agost 1993, p. 692-693.

⁷⁶ Cal tenir en compte que la incorporació dels Tribunals Tutelars de Menors a la jurisdicció ordinària no va ser prevista fins que la Llei de Bases Orgànica de la Justícia de 28 de novembre de 1974 va contemplar la creació de les Magistratures Tutelars de Menors dins la Jurisdicció ordinària. Finalment, la Llei orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial, va sostreure la jurisdicció als Tribunals Tutelars de Menors i la hi va atribuir als Jutjats de Menors (art. 96). D'altra banda, l'Obra de Protecció de Menors va seguir desenvolupant les seves funcions tutelars fins que les mateixes van ser atribuïdes a les Administracions autonòmiques.

Llei 37/1991, de 30 de desembre, estableix una nova regulació de la protecció dels menors, especialment dels menors desemparats. Aquesta llei oferiria una regulació completa d'una de les facetes que comprenia el concepte restringit de protecció de menors acollit per la Llei de 1985: la faceta més protectora, la protecció dels menors desemparats i, a més, es regulava la figura de l'adopció.⁷⁷ El legislador català regula aquest àmbit de forma paral·lela a com ho fes abans el legislador estatal en la Llei de 1987 de modificació del Codi civil en matèria de tutela i adopció. Així, atribueix a l'Administració la tutela automàtica dels menors desemparats. D'altra banda, el legislador català encomana a l'Administració l'apreciació de la situació del desemparament mitjançant resolució motivada.⁷⁸

L'Exposició de Motius de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, apunta el caràcter primordialment civil de les matèries regulades. En el capítol I de la Llei es regulen totes les qüestions relatives a la protecció el menor, des que es produeix la intervenció de l'Administració que ho declara desemparat fins que, si escau, es procedeix a la proposta d'adopció. En el capítol II es regulava l'adopció. En la mesura que la "adopció" és una figura clarament civil, el legislador subratlla en l'Exposició de Motius que alguns aspectes d'aquesta institució ja havien estat regulats per la Compilació de 1960. A més, el legislador català ja havia previst en la disposició transitòria de la Llei 10/1987, de 25 de maig, la regulació de l'adopció pel parlament de Catalunya. Per tant, encara que no s'afirma expressament el títol competencial a l'emparament del que es regulen les matèries de caràcter civil, es conclou que el legislador actua en exercici de la competència atribuïda en l'art. 9.2 del EAC en matèria de

⁷⁷ No obstant això, el capítol II de la Llei 37/1991, relatiu a l'adopció, va ser refós en el Codi de Família aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol.

⁷⁸ En canvi, aquest aspecte no havia estat regulat pel legislador estatal en la Llei de 1987. En aquest cas serà el legislador estatal el qual seguirà els passos del legislador català. Així, en la Llei reforma del Codi Civil operada per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, dóna nova redacció a l'art. 172.1 que ara disposarà que "L'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció dels menors, quan constati que un menor es troba en situació de desemparament, té per ministeri de la Llei la tutela del mateix (...)".

"conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català". Amb posterioritat, el capítol II de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, ha estat derogat i la "adopció" ha passat a estar regulada en la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família.⁷⁹

Ara bé, la protecció dels menors, com veiem, fins aquest moment seguia circumscrita a l'àmbit restringit que inicialment va delimitar la Llei 11/1985, de 13 de juny. Això és, el tractament de la delinqüència, la prevenció de la delinqüència i la protecció dels menors desemparats. No obstant això, el legislador català donarà un pas avant i ampliarà definitivament l'àmbit de protecció dels menors amb la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991.

La Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents tracta de fixar un sistema general català d'assistència del nen i l'adolescent i de protecció dels seus drets en l'àmbit de Catalunya. En la disposició addicional 1a de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, el legislador ja havia establert una sèrie de principis conforme als quals devien actuar les Administracions catalanes en l'àmbit dels menors. No obstant això, ara, amb aquesta nova Llei, es tracta d'establir un marc clar d'actuació en l'àmbit general de protecció dels menors. El legislador acull com principi bàsic de tot tipus d'actuació, sigui pública o privada, en l'àmbit dels menors, "l'interès superior del nen i l'adolescent". A més, la Llei formula els principis bàsics relatius als drets del nen i l'adolescent i regula l'atenció dels menors en diversos sectors, en l'àmbit familiar, en el de la salut, en l'àmbit social.

Per tant, ara el legislador català, a més de l'inicial concepte restringit de protecció de menors, estableix un cercle més ampli de protecció per a tots els menors. Així, la Llei de 1995 encomana als poders públics l'obligació de

⁷⁹ D'altra banda, la disposició final segona de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família habilita al Govern de la Generalitat perquè aprovi "en el termini màxim de sis mesos des de l'entrada en vigor d'aquest Codi i present al Parlament de Catalunya un projecte de llei de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, que refongui, harmonitzi i regularitzi els preceptes legals no incorporats en aquest Codi".

garantir als nens i adolescents l'exercici dels seus drets i el seu desenvolupament integral en els àmbits familiar i social.

En referència a la faceta de la protecció dels menors denominada reformadora, la legislació catalana ha seguit un procés més lent de reforma. Quant al tractament de la delinqüència infantil i juvenil el legislador català ha degut anar a la saga del legislador estatal que ha trigat en adequar-se al nou marc constitucional. La Llei orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial, va substituir els antics tribunals tutelars de menors pels jutjats de menors (arts. 96 i 97). D'altra banda, la Llei orgànica del Poder Judicial, en la seva disposició addicional primera, encomanava al Govern remetre a les Corts Generals, en el termini d'un any, un projecte de Llei de reforma de la legislació tutelar de menors. No obstant, aquest manament no va ser complert pel govern.

La reforma de la legislació tutelar de menors va haver de ser realitzada de forma urgent i provisional com a conseqüència de la Sentència del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrer, que declarava inconstitucional l'art. 15 de la Llei de Tribunals Tutelars de Menors de 11 de juny de 1948. Aquesta Sentència feia necessària la regulació d'un procés davant els Jutjats de Menors que disposés de totes les garanties derivades del text constitucional. Així, com a conseqüència de la mateixa va ser dictada la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, amb la finalitat d'introduir les mínimes garanties processals. La pròpia Llei declarava en la seva Exposició de Motius que té "el caràcter d'una reforma urgent que avança part d'una renovada legislació sobre reforma de menors, que serà objecte de mesures legislatives posteriors."

La fita definitiva en el camí per a la renovació de la legislació en aquest àmbit, va ser l'aprovació del nou Codi Penal mitjançant la Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre. L'art. 19 del Codi Penal fixa la majoria d'edat penal en els divuit anys i exigeix la regulació expressa de la responsabilitat penal dels menors d'aquesta edat en una Llei independent.⁸⁰ En resposta a aquesta exigència, va

⁸⁰ El citat precepte disposa expressament el que segueix: "Els menors de divuit anys no seran responsables criminalment conformement a aquest Codi. Quan un menor d'aquesta edat

ser finalment aprovada la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.⁸¹ Aquesta llei orgànica deroga la Llei de Tribunals Tutelars de Menors de 1948 en la part que encara seguia vigent i la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, de reforma urgent de l'anterior.

Per tant, el nou marc legal dissenyat pel legislador estatal permetia ja al legislador català adequar la normativa reguladora de la tradicionalment denominada facultat reformadora a la nova situació. Aquesta tasca va ser realitzada mitjançant la Llei catalana 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil. Aquesta llei regula les funcions que deu complir l'Administració de la Generalitat en execució de les mesures adoptades pels jutges i Tribunals en el marc de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors. Per tant, la llei deroga aquells preceptes encara vigents de la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors que regulaven la facultat reformadora, a excepció del títol V, dedicat a la prevenció de la delinqüència infantil i juvenil, que encara va seguir en vigor.

En l'actualitat, per tant, les tradicionalment denominades en l'àmbit de la protecció de menors facultats protectora i reformadora han estat, per fi, objecte

cometi un fet delictiu podrà ser responsable conformement al disposat en la Llei que reguli la responsabilitat penal del menor". D'altra banda, l'art. 69 del CP disposa que "Al major de divuit anys i menor de vint-i-un que cometi un fet delictiu, podran aplicar-se-li les disposicions de la llei que reguli la responsabilitat penal del menor en els casos i amb els requisits que aquesta disposi".

⁸¹ Un dels principis sobre els quals es fonamenta aquesta llei, segons es dedueix de l'establert en la pròpia Exposició de Motius, és el que "la responsabilitat penal dels menors presenta enfront de la dels adults un caràcter primordial d'intervenció educativa que transcendeix a tots els aspectes de la regulació jurídica i que determina considerables diferències entre el sentit i el procediment de les sancions en l'un i l'altre sector, sense perjudici de les garanties comunes a tot justiciables". D'altra banda, segons es dedueix de la pròpia llei, "l'edat límit de divuit anys establerta en el Codi Penal per a referir-se a la responsabilitat penal dels menors precisa d'altre límit mínim a partir del com comenci la possibilitat d'exigir aquesta responsabilitat i que s'ha concretat en els catorze anys". La llei s'orienta pel principi de la "naturalesa formalment penal però materialment sancionadora-educativa del procediment i de les mesures aplicables als infractors menors d'edat".

de regulació separada pel legislador català. La Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats regula la faceta essencialment protectora: la protecció dels menors desemparaments. En canvi, la Llei 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil, s'ocupa de la faceta tradicionalment denominada reformadora: d'una banda, regula les funcions que deu desenvolupar l'Administració de la Generalitat en execució de les mesures adoptades pels jutges i tribunals en aplicació de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors; i, d'altra banda, estableix mesures dirigides a promoure la integració i la reinserció social dels menors als quals s'haguessin aplicat les mesures adoptades pels jutges i tribunals de menors.

D'altra banda, la Llei 11/1985, de 13 de juny, s'ocupava en el seu títol V d'un altre àmbit de protecció: la prevenció de la delinqüència infantil i juvenil. Aquesta matèria havia quedat tradicionalment compresa, segons s'ha vist al examinar els antecedents històrics, a la faceta reformadora. La facultat reformadora atribuïda anteriorment als Tribunals Tutelars de Menors comprenia no només el coneixement de les conductes il·lícites comeses pels menors sinó també les actuacions enfront de "menors llicenciosos vagues o els quals practicaven la mendicitat i la prostitució", menors en situació de risc social. Doncs bé, seguint l'esquema tradicional, la Llei de 1985 contemplava una sèrie de mesures dirigides a prevenir la delinqüència infantil i juvenil enfront d'aquells menors que "presentin una conducta que faci preveure un elevat risc de comissió d'infraccions penals" (art. 47). Aquest àmbit de protecció que, com s'ha dit, tradicionalment quedava emmarcat dins la faceta reformadora, ha passat a formar part de la faceta protectora. Òbviament, es tractava d'una matèria que no podia quedar incorporada a la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, de responsabilitat penal dels menors, ja que en aquest cas es tractava de menors que no havien realitzat una conducta constitutiva d'il·lícit penal. Per això, tampoc va ser regulada posteriorment per la Llei catalana 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil, ja que aquesta norma només s'ocupa de l'execució de les mesures imposades pels jutges i tribunals enfront dels menors que haguessin comès il·lícits penals i de la seva integració i reinserció.

D'altra banda, en el moment d'aprovar-se la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, el legislador tampoc incorpora a aquesta norma aquell àmbit de protecció relatiu als menors qualificats en situació de risc social. Aquesta Llei inicialment només s'ocupava de la protecció de menors desemparats. No obstant això, recentment la Llei 8/2002, de 27 de maig, ha incorporat a la Llei 37/1991 un nou capítol (el V) titulat "Atenció especial a la població adolescent amb conductes d'alt risc social". Aquesta normativa vindria a substituir la regulació sobre prevenció de la delinqüència infantil i juvenil continguda anteriorment en la Llei de 1985.

Per tant, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, després de la reforma operada per la Llei 8/2002, regula la protecció dels menors desemparats i, a més, contempla les mesures de "atenció especial a la població adolescent amb conductes d'alt risc social". En definitiva, es contempen dos àmbits de protecció: la protecció als menors desemparats i la protecció als adolescents amb conductes d'alt risc social.

Cal advertir, però, que la Llei 8/2002, de modificació de la Llei 37/1991, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de regulació de l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social, ha vingut marcada per unes concretes circumstàncies político-socials. En efecte, el propi preàmbul de la Llei al·ludeix a la problemàtica plantejada pels menors immigrants indocumentats que, en molts casos, han arribat al nostre país sols, sense la companyia de les seves famílies.

Durant els últims temps, els mitjans de comunicació s'han fet ressò de la problemàtica plantejada per aquests menors que, pel que es refereix a Catalunya, vagabundegen pel centre de la ciutat i cometen petits delictes o faltes, especialment a Barcelona. A més, aquests fets es produeixen en un context social de preocupació creixent per la seguretat pública. Doncs bé, la recent Llei 8/2002, reguladora de la protecció de menors s'ha vist arrossegada per aquesta dinàmica de preocupació per la seguretat i, especialment, per la situació generada pels menors immigrants no acompanyats. De forma que del contingut de la regulació sembla resultar que la finalitat de la mateixa, en

alguns casos, no és tant protegir als menors com protegir-se dels menors. No serien els menors els quals es troben en situació de risc, sinó els que produirien el risc.

Així, la Llei 8/2002, ha adoptat en el marc de la faceta protectora certes mesures que semblen més pròpies de la faceta reformadora, el que suposa un pas endarrere. Com vam veure, els antics Tribunals Tutelars de Menors exercien la facultat reformadora no només enfront dels menors que havien comès actes il·lícits sinó també enfront dels vagues, llicenciosos o els quals practicaven la mendicitat, menors en situació de risc social. En l'actualitat aquest últim sector quedaria emmarcat en el que la referida Llei qualifica de "adolescents amb conductes d'alt risc social", menors que no han comès delictes sinó que, com diu el nou art. 43 de la Llei, tenen conductes que alteren de manera greu les pautes de convivència i comportament social generalment acceptades, de manera que provoquen un risc evident de causar mals a ells mateixos o de perjudicar a terceres persones. És més, quan el legislador català estableix els principis conforme als quals deu actuar l'Administració en aquest àmbit, al·ludeix expressament a la necessitat de prevenir la "marginació i la delinqüència". En definitiva, del text legal resultaria que, sota la vestimenta de l'acció protectora, s'entrellacen i confonen dos tipus d'actuacions administratives molt distintes, la funció de protecció del menor i la funció de protecció de la seguretat ciutadana, actuacions emmarcades en àmbits molt distintes, d'activitat assistencial la una, d'activitat de policia l'altra.⁸²

⁸² En canvi, en la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, queda molt més clara que l'actuació dels poders públics enfront de situacions de risc dels menors deu dirigir-se a brindar-los protecció. Així, l'art. 17, sota actuacions en situació de risc, disposa que "en situacions de risc de qualsevol índole que perjudiquin el desenvolupament personal o social del menor, que no requereixin l'assumpció de la tutela per ministeri de la Llei, l'actuació dels poders públics deurà garantir en tot cas els drets que li assisteixen i s'orientarà a disminuir els factors de risc i dificultat social que incideixin en la situació personal i social que es troba i a promoure els factors de protecció del menor i la seva família. Una vegada apreciada la situació de risc, l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors engegarà les actuacions pertinents per a reduir-la i realitzarà el seguiment de l'evolució del menor en la família".

És més, la pròpia Llei 8/2002, ha incorporat noves normes en l'àmbit de la protecció dels menors desemparats que expressament es dirigeixen a plantar cara a la problemàtica plantejada pels menors immigrants indocumentats que viuen en el carrer. Aquests menors estan evidentment en situació de desemparament. No obstant, el legislador, partint de la dada molt qüestionable de que aquests menors rebutgen les mesures generals previstes, contempla una sèrie de mesures específiques que no vindrien a oferir en tot cas una protecció integral: assistència simplement diürna, assistència nocturna però de curta durada -només trenta dies- i, el que és pitjor, es preveu l'internament d'aquests menors en centres, restringint o suprimint les seves sortides per un temps limitat. Més endavant s'analitzaran aquestes mesures de protecció.

En definitiva, l'examen de la legislació catalana en matèria de menors posa en relleu l'existència de dos àmbits d'actuació administrativa. D'una banda, l'acció tradicionalment denominada reformadora, que haurà de ser desenvolupada en el marc del disposat per la Llei catalana 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil; l'Administració haurà d'executar les mesures adoptades pels jutges i tribunals per a exigir responsabilitat penal als menors i promoure la seva integració i reinserció social. D'altra banda, la faceta protectora que es desenvoluparà d'acord amb l'establert per la Llei 37/1991, de 30 de desembre; aquesta faceta comprèn, a la vegada, dos àmbits d'actuació: la protecció dels menors desemparats⁸³ i l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social. Ara bé, encara queda un cercle més ampli de protecció que envoltaria els anteriors: l'atenció i protecció de tots els menors i adolescents que es trobin a Catalunya, per a garantir-los l'exercici dels drets que l'Ordenament els reconeix i el seu desenvolupament integral en l'àmbit familiar i social, d'acord amb l'establert per la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents.

⁸³ En aquest àmbit, com s'ha dit, es contemplen mesures específiques pensades per als menors immigrants indocumentats no acompanyats.

3.2 La normativa estatal i internacional sobre protecció de menors aplicable a Catalunya

En matèria de protecció de menors són d'aplicació a Catalunya, no només les lleis dictades pel legislador català, a les quals s'ha fet referència en l'apartat anterior, sinó també certes normes estatals. En efecte, com s'ha dit, l'Estat té competència en matèria d'Administració de Justícia", "legislació processal, sense perjudici de les necessàries especialitats que en aquest ordre es derivin de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats autònomes" i "nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil" (arts. 149.1.2a, 5a i 6a). D'altra banda, les matèries que la Constitució ha reservat a la llei orgànica també deuran ser regulades per una Llei estatal. Així, també seran aplicables a Catalunya certs preceptes de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor: aquells que té caràcter orgànic i els dictats en exercici d'alguna de les competències de l'Estat a les quals s'ha fet esment (art. 3, art. 4, art. 5 apartats 1, 2 i 5, art. 6, art. 7 apartats 2 i 3, art. 8 apartats 1, 2 a) i b) i 3, art. 9 i art. 10 apartats 2 c), 3 i 4).

Així mateix, la Constitució en el seu art. 39 estableix que "els nens gaudiran de la protecció prevista als acords internacionals que vetllen pels seus drets". A l'empara d'aquest precepte constitucional, els menors gaudeixen a Espanya i, per tant, també a Catalunya de la protecció prevista pels Acords i Tractats internacionals subscrits per Espanya. Cal destacar la Convenció sobre els drets del nen, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unitat el 20 de novembre de 1989 i ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990.⁸⁴

⁸⁴ Així mateix, en virtut de l'art. 39 de la Constitució tots els menors gaudeixen a Espanya, també a Catalunya, de la protecció prevista, entre altres, en el Conveni de La Haya núm. X, de 5 d'octubre de 1961, sobre competència de les autoritats i la Llei aplicable en matèria de protecció de menors (ratificat per Espanya el 29 d'abril de 1987); el Pacte internacional de Dret Civils i Polítics de 19 de desembre de 1966 (ratificat per Espanya el 13 d'abril de 1977); el Pacte Internacional de Drets econòmics, socials i culturals de 19 de desembre de 1966 (ratificat el 13 d'abril de 1977); el Conveni de La Haya núm. XXVIII, de 25 d'octubre de 1980, sobre els aspectes civils de la subtracció internacional de menors (ratificat el 28 de maig de 1987); el Conveni de La Haya núm. XXXIII, de 29 de maig de 1993, relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional (ratificat el 30 de juny de 1995). Així mateix, en

Així, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix en el seu art. 3 (precepte amb caràcter orgànic), sota el títol Referència a Instruments Internacionals, el que segueix:

"Els menors gaudiran dels drets que els reconeix la Constitució i els Tractats Internacionals dels quals Espanya sigui part, especialment la Convenció de Drets de l'Infant de Nacions Unides i els altres drets garantits en l'ordenament jurídic, sense discriminació alguna per raó de naixença, nacionalitat, raça, sexe, deficiència o malaltia, religió, llengua, cultura, opinió o qualsevol altra circumstància personal, familiar o social.

La present Llei, les seves normes de desenvolupament i altres disposicions legals relatives a les persones menors d'edat, s'interpretaran de conformitat amb els Tractats Internacionals dels quals Espanya sigui part i, especialment,

el marc de la legislació europea són aplicables el Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals fet a Roma el 4 de novembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 d'octubre de 1979); el Conveni Europeu relatiu al reconeixement i l'execució de decisions en matèria de custòdia de menors, així com al restabliment d'aquesta custòdia, fet a Luxemburg el 20 de maig de 1980, instrument de ratificació de 9 de maig de 1984; la Recomanació 1286 (1996), de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, sobre una estratègia europea per als nens, de 24 de gener de 1996; la Resolució nombre C 148/37, de 16 de juny de 1986, del Parlament Europeu, sobre una carta europea dels nens hospitalitzats; la Recomanació 92/241/CEE, de 31 de març de 1992, del Consell de les Comunitats Europees sobre la cura dels nens i de les nenes; la Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992, del Parlament Europeu, sobre una Carta Europea dels Drets del Nen; la Directiva 94/33/CE del Consell, de 22 de juny de 1994, relativa a la protecció dels joves en el treball; la Recomanació 98/560/CE, de 24 de setembre de 1998, del Consell, relativa al desenvolupament i la competitivitat de la indústria europea de serveis audiovisuals i d'informació mitjançant la promoció de marcs nacionals destinats a aconseguir un nivell de protecció comprable i efectiu dels menors i de la dignitat humana; la Resolució del Parlament Europeu sobre la comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social i al Comitè de les Regions sobre l'aplicació de les mesures i lluita contra el turisme sexual que afecta als nens (COM/ (1999) 262- C5-0096/99- 1999/2097(COS) (Acta de 30 de març de 2000); Decisió de 29 de maig de 2000, del Consell relativa a la lluita contra la pornografia infantil en internet (2000/375/JAI).

d'acord amb la Convenció dels Drets del Nen de Nacions Unides de 20 de novembre de 1989.

Els poders públics garantirán el respecte dels drets dels menors i adequaran les seves actuacions a la present Llei i a l'esmentada normativa internacional."

De forma similar, el legislador català, ha disposat en l'art. 4 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, sota el títol Interpretació de les normes relatives als nens i els adolescents, ha establert el que segueix:

"1. La interpretació de la present Llei, de les normes que la desenvolupen i de les altres disposicions de la Generalitat relatives als nens i els adolescents deu realitzar-se d'acord amb els tractats internacionals ratificats per l'Estat espanyol i especialment d'acord amb la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen, de 20 de novembre de 1989, la Carta Europea dels drets del nen i totes les resolucions sobre infància i adolescència aprovades pel parlament de Catalunya.

2. Els poders públics deuran garantir el respecte dels drets del nen i l'adolescent i deuen adequar les seves actuacions a la present Llei i a la normativa internacional sobre aquesta matèria."

Per tant, els menors, tots els menors que es trobi en territori espanyol, sense discriminació de cap tipus, gaudeixen dels drets i la protecció reconeguda als acords i convenis internacionals subscrits per Espanya. D'altra banda, totes les disposicions legals sobre protecció de menors hauran de ser interpretats d'acords amb els tractats internacionals ratificats per Espanya i, especialment, de conformitat amb la Convenció de Drets del Nen de Nacions Unides i la Carta Europea dels Drets de l'Infant.

Capítol III: La condició del menor i la seva posició jurídica en l'ordenament. Principis rectors de la protecció pública dels menors

1. Els menors: els nens i els adolescents. La qüestió de la protecció pública als menors emancipats

1.1 La condició de menor: els nens i els adolescents

L'estudi de la protecció pública dels menors requereix determinar el concepte de menor que s'acull en el nostre Ordenament. Per a això s'ha d'acudir en primer lloc a la nostra Constitució, que en el seu art. 12 estableix que "els espanyols són majors d'edat als divuit anys". En el mateix sentit s'expressa l'art. 315 del Codi Civil. En complir els divuit anys els espanyols deixen de ser menors d'edat i adquireixen plena capacitat d'obrar (art. 322 del Codi Civil).

D'altra banda, la protecció pública dels menors s'estén a tots els menors que es trobin en territori espanyol. Així, en el cas concret de Catalunya, la llei encomana als poders públics oferir protecció a tots els menors que es trobin en el territori d'aquesta Comunitat,⁸⁵ amb independència que ostentin o no la nacionalitat espanyola. D'igual forma succeeix a la resta de Comunitats Autònomes. Per tant, ens hem de preguntar si la regla de la majoria d'edat que acull la nostra Constitució també és aplicable als estrangers.

Doncs bé, el Codi civil disposa al seu art. 9.1 que la llei personal corresponent a les persones físiques és la determinada per la seva nacionalitat. Per tant, les persones adquireixen la majoria d'edat i, per consegüent, deixen de ser menors

⁸⁵ En l'àmbit estatal, art. 1 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i a Catalunya art. 1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors deseparats i art. 1 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

de conformitat a l'establert en la legislació de l'Estat del que ostentin la nacionalitat, ja que s'aplica la llei personal. Ara bé, el referit precepte precisa que la "llei personal no afectarà a la majoria d'edat adquirida de conformitat amb la llei personal anterior".⁸⁶

Per tant, els menors estrangers adquireixen la majoria d'edat conforme a la legislació del país del que siguin nacionals. No obstant això, en cas que aquestes persones haguessin adquirit la nacionalitat espanyola, s'aplicaran les normes del nostre Ordenament per a determinar la majoria d'edat, llevat que ja haguessin adquirit la majoria d'edat conforme a la legislació de l'Estat del que anteriorment tenien la nacionalitat.

Ara bé, la qüestió és si les regles per a determinar la majoria d'edat a l'efecte d'adquirir plena capacitat d'obrar en l'àmbit civil també són aplicables en el camp de la protecció pública de menors.⁸⁷ Doncs bé, per a donar resposta a la qüestió plantejada s'acudirà en primer lloc als acords internacionals. La nostra Constitució -com s'ha vist- ha reconegut als menors "la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets". Així, la Convenció de Nacions Unides sobre els drets del nen, de 20 de novembre de 1989 (ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990), disposa en el seu art. 1 que "a efectes de la present Convenció, s'entén per nen tot ésser humà menor de divuit anys d'edat, tret que, en virtut de la llei que li sigui aplicable, hagi arribat abans la majoria d'edat". D'altra banda, la Carta Europea dels Drets del Nen (aprovada per Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992 del Parlament Europeu) estableix en el seu art. 8.1 que "s'entendrà per nen tot ésser humà

⁸⁶ Aquest precepte ha estat dictat en exercici de la competència que la Constitució atribueix a l'Estat en l'art. 149.1.8 amb caràcter exclusiu per a dictar les "normes per a resoldre els conflictes de lleis".

⁸⁷ Deu advertir-se que en les relacions amb l'Administració pública, el nostre Ordenament reconeix als menors d'edat plena capacitat d'obrar "per a l'exercici i defensa d'aquells dels seus drets i interessos l'actuació dels quals estigui permesa per l'ordenament jurídic sense l'assistència de la persona que exerceixi la pàtria potestat, tutela o curatela" (art. 30 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú).

fins l'edat de divuit anys, tret que aquest, en virtut de la legislació nacional que li sigui aplicable, hagi arribat amb anterioritat a la majoria d'edat. A efectes penals, es considerarà l'edat de divuit anys com mínima per a ser-li exigida la responsabilitat corresponent".⁸⁸

D'acord amb la referida normativa, el legislador estatal ha disposat en l'art. 1 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, que la mateixa s'aplicarà "als menors de divuit anys que es trobin en territori espanyol, tret que en virtut de la Llei que els sigui aplicable hagin arribat a anteriorment la majoria d'edat". Per la seva banda, el legislador català considera menors a totes aquelles persones que no han adquirit la majoria d'edat establerta per Llei.

En definitiva, al nostre Ordenament, com s'ha vist, tenen la condició de menor les persones que no han complert els divuit anys, tret que en virtut de la Llei personal que els fos aplicable haguessin arribat amb anterioritat a la majoria d'edat.

A més, a Catalunya, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents distingeix dins dels menors: els nens i els adolescents. L'art. 2 disposa que a l'efecte de la present Llei i les disposicions que la desenvolupen "s'entén per nen tota persona menor de dotze anys i per adolescent tota persona amb una edat compresa entre els dotze i la majoria

⁸⁸ No obstant, existeixen algunes normes internacionals que estableixen una edat distinta a l'efecte de la seva aplicació. Així, per exemple, el Conveni de La Haya núm. XXVIII, de 20 d'octubre de 1980, sobre els aspectes civils de la subtracció internacional de menors (ratificat per Espanya el 28 de maig de 1987) disposa en el seu art. 4 que deixarà d'aplicar-se "quan el menor abast l'edat de setze anys". Així mateix, el Conveni Europeu relatiu al reconeixement i l'execució de decisions en matèria de custòdia de menors, així com al restabliment d'aquesta custòdia, fet a Luxemburg el 20 de major de 1980 (ratificat per Espanya el 9 de maig de 1984) considera menor a l'efecte de la seva aplicació a les persones d'edat inferior als setze anys.

d'edat establerta per la Llei". Aquesta distinció s'estableix, en principi, com veiem, a l'efecte d'aplicació de la Llei i les seves normes de desenvolupament. No obstant això, la recent Llei 8/2002, de 27 de maig, ha modificat la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparrats i ha regulat un nou àmbit de protecció "l'atenció especial als adolescents amb conductes d'alt risc social". Per tant, la Llei distingeix dintre dels menors els adolescents, al·ludeix a la infància i l'adolescència (art. 44 b) i, no obstant això, no estableix que devem entendre per tals. En conseqüència, serà necessari aplicar el concepte d'adolescent acollit per la referida Llei 8/1995, de 27 de juliol (art. 2).

En conseqüència, a Catalunya, l'edat de dotze anys marcaria el pas de la infància a l'adolescència. Aquesta edat ja havia estat prevista pel legislador català com moment a partir del que era obligatori escoltar al menor en els procediments que li afectin. Així, l'art. 5.4 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, estableix que l'adopció de qualsevol mesura als menors desemparrats "deu ser escoltat el menor de més de dotze anys, i el de menys de dotze si té suficient coneixement i és possible". A partir de l'edat de dotze anys es considera que el menor ja té suficient judici o capacitat per a destriar sobre abast de les actuacions que li afecten.⁸⁹

1.2 La protecció pública als menors emancipats

Des d'una perspectiva jurídic-civil el menor emancipat té la consideració de

⁸⁹ D'altra banda, en l'àmbit de la responsabilitat penal dels menors s'ha concretat en els catorze anys el límit mínim per a exigir responsabilitat, "amb base en la convicció que les infraccions comeses pels nens menors d'aquesta edat són en general irrellevants i que, en els escassos supòsits que aquelles poden produir alarma social, són suficients per a donar-los una resposta igualment adequada als àmbits familiar i assistencial civil, sense necessitat de la intervenció de l'aparell judicial sancionador de l'Estat", segons s'expressa en l'Exposició de Motius i la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, de reguladora de la responsabilitat penal dels menors. Així, l'art. 3 de la referida Llei disposa que quan l'autor d'un il·lícit penal "sigui menor de catorze anys, no se li exigirà responsabilitat conformement a la present Llei, sinó que se li aplicarà el disposat en les normes sobre protecció de menors previstes en el Codi Civil i altres disposicions vigents".

major edat. L'art. 323 del Codi Civil disposa que "l'emancipació habilita al menor per a regir la seva persona i béns com si fos major"; no obstant, a continuació es preveuen algunes actuacions de contingut patrimonial que l'emancipat no pot realitzar sense el consentiment dels seus pares fins arribar a la majoria d'edat.⁹⁰ D'altra banda, el propi Codi estableix que la pàtria potestat s'acaba per l'emancipació (art. 169.2). A més, la tutela de Dret privat també s'extingeix per la concessió al menor del benefici de la major edat (art. 276.4 CC).

Per això, ens hem de plantejar si la protecció que els poders públics han d'oferir als menors desemparats i, per tant, l'assumpció de funcions tutelars per part de l'Administració s'estén també als menors emancipats que es trobin en aquella situació.

Doncs bé, en la mesura que la tutela de les Administracions públiques s'arbitra com una mesura d'assistència i protecció d'aquells menors que es trobin en una situació objectiva de desemparament, una part de la doctrina conclou que arriba a tots els menors en aquesta situació, amb independència del seu estat jurídic-civil, de si han obtingut, doncs, l'emancipació o el benefici de la majoria d'edat.⁹¹

La intervenció pública es produeix per proporcionar assistència i protecció a tots aquells menors que la necessitin, amb la finalitat de garantir-los el ple exercici dels drets que l'Ordenament els reconeix. El legislador català, en el preàmbul de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, va establir expressament que "es considera desemparat al menor que es troba en una situació de fet en la qual li falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat,

⁹⁰ Així, el menor emancipat no podrà prendre diners en préstec, gravar o alienar béns immobles, establiments mercantils o industrials o objectes d'extraordinari valor.

⁹¹ En aquest sentit DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil* ("Artículo 172"), Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 55-57.

prescindint de la causa d'aquesta situació". Per tant, allò essencial és que els poders públics brindin protecció a aquests menors, amb independència que en l'àmbit privat existeixin o no persones obligades a prestar tal assistència.

No obstant, quan el legislador, tant estatal com català, regula la protecció pública als menors desemparats i l'assumpció de funcions tutelars per les Administracions competents, contempla, de forma general, els menors subjectes a la pàtria potestat o la tutela ordinària. Així, l'art. 172.1 del Codi Civil, igual que l'art. 164.2 del Codi català de Família⁹² i l'art. 3.2 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, disposen que l'assumpció de la tutela per l'Administració implica la suspensió de la pàtria potestat o de la tutela ordinària durant el temps d'aplicació de la mesura.

D'altra banda, el legislador estatal defineix el desemparament com una situació de fet que sorgeix, fonamentalment, a causa de l'incompliment o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors (art. 172.1 CC). De forma similar ha procedit el legislador català, en considerar que el menor es troba desemparat quan falten les persones que per llei deuen exercir les funcions de guarda o quan s'aprecii l'incompliment o exercici inadequat dels deures legals de protecció establerts per a la guarda dels menors (art. 2.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre).

Així, bona part de la doctrina civil considera que els menors emancipats no quedarien inclosos dins el concepte de menor desemparat i, en conseqüència, sotmesos a la tutela de l'Administració pública, ja que l'emancipació constitueix un mitjà per a anticipar la seva independència i reconèixer-los capacitat d'obrar similar a la dels majors. D'acord amb el ja citat art. 323 del Codi Civil, l'emancipat pot regir la seva persona i béns com si fos major. A més, en la mesura que l'emancipació suposa l'extinció de la pàtria potestat (art. 169.2), els

⁹² Llei catalana 9/1998, de 18 de juliol, del Codi de Família.

pares no tindrien deures de protecció cap als mateixos i, per això, no podrien deixar de complir dits deures.⁹³

D'altra banda, la legislació catalana brinda un argument més a favor de la referida tesi. La Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats disposa en el seu art. 3.1 que la resolució de desemparament comporta l'assumpció automàtica per l'Administració de les funcions tutelars sobre el menor mentre aquest "no s'emancipi".⁹⁴ Per tant, a partir del moment de l'emancipació el menor deixa d'estar sotmès a la tutela de l'Administració. La qual cosa portaria a concloure que els menors emancipats no queden sotmesos a la tutela de l'Administració.

Ara bé, el propi legislador català ha disposat que la situació de desemparament és una situació de fet, caracteritzada perquè falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la personalitat del menor.⁹⁵ Per tant, en la mesura que un menor, sigui o no emancipat, no tingui garantits aquells elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat i, per tant el ple gaudi dels seus drets, deurà rebre protecció i assistència de l'Administració pública competent. Deu tenir-se en compte que la legislació sobre protecció dels menors desemparats contempla la protecció de tots els menors, sense distingir entre els menors emancipats i els no emancipats.

Els poders públics estan constitucionalment obligats a garantir als menors la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets (art. 39 CE). De forma especial la Convenció dels Drets del Nen de 20 de novembre

⁹³ Vid. BALLESTEROS DELS RIOS, Maria, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pàg. 68-69.

⁹⁴ En el mateix sentit s'expressa l'art. 164.1 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família.

⁹⁵ Art. 2.2 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats i art. 164.1 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família.

de 1989 i la Carta Europea dels Drets del Nen que, al costat de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, configuren el “estatut jurídic indisponible dels menors dintre del territori nacional (...) norma d'ordre públic, d'inexcusable observació per a tots els poders públics” (STC 141/2000, de 29 de maig, F.J. 5) a les quals a Catalunya deuran sumar-se les resolucions sobre la infància i adolescència aprovades pel Parlament català.⁹⁶

Els menors emancipats també poden trobar-se en situació de desemparament, poden ser menors als quals faltin els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat.⁹⁷ Per tant, l'Administració també haurà d'exercir respecte als mateixos funcions tutelars o assistencials, amb independència que en el moment de decidir la mesura de protecció més convenient hagin de tenir-se en compte les especials circumstàncies d'aquests menors.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, disposa en el seu art. 10.1 que “els menors tenen dret a rebre de les Administracions públiques l'assistència adequada per a l'efectiu exercici dels seus drets i que es garanteixi el seu respecte”; a continuació, l'apartat 2 estableix que “per a la defensa i garantia dels seus drets el menor pot: a) sol·licitar la protecció i tutela de l'entitat pública”.

Una interpretació distinta deixaria sense protecció a molts menors desemparats que, en molt casos, hauran obtingut l'emancipació fins i tot de forma tàcita. En efecte, l'art. 319 del Codi Civil estableix que “es reputarà per a tots els efectes com emancipat al fill major de setze anys que amb el consentiment dels pares

⁹⁶ Segons es dedueix del disposat en l'art. 4 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents. La Resolució del Parlament de Catalunya 194/III, de 3 de març de 1991, sobre els Drets de la Infància va ser incorporada a la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats (disposició addicional 1ª).

⁹⁷ Segons estableix l'art. 2.2 b) de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

visqués independentment d'aquests".⁹⁸ En el supòsit d'interpretar-se que l'emancipació exclou l'assumpció de funcions tutelars per l'Administració i la consegüent assistència al menor, per aquesta via podrien quedar sense protecció molts menors en situació de risc o desemparament.

Pel que es refereix als menors estrangers, s'ha de tenir-se en compte que la capacitat i l'estat civil es regeixen per la llei nacional del subjecte i, per tant, no podran considerar-se emancipats extrapolant les nostres normes de Dret civil. Així, no podrà considerar-se emancipat a aquell menor estranger que viu independentment amb el consentiment dels seus pares en aplicació de l'art. 319 del Cc; a més de la dificultat de provar el consentiment patern, aquesta emancipació resulta precària per la possibilitat que tenen els pares de revocar-la en qualsevol moment. D'altra banda, la possibilitat d'emancipació per matrimoni prevista en l'art. 314.2 del Cc també està subjecta al que estableixi la llei personal del menor. Així, els estrangers hauran de reputar-se menors amb caràcter general en tant no es pugui acreditar la seva emancipació conforme a la seva llei personal.⁹⁹

En definitiva, des del meu punt de vista, ja sigui a través de la tutela de l'Administració o mitjançant altres mecanismes de protecció, els poders públics hauran de garantir el ple exercici de tots els seus drets i, per tant, l'assistència i protecció a tots els menors que la necessitin, amb independència de la seva emancipació.

⁹⁸ Ara bé, en aquest cas subsisteix la pàtria potestat, doncs el propi precepte disposa que "els pares podran revocar aquest consentiment". Per tant, en aquest supòsit queden sense fonament els arguments de la doctrina privatista que considera que els menors emancipats no quedarien sotmesos a la tutela de l'Administració.

⁹⁹ En aquest sentit es manifesta la Circular de la Fiscalia General de l'Estat 3/2001 sobre "actuació del Ministeri fiscal en matèria d'estrangeria".

1.3 La determinació de la condició de “menor” en el cas dels immigrants indocumentats

Les persones ostenten, doncs, la condició de menor fins el moment que compleixen els divuit anys, llevat que d'acord amb la seva llei personal haguessin adquirit la majoria d'edat amb anterioritat a aquesta edat. Per tant, la majoria d'edat de l'estranger ve determinada per l'aplicació de la seva pròpia llei nacional (art. 9.1 del Codi Civil). De manera que ens podem trobar amb la presència a Espanya de persones estrangeres que conformi a la legislació del seu país adquireixen la majoria d'edat a una edat distinta.¹⁰⁰

El problema rau en la dificultat que pot suposar conèixer aquelles legislacions estrangeres que acullen una edat distinta als divuit anys per a establir la majoria d'edat. Referent a això s'ha de tenir en compte que la càrrega de provar el contingut i la vigència del dret estranger correspon a qui ho invoca (art. 12.6 del Codi civil). En qualsevol cas, a l'efecte de la protecció pública dels menors s'aplicarà la presumpció *iuris tantum* que és menor tot estranger que no hagi complert encara els divuit anys.¹⁰¹

A més, en el cas dels menors immigrants no acompanyats en molts casos es planteja el problema de conèixer la seva veritable edat. En efecte, alguns menors immigrants arriben al nostre país sols, sense la companyia de cap familiar i sense documentació.¹⁰² Aquests menors, generalment procedents del

¹⁰⁰ Ara bé, en la legislació dels diversos països es constata un procés d'harmonització o convergència encaminat a fixar amb caràcter general majoria d'edat precisament a partir dels divuit anys. Així ho posa en relleu la Circular de la Fiscalia General 3/2001 sobre “Actuació del Ministeri Fiscal en Matèria d'Estrangeria”.

¹⁰¹ Així ho posa en relleu en la Circular de la Fiscalia General 3/2001 sobre “Actuació del Ministeri Fiscal en Matèria d'Estrangeria”.

¹⁰² Els menors estrangers poden trobar-se a Espanya en dues situacions distintes: 1) menors que han vingut acompanyats dels seus pares o tutors; 2) menors no acompanyats per cap persona responsable del seu guarda i custòdia. Quedarien compresos en el primer suposat aquells menors que, encara que no estan acompanyats d'un guardador, es troben regularment

Marroc o Algèria, saben que si no faciliten les seves dades personals i la seva nacionalitat fan més difícil que l'Administració els retorni al país del que van emigrar.¹⁰³ D'altra banda, coneixen que la condició de menor els reporta certs avantatges. Per això, en molts casos oculten la seva veritable edat o es fan passar per menors.

Doncs bé, la Llei orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la reforma de la Llei 8/2000, en el seu art. 35.1 i 5 estableix el que segueix:

“1. En els supòsits que els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat localitzin a un estranger indocumentat la minoria del qual d'edat no pugui ser establerta amb seguretat, se li donarà, pels serveis competents de protecció de menors, l'atenció immediata que requereixi, d'acord amb l'establert en la legislació de protecció jurídica del menor, posant-se el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que disposarà la determinació de la seva edat, per al

a Espanya amb el consentiment dels seus representants legals; per exemple, aquells menors que han vingut amb una autorització d'estada per estudis o en un programa de desplaçament temporal (arts. 54.2 c) i 63 del Reglament d'estrangeria aprovat per Reial decret 864/2001, de 20 de juliol). També quedarien compresos en el primer suposat aquells menors acompanyats per un mer guardador de fet (per exemple, un familiar pròxim) doncs aquesta figura és admesa en dret com una forma d'exercir la facultat-deure guarda sobre els menors (art. 303 del Codi Civil i art. 12.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener); aquesta situació pot resultar freqüent en altres cultures i deu tenir-se en compte que les relacions paterno-filials, la tutela i altres institucions de protecció del menor es regeixen en primer lloc per la llei nacional del menor (art. 9.4 del Codi Civil). Així es posa en relleu en la Circular de la Fiscalia General 3/2001 sobre “Actuació del Ministeri Fiscal en Matèria d'Estrangeria”.

¹⁰³ Veure el treball coordinat per Marta COMES, *L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació, finestra oberta*, Fundació Jaume Bofill, gener de 2001, núm. 19, en particular pàg. 76 i ss.

*que col·laboraran les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, realitzaran les proves pertinents”.*¹⁰⁴

Aquest precepte resulta d'aplicació en aquells casos en què els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat localitzin, per raons distintes a la imputació de la comissió d'un il·lícit penal, a un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no pugui establir-se amb seguretat.¹⁰⁵ La finalitat del mateix és impedir la incoació d'un expedient sancionador per qualsevol dels motius previstos en la legislació d'estrangeria i, en particular, aquells que poden donar lloc a la sanció d'expulsió o la mesura cautelar d'internament, contra aquelles persones respecte les quals no s'hagi establert amb les degudes garanties que són majors d'edat. En cas de determinar-se la minoria d'edat de l'estranger se li haurà d'oferir la protecció i assistència prevista al nostre Ordenament per a tots els menors residents en el territori espanyol, amb independència que siguin o

¹⁰⁴ En canvi, amb anterioritat a la reforma, l'art. 32.2 de la Llei disposava que “En els supòsits que els Cossos i Forces de Seguretat localitzin a una persona indocumentada, respecte a la qual no pugui ser establerta amb exactitud si és major o menor d'edat, ho posaran en coneixement dels Jutjats de Menors per a la determinació de la identitat, edat i comprovació de les circumstàncies personals i familiars (...)”. Per tant, corresponia als Jutjats de Menors realitzar les diligències necessàries per a comprovar la identitat, l'edat i les altres dades personals i familiars l'immigrant. No obstant això, des de la doctrina es criticava la competència dels Jutjats de Menors, ja que es tracta d'un òrgan judicial al que la Llei atribueix el coneixement dels delictes o faltes comesos pels menors (art. 97 de la Llei Orgànica del Poder Judicial). Així, s'al·legava que l'atribució d'aquesta competència als Jutjats de menors venia a criminalitzar la presència dels menors a Espanya. Vid. FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pàg. 118-119.

¹⁰⁵ En cas de que el possible menor d'edat hagués estat detingut per la comissió d'un fet delictiu haurà de ser posat a la disposició del Jutge d'Instrucció. El Jutge d'Instrucció és l'òrgan competent per a ordenar la pràctica de les diligències encaminades a determinar l'edat del detingut (arts. 375 i 789.5 regla 3^a de la LECr.). Veure la Instrucció de la Fiscalia General de l'Estat 2/2001, de 28 de juny i la Circular 1/2000.

no nacionals, tal com resulta del disposat en la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor (art. 1).¹⁰⁶

A l'efecte de la protecció pública dels estrangers indocumentats la minoria d'edat dels quals no pugui ser establerta amb seguretat, el citat art. 35.1 ve a establir una presumpció *iuris tantum* de minoria d'edat. En efecte, el mateix disposa que mentre no pugui ser establerta amb seguretat la minoria d'edat “se li donarà, pels serveis competents de protecció de menors, l'atenció immediata que requereixi”. La Llei estableix, doncs, la obligació de brindar-los la protecció prevista per als menors, cosa que suposa una presumpció inicial de minoria d'edat que podrà destruir-se després dels esbrinaments pertinents. Per tant, quan els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat localitzen a un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no pugui ser determinada hauran de traslladar-lo als serveis competents de protecció de menors perquè aquests puguin brindar-li la protecció que necessiti prevista per als menors.

No obstant això, el Reglament dictat per a l'execució de la Llei (aprovat per Reial decret 864/2001, de 20 de juliol), en contra del disposat en la mateixa, passaria per alt la presumpció de minoria d'edat establerta en la Llei per a reduir el nivell de protecció. En efecte, l'art. 62.1 del Reglament disposa el que segueix:

“1. En els supòsits que les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat tinguin coneixement o localitzin a un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no pugui ser establerta amb seguretat, informarà als Serveis de Protecció de Menors perquè, si escau, li prestin l'atenció immediata que requereixi (...)”.

Així, si es compara l'art. 35.1 de la Llei i l'art. 62.1 del Reglament s'observa que, en realitat, el Reglament no executa la Llei sinó la modifica per a reduir el nivell

¹⁰⁶ Veure la Instrucció de la Fiscalia General de l'Estat 2/2001, de 28 de juny “Sobre la interpretació de l'actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social”.

de protecció previst per als estrangers indocumentats que poguessin ser menors d'edat. Per tant, el citat precepte del Reglament podria vulnerar el principi de jerarquia normativa i, en conseqüència, resultar nul de ple dret.¹⁰⁷

En efecte, de l'art. 35.1 de la Llei resultaria que les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat deuran traslladar a l'estranger indocumentat, mentre s'estableix si és o no menor d'edat, als serveis competents de protecció de menors per a que li ofereixin (“se'ls donarà”) l'atenció immediata que requereixin.

En canvi, de l'art. 62.1 del Reglament resulta que els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat es limitaran a “informar” als Serveis de Protecció de Menors perquè, si escau, li prestin l'atenció que requereixi. Així, mentre s'estableix si l'estranger indocumentat és o no menor d'edat sembla que aquell romandrà a la disposició de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat.¹⁰⁸ A l'apartat 3 del propi art. 62 del Reglament es diu que “si durant el procediment de determinació de l'edat el menor precisarà atenció immediata, les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat ho sol·licitaran als Serveis competents de Protecció de Menors”. Per tant, segons es dedueix del Reglament, correspondria a les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat determinar si l'estranger que pogués ser menor precisa atenció immediata i, només quan així ho considerin, serà atès pels serveis competents de Protecció de Menors. No obstant això, del referit art. 35.1 de la Llei resulta que correspon als serveis competents de protecció de menors determinar quan aquella persona precisa atenció i el tipus de tipus d'assistència si escau necessària.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Veure l'art. 62.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

¹⁰⁸ La qüestió és si les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat contenen amb els mitjans, la capacitat i la competència per a donar assistència als estrangers indocumentats durant el temps necessari per a determinar si tenen o no la condició de menors.

¹⁰⁹ Així, a Catalunya la policia traslladava als menors als serveis d'urgències de la Direcció general d'Atenció al Menor. Els menors ingressen en un centre d'urgència per a passar posteriorment al centre d'acollida i diagnòstic a aquest efecte de ser derivats al recurs més adequat. Veure el treball coordinat per Marta COMES, *L'atenció als menors immigrants no*

En definitiva, com s'ha dit, el Reglament que desenvolupa la Llei d'estrangeria vindria a desvirtuar la inicial presumpció de minoria d'edat que estableix la Llei amb la finalitat de que aquella persona gaudi des del primer moment de l'assistència prevista en la legislació de protecció jurídica del menor.

A Catalunya, el Departament de Justícia compte amb una Direcció general d'Atenció al Menor. De la Subdirecció General depèn un Servei d'Urgències que conta, al seu torn, amb una Secció de Menors Indocumentats que té encomanat “atendre immediata als menors indocumentats presentats a la Direcció general” i “avaluar les situacions dels menors indocumentats”.¹¹⁰

D'altra banda, quant a l'autoritat competent per a precisar l'edat de l'estranger indocumentat i, per tant, determinar si és o no menor d'edat, el referit art. 35 de la Llei es limita a establir que el Fiscal “disposarà la determinació de la seva edat, per al que col·laboraran les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, realitzaran les proves necessàries”.¹¹¹ De manera que no correspondria al Fiscal identificar al menor, ni determinar les seves circumstàncies personals o familiars. El precepte no precisa qui deurà realitzar els referits esbrinaments.

D'una interpretació de l'art. 35 de la Llei en relació amb l'art. 62 del Reglament de desenvolupament (aprovat per Reial decret 864/2001, de 20 de juliol) sembla resultar que correspondria a les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat indagar l'edat i altres circumstàncies del suposat menor.

acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació, finestra oberta, Fundació Jaume Bofill, gener de 2001, en particular pàg. 76 i ss.

¹¹⁰ Decret 372/2000, de 21 de novembre, d'estructuració de la Direcció general d'Atenció al Menor.

¹¹¹ En aquest punt l'art. 62.1 del Reglament es limita a afegir que les institucions sanitàries col·laboraran no només amb caràcter prioritari –com diu la Llei– sinó també amb caràcter “urgent”.

D'altra banda, segons es posa en relleu en la Instrucció 2/2001, de 28 de juny, de la Fiscalia General de l'Estat,¹¹² la conducció al menor al centre sanitari i la permanència en el mateix durant el temps necessari per a determinar l'edat és una situació de privació de llibertat, anàloga a la contemplada en l'art. 20.2 de la Llei orgànica 1/1992, de Protecció de la Seguretat Ciutadana. En conseqüència, deuran aplicar-se les garanties constitucionals de l'art. 17 de la Constitució, en els termes expressats per les SSTC 341/93, de 18 de novembre i 86/96, de 21 de maig. Així, la situació de privació de llibertat “no podrà durar més del temps estrictament necessari” per a determinar l'edat.¹¹³ A més, l'indocumentat deurà ser informat de manera immediata i comprensible de les raons de la seva situació de privació de llibertat i dels seus drets. No obstant això, en la citada Instrucció es considera que no és necessària l'assistència d'advocat, malgrat tractar-se d'una diligència policial, doncs tal assistència només és obligada en els termes establerts en les lleis i l'art. 520.2 c) de la LEC limita aquesta garantia a les diligències de declaració i els reconeixements d'identitat dels detinguts, sense que el present cas sigui incardinable en aquests supòsits.

Així mateix, l'apartat 5 del propi art. 35 de la Llei orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers, estableix que *“Els Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat adoptaran les mesures tècniques necessàries per a la identificació dels menors estrangers indocumentats, amb la finalitat de conèixer les possibles referències que sobre ells poguessin existir en alguna institució pública nacional o estrangera encarregada de la seva protecció. Aquestes dades no podran ser usats per a una finalitat distinta de la prevista en aquest apartat”*. Aquesta norma es dirigeix a evitar que la gran mobilitat dels menors per una banda a una altra del territori obligui a seguir tot el procediment d'identificació del menor cada vegada que sigui localitzat per les autoritats.

¹¹² En la mateixa es brinda una “interpretació de l'actual art. 35 de la L.O. 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social”.

¹¹³ Això exigeix un esforç de coordinació entre tots els agents que intervenen en el procediment.

Per això, l'art. 60. del Reglament d'execució de la Llei orgànica sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social estableix que haurà d'existir un *“Registre de Menors Estrangers en situació legal de desemparament a efectes purament identificadors, en el qual es contindrà: a) nom i cognoms, nom dels pares, lloc de naixença, nacionalitat, última residència en el país de procedència; b) la seva impressió decadactilar; c) fotografia; d) centre d'acollida on resideixi; i) organisme públic sota la protecció del qual es trobi; f) resultat de la prova òssia de determinació de l'edat, segons informe de la Clínica Mèdic Forense; g) qualsevol altra dada de rellevància als citats efectes identificadors”*. Així mateix el precepte disposa que *“els serveis competents de protecció de menors als quals es refereix l'art. 35 de la Llei Orgànica 4/2000, reformada per la Llei Orgànica 8/2000, quan tinguin coneixement que un menor es trobi en situació de desemparament, deuran comunicar, el més aviat, a la Direcció general de la Policia, a través dels seus òrgans perifèrics, les dades que coneguin relatius a la identitat del menor conformi el disposat en el paràgraf anterior”*.

En el Registre de Menors Estrangers només podran fer-se constar les dades dels menors legalment desemparaments i, per tant, tutelats per una entitat pública. D'altra banda, aquestes dades només podran ser utilitzats per a la identificació dels menors; en cap cas podran emprar-se per a facilitar l'expulsió de la persona o en perjudici de la mateixa.¹¹⁴

L'existència del referit Registre facilita el compliment de la previsió del citat art. 35.5 de la Llei d'estrangeria que contempla la utilització per les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat de *“les mesures tècniques necessàries per a la*

¹¹⁴ La Direcció general de Policia no podrà utilitzar ni cedir les dades del Registre de Menors Estrangers en situació de desemparament que hagi obtingut d'altres entitats, per a desenvolupar altres actuacions en l'àmbit de l'estrangeria distintes de la identificació d'estrangers (per exemple, prendre notícia de dades familiars per a incoar un expedient d'expulsió a un adult). Així es posa expressament de relleu en la Circular de la Fiscalia General de l'Estat 3/2001, de 21 de desembre, relativa a la *“Actuació el Ministeri Fiscal en matèria d'estrangeria”*.

identificació dels menors estrangers indocumentats”. El confrontament de les fitxes dactilars i la comprovació de fotografies facilitarà la identificació dels menors a través de les referències que sobre els mateixos puguin existir en alguna institució pública, nacional o estrangera, encarregada de la seva protecció.

D'altra banda, tant la Llei com el Reglament d'estrangeria al·ludeixen a la col·laboració de les institucions sanitàries en la determinació de l'edat. En el citat art. 60 del Reglament s'estableix, així mateix, que en el Registre de Menors Estrangers es farà constar el “resultat de la prova òssia de determinació de l'edat, segons informe de la Clínica Mèdic Forense”. En efecte, per a la determinació de l'edat es vénen realitzant radiografies de canell que permeten conèixer l'estructura òssia del subjecte.¹¹⁵ Aquestes proves radiològiques són realitzades en centres sanitaris públics que presten així la col·laboració que al·ludeix l'art. 35 de la Llei.

La realització d'aquesta prova pels serveis sanitaris planteja la qüestió del consentiment del menor a la mateixa. En la mesura que es tracta d'exercir un dret de la personalitat, aquells menors que tinguin suficient maduresa deuran prestar el seu consentiment.¹¹⁶ En cas de que el menor no hagués arribat a un grau de maduresa suficient seria necessària la intervenció del seu representant legal. Tenint en compte que el menor immigrant es troba sol i indocumentat correspondrà al Ministeri Fiscal assumir la representació dels menors que no

¹¹⁵ No obstant això, aquestes proves no són fiables. Segons posa en relleu FABREGA RUIZ, “la Comissió Suïssa de Recurs en matèria d'Asil en la seva decisió de 12 de setembre de 2000 ha arribat a la conclusió que els resultats d'un examen radiogràfic de la mà no pot aportar una prova fiable de l'edat de l'interessat, basant-se fonamentalment que l'edat dels ossos pot tenir variacions d'acord amb la raça i el sexe de l'individu”. Cf. FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pàg. 121, nota 179.

¹¹⁶ Art. 162 del Codi Civil.

tinguin condicions de maduresa i, per tant, donar el seu consentiment a la realització de la prova radiològica.¹¹⁷

Per tant, en cas de que el menor tingui suficient maduresa se li haurà d'informar sobre la prova i se sol·licitarà el seu consentiment. Si es negués a la pràctica de la mateixa, seria necessària la intervenció del Jutge que, mitjançant resolució motivada, acordarà la seva realització. Ara bé, es planteja la qüestió del Jutge competent. Amb anterioritat a la reforma de la Llei orgànica 4/2000, operada per la Llei orgànica 8/2000, corresponia als Jutjats de Menors adoptar tal decisió.¹¹⁸ No obstant això, en l'actualitat, ni la legislació d'estrangeria ni la de protecció de menors estableix gens referent a això. Així, tenint en compte que els Jutjats de primera instància tenen atribuïda la competència per a conèixer els recursos interposats contra les resolucions administratives mitjançant les quals s'aprecia la situació de desemparament i es declara la tutela de l'Administració,¹¹⁹ des de la doctrina es conclou que també correspon a aquest òrgan judicial acordar la pràctica de la prova mèdica dirigida a determinar l'edat de l'immigrant indocumentat. Una vegada el Jutge ordena la pràctica de la prova, si el menor es nega a sotmetre's a la mateixa, podria aplicar-se la doctrina del Tribunal Suprem sobre proves biològiques de paternitat i declarar-se judicialment la majoria d'edat.¹²⁰

¹¹⁷ Art. 3.7 de la Llei 50/1981, de 30 de desembre, per la qual es regula l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal.

¹¹⁸ L'art. 32.2 atribuïa als Jutjats de Menors la competència per a determinar la identitat, l'edat del menor i les seves circumstàncies personals i familiars.

¹¹⁹ Art. 172.6 del Codi Civil en relació amb l'art. 779 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil.

¹²⁰ Així ho posa en relleu FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pàg. 122

2. L'estatus o posició jurídica dels menors

2.1 El menor com subjecte de drets

El nostre Ordenament reconeix a tota persona, des del moment del seu naixement, capacitat jurídica, capacitat per a ser subjecte de drets i obligacions, tot i quan manqui plena capacitat d'obrar, com succeeix en el cas dels menors (art. 29 del Codi Civil). Per a ser titular de drets només es requereix capacitat jurídica i aquesta deriva de la pròpia condició de persona. En conseqüència, els menors són titulars de drets i obligacions i, de manera destacada, dels drets i deures fonamentals reconeguts en la nostra Constitució.¹²¹

Les transformacions socials i culturals operades en la nostra societat han conduït a un canvi en l'estatus del menor caracteritzat fonamentalment pel ple reconeixement de la titularitat de drets i d'una capacitat progressiva per a exercitar-los. A la legislació postconstitucional els menors d'edat tenen la consideració de subjectes de drets, subjectes actius i participatius, amb capacitat progressiva per a protagonitzar la seva pròpia existència, per a decidir sobre les seves necessitats.¹²²

Així, tots els menors que resideixin o es trobin transitòriament en territori espanyol tenen reconeguts una sèrie de drets el ple gaudi dels quals han de garantir els poders públics, en particular aquells que resulten necessaris per a garantir la vida, la dignitat humana i el ple desenvolupament de la

¹²¹ No obstant, el menor no pot ser titular d'alguns dels referits drets; aquest és el cas, per exemple, del dret de sufragi, per a l'exercici del qual deuen haver-se complert divuit anys.

¹²² Això no sempre ha estat així, amb anterioritat la perspectiva acollida era la de les prerrogatives atribuïdes als pares en tant social i jurídicament responsables del menor. Sobre progressiu reconeixement dels menors com subjectes de drets, ÁLVAREZ VÉLEZ, Ma Isabel, *La protección...* cit., pàg. 9-34.

personalitat.¹²³ També els menors desemparats, que abans de res són menors, amb independència de qualsevol altra consideració com el seu origen, raça o nacionalitat, tenen tots els drets atribuïts per les lleis.

En efecte, a Espanya tots els menors gaudeixen dels drets individuals i col·lectius reconeguts per la Constitució, la resta de l'Ordenament jurídic i els acords i tractats internacionals, especialment la Convenció de Nacions Unides de 1989. El ja citat article 39.4 de la Constitució disposa que “els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets”. Per tant, els drets reconeguts als menors en els acords internacionals subscrits per Espanya hauran de ser protegits per manament de la pròpia Constitució.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix al seu art. 1 que la Llei s'aplica a tots els menors que es trobin en territori espanyol; i en l'art. 3 diu que “els menors gaudiran dels drets que els reconeix la Constitució i els Tractats Internacionals dels quals Espanya sigui part, especialment la Convenció de Drets del Nen de Nacions Unitat i els altres drets garantits en l'ordenament jurídic, sense discriminació alguna per raó de naixement, nacionalitat, raça, sexe, deficiència o malaltia, religió, llengua, cultura, opinió o qualsevol altra circumstàncies personal, familiar o social”. Per tant, tots els menors, inclosos els menors immigrants indocumentats, són titulars dels referits drets.

El mateix Tribunal Constitucional ha declarat que la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets del Nen, la Carta Europea dels Drets del Nen i la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor, constitueixen “*l'estatut jurídic indisponible dels menors d'edat dintre del territori nacional, en desenvolupament del disposat en l'art. 39 de la CE, i molt en*

¹²³ El legislador estatal estén la protecció a tots els menors que es trobi en territori espanyol (art. 1 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor). D'igual forma a Catalunya, l'art. 1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i l'art. 1 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents.

particular, en el seu apartat 4. A aquests efectes, l'estatut del menor és, sens dubte, una norma d'ordre públic, d'inexcusable observança per a tots els poders públics" (STC 141/2000, de 29 de maig, F.J.5).

La naturalesa *d'ordre públic* de les referides normes explica i justifica que tant el legislador estatal com el català hagin disposat que les normes relatives als menors deuran interpretar-se d'acord a les normes que configuren l' "*estatut jurídic indisponible*." ¹²⁴

2.2 Els drets dels menors en la legislació catalana

Pel que es refereix al cas concret de Catalunya, a més dels drets reconeguts en els acords internacionals i la referida llei orgànica, la Llei 8/1995, d'atenció i protecció de nens i adolescents reconeix expressament als menors una sèrie de drets i encomana a les Administracions públiques la seva protecció:

Al capítol segon de la referida Llei es formulen els principis bàsics relatius als menors i se'ls reconeix: el dret al lliure desenvolupament de la personalitat; el dret a no ser discriminat i a no ser objecte de cap classe d'explotació econòmica o laboral; el dret general a buscar i rebre informació adequada a les condicions de maduresa i edat dels nens o adolescents;¹²⁵ el dret a l'honor, intimitat i pròpia imatge¹²⁶ i el dret dels nens i adolescents a la participació, havent-se de destacar l'atribució expressa als menors de la facultat de dirigir-se per ells mateixos a les institucions públiques competents en la matèria sobre les qüestions referides a la seva criança i formació. Així mateix, es reconeix,

¹²⁴ Art. 3 de la Llei art. 4 de la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

¹²⁵ Veure, així mateix, l'art. 5 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

¹²⁶ Veure també l'art. 4 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

entre d'altres, el dret dels menors a la promoció i participació en associacions infantils i juvenils.

Al capítol quart de l'esmentada Llei es regula l'atenció dels menors en l'àmbit de la salut i es reconeixen un conjunt de drets. El dret a la informació, a l'atenció precoç i una sèrie de drets dels menors hospitalitzats. Així mateix, es fa responsables a les Administracions públiques de l'atenció de caràcter sanitari dels nens que pateixin maltractaments físics o psíquics.

Pel que fa als menors immigrants, la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, estableix expressament en l'art. 12.3 que “els estrangers menors de divuit anys que es trobin a Espanya tenen dret a l'assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols”.¹²⁷

En el capítol cinquè es reconeix als menors un conjunt de drets en l'àmbit social: en l'àmbit de l'educació, l'oci i la cultura. El legislador català ha disposat que l'educació, en tots els seus nivells, ha de basar-se en el respecte als drets i llibertats fonamentals i en l'exercici de la tolerància i la convivència. Tal com afirma la nostra Constitució en el seu art. 27.2 “l'educació tindrà per objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals”.

Així mateix, la Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992, del Parlament Europeu, sobre una Carta Europea dels Drets del Nen disposa que “l'educació

¹²⁷ No obstant, en certs casos la sanitat pública s'ha negat a parar esment als fills d'immigrants irregulars per manca de cartilla de la Seguretat Social. La situació va ser denunciada per la Fiscalia. El Ministeri de Sanitat i Consum va remetre unes instruccions generals a la Presidència de l'Institut Nacional de la Salut i a la Secretaria del Consell Interterritorial de Salut en les quals establia l'obligatorietat de prestar assistència sanitària a tots els menors d'edat estrangers que es trobin en territori nacional, qualsevol que sigui la seva situació quant a la residència. El Defensor del Poble es fa eco d'aquestes actuacions en l'Informe de 1999. Vid. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001, pàg. 68.

dels nens haurà d'afavorir al mateix temps la seva preparació a la vida activa i el desenvolupament de la seva personalitat i haurà d'aspirar, també, al respecte dels drets humans, de les diferències culturals nacionals d'altres països o regions i a l'eradicació del racisme i la xenofòbia. Aquesta educació haurà de permetre, tan mateix, el coneixement de les modalitats de funcionament de la vida política i social”.

El Parlament de Catalunya ja havia dictat una Resolució (Resolució 194/III, de 3 de març de 1991), acollida per la disposició addicional 1^a de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats, en la qual havia establert (apartat 13) que “tot nen ha de rebre el màxim nivell d'educació possible. L'educació haurà d'orientar-se cap a la seva formació permanent. Els mètodes d'educació han de ser susceptibles dels canvis necessaris a fi que els nens es puguin integrar en una societat canviat. El sistema educatiu ha de ser compensador i tenir en compte el respecte a la pròpia identitat, a la llengua, al medi ambient, a la igualtat entre els sexes i també als valors culturals d'altres països.”¹²⁸

D'altra banda, en el referit capítol cinquè de la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, en relació amb els menors amb necessitats educatives especials, es reconeix el seu dret a rebre una formació educativa i professional que els permeti la integració social i l'accés a un lloc de treball en el context més normalitzat possible i d'acord amb les seves aspiracions i aptituds. Així mateix, es reconeix als menors que travessin una situació d'especial dificultat el dret a rebre l'assistència necessària a fi de completar la seva formació de manera que puguin integrar-se en el món laboral i participar plenament en la vida social.¹²⁹

¹²⁸ Quant als menors immigrants que es trobin a Espanya, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, els reconeix expressament el dret a l'educació.

¹²⁹ Els arts. 30 i 31 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents, reconeixen als menors que pateixen dificultats especials una sèrie de drets en l'àmbit de l'educació. Doncs bé, aquests drets deuran ser garantits als menors immigrants no acompanyats que, generalment, es trobessin en la referida situació de dificultat. Així mateix, la

Els menors immigrants que es trobin a Espanya també tenen reconegut el dret a l'educació. Així ho estableix expressament l'art. 10.3 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. Així mateix, la Llei orgànica 4/2000, de 22 de desembre, de drets i llibertats dels estrangers, després de la reforma operada per la Llei 8/2000, de 22 de desembre, disposa en el seu art. 9.1 que “tots els estrangers menors de divuit anys tenen dret i deure a l'educació en les mateixes condicions que els espanyols, dret que comprèn l'accés a un ensenyament bàsic, gratuïta i obligatòria, a l'obtenció de la titulació acadèmica corresponent i a l'accés al sistema públic de beques i ajudes”.

No obstant això, en l'apartat 3 del referit precepte només es contempla el dret a l'educació de naturalesa no obligatòria als estrangers residents.¹³⁰ Per tant, a efectes de reconeixement del dret a l'educació no obligatòria es distingeix entre menors estrangers residents i no residents. Aquest tractament diferent podria ser contrari al principi d'igualtat, ja que com diu l'art. 3 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, els menors gaudeixen dels drets garantits en el nostre Ordenament “sense discriminació alguna” per qualsevol tipus de circumstància, personal, familiar o social. Per això, des de la doctrina el referit precepte ha estat considerat inconstitucional.¹³¹

Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, reconeix expressament als menors estranger el dret a l'educació.

¹³⁰ L'art. 9.3 estableix que “els estrangers residents tindran dret a l'educació de naturalesa no obligatòria en les mateixes condicions que els espanyols. En concret, tindran dret a accedir als nivells d'educació i ensenyament no previstos en l'apartat anterior i a l'obtenció de les titulacions que corresponguin a cada cas, i a l'accés al sistema públic de beques i ajudes”.

¹³¹ El Consell General del Poder Judicial, en el seu informe a l'avantprojecte de reforma de la Llei 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, afirmava respecte al dret a l'educació que “es tracta d'un dret que afecta de manera directa i immediata a la dignitat de la persona, màxim si es té en compte la previsió de la Convenció sobre Dret del Nen... l'article del qual 2 contempla els drets del nen independentment del status regular o no dels seus pares”. Vid. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *Protección jurídica...* cit., 64-65.

Així mateix, tots els menors, estrangers i nacionals, tenen reconegut el dret a la llibertat d'ideologia, consciència i religió i el dret a la llibertat d'expressió.¹³²

Finalment, pel que es refereix als menors “en situació de desprotecció familiar, temporal o permanent”, el legislador català els reconeix el “dret a una protecció i una assistència que substitueixin l'atenció familiar mitjançant un recurs alternatiu”.¹³³ En conseqüència, la Llei encomana a l'Administració de la Generalitat la obligació d'adoptar “les mesures necessària per a aconseguir la protecció efectiva dels menors desemparats i, preventivament, abans de néixer, quan es prevegi clarament la situació de desemparament del futur nadó”.¹³⁴ Per la seva banda, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, estableix expressament que “el nen i l'adolescent en situació de desemparament tenen dret a ser protegits d'acord amb l'establert per la legislació protectora dels menors desemparats”.

2.3 La distinció entre titularitat i exercici i defensa dels drets dels menors

Els menors, com s'ha dit, són titulars de drets i, de manera destacada, dels drets fonamentals, en la mesura que tenen personalitat jurídica des del moment del seu naixement. L'art. 29 del Codi Civil estableix que “el naixement determina la personalitat”. Ara bé, és necessari distingir la titularitat i l'exercici dels drets. Resulta que l'exercici dels drets es vincula generalment a la majoria

¹³² Arts. 6 i 8 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i art. 14 de la Convenció de Nacions Unides sobre els Drets del Nen de 20 de novembre de 1989.

¹³³ Resolució del Parlament de Catalunya (194/III, de 3 de març de 1991) acollida per la disposició addicional 1^a de la Llei 37/1991, de 30 de desembre. La Convenció de Drets del Nen, adoptada per l'Assemblea de Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, disposa en el seu art. 3.2 que “els Estats Part (Espanya va ratificar la Convenció el 30 de novembre i 1990) es comprometen a assegurar al nen la protecció i la cura que siguin necessaris per al seu benestar, tenint en compte els drets i deures dels seus pares, tutors o altres persones responsables d'ell davant la llei i, amb aquesta fi, prendran totes les mesures legislatives i administratives adequades”.

¹³⁴ Art. 1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

d'edat.

La titularitat de drets en el cas dels menors té un caràcter distint a la qual ostenten les persones majors d'edat, a causa de la limitació en la seva capacitat d'obrar i la seva condició de persones en desenvolupament. Encara que es tracta d'una titularitat plena, és progressiva en el seu exercici, ja que en certs casos es requereix la implicació de les persones responsables de la seva cura, assistència i representació.

En efecte, el menor té capacitat jurídica i, per tant, aptitud per ser titular de drets. No obstant això, no té plena capacitat d'obrar i, per aquest motiu, no està sempre capacitat per a l'exercici i defensa d'aquells drets dels quals és titular. En definitiva, fins que el menor no adquireix la majoria d'edat no té plena disponibilitat sobre tots els seus drets, fins aquest moment deu exercir-los en molts casos a través dels seus pares o tutors, de la persona que ostenti la seva representació. La pàtria potestat i la tutela ordinària constitueixen un sistema de protecció privada dels menors. Correspon als pares o tutors la representació legal dels menors a qui, de forma general, no es reconeix capacitat per a exercir per si mateixos els seus drets.

Ara bé, això no suposa que totes les decisions relatives al menor quedin en mans dels seus representants. En efecte, l'art. 162 del Codi Civil estableix que “els pares que ostentin la pàtria potestat tenen la representació legal dels seus fills menors no emancipats”, encara que afegeix que “s'exceptuen: 1º els actes relatius a drets de la personalitat o uns altres que el fill, d'acord amb les Lleis i amb les seves condicions de maduresa, pugui realitzar per si mateix”.¹³⁵

¹³⁵ Tanmateix, a Catalunya, l'art. 155 del Codi de Família disposa que “el pare i la mare titulars de la potestat sobre els fills menors no emancipats són els representants legals d'aquests” i afegeix que “s'exceptuen de la representació legal atribuïda al pare i a la mare a) els actes relatius als drets de la personalitat, excepte que les lleis que els regulin disposin altra cosa; b) els actes que, de conformitat amb les lleis i segons l'edat i la capacitat natural, puguin realitzar el fill o la filla per si mateixos”.

Així, la Llei reconeix als menors capacitat d'obrar davant les Administracions públiques per a l'exercici i defensa d'aquells dels seus drets i interessos l'actuació dels quals estigui permesa per l'ordenament jurídic-administratiu sense l'assistència i la persona que exerceixi la pàtria potestat o la tutela.¹³⁶

El mateix legislador ha disposat expressament que “les limitacions a la capacitat d'obrar dels menors s'interpretaran de forma restrictiva”.¹³⁷ Els menors són titulars de drets i tenen una capacitat progressiva per a exercir-los. Per això, a la legislació s'ha establert la necessitat d'escoltar als menors que tinguin suficient judici en totes aquelles qüestions que els afecten. Aquesta previsió reflecteix la dimensió del desenvolupament evolutiu en l'exercici directe dels seus drets. Les limitacions que puguin derivar-se del fet evolutiu han d'interpretar-se de forma restrictiva. Per això, el nostre Ordenament va reflectint una concepció de les persones menors d'edat com subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi mitjà personal i social; de participar en la recerca i satisfacció de les seves necessitats i en la satisfacció de les necessitats dels altres.¹³⁸

Ara bé, ja s'ha dit que encara que els menors són titulars d'un conjunt de drets, no sempre poden exercir-los personalment. Per això, el dret bàsic dels menors d'edat és el de ser atesos d'acord a la seva personalitat i garantir-los el ple gaudi dels seus drets, especialment aquells que formen part de l'estatut indisponible, això és, els drets fonamentals i aquells reconeguts per la Convenció sobre els Drets de l'Infant adoptada per les Nacions Unides i la

¹³⁶ Art. 30 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

¹³⁷ Art. 2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i a Catalunya l'art. 133 del Codi de Família.

¹³⁸ Així s'afirma en l'Exposició de Motius de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

Carta Europea sobre els Drets de l'Infant.¹³⁹ Així, una de les obligacions inherents a la pàtria potestat és procurar als fills el ple desenvolupament de la seva personalitat. Els menors tenen dret a una criança i formació que els garanteixi el desenvolupament lliure, integral i harmònic de la seva personalitat.¹⁴⁰ La responsabilitat de fer efectiu aquest dret recau, en primer lloc, sobre els pares o les persones que tinguin atribuïda la guarda dels menors. No obstant això, en defecte de pares, tutors o guardadores correspon a les Administracions públiques l'exercici de les funcions de protecció i assistència i, en definitiva, garantir als menors l'exercici efectiu dels seus drets.¹⁴¹

Les Administracions públiques tenen la obligació de facilitar als menors l'assistència adequada per al ple gaudi dels seus drets. Així, el legislador estatal ha contemplat expressament una sèrie de mesures que podrà utilitzar el menor per a defensar i garantir l'exercici dels seus drets: a) els menors poden sol·licitar la protecció i tutela de l'entitat pública competent; b) els menors també poden posar en coneixement del Ministeri Fiscal les situacions que consideri que atempten contra els seus drets amb la finalitat de que aquest promogui les accions oportunes; c) també poden plantejar les seves queixes davant el Defensor del Poble; d) podran sol·licitar els recursos socials disponibles de les Administracions públiques.¹⁴²

¹³⁹ Vid. ROCA, Encarna, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid, 1999, pàg. 228.

¹⁴⁰ Art. 154 del Codi Civil i a Catalunya art. 133 del Codi de Família i art. 5 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol.

¹⁴¹ Arts. 97 i 20 de la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

¹⁴² Arts. 10 i 11 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. De forma similar s'expressa, per exemple, l'art. 11 de la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, d'atenció i protecció a la infància.

En definitiva, en la mesura que la condició de menor suposa una situació d'inferioritat i, per tant, major vulnerabilitat respecte al desenvolupament i exercici dels seus drets, els poders públics deuen brindar-los una especial protecció jurídica i administrativa per a garantir-los la promoció i defensa de la totalitat dels drets que els corresponen.

3. Principis rectors de l'actuació pública en matèria de menors

El legislador ha establert una sèrie de principis rectors de l'actuació dels poders públics en matèria de menors.¹⁴³

3.1 L'abast general de la protecció pública als menors. El principi d'igualtat

La protecció pública dels menors té un abast general, s'estén a tots els menors que es trobin en el territori espanyol. En Espanya tots els menors, amb independència de la seva raça, origen, nacionalitat o qualsevol altra condició, gaudeixen de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets; de forma destacada la Convenció sobre els Drets del Nen - aprovada per l'Assemblea de Nacions Unides en 1989- i la Carta Europea dels Drets del Nen, aprovada pel parlament Europeu en 1992 (art. 39.4 de la Constitució).

La Convenció de Drets del Nen de Nacions Unides de 1989 disposa en el seu art. 2.1 que els Estats Parts hauran de respectar i assegurar als menors els drets reconeguts per la Convenció "sense distinció alguna, independentment de la raça, el color, el sexe, l'idioma, la religió, l'opinió política o d'altra índole, l'origen nacional, ètnic o social, la posició econòmica, els impediments físics, el

¹⁴³ Art. 11.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i a Catalunya la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents (capítol II).

naixement o qualsevol altra condició del nen, dels seus pares o dels seus representants legals”. Per tant, la protecció que ofereix la Convenció als menors arriba també als que resideixin il·legalment en el territori d'un Estat part.¹⁴⁴

Per tant, els poders públics han de garantir a tots els menors els mateixos drets sense cap tipus de discriminació, també el dret a l'assistència i protecció en cas de necessitat. De forma que és indiferent que els menors tinguin residència legal en el territori de l'Estat. Així, el legislador ha encomanat als poders públics brindar assistència i protecció a tots els menors que es trobin en territori espanyol, amb independència del seu origen, nacionalitat o qualsevol altra circumstància.¹⁴⁵

En conseqüència, els menors estrangers que es trobin en situació de desemparament, amb independència de qualsevol altra circumstància, hauran de ser assistits i tutelats per l'Administració competent. A aquests efectes, no té rellevància quina sigui la llei personal del menor.

Així doncs, l'art. 9.6 del Codi civil estableix que “serà aplicable la llei espanyola per a adoptar les mesures de caràcter protector i educatiu respecte als menors o incapaços abandonats que es trobin en territori espanyol”. Doncs bé, la Llei orgànica 1/1996, de Protecció Jurídica del Menor ha contemplat expressament com una d'aquestes mesures de protecció l'assumpció de la tutela *ex lege* per l'Administració en els casos de desemparament (art. 12.1).¹⁴⁶

¹⁴⁴ En el curs de l'elaboració d'aquest precepte, el representant d'Estats Units va presentar una esmena en virtut de la qual els drets de la Convenció només s'aplicarien als nens que visquessin de forma legal en el territori d'un Estat. No obstant això, aquesta esmena va ser rebutjada. Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, Ma. Isabel, *La protección...*, cit, pàg. 84, nota 16.

¹⁴⁵ Arts. 1 i 3 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

¹⁴⁶ Així mateix, el Conveni de La Haya núm. X, de 5 d'octubre de 1961, sobre competència de les autoritats i la llei aplicable en matèria de protecció de menors (ratificat per Espanya el 29 d'abril de 1987) estableix en el seu art. 1 que “les autoritats, tant judicials com administratives, de l'Estat de residència habitual del menor, seran competents per a adoptar mesures

A Catalunya, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents ha establert que “tots els nens han de ser tractats igual per la Llei. Els nens i adolescents no poden ser objecte de discriminació per raó de raça, color, sexe, idioma, religió, opinió política o d'altra índole, origen nacional, ètnic o social, posició econòmica, condicions físiques, psíquiques o sensorials, estat de salut, naixement o qualsevol altra condició del nen o l'adolescent i dels seus pares o representants legals” (art. 7). La pròpia Llei encomana als poders públics la obligació de garantir a tots els menors que resideixin o es troben transitòriament a Catalunya l'exercici dels seus drets i el seu desenvolupament integral en els àmbits familiar i social (art. 1).

Així mateix, el legislador català ha encomanat a l'Administració de la Generalitat la obligació de brindar protecció a tots els “menors desemparats domiciliats o que es trobin eventualment a Catalunya” i, per tant, assumir la seva tutela sense cap tipus de discriminació.¹⁴⁷

3.2 L'interès superior del menor

La Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per les Nacions Unides en 1989, estableix que “en totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, *una consideració primordial a la qual s'atendrà serà l'interès superior del nen*” (art. 3.1).

D'altra banda, la Carta Europea dels Drets del Nen, aprovada pel Parlament Europeu (Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992), disposa al punt 8.14

encaminades a protegir la seva persona o els seus béns”. No obstant, Espanya va formular en el moment de la seva ratificació la següent reserva “L'Estat espanyol limita l'aplicació del següent Conveni als menors que tinguin la nacionalitat d'un Estat contractant”. Per tant, la seva aplicació es veu restringida. En canvi, l'art. 13 del Conveni establia la seva aplicació a tots els menors que tinguin el seu residencial habitual en un dels Estats contractants.

¹⁴⁷ Arts. 1 i 2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

que “tota decisió familiar, administrativa o judicial, pel que fa al nen haurà de tenir per objecte prioritari la defensa i salvaguarda dels seus interessos. A aquests efectes, i sempre que això no impliqui risc o perjudici algun per al nen, aquest haurà de ser escoltat des del moment que la seva maduresa i edat ho permetin en totes les decisions que li afectin”.

La Llei estatal 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil va generalitzar l'interès superior del menor com principi inspirador de totes les actuacions relacionades amb el mateix, tant administratives com judicials. Amb posterioritat, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix que en la seva aplicació “*prevaldrà l'interès superior dels menors sobre qualsevol altre interès legítim que pogués concórrer*” (art. 2); aquest precepte estableix una norma per a la resolució dels conflictes que poguessin plantejar-se al concórrer l'interès superior del menor amb altres interessos igualment legítims, ja siguin els interessos privats de pares, tutors o familiars com altres interessos públics també objecte de protecció.¹⁴⁸ Així mateix, l'art. 172.4 del Codi Civil, en relació amb els menors desemparats respecte els quals l'Administració assumeix la guarda o tutela, disposa que “*es buscarà sempre l'interès del menor*”.¹⁴⁹

Així mateix, a Catalunya, el Parlament ha declarat que “la protecció de la infància ha de basar-se en *l'interès superior del nen* i fonamentar-se en els principis de la llibertat i la dignitat d'aquest i en el respecte als seus senyals

¹⁴⁸ Vid. VARGAS CABRERA, Bartolomé, , “El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor” en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de la Coruña, 1999, pàg. 15.

¹⁴⁹ Així mateix, en l'àmbit de la responsabilitat penal dels menors, la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, acull com criteri rector l'interès del menor, segons es dedueix de la seva pròpia Exposició de Motius (apartat 8 *in fine*) i de l'articulat de la mateixa (per exemple, art. 7.3 al referir-se a l'elecció de les mesures punitives aplicables).

d'identitat i a les seves característiques individuals i col·lectives”.¹⁵⁰ Amb posterioritat, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, sota el títol l'interès superior del nen i l'adolescent, estableix en el seu art. 3 que “l'interès superior del nen i l'adolescent ha de ser el principi inspirador de les actuacions públiques i les decisions i actuacions que els concerneixen adoptades i portades a terme pels pares, tutors o guardadores, les institucions públiques o privades encarregades de protegir-los i assistir-los o per l'autoritat judicial o administrativa”. En la determinació de l'interès del menor, diu el referit precepte, “ha de tenir-se en compte, en particular, els anhels i opinions dels nens i els adolescents, i també la seva individualitat en el marc familiar i social”.

Per tant, *l'interès superior del menor* constituïria un dels principis generals del Dret que informa el nostre Ordenament. Ara bé, cap de les referides normes precisa en què consisteix l'interès de menor. Estem davant un concepte normatiu indeterminat que ha de ser precisat en el moment de la seva aplicació per les persones jurídic-públiques o privades encarregades de protegir i assistir als menors, després d'escoltar als mateixos.¹⁵¹

Doncs bé, a l'hora del concretar en cada cas *l'interès del menor*, serà fonamental considerar que la decisió que s'adopti haurà garantir el desenvolupament lliure, integral i harmònic de la seva personalitat i, en conseqüència, el ple gaudi dels seus drets. El lliure desenvolupament de la personalitat, segons estableix la nostra Constitució, constitueix un dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social (art. 10.1) i el legislador català ho contempla com un dels principis bàsics relatius als drets dels menors.¹⁵² Així,

¹⁵⁰ Resolució 194/III, de 3 de març de 1991, sobre els Drets de la Infància, el text de la qual va ser acollit per la disposició addicional 1^a de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats.

¹⁵¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pàg. 54 i 57.

¹⁵² Art. 5 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

l'interès del menor consistirà, en primer lloc, en protegir i garantir els seus drets fonamentals com a persona i, com a conseqüència d'aquells, els altres drets que el nostre Ordenament li reconeix.¹⁵³ En especial, els que formen part del denominat “estatut indisponible del menor”.

En definitiva, l'interès del menor requereix, en primer lloc, garantir la protecció dels seus drets fonamentals i els béns i valors que els mateixos encarnen: la seva dignitat, el respecte a la seva llibertat, el seu dret a l'educació, a la salut, en definitiva, el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Aquest constituïria el nucli fix o zona de certesa positiva del concepte normatiu indeterminat. Així, una vegada exclosa la zona de certesa negativa, aquella en la qual és segur que desapareix tot interès pel menor, ens queda per delimitar la zona intermèdia o d'incertesa del concepte.

Doncs bé, en aquesta zona d'incertesa és on el aplicador de la norma haurà de buscar la decisió més adequada al cas concret en consideració a les circumstàncies concurrents, condicions que deuran ser degudament valorades a l'hora de precisar allò que sigui més oportú per a l'interès d'aquest menor. Aquesta tasca l'haurà realitzar, en cada cas, la persona a la qual l'ordenament encomana actuar en interès del menor i, és clar, la decisió final queda sotmesa a un posterior control judicial.¹⁵⁴

A la STC 141/2000, de 29 de maig (F.J. 5), el Tribunal Constitucional ha declarat que “sobre els poders públics, i molt especialment sobre els òrgans judicials, escau el deure vetllar per a què l'exercici d'aquestes potestats pels

¹⁵³ Quan l'art. 18 de la Convenció dels Drets del Nen i, en el mateix sentit, l'art. 17 de la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, atribueix als pares la responsabilitat primordial en la criança i formació del menor i estableix que la seva preocupació fonamental serà l'interès superior del menor, es reforça la concepció de l'educació i formació com un mitjà per a l'exercici ple dels drets.

¹⁵⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pàg. 108 et seq.

seus pares o tutors, o per qui tingui atribuïda la seva protecció i defensa, es faci en interès del menor, i no al servei d'altres interessos, que, per molt lícits i respectables que puguin ser, han de postergar-se davant el “superior” del nen (SSTC 215/1994, de 14 de juliol; 260/1994, de 3 d'octubre; 60/1995, de 17 de març; 134/1999, de 15 de juliol; STEDH de 23 de juny de 1993, cas Hoffmann)”.

Així, quan s'hagi d'adoptar una decisió relativa als menors s'haurà de buscar l'interès del concret menor en aquella determinada situació. A més, caldrà considerar-se no només l'interès present sinó també el futur, de forma que quedi garantit el desenvolupament de la personalitat del menor.

D'altra banda, segons estableix el legislador, en la determinació de l'interès de menor hauran de tenir-se en compte les seves opinions i anhels. El mateix menor ha de participar en la concreció de quin sigui el seu interès. Això no significa que es delegui en el menor l'adopció de la decisió que més li convé. El valor i transcendència que degui donar-se a les opinions i desigs del menor dependrà, en cada cas, del seu grau de discerniment i maduresa. Per això, en ocasions serà convenient la col·laboració d'especialistes que ajudin a determinar quins són veritablement els anhels i interessos del menor.

3.3 La obligació d'escoltar al menor en totes les decisions que li afectin.

L'audiència del menor

El naixement determina la personalitat, diu l'art. 29 del Codi civil, cosa que suposa adquirir la condició de persona i, per tant, capacitat jurídica, capacitat per a ser titular de drets i obligacions. D'aquesta manera, les persones menors són subjectes de drets, titulars de drets i obligacions. No obstant, els menors no gaudeixen plenament de capacitat d'obrar, de capacitat d'exercir per si mateixos els seus drets. Els menors van adquirint progressivament la capacitat per a exercir els seus propis drets. Doncs bé, aquest desenvolupament evolutiu dels menors es vincula amb el dret que l'Ordenament els reconeix a “ser escoltats si tinguessin suficient judici”.

La Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per l'Assemblea de Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, estableix en el seu art. 12 el que segueix:

“1. Els Estats Parts garantiran al nen, que estigui en condicions de formar-se un judici propi, el dret d'expressar la seva opinió lliurement en tots els assumptes que afecten al nen, tenint-se degudament en compte les opinions del nen, d'acord amb l'edat i maduresa del nen.

2. A aquesta finalitat, es donarà en particular al nen, oportunitat de ser escoltat en tot procediment judicial o administratiu que afecti al nen, ja sigui directament o per mitjà d'un representant o d'un òrgan apropiat, d'acord amb les normes de procediment de la llei nacional”.

Així mateix, la Carta Europea dels Drets del Nen, de 8 de juliol de 1992, estableix la necessitat d'escoltar als menors quan s'adoptin decisions familiars, administratives o judicials que els afectin (art. 8.14).

Continuant la línia marcada per les referides normes, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, també ha reconegut expressament als menors el dret a ser escoltats. Així, en l'art. 9.1 s'estableix que “el menor té dret a ser escoltat, tant en l'àmbit familiar com en qualsevol procediment administratiu o judicial que estigui directament implicat i que condueixi a una decisió que afecti a la seva esfera personal, familiar o social”. D'altra banda, el propi precepte disposa en l'apartat 3 que “quan el menor sol·liciti ser escoltat directament o per mitjà de persona que li representi, la denegació de l'audiència serà motivada i comunicada al Ministeri Fiscal i a aquells”.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Segons afirma el propi legislador en l'Exposició de Motius de la citada Llei, “el concepte ser escoltat si tingués suficient judici s'ha anat traslladant a tot l'ordenament jurídic en totes aquelles qüestions que li afecten. Aquest concepte introdueix la dimensió del desenvolupament evolutiu en l'exercici directe dels seus drets (...). L'ordenament jurídic, i aquesta Llei en particular, va reflectint progressivament una concepció de les persones menors d'edat com subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi mitjà personal i social, de participar en la recerca i satisfacció de les seves necessitats i en la satisfacció de les necessitats dels altres”.

Així mateix, en el nostre Ordenament són nombroses les normes que imposen la obligació d'escoltar al menor en procediments concrets. Per exemple, el legislador català ha disposat que en el moment de decidir la mesura de protecció aplicable als menors desemparats tutelats per l'Administració, "ha de ser escoltat el menor de més de dotze anys, i el de menys de dotze si té suficient coneixement i és possible".¹⁵⁶ En cas de que al menor li manqui la maduresa necessària per expressar una voluntat raonada i raonable, l'Administració haurà de buscar la col·laboració d'especialistes que permetin conèixer els veritables anhels del menor.

D'altra banda, ha de tenir-se en compte que les Administracions públiques que tramiten un procediment administratiu concret hauran de donar audiència a tots els interessats, també quan aquests siguin menors, per a que aquests puguin examinar l'expedient i realitzar les al·legacions que estimin convenientes.¹⁵⁷ La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJ-PAC), també reconeix capacitat d'obrar davant les Administracions Públiques a "els menors d'edat per a l'exercici i defensa d'aquells dels seus drets i interessos l'actuació dels quals estigui permesa per l'ordenament jurídic sense l'assistència de la persona que exerceixi la pàtria potestat, tutela o curatela" (art. 30). Ara bé, tenint en compte les particulars característiques d'aquestes persones, deuran ser especialment informats i assessorats sobre els requisits jurídics o tècnics que les disposicions vigents imposin i dels drets que els assisteixen (art. 35 g) LRJ-PAC).

L'audiència del menor és expressió del respecte a la personalitat del menor que el nostre Ordenament estableix. Per això, els pares, els Jutges i l'Administració, abans d'adoptar decisions que els afectin, deuran informar-los sobre la situació

¹⁵⁶ Art. 5.4 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

¹⁵⁷ Art. 84 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

i escoltar la seva opinió.¹⁵⁸ És evident que a l'efecte de que els menors puguin manifestar els seus desigs i anhels és fonamental informar-los prèviament de les circumstàncies que hauran de tenir en compte. D'altra banda, no serà suficient amb limitar-se a sentir al menor, és necessari escoltar-lo, la cosa requereix intercanviar impressions i arguments, debatre amb el menor. En cas de que el menor no tingués la suficient maduresa per expressar la seva opinió, s'haurà de recaptar la col·laboració d'especialistes que permetin conèixer els veritables desigs i inquietuds del menor.¹⁵⁹

En conseqüència, les normes procedimentals, ja sigui en l'àmbit judicial o administratiu, han de contemplar l'audiència del menor, respectant així el dret dels menors a ser escoltats en tots aquells procediments que els afectin. La manca d'audiència als menors comportaria la nul·litat de les actuacions.

Així mateix, els menors també són titulars d'interessos legítims col·lectius i, per tant, en la mesura en què, de forma general o un col·lectiu concret, pugui resultar afectat per una decisió administrativa, podrà personar-se en el procediment administratiu que es tràmit en qualitat d'interessat, ja sigui personalment o a través de les organitzacions representatives.¹⁶⁰

¹⁵⁸ La Llei catalana 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família, al regular l'exercici de la potestat del pare i de la mare, estableix que "abans d'adoptar decisions que li afectin, el pare i la mare sempre han d'informar i escoltar al fill o filla de dotze anys o més i el de menys de dotze si té suficient coneixement" (art. 133.2).

¹⁵⁹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pàgs. 132, 139-140.

¹⁶⁰ Art. 31 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (LRJ-PAC).

3.4 El principi de reagrupació familiar del menor. El dret a viure amb la família i a relacionar-se amb la mateixa.

L'actuació dels poders públics ha d'estar orientada pel dret que assisteix al menor de no ser separat de la seva família i a mantenir relacions amb la mateixa, sempre que això resulti el més convenient per al seu interès. Així resulta de la normativa internacional sobre els drets dels menors; acollida, pel nostre legislador, tant en l'àmbit estatal com en l'autonòmic.

En efecte, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, contempla entre els principis rectors de l'actuació dels poders públics “el manteniment del menor en el mitjà familiar d'origen tret que no sigui convenient per al seu interès”. En el cas que el més convenient pel menor sigui la separació de la seva família, les mesures d'assistència i protecció que, si escau, haurà d'adoptar l'Administració hauran de dirigir-se preferentment a la “integració familiar” del menor, en la seva família extensa o en família aliena. La família es configura com l'àmbit més idoni per a la socialització i formació del menor. Ara bé, si fós necessària la separació del menor del seu pares, aquests últims tenen el dret de relacionar-se amb els seus fills menors, llevat que una resolució judicial disposi el contrari.¹⁶¹

A Catalunya, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents, en el seu art. 18 reconeix als menors el dret a viure amb els seus pares i, en el cas que no convisqui amb algun d'ells, mantenir relacions amb el mateix; el precepte supedita l'exercici d'aquests drets a l'interès primordial del menor.

El dret que assisteix als menors a viure amb la seva família i, si escau, a mantenir relacions amb la mateixa és reconegut per la Convenció de Nacions Unides sobre els Drets del Nen de 1989. La Convenció estableix en el seu art. 9.1 que “Els Estats Parts vetllaran perquè el nen no sigui separat dels seus

¹⁶¹ Art. 160 del Codi Civil; a Catalunya, art. 135 del Codi de Família.

pares contra la voluntat d'aquests, excepte quan, a reserva de revisió judicial, les autoritats competents determinin, de conformitat amb la llei i els procediments aplicables, que tal separació és necessària en l'interès superior del nen". En l'apartat 3 d'aquest precepte s'afegeix que "els Estats Parts respectaran el dret del nen que estigui separat d'un o d'ambdós pares a mantenir relacions personals i contacte directe amb ambdós pares de manera regular, salvo si això és contrari a l'interès superior del nen".

En el moment d'elaborar-se la Convenció, es va posar en relleu que el citat art. 9 contempla la separació del nen dels seus pares que té lloc dintre del territori d'un mateix Estat.¹⁶² Per això, es feia necessari regular també el supòsit en el qual els pares o el nen visquessin en el territori d'altre Estat. Per aquesta raó va tenir entrada en la Convenció l'art. 10.

El referit art. 10 estableix que, de conformitat amb la obligació que la Convenció imposa als Estats Parts en el referit art. 9.1, "tota sol·licitud feta per un nen o pels seus pares per a entrar en un Estat Part o per sortir d'aquest a l'efecte de reunió de la família serà atesa pels Estats Parts de manera positiva, humanitària i expeditiva. Els Estats Parts garantiran, a més, que la presentació de tal petició no portarà conseqüències desfavorables per als peticionaris ni per als seus familiars".¹⁶³

¹⁶² Així ho apunta ÁLVAREZ VÉLEZ, Ma. Isabel, *La protección...*, cit., pàg. 95

¹⁶³ En l'apartat 2 del propi precepte s'afegeix que "el nen els pares del qual resideixin en Estats diferents tindrà dret a mantenir periòdicament, excepte circumstàncies excepcionals, relacions personals i contactes directes amb ambdós pares. Amb tal fi, i de conformitat amb la obligació assumida pels Estats Parts en virtut del paràgraf 1 de l'article 9, els Estats Parts respectaran el dret del nen i dels seus pares de sortir de qualsevol país, inclòs el propi, i d'entrar en el seu propi país. El dret de sortir de qualsevol país estarà subjecte solament a les restriccions estipulades per llei i que siguin necessàries per a protegir la seguretat nacional, l'ordre públic, la salut o la moral públiques o els drets i llibertats d'altres persones que estiguin d'acord amb els altres drets reconeguts en la present Convenció".

Per la seva banda, la Carta Europea dels Drets de l'Infant¹⁶⁴ disposa en el seu precepte 8.17 el que segueix:

“Tot nen té dret a viure amb els seus pares naturals, legals o adoptives. Qualsevol nen, nacional o no d'un Estat de la Comunitat, té dret:

a) a establir-se amb el seu pare o mare, treballador/a nacional d'un Estat Membre on aquell/lla estigui o hagi estat emprat/a

b) a residir en el territori d'altre Estat Membre on el seu pare o mare sigui titular d'un dret de residència, d'acord amb alguna de les modalitats que sobre aquest dret són contemplades per la legislació comunitària. Els Estats Membres permetran, d'acord amb les seves legislacions nacionals, que els nens originaris de tercers països es reuneixin amb el seu/s pare/s, ciutadans de països tercers, quan resideixin legalment en el territori d'un Estat de la Comunitat. També es permetrà la reunió dels fills amb els seus pares, tot i que la concessió a aquests de la residència o nacionalitat estigui pendent d'un procés administratiu o judicial”.

D'acord amb la referida normativa, la Llei orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre els drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, estableix en el seu art. 17 que “l'estranger resident té dret que es concedeixi permís de residència a Espanya per a reagrupar-se amb ell (...) b) els fills del resident i del cònjuge, inclosos els adoptats, sempre que siguin menors de divuit anys o estiguin incapacitats, de conformitat amb la Llei espanyola o la seva Llei personal i no es trobin casats (...); c) els menors de divuit anys o incapaços quan el resident estranger sigui el seu representant legal.

En relació amb els menors immigrants que han arribat al nostre país sense companyia dels seus familiars -menors que es troben, doncs, en una situació de desemparament- el Reglament d'execució de la Llei d'estrangeria (aprovat per Reial decret 864/2001, de 20 de juliol), ha previst en l'art. 62 la seva repatriació, amb fonament en el principi de reagrupació familiar.

¹⁶⁴ Aprovada pel parlament Europeu mitjançant Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992.

El dret dels menors a conservar les seves relacions familiars i a no ser separats dels seus pares contra la voluntat d'aquests, reconegut en l'art. 9.1 de la Convenció, s'aplica, així mateix, als menors estrangers que es troben en el nostre país acompanyats pels seus pares, tutors o guardadores i respecte als quals no és apreciable la situació de desemparament. Així, quan l'autoritat competent acorda l'expulsió, devolució o tornada dels pares, tutors o guardadores del menor estranger, això implicarà, com regla general, la sortida del nostre país del menor sotmès a la seva potestat. D'igual manera, en aplicació del referit dret, en aquells supòsits que la llei no permet imposar la sanció d'expulsió a un estranger, tampoc permet que siguin expulsats els fills menors o incapacitats que es trobin al seu càrrec (art. 57.6 LE).¹⁶⁵

3.5 Els principis de corresponsabilitat i subsidiarietat. Públic i privat en la protecció dels menors

La protecció dels menors en el nostre Ordenament es basa en la col·laboració entre l'àmbit del públic i el privat i no en la contraposició entre ambdós sectors. És el que la doctrina ha denominat en relació amb el Dret de família sistema mixt. En el nostre sistema jurídic el *sistema mixt* té com punt de partida la clàusula d'Estat social i democràtic de Dret acollida per la nostra Constitució

¹⁶⁵ D'altra banda, com a conseqüència de l'anterior, el Jutge de Menors, previ informe favorable del Ministeri Fiscal, podrà acordar, excepcionalment i amb caràcter cautelar, l'ingrés de menors en un centre d'internament d'estrangers "quan també ho estiguin els seus pares o tutors, ho sol·licitin aquests i existeixin mòduls que garanteixin la intimitat familiar" (art. 62.3 LI i art. 127.8 RE). L'informe del Fiscal és vinculant per al Jutge. Així, segons s'apunta en la Circular de la Fiscalia General de l'Estat, 3/2001 sobre la "Actuació del Ministeri Fiscal en matèria d'estrangeria", en les visites que els Fiscals realitzin periòdicament als centres d'internament deuran comprovar, entre altres extrems, l'existència de mòduls que garanteixin la intimitat familiar, les seves condicions de separació i higiene, la dotació de serveis bàsics per a la convivència, etc. i, en cas d'observar deficiències, deuran instar a les autoritats competents a posar els mitjans que facin possible l'internament dels menors conjuntament amb els seus pares o tutors.

(art. 1), el fonament últim és la protecció dels drets fonamentals de la persona, en el cas que ens ocupa, dels menors.¹⁶⁶

Així, tant els poders públics com els particulars tenen encomanades una sèrie de funcions de caràcter social. D'una banda, els poders públics han d'establir un sistema que garanteixi a tots els ciutadans els seus drets fonamentals i implementar polítiques socials dirigides a fer efectius els drets socials: el sistema educatiu, sanitari, d'assistència social, etc. D'altra banda, correspon als particulars prestar en el si de la família determinats serveis assistencials, l'auxili entre els seus membres a través del dret d'aliments o la socialització dels fills. En ambdós casos, la finalitat és garantir el ple gaudi dels drets de les persones.

La pròpia Constitució, en l'art. 39.3, imposa als pares el deure de "prestar assistència de tot ordre als fills tinguts dintre o fora del matrimoni, durant la seva minoria d'edat i en els altres casos que legalment procedeixi". En el nostre Ordenament la família té atribuïdes determinades funcions socials. Per això, els poders públics tenen encomanada la seva protecció. Així, el referit art. 39 de la Constitució estableix que "els poders públics assegurin la protecció social, econòmica i jurídica de la família". Aquestes normes se situen entre els principis rectors de la política social que defineixen el model social d'Estat proclamat en l'art. 1, en el què, dins les seves principals funcions, es troba la protecció dels drets que la pròpia Constitució reconeix als ciutadans.¹⁶⁷

Per tant, el sistema de protecció dels menors és un sistema mixt. Les funcions es distribueixen entre els poders públics i la família. Els poders públics no només actuen quan la família no ho fa o ho fa malament,¹⁶⁸ sinó que actuen

¹⁶⁶ Vid. ROCA, Encarna, *Família...*, cit., pàg. 33, 67, 222, 223.

¹⁶⁷ Vid. ROCA, Encarna, *Família...*, cit., pàg. 37.

¹⁶⁸ Aquesta seria la posició mantinguda des de determinades concepcions liberals. El concepte liberal de família es basa en el principi de mínima intervenció. Vid. ROCA, Encarna, *Família...*, cit., pàg. 62 i 68

conjuntament, distribuïnt-se les àrees d'activitat. Així, correspon tant als poders públics com a la família fer efectiu el manament de l'art. 39.4 de la Constitució: brindar als nens “la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets”. Les normes internacionals han vingut imposant tant a la família com a l'Estat la obligació de protegir als menors.

El Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 19 de desembre de 1966 (ratificat per Espanya el 13 d'abril de 1977) disposa en el seu art. 24.1 que “tot nen té dret, sense discriminació alguna per motius de raça, color, sexe, idioma, religió, origen nacional o social, posició econòmica o naixement a les mesures de protecció que la seva condició de menor requereix, *tant per part de la seva família com de la societat i de l'Estat*”.

Així mateix, La Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per l'Assemblea de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, contempla tant la protecció pública com familiar dels menors. Des d'ambdós sectors –públic i privat- es deurà garantir l'efectivitat dels drets reconeguts en la Convenció.

La Convenció estableix en el seu art. 4 que “els Estats Parts adoptaran totes les mesures administratives, legislatives i d'altra índole per a donar efectivitat als drets reconeguts en la present Convenció”. D'altra banda, en el seu art. 5 es disposa que “els Estats Parts respectaran les responsabilitats, els drets i els deures dels pares o, si escau, dels membres de la família ampliada o de la comunitat, segons estableixi el costum local, dels tutors o altres persones encarregades legalment del nen d'impartir-li, d'acord amb l'evolució de les seves facultats, direcció i orientació apropiades perquè el nen exerceixi els drets reconeguts en la present Convenció”. La pròpia Convenció atribueix als pares o els representants legals la responsabilitat primordial en la criança i desenvolupament dels nens.

La responsabilitat de vetllar pels menors i garantir-los el ple gaudiment dels seus drets correspon, en primer terme, als pares o tutors.¹⁶⁹ La Carta Europea dels Drets del Nen aprovada pel parlament Europeu¹⁷⁰ estableix en el seu precepte 8.11 que “correspon als pares en prioritat el donar al nen una vida digna i, en la mesura dels seus recursos financers, els mitjans per a satisfer les seves necessitats”; a continuació estableix que “els Estats deuran assegurar als pares l'oportuna assistència en les responsabilitats que els competeixen, a través dels corresponents organismes, serveis i facilitats socials”. Els poders públics tenen, doncs, la obligació de col·laborar amb la família per a que els menors tinguin garantit, en tot cas, el goig dels seus drets i el lliure desenvolupament de la personalitat.

La família deu ser la primera font de protecció. Els menors hauran de créixer, sempre que sigui possible, a l'empara i sota la responsabilitat dels seus pares. Ara bé, els poders públics hauran de cooperar en aquesta tasca amb la família. D'una banda, els poders públics hauran d'intervenir directament implementant polítiques socials dirigides a fer plenament efectius els drets dels menors. D'altra banda, hauran d'actuar de forma subsidiària, controlant l'obligat exercici pels pares de la pàtria potestat; així, quan els pares no poguessin ocupar-se dels menors o les seves cures fossin inadequades –per les raons que fossin- la protecció del menor haurà de ser assumida pels poders públics. La intervenció pública té com a finalitat evitar que l'activitat o inactivitat dels pares o tutors pugui dur a una lesió o menyscapse dels drets dels menors, que encara no gaudeixen de plena capacitat per a actuar per si mateixos.

La legislació catalana sobre atenció i protecció de menors, seguint les passes de la normativa internacional, es fonamenta, així mateix, en el principi de subsidiarietat. L'actuació privada de progenitors i guardadores legals té

¹⁶⁹ Així ho disposa la Declaració sobre els Principis Socials i Jurídics Relatius a la Protecció i el Benestar dels Nens, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 3 de desembre de 1986 (Resolució 41/86 XL), en el seu apartat 3º.

¹⁷⁰ Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992.

caràcter principal. La intervenció de les Administracions públiques té, de forma general, caràcter supletori.

En efecte, la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, en el seu art. 17, sota el títol responsabilitat en la criança i formació, disposa que “la responsabilitat primordial de la criança i formació del menor correspon al pare i a la mare o a les persones que la seva guarda tenen atribuïda”. El propi precepte estableix que “els pares, tutors o guardadores han d’assegurar, dins les seves possibilitats, les condicions de vida necessàries pel desenvolupament integral dels nens i els adolescents”.¹⁷¹ A continuació disposa que “les administracions públiques tenen el deure de vetllar per la protecció dels nens en el cas de mal ús de les facultats dels pares o de les facultats atribuïdes a altres persones que els cuidin”.¹⁷²

Així mateix, la pròpia Llei estableix, sota el títol intervenció de les Administracions públiques, que “per a assegurar el ple gaudi del dret a la criança i formació del nen i l'adolescent, en defecte dels pares, tutors o guardadores, correspon a les administracions públiques l'exercici de les funcions de protecció i assistència dels nens i els adolescents dintre de l'àmbit de les competències que els reconeix la legislació vigent”. Segons s'afirma a l'Exposició de Motius, la intervenció pública està justificada quan no sigui possible garantir un marc legal suficient, que pot denominar-se “dret de menor”, per a protegir als nens i els adolescents en l'efectivitat dels seus drets.

¹⁷¹ Així mateix, la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família estableix en el seu art. 143.1 que “en virtut de la potestat, el pare i la mare deuen anar amb compte dels fills i tenen en relació amb ells els deures de convivència, aliments en el sentit més ampli, d'educació i formació integral”. La pàtria potestat es concep d'acord amb els sotmesos a la mateixa i no com un dret dels pares. En el nostre Ordenament la pàtria potestat es configura com una funció dels pares en benefici dels fills.

¹⁷² En la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, d'atenció i protecció a la infància, es contempla entre els principis rectors que deuen guiar les actuacions de protecció dels menors: la “subsidiariedad progressiva de l'actuació de les diferents Administracions Públiques en relació als deures i funcions inherents a la pàtria potestat” (art. 4 f).

D'altra banda, a més de la família i els poders públics, el conjunt de la societat s'ha de comprometre amb la protecció dels menors. Així, entre els principis que regeixen l'actuació dels poders públics en aquest àmbit, el propi legislador contempla el de "promoure la participació i la solidaritat social" i "sensibilitzar a la població davant situacions d'indefensió del menor". És més, la pròpia Llei compromet a la societat en la protecció dels menors al imposar a tots els ciutadans la obligació de comunicar a les autoritats la falta d'escolarització d'un menor o qualsevol situació de risc o desemparament que poguessin detectar.¹⁷³ Així mateix, amb el desig d'implicar a tota la societat en la protecció dels menors, el legislador català ha encomanat expressament al Govern de la Generalitat el deure de fomentar les associacions, entitats o fundacions que, sense ànim de lucre, tinguin per objecte prendre iniciatives en el terreny de la protecció dels menors.¹⁷⁴

3.6 La prioritat pressupostària

En matèria de protecció de menors, a Catalunya, el legislador ha proclamat el principi de prioritat pressupostària. En efecte, la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, sota el títol *prioritat pressupostària*, disposa que "la Generalitat deu procurar que els seus pressupostos tinguin en *compte de forma prioritària* les activitats d'atenció, formació, promoció, reinserció, protecció, integració i oci dels nens i els adolescents a Catalunya. Així mateix, cal procurar que els ens de l'Administració local assumeixin aquesta prioritat".

¹⁷³ Arts. 11.2 i 13 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

¹⁷⁴ Art. 50 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents. En la disposició addicional 1ª de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats, imposa a les Administracions públiques el deure tenir present en la seva actuació, entre altres, el principi conforme al com "la societat deu protegir al nen en cas de mal ús de les facultats dels pares o de les facultats atribuïdes a altres persones que tinguin cura d'ell".

De forma potser una mica més taxativa i concreta la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 29 de juliol, d'atenció i protecció a la infància ha establert en el seu art. 6, sota el títol "prioritat pressupostària", que "la Junta de Castella i Lleó contemplarà entre les seves prioritats pressupostàries les actuacions previstes en la present Llei, garantint-se que en cap cas l'increment anual en les partides corresponents a aquests programes en cadascun dels departament responsables dels mateixos serà inferior al percentatge mig d'augment, per al corresponent exercici, en els Pressupostos regionals".

Les institucions de la Comunitat Europea han manifestat, així mateix, la voluntat de fer dels drets del nen una prioritat política per a això han instat als Estats membres a invertir en els nens i atorgar a aquesta matèria prioritat pressupostària.

En efecte, segons es dedueix de la Recomanació 1286, de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, sobre una estratègia europea per als nens, de 24 de gener de 1996, "l'Assemblea constata que els drets del nen estan encara lluny de ser una realitat en la nostra rica i desenvolupada Europa i que els nens són sovint les primeres víctimes dels conflictes armats, de la recessió econòmica, de la pobresa, i en particular, de les restriccions pressupostàries". Per això, recomana al Consell de Ministres "convidi als Estats integrats en el Consell d'Europa perquè facin dels drets del nen una prioritat política (...) invertint en els nens i donant-los prioritat pressupostària per a la concessió, en tots els nivells (nacional, regional o local), de recursos econòmics equitatius i adequats en relació amb els dedicats a altres grups de població".¹⁷⁵

No obstant, encara que el legislador català recollia el principi de prioritat pressupostària en matèria de menors, fins i tot abans que l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa dictés la referida Recomanació, la veritat és que es tracta d'un àmbit en el qual encara els recursos de les Administracions

¹⁷⁵ Així mateix, es convida als Estats a garantir "el nivell actual de les seves contribucions i subvencions a les diferents organitzacions nacionals i internacionals que s'ocupen de la protecció del nen" (veure punt 7 VI i VII de la Recomanació).

públiques són insuficients per a plantar cara a les necessitats d'assistència i protecció dels menors.

D'altra banda, en els últims anys, el fenomen de la immigració i, especialment, l'arribada de menors no acompanyats per les seves famílies, ha suposat un augment dels menors en situació de desemparament i, per tant, de la necessitat de protecció per part de les Administracions públiques. No obstant això, els poders públics no han reaccionat amb l'eficàcia requerida i amb la dotació de recursos suficients. Per això, en l'actualitat es posa en relleu una clara insuficiència dels recursos públics destinats a l'assistència i protecció dels menors.

En efecte, el propi legislador català s'ha fet eco d'aquesta situació en el preàmbul de la recent Llei 8/2002, de 27 de maig, de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, en el qual es diu que “entre la població adolescent existeix el problema creixent de les persones que han deixat la llar, algunes d'elles d'altres països, en ocasions indocumentades”. L'arribada d'aquests menors immigrants sense família a les nostres ciutats ha plantejat noves necessitats d'assistència. Les mesures de protecció i els recursos tradicionals s'han mostrat insuficients i, en molts casos, inadequats. Així, en la referida Llei es dedica un capítol a regular la “atenció especial a la població adolescent amb conductes d'alt risc social, en el qual s'estableix com un dels principis de l'actuació pública la “prioritat de l'acció preventiva” de la marginació i la delinqüència i el foment de la integració social dels menors; doncs bé, per a garantir l'eficàcia d'aquesta acció el legislador disposa expressament que “s'han d'habilitar els recursos econòmics necessaris” (art. 44 a).

És evident que el deure que el legislador imposa a les Administracions competents de brindar protecció als menors i el consegüent dret dels menors a ser protegits¹⁷⁶ només pot ser degudament garantit quan existeixen els mitjans i

¹⁷⁶ El legislador català reconeix expressament als menors el “dret a ser protegits d'acord amb l'establert per la legislació protectora dels menors desemparats” (art. 19 de la Llei 8/1995, de 27

recursos suficients. Per tant, és fonamental una adequada política pressupostària i donar degut compliment al principi de prioritat pressupostària.

4. El paper del Ministeri Fiscal en la defensa dels drets dels menors

4.1 La intervenció del Ministeri Fiscal per a la salvaguarda dels drets i interessos dels menors.

La Constitució estableix en el seu art. 124.1 que “el Ministeri Fiscal, sense perjudici de les funcions encomanades a altres òrgans, té per missió promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei, d'ofici o a petició dels interessats, així com vetllar per la independència dels Tribunals i procurar davant aquests la satisfacció de l'interès social”.¹⁷⁷

Doncs bé, pel compliment de les referides funcions, la Llei 50/1981, de 13 de gener, per la qual es regula l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal, li encomana, entre unes altres, la tasca de *“assumir, o si escau, promoure, la representació i defensa en judici i fora d'ell, de qui per manca de capacitat d'obrar o de representació legal, no puguin actuar per si mateixos, així com promoure la constitució dels organismes tutelars, que les lleis civils estableixin i formar part d'aquells altres que tinguin per objecte la protecció i defensa de menors i desvalguts”*.

Les funcions tuitives i protectores encomanades al Ministeri Fiscal s'han anat

de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents). Així mateix, la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (2000/C 364/01), reconeix als menors el “dret a la protecció i a les cures necessàries per al seu benestar” (art. 24).

¹⁷⁷ En el mateix sentit s'expressa l'art. 1 de la Llei 50/1981, de 30 de desembre, per la qual es regula l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal.

incrementant després de l'aprovació de la Constitució. Així, aquesta institució té atribuïdes, entre d'altres, la missió d'atendre les necessitats de persones i col·lectius que tenen singulars dificultats per a accedir, en condicions d'igualtat respecte als altres ciutadans, a l'exercici dels drets reconeguts pel nostre Ordenament.¹⁷⁸ En l'àmbit de la protecció de menors, el Ministeri Fiscal té atribuïda la defensa dels seus interessos, ja sigui a través d'actuacions processals com extraprocessals.

La Carta Europea dels Drets del Nen (aprovada per Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992), en l'apartat 8.14 estableix que tota decisió referida als menors –ja sigui familiar, administrativa o judicial- deurà tenir per “objecte prioritari la defensa i salvaguarda dels seus interessos”. Doncs bé, amb la finalitat d'arribar a fer efectiu aquest objectiu, la norma disposa que “*en la totalitat dels procediments haurà de ser part obligatòriament el ministeri fiscal o el seu equivalent, la funció primordial del qual serà la salvaguarda dels drets i interessos del nen*”.

Malgrat l'establert en la referida Carta, la veritat és que en el nostre Ordenament no sempre es contempla la intervenció del Ministeri Fiscal en els procediments relatius als menors. Especialment, en els procediments tramitats per les Administracions públiques. No obstant, el paper del Ministeri Fiscal en el camp dels menors ha anat cobrant, en efecte, progressiva rellevància, incrementant-se les seves facultats i correlatives obligacions. Així, en l'Exposició de Motius de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, el propi legislador afirma que “en tot el text apareix reforçada la intervenció del Ministeri Fiscal, seguint la tendència iniciada amb la Llei 21/1987, ampliant les vies d'actuació d'aquesta institució, a la qual, pel seu propi Estatut, correspon la representació dels menors i incapaços que manquin de representació legal”.

Així, entre les mesures que estableix la referida Llei orgànica 1/1996, de 15 de

¹⁷⁸ Sobre paper del Ministeri Fiscal en l'àmbit dels menors, VARGAS CABRERA, Bartolomé, “El Ministerio Fiscal...”, cit., pàg. 11-21

gener, per a la defensa i garantia dels drets dels menors, l'art. 10 habilita als propis menors per a “posar en coneixement del Ministeri Fiscal les situacions que consideri que atempten contra els seus drets amb la finalitat de que aquest promogui les accions oportunes”.

Així mateix, l'art. 14 de la referida Llei, imposa a les Administracions competents la obligació de prestar als menors l'atenció immediata que requereixin i posar els fets en coneixement dels representants legals dels menors o, quan sigui necessari –sembla que quan no pugui contactar-se amb els representants legals- del Ministeri Fiscal.

D'altra banda, l'art. 4 de la Llei legitima expressament al Ministeri Fiscal a actuar d'ofici, o a instància del menor o de qualsevol altra persona, en cas de produir-se una intromissió il·legítima en el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge del menor. Així mateix, el Fiscal podrà instar les mesures cautelars i de protecció necessàries i sol·licitar les indemnitzacions que corresponguin pels perjudicis causats.

La pròpia Llei també atribueix expressament al Fiscal legitimació per a exercir les accions de cessament i rectificació de publicitat il·lícita, això és, aquella dirigida a menors amb missatges, imatges o expressions de violència, explotació en les relacions interpersonals o que reflecteixi un tracte degradant o sexista (art. 5). De la mateixa manera, amb la finalitat de protegir al menor, la Llei legitima al Fiscal per a promoure les mesures jurídiques de protecció que estimi necessàries quan la pertinença del menor o dels seus pares a una associació impedeixi o perjudiqui el seu desenvolupament integral (art. 7.2).

A més, la disposició addicional 3ª de la Llei, faculta al Fiscal per a actuar d'ofici en interès del menor, en el marc dels procediments de jurisdicció voluntària dels títols IX i X del Llibre I del Codi Civil, adoptant i proposant les mesures, diligències i proves que estimi oportunes. El Fiscal també podrà suplir la passivitat dels particulars i, si escau, els assessorarà sobre els seus drets i sobre la manera de subsanar els defectes de les seves sol·licituds.

És necessari destacar, així mateix, el paper que Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, atribueix al Ministeri Fiscal.¹⁷⁹ En aquest àmbit la posició del Ministeri Fiscal és rellevant en la seva doble condició d'institució que constitucionalment té encomanada la funció de promoure l'acció de la Justícia i la defensa de la legalitat, així com dels drets dels menors, vetllant per l'interès d'aquests. Així, l'art. 6 de la Llei estableix que “correspon al Ministeri Fiscal la defensa dels drets que als menors reconeixen les lleis, així com la vigilància de les actuacions que s'hagin d'efectuar en el seu interès i l'observament de les garanties del procediment, per la qual cosa dirigirà personalment la investigació dels fets i ordenarà que la policia judicial practiqui les actuacions necessàries per a la comprovació d'aquells i de la participació del menor als mateixos, impulsant el procediment”.

A més, cal destacar-se la intervenció del Ministeri Fiscal en defensa dels menors en molts altres àmbits. Així, el Fiscal actua en interès del menor en els processos tramitats com a conseqüència de les crisis matrimonials. A més, el Fiscal té encomanat l'exercici de l'acció penal en defensa dels menors víctimes de delictes i, si s'escau, l'exercici de l'acció civil derivada del delicte.

4.2 La intervenció del Ministeri Fiscal en l'exercici de la tutela administrativa

El Ministeri Fiscal té encomanada la vigilància de la tutela i guarda administrativa. Amb la finalitat de que el Fiscal pugui complir degudament aquesta funció, les Administracions públiques competents queden obligades a posar en el seu coneixement de forma immediata els nous ingressos de menors i remetre-li còpia de les resolucions administratives i dels escrits de formalització relatius a la constitució, variació i cessació de les tuteles, guarda i acolliments. A més, les Administracions hauran de comunicar al Fiscal qualsevol novetat d'interès en les circumstàncies del menor. Per la seva banda,

¹⁷⁹ Sobre el protagonisme del Ministeri Fiscal en aquest àmbit, SENA MEDINA, Guillermo, “El Ministerio Fiscal y la Ley orgánica sobre responsabilidad penal de los menores”, en *La protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención*, coordinadora M^a. Teresa Martín López, Civitas, 2001, pàg. 177-193

el Ministeri Fiscal deurà comprovar, almenys semestralment, la situació del menor i promoure davant l'autoritat judicial les mesures de protecció que estimi necessàries (art. 174 del Codi Civil).

Així mateix, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, ha establert que l'Administració competent deurà comunicar al Ministeri Fiscal les mesures de protecció adoptades que comportin la separació dels menors de la seva família. El Fiscal, a la vista de les actuacions, podrà instar a l'autoritat judicial la modificació o la suspensió de la mesura de protecció acordada per l'Administració (art. 6.1).

D'altra banda, entre les mesures de protecció dels menors desemparats que contempla la referida Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, es preveu l'aplicació com mesura específica, per a aquells que haguessin rebutjat altres mesures, l'ingrés en centre o unitats amb restricció o supressió de sortides per un temps limitat. Doncs bé, la Llei ha disposat que l'adopció d'aquest tipus de mesura deurà notificar-se a la Fiscalia abans de les vint-i-quatre hores següents a l'ingrés (art. 5 bis). Així, el Fiscal podrà instar, si escau, a l'autoritat judicial la modificació o suspensió d'aquesta mesura, a l'empara del disposat en l'art. 6.1 de la pròpia Llei al que s'ha fet referència en el paràgraf anterior.

En definitiva, com veiem, correspon al Ministeri Fiscal vigilar l'exercici de la tutela i la guarda administrativa. Així, per a exercir aquesta vigilància, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, ha establert que “es durà en cada Fiscalia un índex de Tuteles de Menors”, també de les tuteles administratives (art. 23).

D'altra banda, la pròpia Llei orgànica imposa al Fiscal el deure “d'exercir la seva vigilància sobre tots els centres que acullen menors” en situació de desprotecció social. Així mateix, quan el legislador català regula el “estatut de la població menor acollida en centres d'atenció a persones menors”, preveu que la imposició de mesures correctores als menors residents deurà

comunicar-se dintre de les vint-i-quatre hores des de la seva adopció al Ministeri Fiscal.¹⁸⁰

A més, a Catalunya també s'ha previst la intervenció del Ministeri Fiscal al regular la “atenció especial a la població adolescent amb conductes d'alt risc social”.¹⁸¹ En efecte, les mesures preventives i educatives previstes per la Llei, deuran adoptar-se en tot cas amb el consentiment del representant legal de l'adolescent i si aquest faltés o s'oposés sense fonament, seria necessari sol·licitar autorització judicial una vegada escoltat el Ministeri Fiscal.¹⁸²

¹⁸⁰ Art. 52.3 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats modificada per la Llei 8/2002, de 27 de maig.

¹⁸¹ La pròpia Llei estableix que es consideren adolescents amb conductes d'alt risc social els menors adolescents la conducta dels quals altera de manera greu les pautes de convivència i comportament social generalment acceptades de manera que provoquin un risc evident de causar-se mals ells mateixos o perjudicar a terceres persones (art. 43 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats modificada per la Llei 8/2002, de 27 de maig).

¹⁸² Art. 47 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats modificada per la Llei 8/2002, de 27 de maig.

Capítol IV. La protecció dels menors desemparats. La tutela de l'Administració

En l'actualitat, la protecció dels menors no pot identificar-se amb una intervenció exclusivament assistencial, ni amb una concepció patrimonialista de les institucions jurídiques i civils de protecció. L'antiga concepció del menor com subjecte passiu de drets ha donat pas a la seva consideració com subjecte de drets. De forma que el nostre Ordenament atribueix als menors un conjunt de drets; de forma particular, deuen destacar-se aquells que formen part del denominat estatut indisponible del menor: els drets fonamentals i els reconeguts per la Convenció de Dret del Nen de Nacions Unides i la Carta Europea de Drets Nen. Per això, la protecció dels menors, en tant subjectes que no gaudeixen de plena capacitat per a exercir i protegir per si mateixos els seus drets, deu dirigir-se a garantir-li el ple gaudiment dels mateixos i fer així possible el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Doncs bé, en el nostre Ordenament, l'Administració té encomanat brindar protecció als menors en situació de desemparament.

1. La protecció pública dels menors desemparats

L'assistència i protecció pública dels menors té un abast general. Això significa que s'estén a tots els menors que es trobin en territori espanyol, qualsevol que sigui el seu origen o condició.¹⁸³ Així, la protecció pública arriba a tots els menors en situació de desemparament.

A Catalunya, el legislador ha encomanat a l'Administració de la Generalitat la protecció de tots els menors desemparats domiciliats o que es trobin

¹⁸³ Així, ho estableix la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (art. 1).

eventualment a Catalunya i, de manera correlativa, ha reconegut a aquests menors el dret a ser protegits.¹⁸⁴

Doncs bé, el nostre Ordenament canalitza la protecció pública dels menors desemparats a través de la institució de la tutela administrativa, tutela que és atribuïda *ex lege* a l'Administració. La figura de la tutela administrativa *ex lege* o automàtica constitueix una tècnica jurídica acollida en el nostre sistema jurídic amb la finalitat d'arbitrar mesures d'assistència i protecció als menors desemparats. Aquesta figura va ser incorporada al nostre Ordenament per la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil i, posteriorment, també pel legislador català. La figura de la tutela automàtica de l'Administració té per objecte garantir als menors desprotegits l'adopció de les mesures d'assistència i protecció més convenients en cada cas.

2. La situació de desemparament

2.1 El concepte legal de desemparament

2.1.1 El concepte de desemparat en el Codi Civil

La Llei 21/1987, de modificació del Codi civil, incorpora al nostre Ordenament la figura de la tutela administrativa i ens brinda, per primera vegada, un concepte de desemparament. En efecte, l'art. 172 del Codi civil disposa que “es considera com situació de desemparament la qual es produeix de fet a causa de l'incompliment, o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors quan aquests quedin privats de la necessària assistència moral o material”.¹⁸⁵ Doncs bé,

¹⁸⁴ Art. 1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, en relació amb l'art. 19 i 1 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

¹⁸⁵ La figura del desemparament venia a substituir la de el “abandó”, que preveia el derogat art. 174 del Codi Civil al regular l'adopció dels menors abandonats; adopció que es caracteritzada

aquesta definició va ser criticada per la doctrina per la seva falta de requereixió.¹⁸⁶

Cal tenir en compte que correspon a l'Administració indagar i, si s'escau, declarar, quan un menor es troba en situació de desemparament. Per tant, la referida definició legal de desemparament suposava deixar a l'Administració un gran marge d'actuació, en definitiva, una gran discrecionalitat interpretativa o de judici, per a precisar, en cada cas, quan un menor es trobava efectivament en situació de desemparament. Per això, quan els diversos legisladors autonòmics –a l'empara del títol competencial “assistència social”, “serveis socials” o “protecció i tutela de menors”- dicten normes sobre protecció de menors, amb la finalitat d'establir les vies a través dels quals l'Administració deu actuar les funcions tutelars encomanades, precisa i dota de major contingut a l'abstracta definició de desemparament que brinda el Codi Civil.

Així, el concepte de desemparament de l'art. 172 del Codi Civil ha estat precisat pels diversos legisladors autonòmics, que estableixen algunes de les

per no requerir el consentiment dels pares o del tutor, sense perjudici que devien ser escoltats si fossin coneguts o es presentessin. El “abandó” era un concepte lligat a la “adoptabilitat” del menor. El referit precepte disposava que “es considerarà abandonat el menor de catorze anys que manqui de persona que li asseguri la guarda, aliment i educació. Per a apreciar la situació d'abandó serà irrellevant que aquesta s'hagi produït per causes voluntàries o involuntàries”; a continuació assenyalava que “el lliurament del menor en una casa o establiment benèfic es considerarà també com abandó en els següent casos: a) quan, el menor hagués estat lliurat sense dades que revelin la seva filiació; b) quan, àdhuc sent coneguda la filiació, constés la voluntat dels pares o guardadores d'abandonar al menor manifestada amb simultaneïtat al seu lliurament o inferida d'actes posteriors”. La situació d'abandó, segons disposava el propi precepte, devia ser “apreciada i declarada pel jutge competent per a conèixer l'expedient d'adopció”. En quan als antecedents i gènesi d'aquest precepte, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 24-27.

¹⁸⁶ Amb posterioritat, la regulació de l'art. 172 va ser completada per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, (disposició final 5ª). Aquesta Llei manté la definició de desemparament que havia establert l'anterior; no obstant això, completa la regulació d'aspectes anteriorment no prevists, com l'òrgan competent per a apreciar el desemparament o l'efecte de la tutela de l'Administració de “suspendre” la pàtria potestat o la tutela ordinària.

circumstàncies que podran determinar la referida situació.¹⁸⁷ Ara bé, en la mesura que aquestes Comunitats no tenen competència en matèria de “legislació civil” -títol competencial a l'empara del que el legislador estatal ha brindat la definició de desemparament- el concepte que acullen deu emmarcar-se en el disposat per l'art. 172 del Codi civil. És més, les pròpies normes autonòmiques generalment fan una remissió a l'establert en el referit precepte.

2.1.2 El concepte de desemparament en l'Ordenament català

En el marc de l'establert en l'art. 149.1.8 de la Constitució, algunes Comunitats

¹⁸⁷ Així, la Llei de la Comunitat d'Extremadura 4/1994, de 24 de novembre, de protecció de menors, disposa en el seu art. 5 que “en els termes del Codi civil, es consideren desemparament de menors aquelles situacions de desprotecció que puguin constituir greu risc per al normal desenvolupament físic, psíquic o social d'un menor”; a continuació, l'art. 6 precisa que “es consideraran situacions de desemparament, en tot cas valorables per l'autoritat administrativa, les següents: a) l'abandó voluntari del menor; b) l'existència de maltractaments físic o psíquics; c) el trastorn mental greu dels pares o guardadores de fet, que impedeixi l'adequat exercici de la pàtria potestat o del dret de guarda i educació; d) la drogoaddicció o alcoholisme habitual de les persones que formen part de la unitat familiar, especialment, dels pares o guardadores de fet, o dels menors amb el consentiment d'aquests; i) els abusos sexuals per part de membres de la unitat familiar o de tercers amb el consentiment d'aquests; f) la inducció a la mendicitat, delinqüència o prostitució; g) qualsevol altra situació de desprotecció que porti causa en l'incompliment o l'inadequat exercici de la pàtria potestat o dels deures de protecció establerts per les Lleis, sempre que això incideixi en la privació de la necessària assistència moral o material”. En termes similars ha estat concretada la situació de desemparament per la Llei asturiana 1/1995, de 25 de gener, de protecció de menors en el seu art. 31; per la Llei de la Regió de Múrcia 3/1995, de 21 de març, de la infància en el seu art. 22.1; per la Llei de la Comunitat de les Illes Balears 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors, en l'art. 5; per la Llei canària 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors, en el seu art. 46; la Llei gallega 3/1997, de 9 de juny, de protecció jurídica, econòmica i social de la família, la infància i l'adolescència, en el seu art. 17; la Llei de la Rioja 4/1998, de 18 de març, del Menor, en el seu art. 45.3; la Llei andalusa 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció del menor, en el seu art. 23; la Llei de la Comunitat de Cantàbria 7/1999, de 28 d'abril, de protecció a la infància i a l'adolescència, en el seu art. 29; la Llei de Castella-La Manxa 3/1999, de 31 de març, del menor, en el seu art. 36 i la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància, en els seus arts. 55 i 56.

Autònomes tenen atribuïda competència per a la “conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials”. Així, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya atribueix a la Generalitat competència en matèria de “conservació, modificació i desenvolupament del Dret civil català” (art. 9.2).

En la mesura que aquesta Comunitat comptava amb una Compilació en la qual es regulava alguna institució dirigida a la protecció de menors, tenia competència per a regular la figura de la tutela administrativa al marge d'allò disposat al Codi Civil. En efecte, el legislador estatal havia procedit a “civilitzar” una institució que, en realitat, té naturalesa administrativa, per la via d'incorporar-la al Codi Civil. A partir d'aquest moment, només les Comunitats amb competència en aquest àmbit podien procedir a regular la figura de la tutela administrativa o altres institucions de protecció de menors, al marge de l'establert pel legislador estatal. No obstant, els diversos legisladors autonòmics, a l'empara de la competència en matèria d'assistència social o protecció i tutela de menors, han procedit, així mateix, a precisar el contingut de la figura de la tutela administrativa, en aquest cas sí, en el marc de la regulació del Codi Civil. En definitiva, el resultat és que la figura té pràcticament el mateix règim jurídic en totes les Comunitats Autònomes.

Així, el legislador català brinda una definició pròpia de “desempament”. En efecte, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, seguint, en bona mesura, els passos del legislador estatal, disposa en el seu art. 2.2 el que segueix:

“Es considera que el menor està desemparat:

- a) Quan falten les persones a les quals per llei correspon exercir les funcions de guarda, o quan aquestes persones estan impossibilitades per a exercir-les o en situació d'exercir-les amb greu perill per al menor.*
- b) Quan s'aprecii qualsevol forma d'incompliment o d'exercici inadequat dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors o faltin a aquests els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat.*
- c) Quan el menor presenta signes de maltractaments físics o psíquics, d'abusos sexuals, d'explotació o uns altres de naturalesa anàloga”.*

A més, la referida definició deu ser completada amb l'establert posteriorment en la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família, que en el seu art. 164.1 diu que:

“La resolució de desemparament de la *persona menor que es troba en una situació de fet en la qual li faltin els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat* comporta l'assumpció automàtica per l'entitat pública de les funcions tutelars sobre el menor (...)”.

D'altra banda, el concepte de desemparament que resulta dels citats preceptes legals, deu ser precisat amb l'establert en el Reglament de protecció dels menors desemparats, aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener.

L'art. 9.2 del referit Decret disposa que els equips tècnics competents de l'Administració de la Generalitat valoraran l'existència d'un conjunt de factors de risc a l'efecte d'apreciar i, si escau, proposar la declaració de desemparament. D'acord amb el citat precepte “existeixen factors de risc social quan, en relació al menor, concorren indicis dels supòsits següents, per part dels pares, tutors o guardadores:

- a) que el menor sigui abandonat per part de les persones a les quals per llei correspon l'exercici de les funcions de guarda;
- b) que s'hagi produït negligència en el compliment de les obligacions alimentaries, d'higiene, salut o educatives del menor;
- c) que els pares, tutors o guardadores o les persones que convisquin o estiguin relacionades directament amb el menor pateixin una malaltia mental que repercuteixi negativament en aquell;
- d) que els pares, tutors o guardadores o les persones que convisquin o estiguin relacionades directament amb el menor siguin drogodependents i això repercuteixi negativament en aquell;
- e) que s'haguessin subministrat al menor substàncies psicotròpiques sense causa mèdica justificada o qualsevol altra substància tòxica;
- f) que s'hagi infligit al menor maltractaments físics o psíquics, abusos sexuals, explotació o uns altres de naturalesa anàloga;

- g) que no hagi vincles afectius o aquests tinguin moltes absències, per incompliment dels deures de protecció establerts per la llei per a la guarda dels menors per part dels pares, tutors o guardadores;
- h) que s'indueixi al menor a la mendicitat, a la delinqüència o a la prostitució;
- i) que es produeixi qualsevol desatenció imprudent que atempti contra la integritat física o psíquica del menor;
- j) que es produeixi desescolarització reiterada o continuada;
- k) que s'apreciïn objectivament altres factors que impedeixin el desenvolupament integral del menor”.

En definitiva, com veiem, l'Ordenament català brinda a l'Administració competent per a apreciar i declarar, si escau, la situació de desemparament, un conjunt d'elements de judici a aquest efecte de precisar, en cada cas, si un menor es troba desemparat. De manera que es tracta de reduir el marge de discrecionalitat de l'Administració i evitar així actuacions arbitràries o contràries a la seguretat jurídica.

2.2 Circumstàncies que condueixen a la declaració administrativa de desemparament

El desemparament, tal com s'ha vist, constitueix una situació de fet en la qual es troba el menor que manca de la necessària assistència, de manera que no té garantit l'exercici dels seus drets i el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Doncs bé, els menors desemparats tenen dret a ser protegits per l'Administració competent. Per això, en el moment de determinar si un menor es troba en situació de desemparament, l'Administració deurà considerar les circumstàncies reals del menor, les dades objectives, amb independència de les raons que haguessin conduït a aquell estat.

Ara bé, tant el legislador estatal com els autonòmics, han contemplat una sèrie de circumstàncies la concurrència de les quals determina la situació de desemparat. Així, examinem a continuació alguna de les més destacades:

2.2.1 La falta o inadequat compliment dels deures legals de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors.

El nostre Ordenament preveu un conjunt d'institucions jurídicoprivades dirigides a la protecció dels menors; de forma destacada la pàtria potestat i la tutela civil. Aquestes institucions protectores es dirigeixen a brindar assistència i protecció al menor, tant en els aspectes personals com en els patrimonials. Els pares o tutors no només queden legalment obligats a assistir personalment al menor, sinó també a administrar els seus béns. Doncs bé, els pares o tutors tenen atribuïda per la llei la guarda del menor, això és, l'obligació de vetllar per ell, tenir-lo en la seva companyia, alimentar-los, educar-lo i procurar-li una formació integral. De manera que és la falta o inadequat compliment d'aquests deures legals de protecció personal del menor els quals conduirien a la situació de desemparament.

El Codi Civil, en el seu art. 154 contempla, entre els deures inherents a la pàtria potestat, el de “vetllar per ells –els fills–, tenir-los en la seva companyia, alimentar-los, educar-los i procurar-los una formació integral”. Les mateixes obligacions s'imposen al tutor civil respecte al menor tutelat en l'art. 269 del propi Codi.

Així mateix, a Catalunya, el Codi de Família, al regular en el seu art. 143 el contingut de la pàtria potestat disposa, sota el títol “deures del pare i de la mare”, que “en virtut de la potestat, el pare i la mare han de vetllar els fills i tenen respecte a ells els deures de convivència, aliments en sentit més ampli, d'educació i de formació integral”. En relació amb la tutela ordinària, el propi Codi estableix en l'art. 207, sota el títol “cura de la persona tutelada”, que “el tutor o tutora deu tenir cura del tutelat o tutelada i li deu procurar aliments, si els recursos del patrimoni d'aquest no són suficients, i també brindar-li una educació integral i, si cap, fer tot el necessari per a la recuperació de la seva capacitat i per a la seva millor reinserció en la societat”. Pel que es refereix a l'obligació d'aliments entre parents, l'art. 259 del CF estableix que “s'entén per aliments tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i

l'assistència mèdica de l'alimentat i també les despeses per a la formació d'aquest si és menor (...)". En l'art. 263 es contempen les persones obligades a prestar aliments.

Així, el legislador estatal configura el desemparament com una situació de fet, produïda "a causa de l'incompliment, o de l'impossible o inadequat exercici dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors" (art. 172 del Codi Civil).

D'igual manera, el legislador català ha establert que l'Administració considerarà que el menor es troba en situació de desemparament quan, per les raons que fossin, els obligats legalment a vetllar al menor i procurar-li una formació integral no compleixin o ho facin de forma indeguda els deures legals inherents a la guarda. La falta o l'indegut compliment dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors és la raó que condueix al desemparament. La conseqüència del referit incompliment és que als menors "els falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat" i, per tant, es troben en situació de desemparament.

Així, el Codi català de família caracteritza el desemparament com una situació de fet i, per això, ho defineix posant l'accent en el resultat, en la conseqüència de la falta o indegut compliment dels deures establerts per la llei per a la guarda dels menors: falten al menor els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat.¹⁸⁸ En canvi, la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, caracteritza el desemparament considerant tant les raons que ho provoquen com el resultat produït. Així, l'art. 2.2 d'aquesta última llei estableix que "es considera que el menor està desemparat":

- a) Quan falten les persones a les quals per llei correspon exercir les funcions de guarda.

¹⁸⁸ Art. 164 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família.

- b) Quan les persones a les quals la llei encomana les funcions de guarda es troben impossibilitades per al seu exercici.
- c) Quan les persones a les quals per llei correspon exercir les funcions de guarda estan en situació d'exercir-la amb greu perill per al menor.
- d) Quan s'aprecii qualsevol forma d'incompliment dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors.
- e) Quan s'aprecii qualsevol forma d'exercici inadequat dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors.

Per tant, en tots aquests casos, com veiem, es produeix una falta de compliment o inadequat compliment dels deures legals de protecció establerts per a la guarda dels menors. De manera que els menors queden privats de l'assistència personal necessària per a garantir-los el gaudi dels seus drets i el lliure desenvolupament de la seva personalitat.

La llei contemplaria l'incompliment o inadequat exercici dels deures de protecció produïts tant de forma voluntària com involuntària. Per tant, com s'ha dit, a l'efecte de determinació de la situació de desemparament manquen de rellevància les raons per les quals els pares o tutors del menor no han complert degudament els deures legals de protecció. La llei contempla, així mateix, que la situació de desprotecció efectiva que determina el desemparament del menor, pugui ser deguda a la falta o absència de les persones a les quals la llei encomana les funcions de guarda. Així succeiria en cas d'absència o defunció dels pares o tutors.¹⁸⁹ En aquesta darrera situació es trobarien els menors

¹⁸⁹ En el cas que faltin els familiars del menor o que manqui dels mateixos l'Administració assumirà la tutela automàtica. No obstant això, si el menor té parents pròxims aquests podrien assumir si ho desitgen la tutela ordinària quan això sigui beneficiós per al menor. L'art. 239 del Codi Civil disposa que la tutela dels menors desemparats correspon per la llei a l'Administració competent, però afegeix que es "procedirà al nomenament de tutor conforme a les regles ordinàries, quan existeixin persones que, per les seves relacions amb el menor o per altres circumstàncies, puguin assumir la tutela amb benefici per a aquest". Deu tenir-se en compte que l'art. 172.4 del Codi Civil disposa que "es buscarà sempre l'interès del menor i es procurarà, quan no sigui contrari a aquest interès, la seva reinserció en la pròpia família". Encara que a Catalunya el Codi de Família no conté normes d'aquest tenor, dit criteri també podrà ser aplicat.

immigrants que han arribat al nostre país sols, sense la companyia d'un familiar o altra persona adulta responsable dels mateixos.

Per tant, allò determinant és el resultat que produeix la falta o indegut compliment per part dels responsables del menor dels deures legals inherents a la guarda: el menor manca dels elements bàsics per a garantir el desenvolupament integral de la personalitat al no quedar garantit el goig dels seus drets bàsics.

La situació de desemparament, com s'ha dit, vindria determinada per una situació de fet resultat de la falta d'una efectiva atenció i protecció a la persona del menor per aquells obligats a prestar-la. Allò decisiu és l'interès del menor, la seva protecció. Per tant, el desemparament constitueix una situació objectiva.

L'Administració deu valorar la situació objectiva de desemparament, la desprotecció efectiva del menor, amb independència de les raons per les quals la falta de compliment dels deures legals de protecció ha conduït a aquella situació. L'Administració deu indagar la situació del menor per a brindar-li la protecció que pugui necessitar. La figura de la tutela administrativa no es dirigeix a "sancionar" als pares o responsables del menor que no han complert degudament els seus deures legals, sinó a brindar i garantir la deguda protecció del menor. No obstant, les raons que han conduït a la situació del desemparament del menor podran determinar l'aplicació per l'Administració d'un o altre tipus de mesura de protecció i, si escau, la separació del menor del seu nucli familiar.

2.2.2 La falta dels elements bàsics pel desenvolupament integral de la personalitat del menor

El desemparament es caracteritza per la situació de desprotecció efectiva que sofreix el menor com a conseqüència de la falta o indegut compliment, per part dels pares o tutors, dels deures legals de protecció. Aquesta falta de protecció determina que el menor manqui dels elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat. Així, el Codi de Família català defineix el

desempament com una situació de fet caracteritzada perquè al menor li falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat. En el mateix sentit s'havia expressat l'art. 2.2 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats. El que ens duu a examinar el significat de l'expressió "desenvolupament integral de la personalitat".

Doncs bé, la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, en el seu art. 1, sota el títol, "lliure desenvolupament de la personalitat", disposa el que segueix:

"Els nens i els adolescents tenen dret a una criança i formació que els garanteixi el desenvolupament lliure, integral i harmònic de la seva personalitat".

Els primerament obligats per la llei a la criança i formació dels menors són els pares o tutors i, de forma subsidiària, deuran intervenir els poders públics. La Constitució estableix en el seu art. 39.3 que "els pares han de prestar assistència de tot ordre als fills tinguts dintre o fora del matrimoni, durant la seva minoria d'edat i en els altres casos que legalment procedeixi". D'altra banda, el propi art. 39 encomana als poders públics assegurar la protecció de la família i, de forma particular, "la protecció integral dels fills".

Així, en coherència amb el referit manament constitucional, la citada Llei 8/1995, de 27 de juliol, regula en el seu art. 17 la "responsabilitat en la criança i formació" dels menors en els següents termes:

"1. La responsabilitat primordial de la criança i formació del menor correspon al pare i a la mare o a les persones que tenen atribuïda la seva guarda, d'acord amb el que disposa la legislació vigent".

En l'apartat 2 s'afegeix que:

"Els pares, tutors o guardadores deuen assegurar, dintre de les seves possibilitats, les condicions de vida necessàries per al desenvolupament integral dels nens i adolescents".

Finalment, els apartats 3 i 4 del referit art. 17, contempnen les obligacions de les Administracions Públiques dirigides a afavorir el compliment de les responsabilitats dels obligats legalment a brindar protecció al menor, a través dels serveis socials:

“3. Les administracions públiques deuen vetllar per la protecció dels nens en el cas de mal ús de les facultats dels pares o de les facultats atribuïdes a altres persones que els vetllin i també perquè els pares, tutors o guardadores disposin dels mitjans d’informació i formació adequats per a ajudar-los a complir les seves responsabilitats cap als nens i els adolescents.

4. Les administracions públiques deuen fer extensible als tutors i guardadores els sistemes de prestacions socials existents dirigides als pares, per a afavorir el compliment de les seves responsabilitats, així com assessorar-los en situacions de crisi familiar, dintre del marc establert pel decret Legislatiu 17/1994, de 16 de novembre... en matèria de serveis socials”.

Per tant, els pares o tutors són els primers responsables de la criança i formació del menor, deuen assegurar-los les condicions de vida necessàries per al desenvolupament integral de la seva personalitat. Ara bé, en aquesta tasca han de comptar, quan sigui necessari, amb la col·laboració de les Administracions públiques. Les Administracions han d’oferir als pares, tutors o guardadores, tota la informació i formació que aquells necessitin per a complir les seves responsabilitats. D’altra banda, les prestacions socials previstes a favor dels pares, s’han d’estendre a tutors i guardadores per afavorir el compliment de les seves obligacions legals. Els poders públics estan obligats a garantir l’exercici dels drets dels menors i el seu desenvolupament integral en els àmbits familiar i social.¹⁹⁰

En cas de que els pares o tutors no complissin amb les seves obligacions legals i, per tant, el menor es trobés en una situació de desemparament, l’Administració pública té l’obligació d’actuar i assumir la tutela i, per tant, la

¹⁹⁰ Així ho disposa la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d’atenció i protecció dels nens i els adolescents en el seu art. 1.

responsabilitat de protegir al menor. El legislador català ha reconegut als menors en situació de desemparament el dret a ser protegit per l'Administració.¹⁹¹

Ara bé, quin és el contingut del deure els pares i tutors de criar i formar al menor i donar-li les condicions de vida necessàries pel desenvolupament integral de la seva personalitat?

Doncs bé, pel que es refereix als “deures del pare i de la mare”, el Codi de Família estableix en el seu art. 143 que “*en virtut de la potestat, el pare i la mare han d’anar amb compte dels fills i tenen en relació a ells els deures de convivència, aliments en sentit més ampli, d’educació i formació integral*”.¹⁹² En termes similars estableix el propi Codi, en l'art. 207, l'obligació de tutor de vetllar a la persona tutelada i proporcionar-li una educació integral.¹⁹³

Per tant, el legislador català atribueix en primer lloc a la família la responsabilitat de garantir als menors el lliure desenvolupament de la personalitat del menor. No obstant això, fa responsables a les Administracions públiques de l'assoliment de l'esmentat objectiu i les imposa un deure col·laboració. Així mateix, l'Administració haurà d'intervenir sempre que els obligats legalment no garanteixin als menors el desenvolupament i ple exercici dels seus drets i, per tant, el lliure desenvolupament de la seva personalitat.¹⁹⁴

¹⁹¹ Art. 19 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

¹⁹² No obstant, segons disposa en apartat 2, “el pare i la mare, amb motiu suficient, poden decidir que els fills resideixin en un lloc diferent del domicili familiar”.

¹⁹³ Aquest precepte estableix que “el tutor o la tutora han d'anar amb compte del tutelat o tutelada i li han de procurar aliments, si els recursos el patrimoni d'aquest no són suficients, i també donar-li una educació integral...”

¹⁹⁴ Així, en l'Exposició de Motius de la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i adolescents, el legislador afirma el que segueix: “Aconseguir el lliure desenvolupament de la personalitat del nen i l'adolescent, que és l'objectiu primordial de la Llei, justifica la intervenció de les administracions públiques de Catalunya en la seva consideració

A Catalunya, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, estableix en el seu art. 20, sota el títol "Intervenció de les administracions públiques" que "per a assegurar el ple gaudi, el dret a la criança i formació del nen i l'adolescent, en defecte dels pares, tutors o guardadores, correspon a les administracions públiques l'exercici de les funcions de protecció i assistència dels nens i els adolescents dintre de l'àmbit de les competències que els reconeix la legislació vigent.

2.2.3 Els maltractaments

El legislador català, i de la mateixa manera altres legisladors autonòmics, ha contemplat expressament com situació de desemparament la de el "menor que presenta signes de maltractaments físics o psíquics, d'abusos sexuals, d'explotació o uns altres de naturalesa anàloga" (art. 2.2 c).¹⁹⁵

És evident que aquesta situació deriva d'una falta o indegut compliment dels deures que les lleis atribueixen a pares o tutors per a la guarda dels menors. A més, no hi ha dubte que en les referides situacions el menor manca dels elements bàsics pel desenvolupament integral de la seva personalitat. Per tant, la veritat és que encara que el legislador no hagués contemplat expressament els maltractaments, en aquestes circumstàncies concorren tots els elements que caracteritzen la situació de desemparament. Per això, ens podem

de poder públic, als quals la Constitució confia la protecció social, econòmica i jurídica de la família, en l'àmbit de les seves competències.

El citat objectiu pot aconseguir-se mitjançant diversos tipus d'actuació. La Llei part de la premissa que la família és el nucli bàsic de la societat i, per consegüent, reconeix amb caràcter principal l'actuació privada dels progenitors i guardadores legals. Per tant, la intervenció de les administracions públiques i, en concret, de la Generalitat en relació amb els nens i els adolescents deu tenir gairebé sempre caràcter supletori, en aplicació d'uns dels principis bàsics sobre el qual es fonamenta la present Llei: el principi de subsidiarietat. Aquesta intervenció serà justificada quan o sigui possible garantir un marc legal suficient, que pot denominar-se "dret del menor" per a protegir als nens i els adolescents en l'efectivitat dels seus drets".

¹⁹⁵ Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció als menors desemparats (art. 2.2 c).

preguntar per quina raó el legislador ha contemplat expressament aquesta dura situació al definir el desemparament, quan la veritat és que la mateixa està subsumida en les anteriors.

El concepte de desemparament i les situacions que ho caracteritzen constitueixen, des del punt de vista de la tècnica jurídica, conceptes normatius indeterminats que haurien de ser precisats en el moment de la seva aplicació. Aquests conceptes normatius indeterminats es caracteritzen per tenir un halo de certesa positiva, un halo de certesa negativa i un halo d'incertesa. Doncs bé, delimitat l'halo de certesa positiva i negativa, els problemes de definició es plantegen en l'halo d'incertesa, el qual podrà ser major o menor en funció del concepte.

Ara bé, a l'hora de declarar a un menor desemparat, l'halo d'incertesa és major quan es tracta d'afirmar que s'ha produït una falta o indegut compliment dels deures legals de protecció o que falten al menor els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat. En canvi, aquesta incertesa és menor quan es tracten de precisar els "maltractaments". Els maltractaments se situen en l'halo de certesa positiva del concepte de desemparament. Així, el legislador contemplaria expressament els maltractaments al definir el desemparament amb el desig que l'Administració, sense cap gènere de dubtes, declari desemparats als menors que els pateixin i, consegüentment, en tenir atribuïda *ex lege* la tutela els brindi immediatament la protecció necessària.¹⁹⁶

A continuació, a la vista del concepte de desemparament que ens ha brindat el legislador, s'examinen els elements i característiques de la situació de desemparament.

¹⁹⁶ En relació amb la declaració de desemparament i consegüent assumptió de la tutela de l'Administració com a conseqüència dels maltractaments propinats als menors veure, entre altres resolucions, Acte de l'Audiència Provincial de Barcelona de 30 de setembre de 1991 (AC 19921326).

2.3 Elements i característiques de la situació de desemparament

2.3.1 El caràcter objectiu de la situació de desemparament

El legislador, tant l'estatal com el català, caracteritza el desemparament com una situació de fet.¹⁹⁷ En efecte, el Codi Civil defineix el desemparament com una “situació de fet” en la qual es troba el menor privat de la necessària assistència moral o material (art. 172). De forma similar, el legislador català ha qualificat el desemparament com la situació de fet en la qual es troba el menor al que falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat.¹⁹⁸ El legislador estatal ha posat l'accent en la causa i, en canvi, el català ho posa en el resultat, però, en ambdós supòsits, en constituir una “situació de fet” haurà de definir-se a partir de la situació en la qual real i efectivament es trobi el menor.

Per tant, l'Administració, a l'efecte de considerar al menor desemparat, atindrà a les dades externes, amb independència de les causes que han conduït a aquella situació. El desemparament es produeix, òbviament, com a conseqüència de la falta o indegut compliment dels obligats legalment a la guarda i protecció dels menors. No obstant això, l'Administració no té encomanada la funció de controlar el comportament dels pares o tutors, sinó de protegir al menor. Així, per a declarar al menor desemparat, l'Administració només tindrà en compte la situació objectiva del menor i no el comportament dels seus pares o tutors; encara que aquesta última qüestió serà considerada en el moment d'acordar la mesura de protecció més adequada per al menor tutelat. La tutela administrativa, conseqüència automàtica de la resolució administrativa de desemparament, constitueix una tècnica jurídica de protecció

¹⁹⁷ Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 27-28 i 61 y ss.

¹⁹⁸ Art. 164.1 de la Llei català 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família. El legislador català ja havia afirmat, en l'Exposició de Motius de la Llei 37/1991, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, que “es considera desemparat al menor que es troba en una situació de fet en la qual li falten els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat, prescindint de la causa d'aquesta situació”.

i assistència als menors i no un mecanisme de control o sanció als pares o tutors.

En definitiva, la situació de desemparament és una situació objectiva, una situació de fet que correspon constatar a l'Administració. En el cas de verificar-se l'existència del desemparament, l'Administració així ho declararà mitjançant la corresponent resolució. La declaració administrativa de desemparament produeix *ex lege*, de forma automàtica, l'efecte d'atribuir a l'Administració la tutela del menor; el que implica que deurà fer-se responsable de la seva guarda i dels deures de protecció inherents a la mateixa.

Doncs bé, tenint en compte que el desemparament constitueix una situació de fet, un sector de la doctrina civil considera que no concorre quan un tercer ha assumit la guarda de fet del menor. En la mesura que el guardador de fet ofereixi al menor l'assistència que garanteixi el gaudiment dels seus drets i el lliure desenvolupament de la seva personalitat, no es produiria la situació que caracteritza el desemparament. El menor no estaria privat de la necessària assistència; encara que s'estigui produint, en efecte, un incompliment dels deures de protecció per part dels legalment obligats. Encara que es produeix la causa que generalment dóna lloc a la situació de desemparament no es produeix efectivament el resultat. Així, en opinió d'una part de la doctrina, en aquests casos l'Administració no podria intervenir per a declarar al menor desemparat i assumir la consegüent tutela; al no produir-se la situació que justifica aquesta intervenció.¹⁹⁹

A Catalunya, el legislador ha incorporat la figura de la guarda de fet al Codi de

¹⁹⁹ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, "Sobre el desamparo y la tutela administrativa", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Barcelona, 1992, pàg. 690-693; BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit. pàg. 64-65; DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, "Tutela administrativa de menores en situación de desamparo en el Código civil español", en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso internacional de Derecho de Familia*, Ponencias Comisión II, Argentina, 1998, pàg. 413.

Família i brinda un concepte de la mateixa.²⁰⁰ L'art. 253 disposa que “el guardador o guardadora de fet és la persona física o jurídica que té acollit transitòriament un menor que ha estat desemparat per aquella o aquelles persones que té el deure assumir la seva cura, o qualsevol altra persona que, per raó de les seves circumstàncies personals, pot ser declarada incapaç o subjecta a curatela”. En l'art. 254 s'estableix que la persona que exerceixi la guarda de fet d'un menor deurà comunicar aquesta situació a l'organisme competent en matèria de protecció de menors.

Ara bé, cal advertir que la guarda de fet es caracteritza per constituir una situació transitòria. El guardador assumeix l'assistència del menor de manera eventual, en tant es procedeix a la constitució de la tutela civil o, si escau, la tutela de l'Administració.²⁰¹ La llei no atribueix al guardador de fet el deure brindar assistència i protecció al menor.

Per això, el Codi Civil estableix en el seu art. 229 que el guardador està obligat a promoure la tutela civil menor; en el mateix sentit es pronuncia el legislador català en l'art. 183.1 del Codi de Família.²⁰² Així mateix, a Catalunya, el Codi de Família imposa al guardador de fet el deure notificar a l'Administració competent en matèria de protecció de menors, el fet de l'acolliment d'un menor en situació de desemparament.

Per tant, al menor acollit transitòriament per un guardador de fet no li manca, efectivament, d'assistència i protecció; no obstant això, el desemparament tindria en aquest cas caràcter potencial o futur i, per tant, l'Administració

²⁰⁰ En canvi, el Codi Civil no recull un concepte de guarda de fet, ni indica les situacions que la conformen; veure els articles 303, 304 i 306.

²⁰¹ Així es posa en relleu en l'obra coordinada per BADOSA COLL, Ferran, *Compendi de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pàg. 366.

²⁰² L'autoritat judicial podria nomenar tutor civil a les persones que havien assumit la guarda de fet del menor.

responsable de la protecció dels menors té obligació d'actuar. En efecte, encara que el menor no es troba en una situació actual de desemparament –el resultat de l'incompliment dels deures legals de protecció no s'ha produït–, el desemparament pot tenir lloc en qualsevol moment posterior, doncs el guardador de fet no està legalment obligat a brindar assistència al menor, i aquelles persones sobre les que recau aquesta obligació s'han desentès del seu compliment.

En conseqüència, el guardador de fet haurà de notificar a l'Administració competent en matèria de protecció de menors l'existència de la guarda d'un menor desemparat.²⁰³ L'Administració assumirà aleshores la tutela del menor i, si escau, podrà adoptar com mesura de protecció l'acolliment personal o familiar a favor de la persona o família que fins aquest moment havia assumit la guarda de fet del menor, que ara passaria a tenir legalment atribuïdes les funcions de guarda i, per tant, l'efectiva responsabilitat d'assistir i brindar protecció al menor. Així mateix, l'Administració podria promoure la constitució de la tutela civil a favor d'aquesta persona i, en aquest cas, una vegada assumida la tutela civil quedaria extingida la tutela administrativa.²⁰⁴

²⁰³ Encara que la guarda de fet tenia existència en realitat, el legislador dota de carta de naturalesa a aquesta institució al incorporar-la al Codi Civil mitjançant la Llei 13/1983, de 24 d'octubre. Amb posterioritat, ha estat regulat de forma més precisa pel legislador català en els arts. 253 a 258 del Codi de Família. Ara bé, com s'ha dit, en la pràctica es produïa la guarda de fet del menor i el propi legislador havia considerat la seva existència a l'efecte d'exercir l'acció tutelar pública.

Així, el Reglament per a l'execució de la Llei de Tribunals Tutelars de Menors de 11 de juny de 1949, en el seu art. 82 contemplava expressament l'existència d'un guardador de fet, establia que quan es comprovés l'existència d'un fet dels donen lloc a la suspensió del dret a la guarda i educació del menor i, l'assumpció de la consegüent acció tutelar pels Tribunals, però no fos necessari declarar la referida suspensió “per tractar-se d'un guardador de fet que no estigui investit de tal facultat, el Tribunal podrà ordenar que el menor sigui retirat de la seva companyia i adoptar, a més, les mesures que estimi necessàries d'internament o col·locació en família”.

²⁰⁴ Art. 239 del Codi Civil i, a Catalunya, art. 183 del Codi de Família.

2.3.2 La situació de desemparament potencial

El desemparament constitueix, com s'ha dit, una situació de fet produïda com a conseqüència de la falta o inadequat compliment dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors i caracteritzada perquè el menor queda privat dels elements necessaris per a garantir-li el ple desenvolupament de la seva personalitat. No obstant això, de manera preventiva el legislador també contempla la situació de desemparament potencial o futura, l'Administració també quedaria obligada a intervenir amb objecte, precisament, d'evitar que es produeixi la situació de desprotecció. Això és, pot succeir que el menor encara no s'hagi vist privat d'assistència però es tingui coneixement que aquesta situació podrà esdevenir en qualsevol moment. Aquesta situació és la qual es qualifica com “desemparament potencial”.²⁰⁵

A Catalunya, el mateix legislador contempla l'existència de situacions de futur desemparament o desemparament potencial. Així, la llei imposa a l'Administració de la Generalitat el deure adoptar les mesures de protecció necessàries del menor “preventivament abans de néixer quan es prevegi clarament la situació de desemparament del futur nadó”.²⁰⁶

D'altra banda, nombrosos pronunciaments judicials es refereixen a supòsits que l'Administració havia declarat desemparats a menors que no es trobaven en una situació actual de desemparament, però es tenia coneixement que el menor quedaria immediatament privat de l'assistència i protecció necessària i, per tant, en una situació de desemparament que requeria la tutela de l'Administració.

Així, per exemple, en el supòsit contemplat per la Sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 20 de maig de 1996 (AC 1996/944) l'Administració declara en situació de desemparament i, per tant, assumeix la tutela d'una

²⁰⁵ Vid. DE ROMÁN PÉREZ, Raquel, “Tutela administrativa de menores...”, cit., pàg. 414.

²⁰⁶ Art. 2.1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

menor que després del seu naixement prematur no va ser recollit per la seva família del centre hospitalari.

A més, existeix altre supòsit en que el desemparament tampoc arriba a produir-se de manera efectiva i, en canvi, l'Administració deu declarar al menor desemparat i, per consegüent, es produeix la tutela. En efecte, l'Administració deu assumir amb caràcter provisional la guarda del menor quan així l'hi sol·liciten els pares o tutors que, de manera transitòria, es veuen impedits de complir els deures legals de protecció. No obstant això, en aquells casos que els pares o tutors es desentenguin absolutament del menor sota la guarda de l'Administració, o quan es constati que les circumstàncies que impediien als pares o tutors complir els seus deures legals d'assistència són irreversibles o han adquirit caràcter definitiu, l'Administració deurà declarar al menor en situació de desemparament.²⁰⁷ La declaració de desemparament produeix *ex lege* els següents efectes: d'una banda, la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària, el que no succeïa amb l'assumpció de la guarda administrativa; D'altra banda, l'atribució a l'Administració de la tutela del menor, la legitima per a adoptar un conjunt de mesures de protecció d'abast distint a les quals tenen cabuda en el marc de la simple guarda administrativa.

Per això, encara que en les referides circumstàncies no es produeix de fet una situació d'efectiu desemparament, ja que l'Administració té assumida la guarda, els pares o tutors ha fet definitiva desistiment de les seves obligacions legals respecte al menor. De forma que és necessari modificar l'estatus del menor, tant en relació amb els seus pares o tutors com a l'Administració, responsable de garantir-li el dret a la protecció efectiva. Per això, l'Administració deurà procedir a declarar el seu desemparament i assumir la tutela amb la finalitat de poder adoptar mesures de protecció que garanteixin al menor pro futur l'estabilitat necessària per al lliure desenvolupament de la seva personalitat.

²⁰⁷ Així ho estableix expressament la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància (art. 87.1).

2.3.3 El caràcter tendencialment indefinit o permanent de la situació de desemparament

En l'actualitat, ni la legislació estatal ni la catalana contempen un termini de durada de la falta d'assistència al menor, derivada de la falta o indegut compliment dels deures legals de protecció, per a poder declarar a aquell en situació de desemparament. En canvi, el derogat art. 174 del Codi Civil requeria per a apreciar la situació de "abandó" d'un menor que "haguessin transcorregut trenta dies continus sense que la mare, pare, tutor o altres familiars del menor s'interessin per ell de manera efectiva, mitjançant actes que demostrin la seva voluntat d'assistència". En el curs de la tramitació parlamentària de la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil, es va plantejar si en la regulació de la situació de desemparament en l'art. 172 devia establir-se un termini per a ser apreciat. Doncs bé, finalment va prevaler la posició que defensava que no era necessari establir cap tipus de termini per a poder apreciar el desemparament d'un menor. El desemparament, a diferència de l'abandó, no constitueix el camí cap a l'adopció, no és un requisit per a declarar al menor en estat de adoptabilitat, com succeïa amb anterioritat a la reforma de 1987.

La declaració administrativa de desemparament comporta l'assumpció automàtica per l'Administració de la tutela del menor i l'adopció de les consegüents mesures d'assistència i protecció. La tutela administrativa constitueix el títol que legitima a l'Administració per a adoptar determinades mesures de protecció. Per això, a aquests efectes és indiferent la durada de la situació de desemparament. Ara bé, aquesta qüestió podrà ser rellevant en el moment d'acordar una o altra mesura de protecció; especialment, a l'efecte d'establir la necessitat de separar al menor del seu nucli familiar.

Ara bé, l'Ordenament contempla el desemparament que condueix a la tutela administrativa com una situació tendencialment indefinida o irreversible. El caràcter aparentment definitiu de la situació de desemparament és, precisament, un dels elements que diferencia la figura de la tutela de

l'Administració de la figura de la guarda administrativa. Així, quan els pares o tutors es veuen transitòriament impeditos de responsabilitzar-se de la guarda del menor, poden sol·licitar a l'Administració competent en matèria de protecció de menors que assumeixi la guarda mentre duri aquella situació. En canvi, quan els pares o tutors es veiessin impeditos de complir, de forma indefinida, amb els seus deures legals enfront del menor l'Administració deurà procedir a declarar la situació de desemparament.²⁰⁸

L'art. 172.2 del Codi Civil disposa que “quan els pares o tutors, per circumstàncies greus, no puguin vetllar al menor, podran sol·licitar de l'entitat pública competent que aquesta assumeixi el seu guarda durant el temps necessari”. Així mateix, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats, estableix en el seu art. 9 que “si el desemparament és degut a força major de caràcter transitori no és precisa la resolució formal que ho aprecii, i és suficient per a legitimar la intervenció de l'organisme competent la sol·licitud dels pares o els guardadors. En aquests casos, l'organisme competent exercirà només la guarda mentre es mantingui aquella situació”.

Per tant, la situació que condueix a l'assumpció de la guarda administrativa del menor es produiria al concórrer determinades circumstàncies que impedeixen, de forma transitòria, que els legalment responsables del menor puguin prestar-li l'assistència deguda. De forma que, davant la impossibilitat que tindrien els pares o tutor de brindar atenció al menor, sol·licitarien la intervenció de l'Administració que passaria a assumir la guarda del menor durant el temps que duri aquella situació.²⁰⁹

²⁰⁸ Així mateix, el menor també es trobaria en situació de desemparament en aquells casos que els pares o tutors desatenguessin al menor, sense preocupar-se de sol·licitar a l'Administració que assumeixi durant el temps necessari les funcions inherents a la guarda.

²⁰⁹ La figura de la guarda administrativa constitueix una via de col·laboració de l'Administració amb els pares o tutors en el compliment dels deures legals de guarda durant el temps que aquells es vegin impeditos de fer-lo per si mateixos. Per això, només pot constituir-se a sol·licitud

En conseqüència, el caràcter provisional o reversible de la situació que impedeix als pares, tutor o guardador prestar al menor l'assistència necessària, és un element essencial de la guarda administrativa; a diferència del que succeiria en el cas de la tutela de l'Administració que resulta d'una situació de desemparament que inicialment es presenta com permanent.

Per tot això, en el cas que l'Administració hagués assumit la guarda a sol·licitud dels pares o tutor i, no obstant això, aquests es desentenguessin del menor o la situació inicialment reversible es perllongués indefinidament en el temps, l'Administració deuria declarar al menor desemparat i, assumiria, la tutela.

Ara bé, la situació de desemparament del menor, desencadenant de la tutela de l'Administració, no tindrà necessàriament caràcter irreversible. Així, en el cas que canviessin les circumstàncies i els pares, el tutor o uns altres obligats legalment, estiguessin disposats a complir degudament amb els seus deures legals i assumir la guarda el menor, podrien sol·licitar a l'Administració l'extinció de la tutela.

3 L'autoritat competent per a apreciar i declarar la situació: les administracions autonòmiques

La figura de la tutela administrativa va ser incorporada per primera vegada al nostre Ordenament per la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de reforma del Codi Civil. Aquesta Llei va brindar la següent redacció a l'art. 172 del Codi Civil: "l'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors, té per ministeri de la llei la tutela dels que es trobin en situació de desemparament". A partir d'aquest moment, en la doctrina privatista es va obrir un debat sobre l'autoritat competent per a constatar i declarar la situació de desemparament d'un menor.

dels pares o tutors i, a diferència de la tutela, no és atribuïda per la Llei ni pot ser assumida a partir d'una decisió de l'Administració.

Una part de la doctrina propugnava que la situació de desemparament devia ésser verificada i declarada per l'autoritat judicial.²¹⁰ No obstant això, la veritat és que del procediment d'elaboració de la referida Llei i del preàmbul de la mateixa resultava que l'apreciació del desemparament i consegüent atribució de la tutela a l'entitat pública no corresponia als Tribunals de justícia, sinó a l'Administració autonòmica en cada cas competent.²¹¹ Així, diversos legisladors autonòmics, vigent la redacció de l'art. 172 brindada per la Llei de 1987, van atribuir a la respectiva Administració autonòmica la competència per a apreciar i declarar la situació de desemparament dels menors.²¹²

²¹⁰ Sobre aquesta doctrina, Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 124-129; IGLESIAS RODÓ, Julio Ignacio, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pàg. 221 y ss.

²¹¹ Durant el debat del projecte de Llei en el Congrés, el Grup Parlamentari Basc va presentar una esmena que contemplava l'apreciació de la situació d'abandó pel jutge (núm. 7). Així mateix, el Grup Parlamentari de Coalició Popular va defensar (esmenes nombres 43 i 59) que devia correspondre al jutge, a instància de l'entitat pública o del Ministeri Fiscal, la declaració de desemparament. No obstant això, aquestes esmenes van ser rebutjades en el Senat. En canvi, el Grup Parlamentari Socialista va sostenir que no era necessària la declaració judicial per a apreciar la situació de desemparament. La Llei finalment aprovada encomana a les Administracions competents la declaració de desemparament dels menors. Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 120-121; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *La desprotección social y los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor*. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi, La Coruña, 1999, pàg. 51-52.

²¹² En la Comunitat de Madrid, la Llei 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència (art. 52); a Castella-La Manxa, el Decret 143/1990, de 18 de desembre, sobre normes de procediment en matèria de protecció de menors (art. 12); a Extremadura, la Llei 4/1994, de 24 de novembre, de protecció dels menors (art. 8); a València, la Llei 7/1994, de 5 de desembre, de la infància (art. 22.2); a Andalusia, el Decret 281/1988, de 13 de setembre (art. 2 a) i posteriorment la Llei 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció al menor (art. 23.2 i 3); a La Rioja, el Decret 14/1991, de 18 d'abril (art. 7) amb posterioritat, la Llei 4/1998, de 18 de març, del menor (arts. 47 a 50); a Canàries, el Decret 103/1994, de 10 de juny (art. 4), amb posterioritat la Llei 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 48).

El propi legislador estatal va resoldre la qüestió l'any 1996, al brindar una nova redacció a l'art. 172 del Codi Civil, que ara passava a dir que “l'entitat pública a la qual en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció dels menors, quan constati que un menor es troba en situació de desemparament, té per ministeri de la Llei la tutela del mateix (...)”.²¹³

Amb anterioritat, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, ja havia atribuït a l'Administració de la Generalitat competència per a verificar i, si escau, declarar el desemparament. L'art. 3.1 de la Llei estableix que la resolució administrativa de desemparament comporta l'assumpció automàtica per l'organisme competent de les funcions tutelars del menor. Així mateix, amb posterioritat, la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família, en l'art. 164.1 diu que “la resolució de desemparament de la persona menor (...) comporta l'assumpció automàtica per l'entitat pública de les funcions tutelars sobre el menor”.

En concret, a Catalunya correspon al Departament de Benestar i Família de l'Administració de la Generalitat, a través de la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència, la competència per a exercir les funcions tutelars de protecció dels menors desemparats i per a tramitar i resoldre el procediment de declaració de desemparament.²¹⁴

D'igual manera, la resta de legisladors autonòmics han encomanat a les Administracions de la Comunitat Autònoma la protecció dels menors i, per tant,

²¹³ L'actual redacció prové de la disposició final 5ª de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener. Així mateix, l'art. 18.1 d'aquesta Llei va disposar que “quan l'entitat pública competent consideri que el menor es troba en situació de desemparament, actuarà en la forma prevista en l'art. 172 i següents del Codi Civil, assumint la tutela d'aquell (...)”.

²¹⁴ Així resulta de la interpretació sistemàtica de l'art. 1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats en relació amb els arts. 1 et seq. del Reglament de protecció dels menors desemparats aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener i del Decret 372/2000, de 21 de novembre, d'estructuració de la Direcció general d'Atenció al Menor.

la competència per a constatar i declarar, quan sigui pertinent, la situació de desemparament dels menors.²¹⁵

4. El coneixement per part de l'Administració de les situacions de desemparament

Els pares i tutors, en exercici dels deures inherents a la pàtria potestat i la tutela, són els primerament responsables de la guarda del menor, de vetllar per ells i garantir-los el ple gaudiment dels seus drets i el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Ara bé, en defecte de pares i tutors correspon a les Administracions públiques l'exercici de les funcions de protecció i assistència per a garantir als menors en tot moment l'exercici dels drets que l'Ordenament els reconeix. No obstant, a més de la família i els poders públics, el legislador ha compromès al conjunt de la societat en la tasca de brindar protecció als menors.

Així, en benefici dels menors, el legislador imposa a tots els ciutadans i entitats -tant públiques com privades- el deure denunciar les situacions de falta d'assistència o desemparament que coneguin, o els supòsits de transgressió dels drets dels menors. Els ciutadans o entitats que tinguin coneixement d'una

²¹⁵ En aquest sentit, la Llei d'Extremadura 4/1994, de 24 de novembre, de protecció de menors (l'art. 8 atribueix aquesta competència a la Conselleria de Benestar Social). La Llei asturiana 1/1995, de 25 de gener, de protecció de menors (en els arts. 4 i 33 a la Conselleria de Sanitat i Serveis Socials). La Llei de la Regió de Múrcia 3/1995, de 21 de març, de la infància (arts. 23 i 24). La Llei de la Comunitat de les Illes Balears 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors (els arts. 1,2 i 3 estableixen la competència de la Conselleria de Governació). La Llei canària 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 10.2 h). La Llei gallega 3/1997, de 9 de juny, de protecció jurídica, econòmica i social de la família, la infància i l'adolescència (art. 17). La Llei de La Rioja 4/1998, de 18 de març, del Menor (en l'art. 2 atribueix la competència a la Conselleria de Salut, Consum i Benestar Social a través de la Direcció general de Benestar Social). La Llei andalusa 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció del menor (art. 23). La Llei de la Comunitat de Cantàbria 7/1999, de 28 d'abril, de protecció a la infància i a l'adolescència (art. 31). La Llei de Castella-La Manxa 3/1999, de 31 de març, del menor (arts. 35 i 37).

situació de risc o desemparament d'un menor hauran de comunicar la mateixa a les autoritats.

D'altra banda, l'Administració deurà promoure les condicions perquè els propis menors puguin posar de manifest la seva situació de possible desemparament i, per tant, fer efectiu el seu dret a la protecció pública; l'exercici d'aquest dret constitueix, precisament, el vehicle que permet garantir el ple desenvolupament de la resta de drets que l'Ordenament els atribueix.

4.1 La denúncia realitzada pel propi menor que pateix el desemparament

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, contempla, entre les mesures dirigides a facilitar l'exercici dels drets dels menors, la possibilitat que siguin aquests mateixos els quals sol·licitin la protecció i tutela de les entitats públiques competents²¹⁶. Per tant, el propi menor podrà donar a conèixer la seva situació de falta d'assistència o desemparament i sol·licitar la protecció i tutela de l'Administració pública competent. Ara bé, per a això l'Administracióuria establir els llits que permetessin que, de manera efectiva, els propis menors puguin denunciar directament la possible situació de desemparament que estiguessin patint.

Així, per exemple, la Llei andalusa 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció al menor, disposa en el seu art. 23.4 que “es promourà la possibilitat que sigui el propi menor qui posi de manifest la seva situació, bé a l'Administració de la Comunitat Autònoma d'Andalusia o als Serveis Socials municipals”.²¹⁷

Les Administracions, doncs, hauran de promoure i desenvolupar accions encaminades a que els menors coneguin els drets –per descomptat, també les

²¹⁶ Art. 10.2 a). En el mateix sentit, per exemple, la Llei andalusa 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció al menor (art. 4).

²¹⁷ Veure, així mateix, la Llei d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (art. 32.3).

obligacions- que l'Ordenament els reconeix i, si escau, les vies per a fer-los efectius. Especialment, deuran desenvolupar-se programes que permetin la detecció i denúncia de les situacions de desemparament, per a això serà fonamental establir mecanismes de coordinació entre les diverses Administracions i serveis administratius, especialment els sectors sanitaris, educatiu i de serveis socials.

4.2 La obligació de tots els ciutadans i, especialment, dels professionals, de denunciar les situacions de desemparament dels menors i prestar-los l'auxili immediat que requereixin

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i de modificació parcial del Codi Civil, estableix en el seu art. 13.1 que “tota persona o autoritat i, especialment aquells que, per la seva professió o funció, detectin una situació de risc o possible desemparament d'un menor, els comunicaran a l'autoritat o els seus agents més pròxims, sense perjudici de prestar-li l'auxili immediat que requereixi”.²¹⁸

Ara bé, la veritat és que la referida Llei orgànica ha imposat als ciutadans el deure denunciar les situacions de desemparament que coneguin, però no ha establert cap tipus de sanció en el supòsit d'incompliment d'aquest deure.²¹⁹

En canvi, a Catalunya, el legislador, a més d'imposar als ciutadans l'obligació de denunciar les situacions de desemparament de menors que coneguin, ha previst també la corresponent sanció per a aquells professionals que per raó

²¹⁸ Així mateix, el propi art. 13 estableix l'obligació de comunicar la falta d'escolarització dels menors o la falta habitual d'assistència al centre escolar dels menors. Aquest precepte té naturalesa de llei ordinària i caràcter supletori de la normativa autonòmica a l'haver estat dictat amb fonament en la competència sobre “assistència social”.

²¹⁹ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley* 1996-1, D-40, pàg. 1693; BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 136-138.

del seu càrrec detectin un menor desemparament i no informin això a les autoritats.

En efecte, la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, de Protecció dels Menors Desemparats, estableix que aquelles persones que tinguin coneixement d'una situació de desemparament d'un menor o que un futur nadó pugui sofrir una situació de desemparament deuran comunicar-lo de manera immediata a la Direcció general d'Atenció a la Infància i a l'Adolescència o, si escau, a l'autoritat judicial²²⁰. A continuació, la pròpia Llei tipifica com infracció lleu la conducta de “no informar, les persones que per raó de la seva professió tenen coneixement del mateix a l'autoritat judicial o a l'organisme competent en matèria de protecció de menors desemparats de la situació de desemparament d'un menor, d'acord amb el que estableix l'art. 2.3”. La sanció prevista per la Llei per a les infraccions lleus va d'un milió als cinc milions de pessetes.²²¹

La Llei de la Comunitat de Cantàbria 7/1999, de 28 d'abril, de protecció de la infància i l'adolescència, també tipifica com infracció, en aquest cas com infracció greu, el “no posar en coneixement de l'autoritat competent la possible situació de desemparament que pogués trobar-se un nen, nena o adolescents”. La sanció prevista per a aquestes infraccions va des de les cinc-centes mil als vuit milions de pessetes.

D'altra banda, totes les persones que tinguin coneixement que un menor es troba en situació de desemparament, a més de denunciar els fets a l'Administració, deuran prestar-li de forma immediata l'auxili i l'assistència que

²²⁰ Art. 2.1 i 3 de la Llei i art. 5 del Reglament català de protecció dels menors desemparats aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener.

²²¹ Art. 37.1 a) i 38.1 a) de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats.

pogués necessitar, especialment quan existeixi perill per a la integritat física o psíquica del menor.²²²

S'ha de tenir en compte que el Codi Penal tipifica com delictes l'omissió del deure de socors. En efecte, l'art. 195.1 estableix que “el que no socorregués a una persona que es trobi desemparada i en perill manifest i greu, quan pogués fer-lo sense risc propi ni de tercers, serà castigat amb la pena de multa de tres a dotze mesos”.

4.3 La obligació de les institucions públiques o privades de denunciar les situacions de desemparament

L'obligació de posar en coneixement de l'Administració l'existència d'una possible situació de desemparament d'un menor no només arriba a tots els ciutadans i, especialment als professionals, sinó que deu estendre's a les institucions i entitats, ja siguin públiques o privades, que tinguessin relació amb menors i que haguessin tingut coneixement del possible desemparament.²²³

Així mateix, el Codi Penal disposa en la seva disposició addicional 2^a que “quan l'autoritat governativa tingui coneixement de l'existència d'un menor d'edat o d'un incapacitat que es troba en estat de prostitució, sigui o no per la seva voluntat, però amb anuència de les persones que sobre ell exerceixin autoritat familiar o ètico-social o de fet, o que manca d'elles, o aquestes tenen en abandó i no s'encarreguen de la seva custòdia, ho comunicarà immediatament a l'entitat pública que en el respectiu territori tingui encomanada la protecció de menors i al Ministeri Fiscal perquè actuïn de conformitat amb les seves respectives competències”.

²²² Així ho disposa l'art. 13.1 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. Veure, així mateix, entre unes altres, la Llei de la Comunitat de Cantàbria 7/1999, de 28 d'abril, de protecció de la infància i l'adolescència (art.30).

²²³ Així ho estableixen expressament, entre unes altres, la Llei d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (art. 32.2) o la Llei de la Rioja 4/1998, de 18 de març, del menor (art. 46).

4.4 El contingut de la denúncia i l'obligació de l'Administració de garantir la reserva i confidencialitat de la mateixa

En la denúncia deurà fer-se constar la identitat de la persona que la formula, les dades que permetin la identificació i localització del menor en possible situació de desemparament, els fets i circumstàncies que motiven la presentació de la mateixa i, quan fos possible, les dades dels pares, tutors o guardadores del menor. L'Administració està obligada a investigar els fets denunciats, tot i que el denunciant no hagués procedit a identificar-se.

D'altra banda, l'Administració competent deurà garantir l'absoluta reserva i confidencialitat de la denúncia o comunicació de la possible situació de desemparament d'un menor. Així, ho han disposat expressament diversos legisladors autonòmics.²²⁴ El Catalunya, la Llei 37/1991, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, imposa a l'Administració competent l'obligació de “garantir la reserva absoluta i l'anonimat del comunicant” de la possible situació de desemparament (art. 2.3). En conseqüència, els interessats en el procediment no podran tenir-se accés a les dades que identifiquen a les persones físiques o jurídiques que han denunciat la situació de desemparament d'un menor.

4.5 El deure l'Administració de incoar el procediment de desemparament i l'adopció de mesures de protecció

Per tant, l'Ordenament encomana en primer lloc l'assistència i protecció dels menors als pares i tutors, quan aquests no compleixen les seves obligacions, o les compleixen indegudament, deuen intervenir els poders públics i, constada la situació de desemparament, assumir la tutela i brindar la necessària protecció.

²²⁴ Veure, per exemple, la Llei d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (art. 32.4); la Llei de les Illes Balears 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors (art.6); la Llei de Canàries 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 48.1 d); la Llei de la Rioja 4/1998, de 18 de març, del menor (art. 46.3).

Ara bé, la societat en el seu conjunt també té responsabilitats en aquesta matèria. Els ciutadans tenen el deure legal de denunciar totes aquelles possibles situacions de desprotecció o maltractament de menors i, si escau, prestar de forma immediata als menors l'atenció que requereixin. Aquesta obligació recau de forma especial sobre els professionals de la sanitat, els serveis socials, els educadors o altres persones que, per raó de la seva professió o funció, puguin tenir coneixement de qualsevol situació de desprotecció o maltractament a un menor.

En el moment que l'Administració competent rebi una denúncia de possible desemparament està obligada a procedir a verificar tal situació, devent actuar amb la deguda reserva i evitant tota interferència innecessària en la vida del menor.²²⁵ A tal fi, l'Administració deurà incoar l'oportú procediment administratiu en el curs del que deurà apreciar si concorre, en efecte, la situació de desemparament del menor. Així mateix, l'Administració haurà de procedir a adoptar, de manera immediata, les mesures de protecció que fossin necessàries.²²⁶

A Catalunya, el legislador ha encomanat a la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència procedir, quan sigui necessari, a l'oportuna coordinació amb la xarxa sanitària i de serveis socials, a fi d'adoptar les mesures procedents per a fer efectiva la protecció del menor.²²⁷

²²⁵ Així ho estableix expressament la Llei de les Illes Balears 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors (art. 6.3).

²²⁶ D'aquesta manera ho disposa la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, en el seu art. 16, precepte que té naturalesa ordinària i caràcter supletori en les Comunitats autònomes a l'haver estat dictada a l'empara del títol "assistència social".

²²⁷ Art. 6 del Reglament de protecció dels menors desemparats, aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener.

5. La declaració provisional de desemparament o l'assumpció provisional de funcions tutelars

En el moment que l'Administració competent tingui coneixement de la possible existència d'un menor desemparat deurà procedir a incoar l'oportú procediment administratiu tendent a verificar la referida situació per a, si escau, declarar al menor desemparament i assumir la consegüent tutela. Ara bé, l'Administració deurà intervenir de forma immediata en aquells casos que existeixi un risc greu per al menor, o concorregués qualsevol altra causa que fes necessària una actuació urgent.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, disposa en el seu art. 14, sota el títol Atenció immediata, que les autoritats i serveis públics tenen l'obligació de prestar l'atenció immediata que requereixi qualsevol menor.

Doncs bé, en aquells casos que la situació del menor faci necessària una intervenció administrativa urgent o immediata, les normes estableixen alguna de les següents vies a seguir per l'Administració:

5.1 La resolució declarant de manera provisional el desemparament

En certs casos, la legislació autonòmica sobre protecció de menors, autoritza a l'Administració competent a declarar de manera provisional el desemparament del menor, sense necessitat de tramitar el procediment; o bé, a fer aquesta declaració en qualsevol moment del procediment abans de la seva finalització. Per tant, quan concorrin circumstàncies que ho facin aconsellable per a protegir l'interès superior del menor, l'Administració, sense necessitat de tramitar o completar la tramitació del procediment, podrà acordar, mitjançant resolució motivada, la situació provisional de desemparament i, per tant, assumirà de forma automàtica la tutela del menor.

D'aquesta manera es tracta que l'Administració pugui adoptar quantes mesures cautelars siguin necessàries per a assegurar l'assistència i protecció del menor.²²⁸ Una vegada acordades les mesures que la gravetat del cas aconselli, l'Administració iniciarà o prosseguirà la tramitació del procediment ordinari, que finalitzarà amb una resolució mitjançant la qual es confirmarà la declaració de desemparament o, si escau, es declararà extingida la tutela inicialment constituïda de manera provisional.²²⁹

L'Administració deurà expressar en la resolució per la qual declara de forma provisional la situació de desemparament, les raons per les quals existia en aquell cas un risc per al menor que aconsellaven la intervenció administrativa de manera urgent i immediata.

La resolució administrativa per la qual es declari el desemparament provisional serà comunicada al Ministeri Fiscal i notificada a les persones responsables del menor (pares, tutor o guardador), al propi menor i altres interessats. En la notificació se'ls emplaçarà perquè compareguin en el procediment que a continuació tramitarà l'Administració, dirigit a confirmar o no la situació de

²²⁸ Aquest seria el camí establert per la Llei de Canàries 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 48.4); la Llei de la Comunitat de Múrcia 3/1995, de 21 de març, de la Infància (art. 24.2); la Llei de La Rioja 4/1998, de 18 de març, del menor (art. 52) o el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, de règim de desemparament, tutela i guarda administrativa (arts. 32 i 33).

²²⁹ La Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC), després de la reforma operada per la 4/1999, de 13 de gener, disposa en el seu art. 72.2 que "abans de la iniciació del procediment administratiu, l'òrgan competent, d'ofici o a instància de part, en els casos d'urgència i per a la protecció provisional dels interessos implicats, podrà adoptar les mesures corresponents en els supòsits previstos expressament per una norma de rang de Llei. Les mesures provisionals deuran ser confirmades, modificades o aixecades en l'acord d'iniciació del procediment, que deurà efectuar-se dintre dels quinze dies següents a la seva adopció, el qual podrà ser objecte de recurs que procedeixi. En tot cas, aquestes mesures quedaran sense efecte si no s'inicia el procediment en aquest termini o quan l'acord d'iniciació no contingui un pronunciament exprés sobre les mateixes". En l'apartat 1 del propi precepte, s'habilita a l'Administració per a adoptar les mesures provisionals que consideri necessàries una vegada iniciat el procediment; en aquest cas no es requereix una previsió legal expressa.

desempament per la via procedimental ordinària. Els interessats podran interposar els recursos pertinents enfront de la resolució administrativa per la qual es declara de manera provisional al menor en situació de desempament.

L'Administració competent, una vegada tramitat el procediment ordinari, podrà confirmar la condició de desempament del menor, si escau, declarar que no concorre aquesta situació i, per tant, resoldre l'extinció de la tutela administrativa inicialment constituïda, així com el cessament de les mesures provisionals que haguessin pogut adoptar-se.

5.2 El procediment d'urgència

En altres casos, les normes autonòmiques aplicables contempnen l'establiment d'un procediment d'urgència que, en cas necessari, permet a l'Administració dictar la resolució de declaració de desempament i, en conseqüència, l'assumpció de la tutela per l'Administració. La resolució administrativa de desempament dictada en el procediment d'urgència deurà ser degudament notificada a tots els interessats i podrà ser objecte dels recursos corresponents. A continuació, l'Administració deurà procedir a completar la tramitació del procediment per la via ordinària.²³⁰

6. El procediment administratiu en matèria de desempament

6.1 L'objecte i les fins del procediment en matèria de desempament i tutela administrativa

Les Administracions públiques deuen exercir les seves potestats administratives a través del procediment legalment establert. El procediment administratiu és el camí a través del que l'Administració es forma la voluntat que finalment plasmarà en la resolució administrativa final; en el cas que ens

²³⁰ Aquesta és la via seguida per la Llei de la Comunitat de Madrid 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència (art. 53).

ocupa la resolució de desemparament i, assumida *ex lege* la tutela, l'adopció d'unes concretes mesures de protecció del menor.

En el curs del procediment l'Administració deu verificar els fets, determinar les dades tècniques, identificar i valorar el conjunt d'interessos implicats per a, finalment, adoptar aquella decisió que permeti satisfer de manera més eficaç l'interès públic que té, en cada cas, encomanat satisfer. En els procediments administratius dirigits a constatar la situació de desemparament, l'interès que té encomanat tutelar és, en tot cas, l'interès prevalent del menor enfront d'altres possibles interessos en presència, com el dels pares o el tutor que, es clar, també poden i deuen emergeixen i manifestar-se en el curs del procediment. Ara bé, deu tenir-se en compte que, en qualsevol cas, l'interès dels pares o tutors del menor és expressió de la pàtria potestat o la tutela, de les quals deriven un conjunt de facultats que l'Ordenament els reconeix per a actuar en interès del propi menor. Per tant, l'interès del menor i el dels seus pares o tutor, en exercici de la pàtria potestat o la tutela, sempre deuran ser interessos convergents i no contraposats. En última instància és l'interès superior del menor el qual tots ells tenen el deure garantir.

En el curs d'aquesta classe de procediment, l'Administració actua en l'àmbit de la denominada discrecionalitat tècnica. La discrecionalitat se situa en el supòsit de fet imperfecte de la norma, es tracta de precisar un concepte normatiu indeterminat -"situació de desemparament"- . L'Administració actua en l'àmbit de l'actualment denominada discrecionalitat interpretativa o de judici. Una vegada constatat per l'Administració que concorre el supòsit de fet normatiu -la situació de desemparament-, de la pròpia norma resulta la conseqüència jurídica: la tutela automàtica o *ex lege* de l'Administració. Estem, doncs, davant un procediment administratiu la funció essencial del qual és conèixer la situació en la qual realment es troba el menor, es tracta d'obtenir la informació que permeti determinar si el menor gaudeix de la protecció i assistència necessària, si té garantits el ple gaudi dels seus drets.

L'Administració autonòmica competent deurà, doncs, examinar les circumstàncies del menor, la seva situació personal, familiar, social, per a

determinar si aquell es troba en una situació de desprotecció que justifiqui la declaració de desemparament i consegüent assumpció de la tutela per la pròpia Administració. Així, en el curs del procediment dirigit a constatar si concorre una situació de desemparament, es deuran anar recollint tots aquelles dades i opinions de distinta índole que permetin determinar l'efectiva situació del menor i, si escau, les accions més convenients per a brindar-li la protecció necessària. Per això, en aquesta classe de procediment té gran rellevància la intervenció dels tècnics, per a realitzar els estudis i informes socials, mèdics, psicològics, pedagògics que fossin necessaris. Aquests informes deuen ser realitzats per professionals o experts en la matèria respectiva. L'Administració deurà basar la seva decisió final en els fets constatats sobre les circumstàncies personals del menor i en criteris tècnics i no polítics o administratius.

En definitiva, en el curs del procediment administratiu deurà formar-se l'expedient del que resulti que han estat degudament examinades i valorades totes les circumstàncies del menor, que s'han considerat els avantatges i inconvenients d'una possible declaració de desemparament i, finalment, les raons que han conduït a la decisió final. La motivació de la resolució final és un requisit essencial quan s'actua com en aquest cas, en l'àmbit de la discrecionalitat de la discrecionalitat tècnica, interpretativa o de judici. L'Administració deurà explicitar les raons per les quals, en aquelles circumstàncies concretes, aquella decisió és la més convenient per a l'interès que té encomanat tutelar que, en aquest cas, és l'interès del menor. Així mateix, l'Administració deurà expressar les raons per les quals ha acordat aplicar una concreta mesura de protecció, d'entre les vàries possibles, perquè ha considerat aquella mesura la més convenient per a aquell menor declarat en desemparament.

6.2 La naturalesa del procediment desemparament

El procediment a través del que les Administracions competents deuen procedir a verificar la situació de desemparament i, si escau, adoptar la mesura de

protecció pertinent, és un procediment de naturalesa administrativa.²³¹ En efecte, estem davant l'exercici d'una potestat que l'Ordenament atribueix a l'Administració; correspon a aquesta indagar si concorre la situació de desemparament del menor i, si fos constatada, declarar al menor desemparament mitjançant la corresponent resolució administrativa. La resolució administrativa de desemparament, com veurem, gaudeix de la presumpció de validesa i eficàcia immediata pròpia dels actes administratius.

Per tant, l'Administració actua en exercici de la denominada autotutela declarativa i executiva; potestats que l'Ordenament li atribueix per a un eficaç servei als interessos generals. Per això, enfront d'aquests "privilegis" el nostre Ordenament arbitra un conjunt de garanties, entre les quals cap destacar la necessitat d'actuar a través del procediment legalment establert en el qual podran participar tots els interessats.

Per tant, el procediment a través del que l'Administració deu actuar la potestat legalment atribuïda és un procediment administratiu. Així, pel que es refereix al procediment aplicable en matèria de protecció dels menors desemparats, en tots aquells aspectes no prevists expressament per la legislació autonòmica en cada cas aplicable, deurà acudir-se a l'aplicació de les disposicions generals sobre els procediments administratius de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

La figura de la tutela administrativa apareix regulada en el Codi Civil i, com a conseqüència d'això, un sector de la doctrina l'ha qualificat d'institució civil i, per tant, l'ha considerat sotmesa al Dret privat. Per això, algun autor ha conclòs que el procediment que deu seguir l'Administració per a verificar i, si escau, declarar mitjançant una resolució administrativa la situació de desemparament no és un procediment administratiu, sinó un procediment civil²³². Un dels arguments que

²³¹ En el mateix sentit, en l'obra coordinada per LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pàg. 359.

²³² Així, a Catalunya ha estat qualificat de procediment civil el regulat per en el Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener. Vid. VILA

s'utilitza per a qualificar aquest procediment com civil i distingir-lo dels procediments administratius és que, el mateix està presidit per l'interès del menor i, per això, l'Administració no actuaria amb objectivitat. No obstant això, aquest argument no se sosté. La "objectivitat" de l'Administració deu ser entesa "com la qualitat d'adequació al seu objecte, a les fins que la justifiquen, el principi d'objectivitat coincideix amb el de "bona administració", això és, amb l'exigència d'una actuació administrativa bé fundada en el coneixement dels fets, en el dret vigent i en els objectius que es proposa aconseguir".²³³ Per tant, el principi d'objectivitat troba el seu fonament, precisament, en l'exigència constitucional que els actes administratius es produeixin a través d'un procediment (art. 105 c) de la CE) els tràmits del qual deuen dirigir-se a que la decisió final sigui la més adequada per a arribar a les fins encomanades a l'Administració, en aquest cas la protecció dels menors en situació de desemparament per a garantir als nens els drets que l'Ordenament els reconeix i, amb això, el lliure desenvolupament de la seva personalitat.

La resolució mitjançant la qual l'Administració declara al menor en situació de desemparament és un acte administratiu, doncs, com veurem a continuació, gaudeix de les característiques pròpies de tals. Per això, tal com assenyala la Llei, deu produir-se per l'òrgan competent ajustant-se al procediment establert (art. 53 LRJ-PAC).

No obstant això, la mateixa doctrina que atribueix al procediment tramitat per l'Administració per a declarar a un menor desemparat i acordar la mesura de

RUBIO, Marino, "Protección de menores desamparado, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes sobre la evolución de las garantías", en S. ESPIAU ESPIAU i A. VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pàg. 62-69.

²³³ Així ho afirma expressament SAÍNZ MORENO, Fernando, "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (en particular, artículos 1 a 3)", en B. PENDAS GARCÍA, *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudios sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Praxi, Barcelona, 1993, pàg. 129.

protecció aplicable el caràcter de procediment civil, reconeix que “la lletra de la Llei civil genera sensació d'inseguretat jurídica als seus agents i pacients per inconcreció del procediment i per la inevitable comparança amb el mil·limetrat procediment administratiu”. Per això, propugna que s'abordi una reforma de la legislació.²³⁴

Doncs bé, en la mesura que, en realitat, l'Administració actua en exercici de potestats normativament atribuïdes per a aplicar el Dret a un cas concret, ho deurà fer a través del procediment administratiu legalment establert i, si escau, procedirà a aplicar les disposicions generals sobre el procediment administratiu comú. És clar, sense oblidar les particularitats d'aquest àmbit d'actuació; la protecció pública dels menors requereix, en tot cas, una actuació ràpida i àgil però, al mateix temps, rigorosa i prudent.

6.3 L'inici del procediment administratiu

El procediment administratiu dirigit a verificar i, si escau, declarar a un menor en situació de desemparament podrà iniciar-se d'ofici per l'Administració competent o a instància de persona interessada.²³⁵

El procediment s'iniciarà d'ofici per acord de l'òrgan administratiu competent en matèria de protecció de menors de l'Administració autonòmica, bé per iniciativa

²³⁴ En aquest sentit es manifesta VILLA RUBIO, que funda, en part, la seva posició en els antecedents històrics. No obstant, deu posar-se en relleu que l'autor presa en consideració la legislació sobre beneficència, però no examina la legislació històrica sobre protecció de menors, com les lleis -analitzades en la primera part d'aquest treball- de protecció a la infància i de Tribunals tutelars per a nens. Vid. VILLA RUBIO, Marino, “Protección de menores...”, cit., pàg. 69.

²³⁵ Art. 68 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

pròpia o com a conseqüència d'ordre superior, a petició raonada d'altres òrgans o per denúncia.²³⁶

Així, el procediment administratiu de desemparament s'iniciarà d'ofici per l'Administració en els següents supòsits:

- a) Per iniciativa pròpia, quan tingui coneixement que un menor pot trobar-se en situació de desemparament.
- b) Per denúncia de qualsevol persona o entitat que posi en coneixement de l'Administració la possible situació de desemparament d'un menor.
- c) Per denúncia del propi menor que dóna a conèixer la seva situació
- d) A instància del Ministeri Fiscal.

Tanmateix, algunes normes autonòmiques també contemplen que l'Administració degui tramitar el procediment a instància de l'autoritat judicial.²³⁷

Així, en aquells casos que l'autoritat judicial, a través de qualsevol persona tingui coneixement d'un menor en possible situació de desemparament,²³⁸ atès que no ostenta competència per a declarar el desemparament i atribuir la tutela a l'Administració, instarà a aquesta a tramitar l'oportú procediment administratiu.

El procediment administrativa també podria iniciar-se a sol·licitud de persona interessada. Així, el propi menor podria presentar la sol·licitud d'iniciació del procediment. La pròpia Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC) reconeix als menors capacitat d'obrar per a l'exercici dels seus drets i interessos

²³⁶ Art. 69 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions públiques i del procediment administratiu comú.

²³⁷ Així es contempla en la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància.

²³⁸ L'autoritat judicial podria tenir coneixement d'aquesta situació a través de les vies previstes en l'art. 228 o 230 del Codi Civil. L'art. 230 disposa que "qualsevol persona podrà posar en coneixement del Ministeri Fiscal o de l'autoritat judicial el fet determinant de la tutela".

l'actuació dels quals estigui permesa per l'Ordenament sense l'assistència de la persona que exerceixi la pàtria potestat o la tutela. Doncs bé, l'art. 162 del Codi Civil reconeix als menors capacitat per a actuar per si mateix en l'àmbit dels drets de la personalitat. Per tant, els propis menors podrien sol·licitar a l'administració la declaració de desemparament i l'adopció de les oportunes mesures de protecció.

Així mateix, el procediment administratiu també podria iniciar-se a sol·licitud del guardador de fet que s'ha fet temporalment responsable de brindar l'atenció necessària a un menor en situació de desemparament.²³⁹

En qualsevol cas, abans d'iniciar el procediment de desemparament, l'òrgan administratiu competent podrà obrir un període d'informació prèvia, dirigit a conèixer les circumstàncies del cas concret i determinar l'existència d'indícis de falta d'assistència als menors que justifiquin la conveniència de tramitar el procediment.²⁴⁰

La iniciació del procediment deurà comunicar-se als interessats i als denunciants que haguessin donat a conèixer la situació.

6.4 La instrucció del procediment: al·legacions, prova, informes i audiència

6.4.1 Al·legacions

L'Administració deurà notificar l'acord d'iniciació del procediment de desemparament als pares, tutors, guardadores o altres possibles interessats,

²³⁹ A Catalunya, arts. 253 i 254 de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família i arts. 303 a 306 del Codi Civil.

²⁴⁰ Art. 69 de la Llei 39/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC) i en l'àmbit concret de la protecció dels menors desemparats així ho preveu el Decret 42/2002, de 12 de febrer, de la Junta d'Andalusia sobre el règim de desemparament.

sempre que sigui possible perquè es trobin localitzables. En la seva qualitat d'interessats podran presentar les alegacions i aportar els documents que estimin convenients. Així mateix, podran proposar a l'Administració la pràctica de les proves que considerin necessàries per a acreditar la situació real del menor.

Els pares o tutors són titulars de potestats respecte als menors que poden versar afectades o limitades per la resolució final del procediment. Així, resolució administrativa declarant al menor desemparat produeix *ex lege* la suspensió de la pàtria potestat o la tutela civil. Per això, és fonamental obrir el procediment de desemparament a la seva participació a fi que no es produeixin situacions d'indefensió.²⁴¹ Així mateix, és fonamental la participació del guardador de fet que tingui acollit transitòriament al menor que ha estat deixat en desemparament pels legalment obligats a assumir les funcions de guarda; aquesta persona podrà aportar o proposar les proves que permetin constatar la situació del menor.

6.4.2 Proves

L'instructor del procediment podrà acordar l'obertura d'un període de prova, per un termini no superior a trenta dies ni inferior a deu, a fi que puguin practicar-se quantes jutgi pertinents. Serà admissible qualsevol mitjà de prova que serveixi per a acreditar les circumstàncies reals del menor.

A més, de les proves que pugui sol·licitar, si escau, el propi instructor del procediment, també podran sol·licitar la pràctica de proves, tant el propi menor,

²⁴¹ És més, el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, de règim de desemparament estableix l'obligació de l'Administració d'informar a les referides persones sobre la possibilitat de personar-se en el procediment administratiu assistits de lletrat en defensa dels seus interessos i sobre els tràmits per al reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta. És més, es preveu la suspensió del termini previst perquè aquestes persones presentin alegacions en el cas que manifestin la seva intenció de sol·licitar assistència jurídica gratuïta (art. 24.1).

com els seus pares, tutor, guardador o altres interessats en el procediment.²⁴² Així, tots ells podran proposar l'audiència i declaració de persones que puguin aportar més informació sobre la situació efectiva del menor.

L'instructor del procediment només podrà rebutjar la realització de les proves proposades pels interessats quan siguin manifestament innecessàries o improcedents i motivant degudament aquesta decisió.²⁴³

6.4.3 Informes

L'òrgan administratiu competent per a la instrucció del procediment de desemparament deurà realitzar d'ofici i, el més aviat, les actuacions precises per a l'elaboració d'un diagnòstic de l'estat real del menor que sofreix una possible situació de desemparament. Per a això, podrà sol·licitar els informes socials, mèdics, psicològic, pedagògics, policials o uns altres que siguin necessaris per a conèixer les circumstàncies del menor i, si escau, determinar si és possible brindar atenció al menor en el si de la seva pròpia família.

A més, a fi de conèixer la situació personal del menor i el seu entorn social, en el curs del procediment de desemparament podrà sol·licitar-se, d'ofici o a instància de part, l'emissió d'informes a totes aquelles persones o institucions que puguin aportar dades sobre la situació efectiva del menor i de la seva família, tutor o guardador.

Per tant, l'instructor de l'expedient deurà sol·licitar aquells informes prevists amb caràcter preceptiu per les normes reguladores del procediment de desemparament. A més, també sol·licitarà, fonamentant la conveniència de reclamar-los, aquells altres informes que jutgi necessaris per a determinar la

²⁴² La Llei de la Comunitat de Madrid 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència, preveu en el seu art. 52.1 i) que "es podrà obrir un període de prova a instància del menor que hagués complert dotze anys o de qui exercissin sobre ell potestat o guarda".

²⁴³ Art. 81 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

situació real del menor i, si escau, determinar que mesures de protecció més adequades en el cas concret. En la petició dels informes es deuran concretar els extrems o qüestions sobre els quals deurà versar el mateix.²⁴⁴

A Catalunya, mitjançant Decret 62/2001, de 20 de febrer, s'ha creat un òrgan consultiu el dictamen del qual es preceptiu sempre que la proposta de resolució del procediment de desemparament contempli l'aplicació d'una mesura de protecció que suposi la separació del menor del seu nucli familiar. Aquest dictamen deu ser emès pel comitè Tècnic d'Avaluació de Declaracions de Desemparament, òrgan col·legiat consultiu de l'Administració de la Generalitat en matèria de protecció de menors desemparats, adscrit a la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència. L'informe d'aquest òrgan té caràcter preceptiu però no és vinculant.

6.4.4 Audiència

Una vegada instruït el procediment i abans de redactar la proposta de resolució, deurà posar-se de manifest a tots els interessats –pares, tutor, guardador i el propi menor- a fi que puguin al·legar i aportar els documents que estimin convenients.

L'audiència del menor constitueix un requisit ineludible. L'Administració haurà d'obrir el tràmit d'audiència al menor, a qui es deurà escoltar en la forma adequada a la seva edat i grau de maduresa, garantit, en tot cas, la intimitat, seguretat i absència de pressió.

Ara bé, el menor podrà intervenir en el tràmit d'audiència per si mateix o a través de la persona que designi perquè li representi, quan tingui suficient judici.²⁴⁵ En aquells casos que el menor no tingués la maduresa necessària per a personar-se per si mateix en aquest tràmit o designar qui li representi, podrà

²⁴⁴ Art. 82 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

²⁴⁵ En aquest cas no podran actuar com representants del menor els seus pares o tutors, atès que els seus interessos podrien ser contraposats als del menor.

conèixer-se el seu parer a través d'altres persones que per professió o relació de confiança puguin transmetre de forma objectiva els desigs i anhels del menor.

Cal tenir en compte que la Convenció sobre els Drets del Nen, adoptada per les Nacions Unides en 1989 i ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990, disposa als Estats Parts l'obligació de garantir al nen, "que estigui en condicions de formar-se un judici propi, el dret d'expressar la seva opinió lliurement en tots els assumptes que afecten al nen, tenint-se degudament en compte les opinions del nen, d'acord amb l'edat i maduresa del nen". A tal fi, el propi precepte estableix l'obligació de brindar al menor l'oportunitat de ser escoltat en tot procediment judicial o administratiu que li afecti.

En aplicació d'aquesta norma, la Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, disposa en el seu art. 11.1 que "els nens i adolescents han de poder expressar la seva opinió lliurement en tots els assumptes que els afectin". Així mateix, pel que es refereix a l'establiment de mesures de protecció per als menors en situació de desamparament, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desamparats, disposa en el seu art. 5.4 que en l'adopció de qualsevol mesura deu ser escoltat el menor de més de dotze anys, i el de menys de dotze si té suficient coneixement i és possible".

D'altra banda, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, reconeix en el seu art. 9 (precepte de caràcter orgànic) el dret dels menors a ser escoltats "en qualsevol procediment administratiu o judicial que estigui directament implicat i que condueixi a una decisió que afecti a la seva esfera personal, familiar o social". Així mateix, dit precepte "garanteix que el menor pugui exercitar aquest dret per si mateix o a través de la persona que designi perquè li representi, quan tingui suficient judici". Ara bé, la pròpia norma adverteix que "quan això no sigui possible o no convingui a l'interès del menor, podrà conèixer-se la seva opinió per mitjà dels seus representants legals, sempre que no siguin part interessada ni tinguin interessos contraposats als del menor, o a través d'altres persones que per la seva professió o relació

d'especial confiança amb ell puguin transmetre-la objectivament". En qualsevol cas, "quan el menor sol·liciti ser escoltat directament o per mitjà de persona que li representi, la denegació de l'audiència serà motivada i comunicada al Ministeri Fiscal i a aquells".

Per tant, en aquells procediments de desemparament en els quals l'Administració consideri que no és convenient l'audiència del menor, en la resolució final deuran expressar-se les raons que justifiquen aquesta decisió.

El tràmit d'audiència deurà ser el més obert possible, de manera que puguin participar en el procediment totes aquelles persones que puguin aportar elements de judici que permetin determinar la situació del menor, de la seva família o altres persones que ho atenguessin, per a precisar si concorre efectivament la situació de desemparament i les mesures de protecció més convenient per aquell menor.

Així mateix, des del meu punt de vista, l'Administració també deurà donar audiència al Ministeri Fiscal. No obstant això, en l'actualitat, no es contempla aquesta audiència i tan sols preveu la comunicació al Fiscal de la resolució administrativa final declarant el desemparament. Deu tenir-se en compte que la Carta Europea dels Drets del Nen²⁴⁶ estableix en el punt 8.14 que "en la totalitat de procediments (dirigits a adoptar una decisió relativa als menors) *deurà ser part obligatòriament el ministeri fiscal o el seu equivalent, la funció primordial del qual serà la salvaguarda dels drets i interessos del nen*".

6.5 La proposta de resolució

Una vegada finalitzat el tràmit d'audiència, l'òrgan instructor elaborarà una proposta de resolució en la qual, de forma clara i raonada, es determinarà la procedència o no de declarar al menor en situació de desemparament i, si escau, les mesures de protecció que en aquell cas es consideren més adequades.

²⁴⁶ Aprovada per Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol de 1992.

A Catalunya, el Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats, disposa en el seu art. 15 que la proposta de mesura de protecció deurà especificar raonadament i de forma clara i concisa: a) el pla de millora; b) l'abast de la mesura, amb previsió de la seva durada i de la forma que ha d'aplicar-se; c) els objectius concrets a arribar a mitjançant l'aplicació d'aquella mesura.

La proposta de resolució, juntament amb els documents que formen l'expedient administratiu, deurà traslladar-se a l'òrgan administratiu competent per a resoldre el procediment.

6.6 La terminació del procediment. El termini per a dictar i notificar la resolució administrativa de desemparament

En el supòsit de verificar-se la situació de desemparament, el procediment administratiu deurà finalitzar amb una resolució mitjançant la qual l'Administració declara al menor desemparat i acorda, si escau, -encara que també pot fer-lo en una resolució distinta- la mesura de protecció aplicable.

En el procediment dirigit a verificar la situació de desemparament, difícilment podran tenir cabuda altres formes de terminació distintes a la resolució, com el desistiment, la renúncia o la terminació convencional, ja que es tracta d'un procediment que té exclusivament per objecte verificar una situació de fet, si concorre o no una situació de desemparament. D'altra banda, en la decisió final deurà prevaler, en tot cas, l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès. Per tant, en la resolució final del procediment, l'Administració deurà declarar si el menor es troba desemparat i, així mateix, explicitar les raons per les quals, si escau, s'ha apreciat aquesta situació com a conseqüència de la falta o indegut compliment dels deures de protecció establerts per les lleis per a la guarda dels menors.

Ara bé, podria succeir que iniciat el procediment administratiu dirigit a apreciar si el menor es troba en situació de desemparament, l'Administració constati que la situació de desemparament és deguda a que concorren circumstàncies

greus o raons de força major que impedeixen als pares o tutors complir degudament amb els deures de guarda. En aquest cas, si en el curs del procediment, els responsables del menor sol·licitessin a l'Administració que assumeixi la guarda mentre se superen aquelles circumstàncies que els impedeixen atendre al menor, el procediment administratiu podria finalitzar, no amb una resolució de desemparament -que implicaria la suspensió de la pàtria potestat o la tutela- sinó amb una resolució mitjançant la qual l'Administració assumeix de forma temporal la guarda del menor a instància dels propis pares o tutors²⁴⁷.

En referència al termini dins el que l'Administració haurà de notificar als interessats la resolució del procediment, serà el fixat per la norma reguladora del corresponent procediment. Segons disposa l'art. 42.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC), que, a més, precisa que el referit termini no podrà excedir de sis mesos, llevat que una norma amb rang de llei disposi un major. D'altra banda, l'apartat 3 del propi art. 42, estableix que “quan les normes reguladores dels procediments no fixin el termini màxim, aquest serà de tres mesos”.

Doncs bé, pel que es refereix a la protecció pública dels menors desemparats només alguns legisladors autonòmics han previst el termini dintre del que l'Administració deurà tramitar el procediment i dictar i notificar als interessats la resolució administrativa final. Per tant, en aquells supòsits en els quals la norma no ha establert un termini màxim dintre del que deurà haver-se notificat la resolució de desemparament, s'aplicarà el termini de tres mesos (art. 42.3 LRJ-PAC).

La Llei de la Comunitat de Madrid 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència, al regular el procediment per a declarar al menor desemparat i assumir la tutela, ha disposat en el seu art. 52.2 que “en cap cas el termini màxim de resolució serà superior a tres mesos des que

²⁴⁷ Veure art. 172.2 del Codi Civil; i a Catalunya, art. 9 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

s'inicia l'expedient tret que l'òrgan competent per a resoldre autoritzi, excepcionalment, una pròrroga per un període màxim de dos mesos". També estableix que el termini màxim per a dictar resolució no podrà ser superior a tres mesos la Llei de la Rioja 4/1998, de 18 de març, del menor (art. 49.2).

Ara bé, el termini màxim legal per a resoldre el procediment administratiu i notificar la resolució final podrà ser suspès quan sigui necessari sol·licitar informes preceptius i determinants del contingut de la decisió a un òrgan de la mateixa o de distinta Administració, pel temps que intervingui entre la petició, que deurà comunicar-se als interessats, i la recepció de l'informe, que igualment deurà ser comunicada als mateixos. Aquest és una dada que serà necessari tenir en compte, a causa de la importància que tenen en aquesta classe de procediment els informes tècnics, pel que en molts casos es requereixen amb caràcter preceptiu. No obstant, deu tenir-se en compte que el termini de suspensió no podrà excedir en cap cas de tres mesos.²⁴⁸

6.7 El procediment administratiu previst en l'Ordenament català per a declarar a un menor desemparat

A Catalunya, correspon a l'Administració de la Generalitat, a través de la Direcció general d'Atenció a la Infància i Adolescència, del Departament de Benestar i Família, verificar i declarar la situació de desemparament d'un menor mitjançant una resolució administrativa que deurà ser degudament motivada.

En el procediment administratiu en el curs del que deurà ser apreciada i, si escau, declarada la situació de desemparament d'un menor, tenen atribuït un paper fonamental els equips tècnics. Segons s'ha posat en relleu, l'Administració actua en l'àmbit dels denominats tradicionalment conceptes normatius indeterminats, deu establir si en el cas concret concorre o no una situació de desemparament. Ara bé, en la mesura que per a concretar i

²⁴⁸ Així ho disposa l'art. 42.5 c) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

determinar el desemparament l'Administració deu utilitzar criteris tècnics,²⁴⁹ la seva actuació es reconduïx a la denominada discrecionalitat tècnica. Per això, en aquest tipus de procediment tenen un gran protagonisme els equips tècnics. Així, a Catalunya, correspon als equips tècnics instruir el procediment i, per tant, apreciar i valorar l'existència de factors de risc social, sol·licitar els informes necessaris sobre la situació del menor, escoltar al menor, proposar la mesura de protecció més adequada i, si escau, proposar la declaració de desemparament.

6.7.1 Els factors de risc social

Els equips tècnics competents, hauran de valorar raonadament l'existència de factors de risc social que justifiquin l'apreciació de la situació de desemparament i, si escau, proposaran declarar al menor desemparament i la mesura de protecció més adequada en el cas concret.

El propi Reglament de Protecció dels Menors Desemparats²⁵⁰ contempla un conjunt de situacions que els equips tècnics deuran tenir en compte, per a considerar que concorren factors d'alt risc social. Així, quan existeixin indicis que els pares o tutors han realitzat alguna de les següents conductes: abandó del menor; negligència en el compliment de les obligacions alimentàries, d'higiene, salut o educatives; que haguessin subministrat al menor substàncies psicotròpiques sense causa mèdica justificada o qualsevol substància tòxica; que li infligeixin maltractaments; que li haguessin induït a la mendicitat, a la delinqüència o la prostitució; que no tinguin vincles afectius amb el menor per incompliment dels deures de protecció; que els pares, tutors o guardadores pateixin una malaltia mental o siguin drogodepenents i això repercuteixi negativament en el menor; qualsevol desatenció o imprudència que atempti contra la integritat física o psíquica del menor.

²⁴⁹ Així, per exemple, és necessari avaluar l'estat de salut del menor, el nivell educatiu, la seva situació psicològica, etc.

²⁵⁰ Decret 2/1997, de 7 de gener.

Finalment, el referit Reglament, davant la impossibilitat de contemplar totes les possibles situacions de desprotecció en les quals poden trobar-se els menors, estableix una clàusula oberta: “quan s'apreciïn objectivament altres factors que impossibilitin el desenvolupament integral del menor”.

En definitiva, és la falta dels elements bàsics per al desenvolupament de la personalitat del menor el que caracteritza la situació de desemparament. No obstant això, donat l'indeterminat d'aquest concepte, el propi legislador contempla un conjunt de circumstàncies que redueixen l'halo d'incertesa al brindar indicis clars que falten els elements necessaris perquè el menor pugui gaudir plenament dels drets que l'Ordenament li reconeix i, per tant, desenvolupar lliurement la seva personalitat.

Els equips tècnics, per a poder proposar la mesura de protecció pública més adequada per a l'atenció i desenvolupament integral del menor, deuran conèixer la seva realitat personal, social i familiar, a aquest efecte de determinar els factors de risc social que concorren. L'anàlisi de la situació del menor obliga a examinar el mitjà natural del menor, l'entorn en el qual es desenvolupa la seva vida diària. A més, l'anàlisi de la situació de risc comporta l'avaluació raonada de l'estat físic, psicològic, afectiu, educatiu i sociofamiliar del menor.²⁵¹

En la mesura que el desemparament constitueix una situació de fet, l'Administració deuria constatar l'efectiva situació de desprotecció per a declarar al menor desemparat i, atribuïda per la llei de forma automàtica la tutela, aplicar les mesures de protecció més adequades.

6.7.2 Els informes tècnics

Els equips tècnics, per a valorar degudament si concorren els factors de risc

²⁵¹ Art. 13 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats aprovat per Decret 2/1997, de 7 de gener.

social que justificarien la declaració de desemparament, deuran sol·licitar els informes socials, mèdics, pedagògics o policials que siguin necessaris. A més, aquests informes podran versar sobre les possibilitats i conveniència que el menor pugui ser atès en la seva pròpia família o pels seus parents o, si escau, en una família aliena.²⁵²

6.7.3 La identificació de la situació personal i familiar del menor

A més, amb la finalitat de conèixer amb la major certesa la situació personal i social del menor i el seu entorn familiar, els equips tècnics podran sol·licitar informació a totes aquelles persones que puguin aportar dades sobre la situació efectiva del menor i de la seva família o guardadores.

Amb la informació aportada, els equips tècnics deuran completar, quan sigui possible, les dades personals i tota la documentació relativa al menor i a la seva família. Aquestes dades i, si escau, els documents i certificats aportats pels interessats seran incorporats a l'expedient administratiu referit al menor.²⁵³

En el cas dels menors immigrants en situació de desemparament, l'art. 60 del Reglament d'execució de la Llei orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya (aprovat per Reial decret 864/2001, de 20 de juliol) preveu l'existència d'un Registre de menors estrangers en situació de desemparament a efectes únicament d'identificació, que constaran les dades personals del menor. Així mateix, el referit precepte imposa a l'Administració en cada cas competent per a la protecció dels menors, el deure comunicar a la Direcció general de Policia, a través dels seus òrgans perifèrics, les dades que coneguin relatives a la identitat del menor estranger que es trobi en situació de desemparament, amb la finalitat de completar les dades que deuen constar en

²⁵² Art. 10 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovats per Decret 2/1997, de 7 de gener.

²⁵³ Art. 11 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovats per Decret 2/1997, de 7 de gener.

el referit Registre. Ara bé, deu tenir-se en compte que, segons estableix l'art. 35 de la Llei orgànica 4/2000, de 11 de gener, les referides dades només poden ser utilitzats per a la identificació dels menors i no per a una finalitat distinta.²⁵⁴

6.7.4 La participació dels pares o guardadores del menor

Els equips tècnics, en la fase d'estudi i avaluació de la situació del menor deuran escoltar als que tinguin la pàtria potestat o la guarda del menor, sempre que això sigui possible per conèixer-se on son.

Així mateix, els pares o guardadores del menor poden comparèixer en el procediment i aportar, o posar en coneixement dels equips tècnics, tots aquelles dades que permetin tenir coneixement millor dels fets i circumstàncies rellevants en la tramitació de l'expedient. En el cas que els pares, tutors o guardadores realitzessin davant l'Administració manifestacions verbals, haurà de deixar-se constància escrita de les mateixes en l'expedient administratiu. Tota la informació i documentació aportada deurà quedar incorporada a l'expedient.²⁵⁵

6.7.5 L'audiència al menor

En la fase d'estudi i avaluació de la situació del menor, els equips tècnics deuran escoltar al menor de dotze anys, sempre que sigui possible.²⁵⁶ La falta d'audiència del propi menor només estaria justificada quan no fos convenient

²⁵⁴ Veure la Circular de la Fiscalia General de l'Estat 3/2001, de 21 de desembre, sobre la "actuació del Ministeri Fiscal en matèria d'estrangeria".

²⁵⁵ Arts. 11 i 12 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovats per Decret 2/1997, de 7 de gener.

²⁵⁶ Art. 11 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovats per Decret 2/1997, de 7 de gener.

per a l'interès superior del propi menor; no obstant això, també podran conèixer-se els anhels del menor a través d'altres persones.

Cal tenir en compte que el nostre Ordenament reconeix als menors el dret a ser escoltats en tots aquells procediments en els quals estiguin directament implicats i que conduixin a una decisió que afecti a la seva esfera personal, familiar o social. Per tant, els menors tenen dret a ser escoltats en els procediments administratius de desemparament.

No obstant, en aquells casos que no fos possible l'audiència del menor o no fos aconsellable per al propi menor, podrà conèixer-se la seva opinió per mitjà dels seus representants legals, sempre que no siguin part interessada ni tinguin interessos contraposats als del menor, o a través d'altres persones que per la seva professió o relació d'especial confiança amb ell puguin transmetre-la objectivament.²⁵⁷

6.7.6 La proposta de resolució dels equips tècnics sobre la declaració de desemparament i les mesures de protecció aplicables

En aquest moment del procediment administratiu, una vegada emplenats els tràmits examinats, els equips tècnics ja tindran coneixement de la situació personal, social i familiar del menor. Per tant, hauran determinat si existeixen factors de risc social que puguin justificar la declaració de la situació de desemparament del menor. Per això, ara deuran dictar, si escau, una proposta de resolució de declaració de desemparament i proposaran, a més, la mesura de protecció més adequada, que podrà aplicar l'Administració al tenir atribuïda la tutela de forma automàtica.

Quant a la determinació de la mesura de protecció, l'Administració aplicarà de forma preferent, sempre que sigui possible, mesures que no impliqui la

²⁵⁷ Art. 9 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

separació del menor del seu entorn familiar. Per tant, es deurà prioritzar l'atenció del menor en la seva pròpia família, sempre que es consideri que la situació de desemparament pugui desaparèixer mitjançant les intervencions tècniques corresponents.²⁵⁸

En aquells casos que la situació de desemparament que viu el menor fes aconsellable adoptar una mesura de protecció que impliqui la separació del menor del seu nucli familiar, la proposta tècnica de mesura deurà anar acompanyada d'un "pla de millora", dirigit a afavorir la tornada del menor a la seva família, sempre que sigui possible.

A més, la proposta tècnica de mesura de protecció deurà especificar, de forma raonada, clara i concisa: l'abast de la mesura, amb la previsió de la seva durada i la forma que deu exercir-se i els objectius concrets que es pretenen aconseguir a través d'aquella mesura.²⁵⁹

La proposta dels equips tècnics deurà obtenir la validació prèvia de les unitats que correspongui de la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència. Amb posterioritat, aquesta proposta serà elevada per a la resolució definitiva al Director General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència.

6.7.7 L'informe del Comitè Tècnic d'Avaluació de Declaracions de Desemparament

En el cas que la proposta de resolució administrativa, elaborada pels equips tècnics, contemplés l'aplicació d'una mesura de protecció que implicarà la separació del menor de la seva família, deurà ser sotmesa a informe del

²⁵⁸ La Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, estableix en el seu art. 5.3 que "es procurarà, sempre que sigui possible, aplicar mesures que no comportin la separació del menor de la seva llar i del seu entorn familiar".

²⁵⁹ Art. 15 del Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, aprovats per Decret 2/1997, de 7 de gener.

Comitè Tècnic d'Avaluació de Declaracions de Desempament abans de ser elevada a l'òrgan competent per a resoldre.

El Comitè Tècnic d'Avaluació de Declaracions de Desempament és un òrgan col·legiat consultiu en matèria de protecció de menors desamparats adscrit a la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència.²⁶⁰ Aquest òrgan consultiu deu emetre informe de les propostes de resolució sobre la declaració de la situació de desampament dels menors en situació d'alt risc social que, a més, proposin l'adopció d'una mesura que comporti la separació del menor del seu nucli familiar.

L'informe del Comitè Tècnic d'Avaluació deurà emetre's en el termini d'un mes, encara que aquest termini podrà ampliar-se fins dos mesos quan la complexitat del cas ho requereixi. L'informe té caràcter preceptiu, però no vincula a l'òrgan competent per a resoldre: el Director General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència.²⁶¹

La intervenció d'aquest òrgan col·legiat suposaria una major garantia de l'objectivitat de la decisió final. La composició de l'òrgan, format per professionals designats per distintes institucions, constituïria una garantia per a la imparcialitat i oportunitat de la decisió.

²⁶⁰ Aquest Comitè aquesta format per la persona titular de la Direcció general d'Atenció a la Infància i l'Adolescència, dos funcionaris amb responsabilitat en l'àmbit de protecció de menors i un en l'àmbit de l'assessoria jurídica; fins dos experts designats per les institucions i entitats col·laboradors en aquest àmbit; un expert designat per la Federació de Municipis de Catalunya i altre expert designat per l'Associació Catalana de Municipis i Comarques; i fins tres professionals de prestigi en l'àmbit de la protecció de menors. Aquest òrgan va ser creat pel Decret 62/2001, de 20 de febrer, que modifica parcialment el Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual es va aprovar el Reglament de protecció dels menors desamparats.

²⁶¹ Art. 16 i disposició addicional 7.1, 2 i 3 del Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual es va aprovar el Reglament de protecció dels menors desamparats, modificat pel Decret 62/2001, de 20 de febrer.

6.7.8 La resolució declarant el desemparament i establint la mesura de protecció

El desemparament deurà ser declarat mitjançant una resolució administrativa degudament motivada.²⁶² En Catalunya, l'òrgan competent per a dictar la resolució és el Director General d'Atenció a la Infància i Adolescència de la Conselleria de Benestar i Família de l'Administració de la Generalitat. Així mateix, en la pròpia resolució en la que es declara al menor desemparat podran acordar-se les mesures de protecció aplicables, ja que l'Administració assumeix, per manament legal, la tutela de forma automàtica.²⁶³

7 La resolució administrativa de desemparament

7.1 La resolució administrativa de desemparament: contingut i efectes

Una vegada tramitat el procediment administratiu dirigit a conèixer i valorar la situació de fet en la qual efectivament es troba el menor i, verificat, si escau, el desemparament, l'Administració declararà la situació de desemparament del menor mitjançant una resolució degudament motivada. La resolució administrativa deurà explicitar les raons que han conduït a la declaració de desemparament i consegüent assumptió de la tutela per l'Administració.

La pròpia Llei vincula a la resolució administrativa de desemparament la producció d'un efecte de naturalesa administrativa: l'atribució a l'Administració

²⁶² Així ho estableix l'art. 2.4 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures i protecció dels menors desemparats.

²⁶³ Art. 5.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre i arts. 10 i 16 del Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de Protecció dels Menors Desemparats, modificat pel decret 62/2001, de 20 de febrer. Veure, així mateix, l'art. 76 del Decret 284/2002, de 19 de novembre, d'estructuració i reestructuració parcial de diversos departaments de l'Administració de la Generalitat.

de manera automàtica de la tutela del menor. Aquest títol legitima i obliga a l'Administració a adoptar un conjunt de mesures de protecció en benefici del menor.

D'altra banda, una vegada la resolució administrativa de desemparament ha produït *ex lege* l'efecte d'atribuir de forma automàtica la tutela a l'Administració, la tutela administrativa va a produir, també per obra de la llei i de manera automàtica, efectes civils: la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària.²⁶⁴

Per tant, l'Administració té atribuïda per la Llei la titularitat de la guarda de menor i, per tant, dels deures i facultats inherents a la mateixa. De forma simultània, la Llei suspèn als pares o tutors les obligacions i facultats de caràcter personal inherents a la pàtria potestat o la tutela.

En la mesura que la resolució de desemparament comporta de forma automàtica la tutela de l'Administració, en la mateixa resolució podran acordar-se les mesures de protecció aplicables al concret menor. La resolució haurà d'expressar la raó per la qual aquella mesura és la més convenient per al menor i l'abast i finalitat de la mateixa.

D'altra banda, en aquells supòsits que l'aplicació de la mesura de protecció requereixi que el menor passi a disposició de l'Administració, en la resolució deuria establir-se el termini dintre del que els pares, tutor, guardador o altres persones que convisquin en aquell moment amb el menor deuran posar aquell a la disposició de l'Administració.

A continuació, com veurem, l'Administració deurà notificar la resolució administrativa a tots els interessats en el procediment i, així mateix, deurà comunicar la resolució al Ministeri Fiscal. En el cas de menors estrangers

²⁶⁴ Art. 172.1 in finis del Codi Civil. En Catalunya, art. 3 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i art. 164 del Codi de Família.

tutelats per l'Administració, la resolució de desemparament també deuria ser comunicada a l'autoritat consular.

7.2 La notificació de la resolució administrativa: destinataris, contingut, termini i forma

7.2.1 Destinataris

La resolució administrativa per la que es declara a un menor en situació de desemparament deurà ser notificada als pares, al tutor, al guardador, als familiars que últimament hagin conviscut amb el menor i, si escau, a tots aquells que tinguin la condició d'interessats en el procediment.

Així mateix, en el cas que l'Administració no hagués acordat en la mateixa resolució de desemparament la mesura de protecció aplicable al menor, una vegada dictada la resolució establint el tipus de la seva mesura i el seu abast i finalitat, deurà ser notificada també a tots els interessats.

La Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, disposa en el seu art. 2.4 que la resolució de desemparat serà “notificada als pares, al tutor, al guardador o als familiars que últimament hagin conviscut amb el menor. Aquests també seran informats dels drets que els assisteixen i de com poden canalitzar la seva oposició”. A continuació, l'art. 7 afegeix que “l'adopció de qualsevol mesura, i la finalitat i l'abast d'aquesta, seran notificats immediatament als pares, al tutor, al guardador o als familiars que últimament hagin conviscut amb el menor”.

A més, la resolució de desemparament i, si escau, aquella mitjançant la que s'acordin les mesures de protecció deurà ser notificada al propi menor, segons el seu grau de maduresa i, en tot cas, quan ja hagués complert els dotze anys.

7.2.2 Termini

Quant al termini dintre del que deurà ser notificada la resolució administrativa

de desemparament, de l'art. 172.1 del Codi Civil resulta que l'Administració que tingui encomanat en el seu respectiu territori la protecció dels menors, deurà notificar als pares, tutors o guardadores –també a altres possibles interessats i al propi menor- la resolució de desemparament i consegüent tutela de l'Administració en un termini de quaranta-vuit hores.

Tenint en compte que aquesta matèria ha estat regulada pel legislador estatal en el Codi Civil, a l'empara del títol competencial legislació civil d'art. 149.1.8 de la Constitució –qüestió que, com s'ha plantejat unes pàgines abans, és discutible- els legisladors autonòmics que no tenen competència sobre legislació civil han acollit el referit termini de quaranta-vuit hores per a la pràctica de la notificació de la resolució de desemparament.²⁶⁵

En canvi, a Catalunya, que, com s'ha vist a l'inici d'aquest estudi, té competència en matèria de legislació civil sobre institucions de protecció de menors, sembla contemplar un termini de dos dies per a notificar la resolució als interessats. I dic sembla, perquè no queda clar si la Llei estableix aquest termini exclusivament per a comunicar al Fiscal la resolució o si aquest termini també és aplicable per a la pràctica de la notificació als interessats.²⁶⁶

²⁶⁵ Així, la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció de la infància, estableix en el seu art. 68 que deuran ser notificades “en el més breu termini, i en tot cas, dintre de les quaranta-vuit hores quan es declari la situació de desemparament que aquest es troba i s'assumeixi la seva tutela”. Així mateix, preveuen que la notificació de la resolució administrativa deurà practicar-se dintre del termini de quaranta-vuit hores la Llei de Canàries 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 49), la Llei de Cantàbria 7/1997, de 28 d'abril, de protecció a la infància i l'adolescència (art. 32), la Llei de Castella-La Manxa 3/1999, de 31 de març, del menor (art.38) o el Decret del Govern de Galícia 42/2000, de 7 de gener, que refon la normativa reguladora vigent en matèria de família, infància i adolescència (art. 37.2).

²⁶⁶ Art. 2.4 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

7.2.3 *Medi o forma*

De forma general, les resolucions administratives en matèria de desemparament i tutela de l'Administració deurà notificar-se de forma presencial sempre que sigui possible²⁶⁷. En efecte, l'art. 172 del Codi Civil estableix que “sempre que sigui possible, en el moment de la notificació se'ls informarà – als interessats- de forma presencial i de manera clara i comprensible de les causes que van donar lloc a la intervenció de l'Administració i dels possible efectes de la decisió adoptada”.

No obstant això, quan no fos possible la notificació presencial, la resolució administrativa serà notificades per escrit o per qualsevol altre mitjà que permeti tenir constància de la recepció pels interessats o el seu representant i la data, identitat i contingut de l'acte notificat.²⁶⁸ D'altra banda, en certs casos el legislador autonòmic ha establert expressament que la resolució administrativa de desemparament deurà notificar-se per escrit.²⁶⁹

La notificació de forma personal és especialment adequada quan va dirigida al propi menor afectat per la resolució.²⁷⁰ Així mateix, com veiem, el legislador opta de forma general perquè es notifiqui personalment la resolució de desemparament a la resta d'interessats. Es tracta que tots els afectats puguin comprendre amb tota claredat el significat i conseqüències de la declaració de desemparament, les causes que l'han motivat i les formules d'oposició a la mateixa. Per això, serà també fonamental que l'Administració tingui en compte

²⁶⁷ Així, la Llei de Canàries 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 49) o la Llei de Cantàbria 7/1999, de 28 d'abril, de protecció de la infància i l'adolescència.

²⁶⁸ Art. 59 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC).

²⁶⁹ Aquest seria el cas, entre altres, de la Llei del Principat d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (art. 34).

²⁷⁰ Així, el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, estableix que els menors deuran ser notificats, en tot cas, personalment (art. 29.4).

les circumstàncies personals i soci-culturals d'aquestes persones, per a practicar la notificació de la manera més clara i comprensible possible.

Ara bé, en el cas que algun dels interessats en el procediment fora desconegut, s'ignori el lloc de notificació o no s'hagués pogut practicar per alguna raó, la notificació deurà practicar-se mitjançant la inserció d'anuncis o la publicació. En aquest cas el contingut de la notificació es limitaria a realitzar una breu indicació del contingut de la resolució i el lloc en el qual els interessats podran comparèixer, en el termini establert a aquest efecte, per a conèixer el contingut íntegre de la mateixa.²⁷¹

7.2.4 Contingut

Les resolucions administratives de desemparament i, si escau, les que es dictin acordant les mesures de protecció aplicable –si no han quedat establertes en la mateixa resolució de desemparament- deuran contenir el text íntegre de l'acte i indicar els recursos que procedeixin contra la mateixa, l'òrgan davant el qual haguessin de presentar-se i el termini per a interposar-los.

En la notificació deurà informar-se a tots els interessats, d'una manera clara i comprensible, de les causes que van donar lloc a la intervenció administrativa, dels efectes de la decisió adoptada, de les mesures de protecció acordades i dels recursos que procedeixen contra la decisió de l'Administració.

Així mateix, en el cas que la mesura de protecció acordada per l'Administració impliqui la separació del menor de les persones amb les quals estigués convivint en aquell moment, en la notificació deurà indicar-se el termini en el que els pares, tutor, guardador o altres persones que aleshores convisquin amb el menor tutelat deuran lliurar-lo a l'Administració competent.

El Decret del Consello de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de gener, que refon la normativa reguladora vigent en matèria de família, infància i adolescència,

²⁷¹ Així ho estableix l'art. 29.5 del Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer.

estableix expressament en el seu art. 37.2 que “els pares o guardadores disposaran d'un termini de dos dies, a contar des de l'endemà a la notificació, per a fer lliurament voluntari del menor”.

7.2.5 Acreditació de la notificació

En l'expedient administratiu deurà quedar constància per escrit de la pràctica de la notificació, també quan la notificació s'hagués practicat de forma presencial. Per tant, l'acreditació de la notificació efectuada deurà incorporar-se a l'expedient administratiu.²⁷²

7.3 La comunicació de la resolució de desemparament i d'adopció de mesures de protecció al Ministeri Fiscal. La comunicació, si escau, a l'autoritat consular

En els procediments administratiu de desemparament el Ministeri Fiscal deu tenir la condició de part interessada, doncs a ell correspon la funció de salvaguardar els drets i interessos del menor. Així, resulta del disposat en la Carta Europea dels Dret del Nen aprovada pel parlament Europeu (Resolució A3-0172/92, de 8 de juliol), que en el punt 8.14 estableix que el Ministeri Fiscal o el seu equivalent deurà ser obligatòriament part en els procediments administratius o judicials referits als menors amb la finalitat de vetllar pels seus drets i interessos.

No obstant això, ni el legislador estatal, ni els legisladors autonòmics, estableixen amb la deguda claredat el paper del Ministeri Fiscal en el procediment administratiu de desemparament.

En l'àmbit estatal, l'art. 174 del Codi Civil ha encomanat al Fiscal la superior vigilància de la tutela i guarda de les Administracions públiques i, a tal fi,

²⁷² Art. 59 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC). Així mateix, ho ha precisat respecte a la notificació de la resolució de desemparament la Llei de Castella-la Manxa 3/1999, de 31 de març, del menor (art. 38).

estableix que “l'entitat pública li donarà notícia immediata dels nous ingressos de menors i li remetrà còpia de les resolucions administratives i dels escrits de formalització relatius a la constitució, variació i cessació de les tuteles, guardes i acolliments. Igualment li donarà compte de qualsevol novetat d'interès en les circumstàncies del menor”.

Així, seguint els passos del legislador estatal, els diversos legisladors autonòmics s'han limitat a contemplar la necessitat de comunicar al Ministeri Fiscal la resolució de desemparament.

A Catalunya, el legislador ha establert que la resolució declarant el desemparament deurà ser comunicada al Ministeri Fiscal en el termini màxim de dos dies. Així mateix, deuran comunicar-se al Fiscal les resolucions per les quals s'adoptin mesures de protecció que impliquin la separació dels menors de la seva família.²⁷³ Ara bé, tenint en compte les funcions del Fiscal en matèria de protecció de menors, li deuran ser comunicades totes les resolucions per les quals s'acorden mesures de protecció dels menors tutelats per l'Administració, amb independència del tipus de mesura.

D'altra banda, en el cas que menors immigrants no acompanyats que són declarats en situació de desemparament i, per tant, tutelats per les nostres Administracions, la resolució de desemparament i, consegüent assumpció de la tutela per l'Administració, deuria ser comunicada a l'autoritat consular de l'Estat del que sigui nacional el menor.²⁷⁴ D'aquesta manera les autoritats de l'Estat d'origen poden conèixer la situació del menor i, si escau, permetre que els seus pares o familiars puguin conèixer el seu estat i localització i fer possible, quan fos convenient, la reintegració del menor en la seva família o, al menys, que el menor pugui gaudir dels seus drets a relacionar-se amb la seva família.

²⁷³ Arts. 2.4 i 6.1 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

²⁷⁴ Així ho ha previst expressament el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, de règim de desemparament (art. 28.1).

7.4 Eficàcia de la resolució administrativa de desemparament

La resolució administrativa declarant el desemparament d'un menor té per ministeri de la llei els següents efectes: d'una banda, comporta l'atribució a l'Administració de manera automàtica de la tutela del menor; per un altre, una vegada atribuïda a l'Administració la tutela es produeix, també de forma ex lege, la suspensió automàtica de la pàtria potestat o la tutela civil.

Així, una vegada verificada i declarada la situació de desemparament i, per tant, atribuïda la tutela a l'Administració, aquesta té el títol legal que li permet adoptar les mesures de protecció que consideri més convenients, encara que impliquin la separació del menor de la seva família. Aquestes mesures podran ser establertes en la mateixa resolució de desemparament, atès que produeix la tutela automàtica i, per tant, ja legitima a l'Administració per a actuar, però també podrien ser establertes mitjançant una resolució distinta.

Per descomptat, els pares, tutors, guardadores o familiars que haguessin conviscut últimament amb el menor o altres interessats podran oposar-se a l'aplicació de les mesures de protecció acordades per l'Administració i, per consegüent, impugnar davant l'autoritat judicial la decisió administrativa.

Ara bé, correspon examinar si, en aquest àmbit de protecció de menors, l'Administració actua amb els seus tradicionals privilegis de autotutela i, per tant, si resolució administrativa de desemparament i les dictades aplicant mesures de protecció en exercici de la tutela, estan subjectes al Dret administratiu i, per tant, tenen eficàcia immediata.

S'ha de tenir en compte que la institució de la tutela administrativa va ser incorporada pel legislador estatal al Codi Civil a l'empara del títol competencial de l'art. 149.1.8 de la Constitució i qualificada, per bona part de la doctrina, d'institució de Dret civil. També vam veure que altre sector de la doctrina considerava que, en realitat, es tractava d'una acció protectora encomanada a l'Administració i emmarcada en l'àmbit de l'assistència social, per tant, activitat administrativa.

Per això, és necessari analitzar la manera que actua l'Administració i les potestats que li reconeix l'Ordenament jurídic, per a determinar si actua d'acord que al Dret administratiu i si la relació que sorgeix de la resolució de desemparament és una relació jurídic-administrativa o una relació jurídica de Dret privat.

Així, amb la finalitat d'establir si la relació jurídica que neix de la resolució de desemparament és una relació pròpia del Dret administratiu o bé es tracta d'una relació de Dret privat, devem examinar els mitjans que l'Ordenament atribueix a l'Administració per a arribar a la fi encomanada, en aquest cas l'assistència i protecció pública dels menors desemparats. En efecte, un dels criteris essencials per a determinar si l'Administració actua sotmesa al Dret Administratiu és la singularitat dels mitjans que disposa per a arribar a les seves finalitats, aquests mitjans es concreten en el reconeixement de certes prerrogatives –la denominada autotutela administrativa- que es manifesta fonamental en la executivitat de l'acte administratiu.

7.4.1 L'executivitat de la resolució administrativa declarant la situació de desemparament

L'art. 57 de la LRJ-PAC, sota el títol executivitat, estableix que “els actes de les Administracions públiques subjectes al Dret administratiu es presumeixen vàlids i produiran efectes des de la data que es dictin, tret que en ells es disposi altra cosa”.

L'executivitat dels actes administratius és expressió del privilegi que l'Ordenament reconeix a les Administracions públiques conegut com “autotutela executiva”. La executivitat suposa que els actes de les Administracions públiques sotmesos al Dret administratiu produeixen efectes jurídics de manera immediata. Els actes administratius es presumeixen vàlids i, per tant, despleguen immediatament efectes. Ara bé, deu advertir-se que l'eficàcia de l'acte es demora quan està supeditada a la notificació del mateix (art. 57 LRJ-PAC).

Per tant, els actes administratius en virtut de la seva executivitat són d'obligat compliment per als destinataris afectats, sense necessitat que sigui declarada la seva validesa pels Tribunals, àdhuc en el cas que el particular no reconegui aquesta validesa. Per tant, la càrrega d'impugnar la decisió recau sobre l'afectat que deu recórrer-lo per a destruir la presumpció de validesa.

Doncs bé, a continuació devem entrar a examinar si el legislador ha atribuït a les resolucions administratives de desemparament el privilegi de la executivitat.

El Codi Civil en el seu art. 172 només regula de forma succinta la tutela administrativa i gens diu respecte a l'eficàcia de la resolució administrativa de desemparament. En canvi, com veurem, els diversos legisladors autonòmics han atribuït a aquesta resolució eficàcia immediata.

Així, la Llei Andalus 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció al menor, estableix expressament que la resolució de desemparament serà executiva conformement al disposat en les lleis (art. 23.3). Així mateix, el Decret 42/2002, de 12 de febrer pel qual s'aprova el Reglament que desenvolupa la referida Llei estableix "les resolucions administratives que declarin la situació de desemparament dels menors i l'assumpció de la tutela seran executives des de la data que es dictin".

Així mateix, la Llei de Castella-La Manxa 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància, estableix en el seu art. 70 la executivitat de les resolucions i mesures acordades. Per la seva banda, la Llei del Principat d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció dels menors, estableix en el seu art. 19.3 que "la mesura de protecció adoptada tindrà eficàcia immediata, sense perjudici de la seva impugnació en via judicial".²⁷⁵

²⁷⁵ Més endavant, la pròpia Llei disposa en el seu art. 34.2 que l'oposició a l'acord de desemparament "i la pretensió de deixar-lo sense efecte", es substanciarà davant l'òrgan judicial competent". D'on resulta l'eficàcia immediata de la resolució de desemparament. L'eficàcia immediata de la resolució de desemparament també resulta del disposat per la Llei de les Illes Balears 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors, que en el seu art. 10 preveu que els interessats o el Ministeri Fiscal poden sol·licitar de l'autoritat judicial "que deixi

Per tant, una vegada declarada per l'Administració la situació de desemparament i, per tant, atribuïda per la Llei la tutela, els pares, tutors o guardadores deuran posar el nen a la disposició de l'entitat pública a aquest efecte que pugui aplicar la mesura de protecció que estimi més convenient.

Ara bé, de forma general, com veurem a continuació, l'executivitat de la resolució de desemparament, això és, la seva presumpció de validesa i eficàcia immediata, resulta del reconeixement pel legislador d'un privilegi complementari: l'executorietat.

Per tant, la càrrega d'impugnar la resolució de desemparament en cas de desacord recau sobre els interessats, ja siguin pares, tutors, guardadores o, si escau, el Ministeri Fiscal. A aquestes persones correspon recórrer la resolució ja que a favor de la mateixa juga la presumpció de validesa. Per tant, deuran sol·licitar de l'autoritat judicial que deixi sense efecte la resolució administrativa de desemparament o les mesures de protecció acordades per l'Administració.

7.4.2 L'executorietat de la resolució administrativa de desemparament. L'execució forçosa

L'executorietat dels actes administratius suposa que l'Administració autora pot procedir a executar-los pels seus propis mitjans, sense necessitat d'acudir als Tribunals. L'executorietat constitueix, doncs, un complement de l'executivitat dels actes administratius. Es tracta de dues característiques dels actes administratius expressió del privilegi que l'Ordenament atribueix a l'Administració conegut com "autotutela executiva", per tal d'assolir de forma eficaç les fins públiques encomanats.

L'art. 94 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC) estableix, sota el títol executorietat, que "els actes de les Administracions Públiques subjectes al Drets Administratiu seran immediatament executius (...)". A continuació, l'art. 95

sense efecte la resolució administrativa de desemparament o alguna de les mesures de protecció".

disposa, sota el rètol execució forçosa, que “les Administracions Públiques, a través dels seus òrgans competents en cada cas, podran procedir, previ apercibent, a l'execució forçosa dels actes administratius, salvo en els supòsits que se suspengui l'execució d'acord amb la llei, o quan la Constitució o la Llei exigeixin la intervenció dels Tribunals”.

Doncs bé, les diverses normes autonòmiques reguladores del procediment de desemparament i la tutela de l'Administració, reconeixen l'executorietat de la resolució administrativa de desemparament.

Així, el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, (en el marc de les previsions de la Llei 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció del menor, que en el seu art. 23.2 estableix l'executivitat de la resolució de desemparament) disposa en el seu art. 31 que “en la pràctica de la notificació (de la resolució de desemparament) es requerirà als pares, tutors o guardadores perquè posin a la disposició dels òrgans competents als menors a qui s'hagi declarat en situació de desemparament, advertint-los que si no ho fessin es procedirà a l'execució forçosa de la resolució adoptada”. A continuació, el propi precepte preveu que “davant el previsible risc de violència, o davant la impossibilitat d'executar de manera pacífica i amb la col·laboració dels pares, tutors o guardadors la resolució administrativa, es procedirà a l'execució forçosa”.

Per tant, l'Administració competent procedirà a executar d'ofici les resolucions de desemparament i l'acord pel qual s'estableix la mesura de protecció aplicable. Ara bé, el legislador contempla, que quan fos necessari, l'Administració podrà sol·licitar l'auxili d'altres autoritats, ja sigui l'autoritat judicial o policial.

Així, en el ja citat Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, es preveu que l'Administració per a executar la resolució de desemparament pugui recaptar quan fos necessari “l'auxili de les Forces de Seguretat, principalment de la Unitat del Cos Nacional de Policia adscrita a la Comunitat Autònoma” (art. 31.4). De forma potser una mica més precisa, la Llei de la Comunitat de Madrid

6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència, estableix en el seu art. 54, sota el títol col·laboració interadministrativa, que per a aconseguir l'efectivitat de la resolució de desemparament es “podrà recaptar de l'Alcalde, del Regidor-Delegat si escau, o del president de la Junta de Districte en el cas de l'Ajuntament de Madrid, del Municipi corresponent, al domicili que es trobi el menor, la col·laboració de les forces de seguretat sota el seu comandament i especialment quan els menors afectats puguin trobar-se en situació de risc”.

Per la seva banda, la Llei de la Comunitat d'Astúries 1/1995, de 27 de gener, de protecció dels menors, estableix en el seu art. 20 que “si els pares, tutors, guardadors o familiars del menor impedisin l'execució de la mesura de protecció acordada o concorregués alguna altra circumstància que dificultés greument l'execució de la mateixa, l'Administració del Principat d'Astúries recaptarà de l'autoritat judicial o policial si escau, l'adopció de les mesures necessàries per a fer-la efectiva, sense perjudici de les intervencions immediates quan estigués en perill la vida o la integritat del menor o es produís conculcació greu dels seus drets”.²⁷⁶

En altres casos, la normativa autonòmica, pensant fonamentalment en que les persones que conviuen amb el menor puguin impedir l'entrada de l'Administració en el domicili amb la finalitat de fer-se càrrec del menor, tan sols preveuen l'auxili de l'autoritat judicial per a executar la mesura de protecció acordada.

Així, per exemple, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors deseparats, estableix en el seu art. 4 que “si els pares, tutors o els guardadores impedisin l'execució de la mesura acordada, l'organisme competent sol·licitarà a l'autoritat judicial l'adopció de les mesures necessàries per a fer-la efectiva, sense perjudici de les intervencions

²⁷⁶ En similars termes s'expressa la Llei 3/1999, de 31 de març, del menor de Castella-La Manxa (art.39), la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància (art. 74).

immediates que es puguin produir si està en perill la vida o la integritat del menor o els seus drets són greument vulnerats”.²⁷⁷

7.4.3 La necessitat d'entrar en un domicili per a procedir a l'execució forçosa de la resolució administrativa de desemparament i aplicació de la mesura de protecció

Una vegada l'Administració ha declarat a un menor desemparat i, per consegüent, té atribuïda per la llei la seva tutela, deurà adoptar les mesures de protecció que estimi més convenients. Aquestes mesures podran comportar la separació del menor de les persones amb les quals fins aquest moment conviski. Doncs bé, un dels problemes que es planteja en aquest últim cas és la resistència dels pares o altres persones amb les que conviu en aquell moment amb el menor a lliurar-lo a l'Administració i l'oposició que aquesta procedeixi a entrar en el domicili per a fer efectives les mesures de protecció.

La Constitució contempla el dret a la inviolabilitat del domicili entre els drets fonamentals i disposa que “cap entrada o registre podrà fer-se en ell sense consentiment del titular o resolució judicial, salvo en cas de flagrant delict”. D'altra banda, el Tribunal Constitucional ha declarat en nombroses ocasions que l'Administració necessita autorització judicial per a entrar en un domicili per a executar un acte administratiu. El dret fonamental a la inviolabilitat del domicili constitueix, doncs, un límit a la autotutela executiva o privilegi de executivitat dels actes administratius.²⁷⁸

²⁷⁷ De forma similar s'expressa la Llei de Canàries 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (art. 50); el Decret de la Comunitat de Cantàbria 66/1992, de 7 de setembre (art. 17); la Llei de la Comunitat de Galícia 3/1997, de 9 de juny, de protecció jurídica, econòmica i social de la família, la infància i l'adolescència (art. 20) o la Llei de la Regió de Múrcia 3/1995, de 21 de març, de la infància (art. 25).

²⁷⁸ STC 22/1984, de 17 de febrer; STC 76/1992, de 14 de maig. No obstant això, en la STC 160/1991, de 18 de juliol, es declara que l'autorització judicial no és necessària quan l'entrada en el domicili és necessària no per a executar un acte administratiu sinó una sentència dictada pels tribunals de l'ordre contenciós administratiu.

Els Jutjats del Contenciós Administratiu ostenten, en l'actualitat, la competència per autoritzar l'entrada en un domicili amb la finalitat de procedir a l'execució forçosa d'un acte de l'Administració. La Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa, disposa en el seu art. 8.5 que coneixeran els Jutjats del Contenciós-Administratiu “de les autoritzacions per a l'entrada en domicilis i restants llocs l'accés dels quals requereixi el consentiment del seu titular, sempre que això procedeixi per a l'execució forçosa d'actes de l'Administració pública”.²⁷⁹

Per tant, quan l'Administració pública es vegi impedita d'entrar en un domicili a fi de fer-se càrrec d'un menor declarat en desamparament mitjançant resolució administrativa i, per tant, sota la seva tutela, deurà sol·licitar al Jutge un manament judicial que ho autoritzi.

En certs casos, la concessió de l'autorització judicial es dilata en el temps degut al fet que els Jutjats entren a revisar l'acord adoptat per l'Administració. No obstant això, l'alenteixo en l'execució de la resolució administrativa pot produir perjudicis al menor. Per això, deu advertir-se que el Jutge dels Contenciós-Administratiu simplement deu limitar-se a constatar que la resolució administrativa ha estat adoptada per l'òrgan competent i que l'execució d'aquest acte requereix l'entrada en el domicili en el qual habita en aquell moment el menor, degut al fet que les persones que conviuen amb ell s'oposen que l'Administració que té atribuïda per la llei la tutela es faci càrrec del mateix.²⁸⁰

L'autoritat judicial deurà ponderar les circumstàncies, de manera que, encara

²⁷⁹ Així mateix, l'orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial estableix en el seu art. 91.2 (segons redacció de la EL 6/1998, de 13 de juliol) que “correspon també als Jutjats del Contenciós-Administratiu autoritzar, mitjançant acte, l'entrada en els domicilis i en els restants edificis o llocs l'accés dels quals requereixi el consentiment del titular, quan això procedeixi per a l'execució forçosa d'actes de l'Administració”.

²⁸⁰ Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 143-145.

que no han d'actuar amb un automatisme formal, tampoc pot entrar a conèixer i revisar en aquest moment la legalitat intrínseca de l'acte administratiu que es tracti, actuació que correspon únicament a l'òrgan judicial competent. En aquest cas el Jutge actua simplement com garant del dret a la inviolabilitat del domicili, verificant l'aparença de legalitat de l'acte i la necessitat de procedir a l'entrada per a la seva execució.

7.5 La naturalesa de la resolució administrativa de desemparament i establiment de les mesures de protecció

Un sector de la doctrina civil ha afirmat que la resolució administrativa de desemparament és un acte de l'Administració que no té naturalesa administrativa, pel simple fet que la figura de la tutela de l'Administració es troba regulada en el Codi Civil²⁸¹. No obstant això, amb millor criteri, altre sector de la doctrina civil adverteix que la regulació de la tutela administrativa en el Codi Civil no comprèn totes els seus vessants.

En efecte, la Llei encomana a l'Administració constatar que el menor es troba en estat de desemparament i, una vegada verificada i declara aquesta situació, li atribueix la tutela de forma automàtica. L'Administració competent deurà declarar al menor desemparat mitjançant un acte administratiu. Aquest acte administratiu deu complir els requisits subjectius (competència de l'Administració i de l'òrgan o la investidura del titular de l'òrgan) i formals (procediment, la forma de la resolució o la notificació) propis de tot acte administratiu. Doncs bé, des d'aquest sector de la doctrina civil s'apunta que aquestes qüestions són pròpies del Dret administratiu i, per tant, deuran aplicar-se les normes administratives.²⁸² De manera que cadascuna de les Comunitats Autònomes, mitjançant Llei o Reglament, té competència per a regular els referits aspectes, tal com ha succeït en la pràctica en els últims anys.

²⁸¹ Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial...*, cit., pàg. 305.

²⁸² Vid. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas del Código Civil ("Artículo 172")*, Coordinador Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1993, pàg. 66.

D'altra banda, com s'ha vist, els diversos legisladors autonòmics han dotat a la resolució administrativa mitjançant la qual es declara al menor en situació de desemparament i s'acorden, si escau, les mesures de protecció aplicables, els privilegis d'executivitat i executorietat. Aquests privilegis són expressió de denominada autotutela administrativa reconeguda a les Administracions per a un eficaç servei als interessos generals. Doncs bé, aquests privilegis són els que caracteritzen al Dret administratiu com un Dret exorbitant del Dret comú, en el qual deurà buscar-se l'equilibri entre els privilegis reconeguts a l'Administració per a un eficaç serveis als interessos generals i les garanties dels ciutadans.

L'activitat administrativa s'identifica per les fins d'interès general que es persegueixen la satisfacció del qual implica uns mitjans, l'exercici de potestats administratives que situen a l'Administració en una posició privilegiada en la relació jurídic-administratiu. Amb la finalitat d'assegurar l'exercici de les seves funcions i l'assoliment de les fins públiques encomanats, les Administracions, a més de personalitat jurídica, tenen atribuïdes un conjunt de prerrogatives. Així, el propi legislador configura el Dret administratiu com un Dret exorbitant del Dret comú, caracteritzat per reconèixer a l'Administració una sèrie de prerrogatives per al compliment de les fins encomanades. Ara bé, al costat de les "derogacions en més" també estan les "derogacions en menys" que suposen que l'Administració quietta sotmesa a una sèrie de limitacions i controls, com la submissió al principi de legalitat o l'actuació procedimentalitzada.

El propi legislador ha declarat, en l'Exposició de Motius de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú que "la Constitució consagra el caràcter instrumental de l'Administració, posada al servei dels interessos dels ciutadans(...). El règim jurídic de les Administracions Públiques deu establir-se des d'aquest concepte i transcendir a les regles de funcionament intern, per a integrar-se en la societat a la qual serveix com instrument que promou les condicions perquè els drets constitucionals de l'individu i dels grups que

integren la societat siguin reals i efectius". El compliment d'aquesta tasca en el si de la societat justifica i legitima l'existència d'un Dret exorbitant.

Per tant, la resolució de desemparament és un acte dictat per un subjecte jurídic-públic, una Administració pública, en exercici de potestats administratives, a través del procediment legalment establert, per a arribar a una fi pública: la protecció dels menors desemparats, per a garantir-los el ple gaudiment i desenvolupament dels seus drets, de forma especial aquells que formen l'estatut indisponible del menor i garantir així el lliure desenvolupament de la seva personalitat. Per tot això, podem concloure que la resolució administrativa de desemparament i les dictades en exercici de la tutela són actes de naturalesa jurídic-administrativa.

8. Els recursos contra les resolucions administratives de declaració de desemparament

8.1 La qüestió de l'ordre jurisdiccional competent

La resolució administrativa declarant a un menor en situació de desemparament comporta l'atribució legal a l'Administració de la tutela del menor i, per tant, la responsabilitat d'adoptar les mesures de protecció necessàries. Segons s'ha vist, es tracta d'una resolució administrativa a la qual el nostre Ordenament dota de les característiques pròpies dels actes de l'Administració subjectes al Dret administratiu.

Així, en la mesura que estem davant un acte de l'Administració sotmès al Dret administratiu, el control de la decisió deuria correspondre, en principi, als Tribunals de l'ordre contenciós administratiu.

En efecte, l'art. 1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciós-administrativa estableix que els Jutjats i Tribunals de l'ordre contenciós-administratiu coneixeran de les pretensions que es dedueixin en relació amb l'actuació de les Administracions Públiques subjectes al Dret

Administratiu. Ara bé, la pròpia Llei disposa en el seu art. 3 a) que “no corresponen a l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu: “les qüestions expressament atribuïdes als ordres jurisdiccionals civil, penal i social encara que estiguin relacionades amb l'activitat de l'Administració Pública”.

No obstant això, el legislador ha residenciat el control de les resolucions administratives de desemparament en els Tribunals de l'ordre jurisdiccional civil. Quina ha estat la raó?. Doncs bé, la resposta a aquesta qüestió requereix tornar la nostra mirada al passat. En efecte, quan el legislador estatal incorpora al Codi Civil la figura de la tutela *ex lege* de les Administracions Públiques (mitjançant la Llei 21/1987, de 11 de novembre) omet qualsevol referència al règim de recursos contra les resolucions de desemparament. Així, al no regular-se la via a través de la qual impugnar la referida resolució administrativa, es planteja el problema de determinar la via processal que permeti canalitzar l'oposició a la resolució de desemparament i consegüent tutela de l'Administració.

Doncs bé, la doctrina civilista, que qualifica la tutela administrativa d'institució civil per haver estat regulada pel codi Civil i, en certa manera, l'assimila a una tutela ordinària -encara que amb certes particularitats-, considera que la competència per a conèixer els conflictes que puguin plantejar-se correspon als Tribunals de l'ordre jurisdiccional civil i propugna l'aplicació de la disposició transitòria 10^a de la Llei 11/1981, de 13 de maig, que remetia a les normes de jurisdicció voluntària.²⁸³ Davant l'absència de previsió legal aquest va ser el camí seguit en la pràctica.

²⁸³ Aquesta disposició establia que “mentre no es modifiqui la Llei d'Enjudiciament Civil, s'aplicaran les normes de la Jurisdicció voluntària a les actuacions que se segueixin...per a resoldre les controvèrsies sorgides en l'exercici de la pàtria potestat i en les relacions personals i patrimonials dels cònjuges quan per la seva pròpia naturalesa exigeixin una resolució urgent. En l'indicat procediment, els recursos s'admetran, en tot cas, a un sol efecte. Quedaran sempre fora de perill l'exercici de les accions corresponents en la via judicial ordinària”. A més, poc després, la Llei 13/1983, de 14 d'octubre, de reforma del Codi Civil en matèria de tutela, va establir en la seva disposició addicional que els “procediments derivats dels Títols IX i X del Llibre I del Codi Civil es tramitaran per les disposicions de la Llei d'Enjudiciament Civil sobre

D'altra banda, deu tenir-se en compte que de la resolució administrativa de desemparat també deriven, per obra de la llei, certs efectes civils, ja que el legislador nua a l'atribució de la tutela a l'Administració l'efecte de suspendre de forma automàtica la pàtria potestat o la tutela ordinària. Doncs bé, de l'examen de la legislació aplicable en matèria de protecció dels menors desemparats resulta que el legislador, en el moment de considerar l'oposició a les resolucions administratives sobre desemparament i tutela de l'Administració, sembla considerar fonamentalment l'oposició dels pares o tutors que, precisament, discutirien la resolució de desemparament per a impedir que es produeixi l'efecte de quedar suspesa la pàtria potestat o la tutela. Aquesta seria, així mateix, una raó per la qual finalment s'ha optat per atribuir a l'ordre jurisdiccional civil el coneixement dels recursos contra les resolucions administratives dictades en aquesta matèria.

8.2 La via del procés de jurisdicció voluntària davant els Tribunals de l'ordre civil

La doctrina civil, com s'ha dit, davant la falta d'una previsió expressa del legislador, havia remès com procediment més idoni per a impugnar les resolucions administratives de desemparament i assumció de tutela per l'Administració al procés de jurisdicció voluntària. No obstant això, aquesta via processal planteja problemes en la pràctica. L'estructura d'aquest procés no facilita l'enjudiciament contradictori.²⁸⁴ Per això, al existir contradicció entre les parts, la referida via processal es mostra inadequada, el que duu a qüestionar

jurisdicció voluntària". Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 145-157; IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial...*, cit., pàg. 304-315.

²⁸⁴ L'art. 1811 de la Llei d'Enjudiciament Civil de 1881 (vigent segons disposa la disposició derogatòria única 1.1^a de la Llei 1/2000, de 7 de gener, fins que sigui aprovada la Llei Concursal i de la Jurisdicció Voluntària) estableix que "es consideraran actes de jurisdicció voluntària tots aquells que sigui necessària o se sol·liciti la intervenció del Jutge sense que entre parts conegudes i determinades i hagi promogut qüestió alguna".

la tutela judicial efectiva, atès que es produeixen importants dilacions i inseguretats jurídiques.

A la STC 298/1994, de 18 d'octubre, el Tribunal Constitucional resol un recurs d'emparament²⁸⁵ per vulneració del dret fonamental a obtenir la tutela efectiva de Jutges i Tribunals i a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la defensa. L'actora afirma que el Jutjat enjudició els fets a través d'un procediment de jurisdicció voluntària en el si de la qual no va tenir ocasió que es practiquessin proves, ni més en general, de defensar els seus drets (F.J. 1). Segons l'actora, la inexistència d'un procediment específic previst per la Llei l'ha dut a una situació d'indefensió, per no tramitar el procediment com contenciós, el que ha vulnerat el dret recollit en l'art. 24.2 de la CE (Antecedent 6). Doncs bé, encara que el Tribunal Constitucional conclourà que en el cas concret no vaig poder al·legar-se indefensió, en el F.J. 4 afirma que “el problema neix que la situació de desemparament dels menors d'edat és coneguda pels Jugats civils comuns en un procediment ad hoc, que no es troba perfilat per la Llei de manera clara ni acabada. Ni el Codi Civil, ni la Llei d'Enjudiciament Civil després de la reforma efectuada per la Llei 21/1987, precisen de quina forma poden defensar els seus drets la mare biològica, ni altres parents o els guardadors, quan una entitat pública competent en matèria de protecció de menors (designada en la Disposició addicional primera de la Llei 21/1987) entén que un menor es troba en situació de desemparament”. El Tribunal reconeix “que cal donar la raó a la demandant d'empara quan critica una de les raons que l'Audiència Provincial va fundar la desestimació del seu recurs d'apel·lació, al indicar que no es podien seguir els tràmits del judici verbal per mancar de sentit plantejar en la jurisdicció civil un procediment contenciós que resulta demandada una Administració per un actuar purament administratiu”. No obstant això, el Tribunal Constitucional afirma que no

²⁸⁵ El recurs es va interposar contra un Acte dictat pel jutjat d'Almeria, confirmat en apel·lació per l'Audiència Provincial, mitjançant el qual es desestimava l'oposició formulada contra la resolució de la Delegació Provincial de la Conselleria d'Assumptes Socials d'Andalusia mitjançant la qual es declarava a un menor en situació legal de desemparament, s'assumia la tutela i es promovia l'acolliment familiar del menor com mesura de protecció.

procedeix resoldre la qüestió suscitada per qui han intervingut en el procés d'empara “sobre quin era el procediment adequat per a ventilar l'oposició de la mare contra la declaració administrativa de desemparament del menor” (F.J. 6).²⁸⁶

No obstant, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor i de modificació parcial del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil, atribueix expressament a la jurisdicció civil el coneixement dels recursos interposats contra les resolucions administratives per les quals s'aprecia al menor desemparat i es declara la tutela de l'Administració i remitent a les normes de la jurisdicció voluntària.

En efecte, l'art. 172.6 del Codi Civil disposa que “les resolucions que apreciïn el desemparament i declarin l'assumpció de la tutela per ministeri de la Llei seran recurribles davant la jurisdicció civil sense necessitat de reclamació administrativa prèvia”. La pròpia Llei en la disposició addicional 1^a assenyala que “s'aplicaran les normes de la jurisdicció voluntària a les actuacions que se segueixin: 2^a. Contra les resolucions que declarin el desemparament i l'assumpció de la tutela per ministeri de la llei (...) 3^a. per a qualsevol altres reclamacions enfront de resolucions de les entitats públiques que sorgeixin amb motiu de l'exercici de les seves funcions en matèria de tutela o guarda de menors. En l'indicat procediment, els recursos s'admetran, en tot cas, a un sol efecte. Quedarà sempre fora de perill l'exercici de les accions en la via judicial ordinària”.

No obstant això, es continua posant en relleu que el procediment de jurisdicció voluntària no facilita l'enjudiciament contradictori, imposa un caràcter inquisitiu a la funció judicial i desdibuixa el protagonisme que l'Administració, la part

²⁸⁶ Aquesta sentència és comentada per DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993”, CCJC nº 34, 1994, pàg. 75-89. Veure, així mateix, la STC 187/1996, de 25 de novembre, en la qual, en canvi, el Tribunal estima l'empara sol·licitada per vulneració dels seus drets fonamental a utilitzar els mitjans de prova pertinents per al seu defensa i a la tutela judicial efectiva.

impugnant i el Misteri Fiscal deuen ocupar en aquest tipus de procés.²⁸⁷ Per aquesta raó, al aprovar-se la nova Llei d'Enjudiciament Civil, s'estableix un procediment concret per a impugnar les resolucions administratives dictades en matèria de protecció de menors.

8.3 El procediment previst en els arts. 779 i 780 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil

En la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament civil, el legislador estableix una nova via procedimental per a recórrer les resolucions dictades per l'Administració en matèria de protecció de menors, que ja no s'emmarca en seu de jurisdicció voluntària.

En efecte, la Llei 1/2000, de 7 de gener d'Enjudiciament Civil, regula en els articles 779 i 780 la competència per a conèixer i el procediment a seguir en cas d'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors²⁸⁸. L'art. 779 diu que “*serà competent per a conèixer els processos a que es refereix aquest capítol el Jutjat de Primera Instància del domicili de l'entitat protectora i, en defecte d'això, o en els supòsits dels articles 179 i 180 del Codi Civil, la competència correspondrà al tribunal del domicili de l'adoptant*”.

Per la seva banda, l'art. 780 estableix el que segueix: “*1. No serà necessària la reclamació prèvia en via administrativa per a formular l'oposició, davant els tribunals civils, a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors. 2. Qui pretengui oposar-se a una resolució administrativa en matèria de protecció de menors presentarà un escrit inicial en el qual succintament*

²⁸⁷ Així ho posa en relleu ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, en el comentari a l'art. 779 en l'obra *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuicimiento Civil, Artículo 556 al 827*, pàg. 3636.

²⁸⁸ En el Llibre IV “Dels processos especials”, Títol I “Dels processos sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors, Capítol V “De l'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors i del procediment per a determinar la necessitat d'assentiment en l'adopció”.

expressarà la seva pretensió i la resolució a la qual s'oposa. 3. El Tribunal reclamarà a l'entitat administrativa un testimoniatge complet de l'expedient, que deurà ser aportat en el termini de vint dies. 4. Rebut el testimoniatge de l'expedient administratiu, s'emplaçarà a l'actor per vint dies perquè presenti la demanda, que es tramitarà conformement al previst en l'article 753". El referit art. 753 remet als tràmits del judici verbal, però de la demanda es donarà trasllat al Ministeri Fiscal i a les altres persones que deguin ser part en el procediment hagin estat o no demandats, emplaçant-los perquè la contestin en el termini de vint dies.

Per tant, la Llei d'Enjudiciament Civil atribueix la competència per a conèixer les controvèrsies derivades de les resolucions administratives en matèria de protecció de menors als jutjats de primera instància del partit judicial en el qual radiqui la seu de l'entitat pública que tingui atribuïda competència en matèria de protecció de menors.

Pel que respecta al procediment a seguir, com succeïa amb anterioritat en matèria de menors, no és necessària la reclamació prèvia en via administrativa. No obstant això, en ocasions podrà ser convenient presentar la referida reclamació amb la finalitat d'intentar solucionar la controvèrsia en seu administrativa i evitar plantejar el posterior conflicte jurisdiccional. El legislador eximeix del requisit de la reclamació prèvia amb el desig d'agilitar l'exercici de l'acció judicial. No obstant, sempre que el recurrent ho consideri oportú podrà presentar la reclamació prèvia davant la pròpia Administració autora de l'acte.²⁸⁹

Per altres part, la LEC remet per a la tramitació del procediment al judici verbal,²⁹⁰ amb les especialitats pròpies dels processos sobre menors que

²⁸⁹ Els arts. 122 a 124 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (LRJ-PAC) estableixen el procediment a seguir per a presentar la reclamació prèvia a la via judicial civil.

²⁹⁰ L'oportunitat de seguir el procediment del judici verbal per a plantejar l'oposició a les resolucions de desemparament ja havia estat apuntada per EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *La*

contemplen els arts. 748 i 755 de la LEC. Entre aquestes especialitats cal destacar les següents:

- La intervenció del Ministeri Fiscal en el procés amb caràcter preceptiu (art. 749).
- En el procés no tindran efecte la renúncia, l'allanament, ni la transacció. Pel que fa al desistiment requerirà la conformitat del Ministeri Fiscal (art. 751). Amb això es tracta que talis actes no perjudiquin els drets i interessos dels menors.
- Respecte a la prova, el procés es decidirà conforme als fets que hagin estat objecte de debat i resultin provats. Ara bé, sense perjudici de les proves que es practiquin a instància del Ministeri Fiscal i de les altres parts, el Tribunal podrà decretar d'ofici aquelles que estimi pertinents (art. 752). En aquest procés, com veiem, el principi dispositiu sofreix minoracions a favor del principi oficial, en la mesura que el Jutge pot acordar d'ofici quantes proves consideri necessàries.
- El Tribunal podria decidir que els actes i vistes se celebrin a porta tancada i que les actuacions siguin reservades, sempre que les circumstàncies ho aconsellin (art. 754).

8.4 La competència dels Tribunals de l'ordre jurisdiccional contenciós-administratiu

Els Tribunals de l'ordre civil ostenten la competència per a conèixer totes aquelles pretensions referides a la tutela de l'Administració pública, com l'existència o no de la situació de desemparament que, una vegada declarada per l'Administració, ha conduït a la tutela i sobre la pertinència de les mesures de protecció acordades.

protecció de menors a Catalunya, els diferents règims de protecció (propostes de nova regulació), Generalitat de Catalunya, 1989, pàg. 44.

Ara bé, la tutela de l'Administració és conseqüència d'una situació de desemparament que deu ser verificada per l'Administració competent en el curs d'un procediment administratiu i, una vegada constatada, declarada mitjançant una resolució administrativa. Així mateix, l'Administració deurà ajustar-se a un procediment administratiu per a acordar la mesura de protecció més adequada en atenció a l'interès superior del menor. Per tant, podrà plantejar-se la validesa de les resolucions administratives en matèria de protecció de menors com a conseqüència de vicis formals; com la competència de l'Administració o de l'òrgan administratiu o l'adequació al procediment legalment previst. Doncs bé, els conflictes derivats d'aquest tipus qüestions podran ser residenciats davant els Tribunals de l'ordre contenciós-administratiu.

No obstant això, també cabria plantejar la invalidesa de la resolució administrativa per les referides causes en el marc del procés civil com una qüestió prejudicial. En efecte, l'art. 10.1 de la Llei orgànica 6/1986, de 1 de juliol, del Poder Judicial, estableix que “als sols efectes prejudicials, cada ordre jurisdiccional podrà conèixer d'assumptes que no li estiguin atribuïts privativament”.

9. Efectes de la declaració de desemparament. La tutela administrativa dels menors desemparats

9.1 Efectes de la resolució administrativa de desemparament

La resolució administrativa declarant al menor en situació de desemparament comporta l'atribució automàtica a l'Administració de la tutela del menor. A la seva vegada, l'atribució legal de la tutela a l'Administració comporta, també per ministeri de la llei, la suspensió automàtica de la pàtria potestat o la tutela civil o ordinària²⁹¹. A partir del moment que l'Administració té atribuïdes la tutela del

²⁹¹ Art. 172 del Codi Civil i a Catalunya arts. 2 i 3 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

menor és responsable de la guarda i, per tant, és titular dels deures i facultats inherents a la mateixa, quedant obligada a adoptar aquelles mesures de protecció que estimi més convenientes en el cas concret al efecte de que el menor tingui garantit, en tot cas, el ple gaudiment dels drets que l'Ordenament li reconeix.²⁹²

La tutela administrativa dels menors desemparaments ha estat qualificada, com veurem, per un part de la doctrina d'institució civil pel simple fet d'haver estat regulada en el Codi Civil. No obstant això, els únics efectes civils que derivarien *ope legis* de la resolució administrativa de desemparament són la suspensió de la pàtria potestat o la tutela civil o ordinària. Precisament aquests efectes civils de l'atribució de la tutela a l'Administració podrien explicar l'atribució a l'ordre jurisdiccional civil de la competència per a conèixer els recursos interposats enfront de les resolucions administratives declarant al menor desemparat. Els recursos enfront de les resolucions administratives de desemparament estan prevists fonamentalment en garantia dels drets o potestats dels pares o tutors. En realitat, en aquest àmbit es troben a faltar l'establiment de tècniques dirigides a garantir de manera eficaç el dret dels menors a ser protegits per l'Administració, especialment quan es troben en situació de desemparament.

9.2 La naturalesa iuspublicista de la tutela administrativa

El legislador estatal, en la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de reforma del Codi Civil, hauria incorporat al Codi Civil la figura de la denominada tutela administrativa amb la finalitat d'arbitrar una tècnica jurídica que garantirà a tots els menors en situació de desemparament la deguda protecció per part de les Administracions públiques. No obstant això, la regulació de la tutela administrativa suscitarà des d'un primer moment dubtes interpretatius i

²⁹² Sense perjudici de les mesures que, amb caràcter provisional, hagués estat oportú adoptar amb anterioritat per a garantir l'efectiva assistència del menor.

confusió. Una de les raons d'aquests provenia de la falta de claredat i requereixió al regular el contingut de la tutela.²⁹³

D'altra banda, gran part dels problemes que plantejarà la delimitació del règim de la tutela administrativa, especialment respecte a la tradicional tutela civil, deriven del fet que el legislador al·ludeix a la mateixa al regular la tutela ordinària en els arts. 222 i ss. del propi Codi. A causa de això, un sector de la doctrina privada va procedir a assimilar la tutela administrativa a la tutela civil o ordinària, qualificant a la primera de tutela de Dret privat i, per això, subjecta a les previsions de Títol X, del Llibre, I del Codi Civil. En la mateixa línia, encara que de forma més matisada, altres autors consideren que la tutela administrativa és una veritable tutela, però una tutela especial a la qual, amb algunes excepcions, seran d'aplicació les normes relatives a la tutela civil o ordinària.²⁹⁴

No obstant això, per a precisar degudament el contingut i naturalesa de la denominada tutela administrativa és necessari tornar la nostra mirada endarrere i constatar la seva vinculació amb la tradicional acció tutelar o protectora desenvolupada per la desapareguda Obra de Protecció de Menors i l'actuació dels Tribunals Tutelars de menors.

En efecte, la Llei de Tribunals Tutelars de Menors de 11 de juny de 1948,²⁹⁵ la vigència del qual ha perdurat fins fa pocs anys,²⁹⁶ atribuïa a aquests Tribunals

²⁹³ Amb posterioritat, la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor brinda nova redacció a diversos articles del Codi Civil –entre ells l'art. 172- tractant d'aclarir algunes dels dubtes suscitats per la regulació anterior.

²⁹⁴ Sobre la distintes posicions doctrinals sobre la naturalesa de la tutela administrativa, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit. pàg. 237-249.

²⁹⁵ Aquesta Llei ha estat vigent.

²⁹⁶ Aquesta Llei va ser declarada parcialment inconstitucional per STC 36/1991, de 14 de febrer. Amb posterioritat, va ser totalment derogada per la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors. Deu tenir-se en compte que la Llei

competència per a acordar la suspensió dels drets de guarda i educació dels pares o tutors en cas d'indegut exercici de la pàtria potestat o la tutela. En cas de suspensió dels referits drets, el Tribunal assumia la tutela i encomanava la custòdia del menor a altres persones o entitats: l'acolliment del menor per la Junta de Protecció de Menors, societat tutelar, establiment, persona o família.²⁹⁷

Per tant, vigent la referida legislació, corresponia als Tribunals Tutelars verificar l'indegut exercici dels deures de guarda i educació i declarar, si escau, la suspensió de la pàtria potestat o la tutela i assumir la tutela del menor. Per això, quan el legislador estatal regula la tutela administrativa en el Codi Civil, des de la doctrina s'afirma que s'ha procedit a una desjudicialització, ja que ara correspon a l'Administració verificar la situació de desemparament del menor i, com a conseqüència de la mateixa, es produeix *ope legis* la tutela administrativa i la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària.

No obstant això, tal afirmació només té una part de veritat, doncs el cert és que els Tribunals Tutelars de Menors estaven originàriament incardinats en la pròpia Administració. En efecte, els Tribunals per a nens van ser creats mitjançant llei de 25 de novembre de 1918, en aquell moment el Tribunal té naturalesa administrativa, els seus membres no devien provenir de la carrera

de 1948 regula conjuntament la faceta protectora i reformadora atribuïda als Tribunals Tutelars de menors.

²⁹⁷ L'art. 9.3 de la Llei atribuïa als referits Tribunals, en exercici de la facultat protectora, competència per a conèixer de "la protecció jurídica dels menors de setze anys contra l'indigne exercici del dret a la guarda i educació". Així mateix, la Llei disposava que "la facultat de suspendre el dret a la guarda i educació dels menors de setze anys i l'acció tutelar sobre les persones dels menors protegits amb aquesta suspensió, quedaran exclusivament encomanades a la competència dels Tribunals de Menors" (art. 13). En exercici de la facultat protectora el Tribunal podia adoptar les següents mesures "imposició de vigilància o de suspensió del dret dels pares o tutors a la guarda i educació del menor, ordenant, si escau, que aquest sigui confiant a la corresponent Junta de Protecció de Menors o a una persona o família, Societat tutelar o Establiment" (art. 17 B).

judicial i les seves resolucions eren recorregudes davant el Consell Superior de Protecció a la Infància, òrgan administratiu emmarcat en el Ministeri de Governació. Amb posterioritat, la Llei de 3 de febrer de 1929 manté la naturalesa administrativa del Tribunal. D'igual manera el Text Refós sobre Tribunals Tutelars de Menors aprovat per Decret de 11 de juny de 1948; aquesta norma atribuïa a l'Administració pública, a través del Consell Superior de Protecció de Menors, àmplies facultats per a establir la composició i organització d'aquests Tribunals. D'altra banda, segons va disposar el Text Refós sobre Protecció de Menors de 2 de juliol de 1948, la protecció dels menors tutelats pels Tribunals corresponia a l'Obra de Protecció de Menors, entitat estatal autònoma depenent del Ministeri de Justícia.²⁹⁸

En definitiva, com veiem, l'acció tutelar i protectora es desenvolupava, abans com ara, en l'òrbita de l'Administració pública. La judicialització del Tribunal Tutelar de menors es contempla per primera vegada en la Llei de Bases Orgànica de la Justícia de 28 de novembre de 1974, que preveu l'existència de Magistratures Tutelars de Menors, a les quals correspondria el coneixement dels procediments que fins aleshores tenien atribuïts els Tribunals Tutelars. Finalment, la Llei orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial va crear els Jutjats de Menors (art. 96).

D'altra banda, les funcions inherents a l'acció tutelar que en l'àmbit de la facultat protectora tenien atribuïts els Tribunals Tutelars i els serveis de l'Obra de Protecció de Menors a través dels quals s'actuava, després de l'aprovació de la Constitució, van ser sent traspassats a les Comunitats Autònomes.

En el cas de Catalunya, mitjançant el Reial decret 1292/1981, de 5 de juny, l'Estat va traspassar a la Generalitat els serveis en matèria de protecció de menors que l'Obra de Protecció de Menors desenvolupava en territori de Catalunya, així com l'execució de les mesures acordades pels Tribunals

²⁹⁸ El Decret 414/76, de 26 de febrer, encara englobava els Tribunals Tutelars en l'Obra de protecció de Menors. No obstant, la norma desitjava subratllar la independència dels referits Tribunals al brindar nova redacció a l'art. 59 que precisava que en l'exercici de la seva funció només estaven sotmesos a l'Ordenament jurídic.

Tutelars. A l'efecte de complir degudament les funcions encomanades, el legislador català estableix un nou marc jurídic en l'àmbit de la protecció dels menors, mitjançant l'aprovació de la Llei 11/1985, de 13 de juny (en l'actualitat derogada). Aquesta Llei, seguint el camí traçat per la legislació estatal precedent, encomanava a l'Administració de la Generalitat la funció de brindar protecció als menors que es trobin en situació de necessitar-la (art. 1), i disposava que la protecció dels menors comprèn "la tutela de menors per defecte o per inadequat exercici de la pàtria potestat o del dret de guarda i educació" (art. 2 c). Així mateix, l'art. 54 establia que "la tutela de menors per defecte o inadequat exercici de la pàtria potestat o del dret de guarda i educació consistirà en l'atenció i tractament dels menors abandonats o víctimes de l'actuació dels pares o guardadores, quan l'autoritat judicial decideixi intervenir en l'exercici de les seves competències i en la forma que disposi". L'autoritat judicial a la qual al·ludeix aquest precepte eren en aquell moment els Tribunals Tutelars de Menors.

Així, el legislador català, enllaçant amb la legislació estatal precedent sobre protecció de menors, utilitzava l'expressió "tutela" per a al·ludir a l'acció protectora que l'Administració devia exercir enfront dels menors que en situació de necessitar-la.

Doncs bé, la citada Llei catalana va inspirar la posterior regulació de la tutela per la Llei estatal 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil.²⁹⁹ No obstant això, el legislador estatal donarà un pas avant al prescindir de la intervenció judicial per a declarar la tutela de l'Administració, que ara deriva *ope legis* de l'existència d'una situació de desemparament constatada per l'Administració.

La regulació de la tutela administrativa en el Codi Civil ha conduït a una part de la doctrina civil a vincular-la a la tutela ordinària i ha qualificar-la d'institució civil.

²⁹⁹ Així ho posen en relleu PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva...*, cit., pàg. 92; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a las Reformas...*, cit., pàg. 48-49.

En el nostre sistema jurídic, per a la majoria de la doctrina civil ha passat pràcticament inadvertida l'acció tutelar de l'Estat desenvolupada a través de l'Obra de Protecció de Menors i els Tribunals Tutelars³⁰⁰. Això explica que es vincularà la tutela de l'Administració a la figura de la tutela civil, en lloc d'enfilar-la amb l'acció tutelar que tradicionalment ha actuat l'Administració enfront dels menors en situació de desprotecció.

En canvi, de forma més precisa, altre sector de la doctrina civil, a la vista dels antecedents històrics de la tutela de les Administracions públiques, conclou que, en realitat, no estem davant una veritable tutela, no es tracta d'una tutela civil o ordinària, sinó d'una funció administrativa. El terme "tutela" s'utilitza per a designar la funció administrativa de protecció dels menors desemparats que la llei encomana a l'Administració pública competent.³⁰¹ Per tant, estem davant una tutela de naturalesa iuspublicista, diferent de la qual va tenir el seu origen en el *ius civile*.

9.3 Caràcters de la tutela administrativa

9.3.1 El caràcter automàtic de la tutela administrativa

La tutela administrativa es produeix *ope legis*, per ministeri de la Llei, una vegada constatada per l'Administració la situació de desemparament. L'art. 172 del Codi Civil disposa que "l'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció dels menors, quan constati que un menor es troba en situació de desemparament, té per ministeri de la Llei la tutela del mateix".³⁰²

³⁰⁰ Així ho afirma, MENDIZÁBAL OSES, Luis, *Derecho de menores. Teoría general*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, 173.

³⁰¹ En aquest sentit, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción...*, cit., pàg. 88-99.

³⁰² Aquesta redacció prové de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener (disposició final 5ª).

El legislador estatal va incorporar al nostre Ordenament la figura de la tutela *ex lege* dels menors desemparats per l'Administració en la reforma del Codi Civil de 1987. En el preàmbul de la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de reforma del Codi Civil, el legislador declarava, en relació amb les normes sobre la tutela administrativa dels menors desemparats, que “s'ha estimat, atenent a la urgència del cas, que la situació de desemparament deu donar origen a una tutela automàtica a càrrec de l'Entitat pública a la qual correspongui en el territori la protecció dels menors”. Per tant, és el desig que l'Administració brindi atenció immediata a aquests menors el que explica el caràcter automàtic de la tutela administrativa.

L'expressió utilitzada per l'art. 172 del Codi Civil “té per ministeri de la Llei”, té el seu origen en l'esmena nombre 37 presentada al llarg dels debats parlamentaris pel grup Socialista. L'objecte d'aquesta esmena era posar en relleu “que es tracta d'una tutela automàtica que funciona *ope legis* sense intervenció judicial ni formalització instrumental alguna”.³⁰³ El legislador desitjava desjudicialitzar la protecció dels menors desemparats amb la finalitat d'agilitar l'actuació assistencial de l'Administració.³⁰⁴

És més, en la redacció inicial, brindada per la Llei 21/1987, de 11 de novembre, l'art. 172 disposava que “l'entitat pública a la qual, en el respectiu territori, estigui encomanada la protecció de menors, té per ministeri de la llei la tutela dels quals es trobin en situació de desemparament”. Per tant, en aquell

³⁰³ Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial...*, cit., pàg. 212-213.

³⁰⁴ El Grup Parlamentari Popular havia presentat les esmenes 42, 43 i 59 en les quals proposava suprimir l'incís “té per ministeri de la Llei” i introduir altre en el qual s'establia que la situació de desemparament “haurà de ser declarada pel jutge, a Instància de l'entitat pública o del Ministeri Fiscal”. Doncs bé, el Grup Parlamentari Socialista es va oposar a aquesta esmena en el Senat perquè “seria molt greu, i no faríem gens amb aquest projecte de Llei, si haguéssim d'esperar que els Jutges decidissin per a aquestes situacions de desemparament, perquè hauria molts nens que desgraciadament, quan obtinguessin la resolució judicial, ja no podrien estar en la presència del Jutge, perquè s'haurien mort de fred i de fam”. Vid. IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio, *Guarda asistencial...*, cit., pàg. 214, nota 630.

moment el legislador ni tan sols contemplava la necessitat d'una resolució administrativa declarant al menor desemparat, tal com s'ha requerit amb posterioritat. No obstant, a causa del debat doctrinal plantejat sobre l'autoritat competent per a apreciar el desemparament, i seguint el camí que ja havien iniciat alguns legisladors autonòmics, es brinda una nova redacció a l'art. 172 i ara s'atribueix expressament a l'Administració pública la competència per a declarar al menor desemparat i es vincula a aquesta declaració l'atribució automàtica de la tutela.

Per tant, la tutela administrativa es configura com una tutela que deriva directament de la Llei, una tutela que té caràcter automàtic al constatar-se per la pròpia Administració la situació de desemparament d'un menor.³⁰⁵ Aquest constitueix un tret que distingeix la tutela administrativa de la tutela civil o ordinària, ja que aquesta última deu ser constituïda judicialment.³⁰⁶ En canvi, en la constitució de la tutela administrativa no intervé l'autoritat judicial.³⁰⁷

³⁰⁵ Al llarg dels debats parlamentaris d'aprovació de la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil, l'art. del qual 172 preveu la tutela automàtica de l'Administració, aleshores Ministre de Justícia Sr. Ledesma Bartret manifestava que “si em demanen un resum telegràfic de les notes que caracteritzen aquesta tutela, crec que es podrien donar les següents: aquesta tutela automàtica i legal es caracteritza, primer pel seu automatisme, perquè com sap SS.SS. es produeix *ex lege*; és a dir, sense necessitat de declaració judicial; segon, per la seva provisionalitat, perquè es mantindrà en tant subsisteixin les causes que van determinar aquesta intervenció, i tercer, pels seus beneficiaris que seran els menors desemparats” (Diari de Sessions del Senat. Any 1987. III Legislatura. Sessió Plenària nº 46 celebrada el dimecres 7 d'octubre de 1987, pàg. 1725) Cf. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 212.

³⁰⁶ Així, a Catalunya, l'art. 171 del Codi de Família, al regular els “supòsits de delació”, disposa que “la tutela dels menors desemparats es difereix en la forma establerta per les lleis i es regeix per les seves normes especials”.

³⁰⁷ En la Memòria del Fiscal General l'Estat de 1988 i de 1992 s'afirma que l'autoritat judicial no intervé en l'acte constitutiu, ja que l'entitat pública la té per ministeri de la Llei. En canvi, des de la doctrina civil s'havia defensat la necessitat d'una declaració judicial. Cf. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 217 i 218 –221.

L'Administració competent deu verificar la situació de desemparament en el marc d'un procediment administratiu i, finalment, mitjançant una resolució administrativa declarar al menor desemparament. La resolució administrativa declarant el desemparament produeix l'efecte d'atribuir a l'Administració de manera automàtica la tutela del menor.

A Catalunya, seguint els passos del legislador estatal, la Llei ha establert, així mateix, el caràcter automàtic de la tutela administrativa. La Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, disposa en el seu art. 3 que la resolució de desemparament “comporta l'assumpció *automàtica* per l'organisme competent de les funcions tutelars sobre el menor”.³⁰⁸ En el mateix sentit s'ha pronunciat l'art. 164 del Codi de Família. Les funcions tutelars són assumides de forma automàtica per l'Administració de la Generalitat que les actuarà a través de la Direcció general d'Atenció a la Infància i Adolescència del Departament de Benestar i Família.

El caràcter automàtic de la tutela administrativa suposa que, una vegada constatada per l'Administració la situació de fet -el desemparament del menor-, de la pròpia llei deriva la conseqüència jurídica: la tutela de l'Administració³⁰⁹. Tutela administrativa de caràcter legal que comporta la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària i el deure l'Administració d'assumir la protecció del menor desemparat.³¹⁰

³⁰⁸ En relació amb l'art. 2 del Reglament de protecció dels menors desemparats, aprovat per Decret 2/1997 i modificat per Decret 62/2001.

³⁰⁹ El conjunt de legislació autonòmica sobre la protecció dels menors desemparats acull el caràcter automàtic de la tutela de l'Administració una vegada declarada la situació de desemparament. En uns casos així resulta de la remissió a l'art. 172 del Codi Civil i en uns altres estableix expressament.

³¹⁰ A Catalunya, art. 3.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre protecció dels menors desemparats.

9.3.2 La relativa provisionalitat de la tutela administrativa

La tutela administrativa es caracteritza, així mateix, per la seva relativa provisionalitat.³¹¹ Les accions protectores adoptades per l'Administració deuran dirigir-se, sempre que això sigui possible, a aconseguir la reintegració del menor en la seva família o bé a la seva incorporació en altra família.

L'art. 239 del Codi Civil, segons redacció de la Llei 21/1987, de 11 de novembre, després de disposar la tutela administrativa *ex lege* dels menors desemparats, estableix que “es procedirà, no obstant això, al nomenament de tutor conforme a les regles ordinàries, quan existeixin persones que, per les seves relacions amb el menor o per altres circumstàncies, puguin assumir la tutela en benefici d'aquest”.

Així mateix, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, de protecció dels menors desemparats, disposa en el seu art. 3.1 que la resolució de desemparament comporta l'assumpció automàtica per l'Administració de les funcions tutelars “mentre no es procedeixi a la constitució de la tutela per les regles ordinàries o el menor sigui adoptat, no sigui reintegrat a qui tingui la pàtria potestat o la tutela del mateix, no s'emancipi o no arribi la majoria d'edat”. D'igual manera s'expressa l'art. 164 del Codi de Família.

Per tant, l'Administració que té encomanada la tutela administrativa podrà promoure les actuacions necessàries per a constituir la tutela civil o ordinària. En aquells casos que en l'entorn socio-familiar del menor existeixin persones disposades a assumir la tutela en el seu benefici, l'Administració haurà d'emprendre les accions tendents a la constitució de la tutela ordinària conforme a les normes del Codi Civil. En aquest cas, la tutela administrativa només es mantindria durant el temps necessari per a “el nomenament de tutor conforme a les regles ordinàries”. De forma que la tutela administrativa donaria pas a una tutela civil o ordinària, quedant extingida la primera. En qualsevol

³¹¹ Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 221-229.

cas, en el moment d'acordar promoure la tutela civil, l'Administració deurà actuar guiada per l'interès superior del menor.³¹²

La constitució de la tutela civil seria la via preferent a seguir per l'Administració en tots aquells casos que existeixin persones de la pròpia família del menor disposades a assumir-la, doncs permet fer efectiu un dels principis que regeixen l'actuació pública en matèria de menors: “el manteniment del menor en el mitjà familiar d'origen tret que no sigui convenient per al seu interès”.³¹³ Tal com afirma l'art. 172.4 del Codi Civil “es buscarà sempre l'interès del menor i es procurarà, quan no sigui contrari a aquest interès, la seva reinserció en la pròpia família”.

Així mateix, en aquells casos que la reinserció del menor en la seva pròpia família no fos possible, el legislador també ha contemplat entre les mesures públiques de protecció dels menors desemparats la inserció del menor en un nou àmbit família: l'acollida preadoptiva.³¹⁴ Aquest seria el camí per a una posterior adopció i, per tant, finalització de la tutela de l'Administració.

No obstant això, la tutela administrativa només és relativament provisional, doncs podrà tenir caràcter definitiu en aquells casos que no sigui possible o no sigui convenient per a l'interès superior del menor la constitució de la tutela civil o l'adopció. L'Administració deurà exercir les funcions tutelars mentre el menor necessiti de la seva protecció.

Així, en la Memòria del Fiscal General de l'Estat de 1988 s'afirma que “la tutela automàtica neix amb una absència de vocació de permanència i només deu

³¹² A Catalunya, art. 3 de la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents.

³¹³ Art. 11.2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

³¹⁴ Art. 5.1 en relació amb els arts. 13 a 15 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

mantenir-se, mentre duri la situació excepcional que la va motivar, però pot ser definitiva".³¹⁵ En aquest cas la tutela administrativa finalitzaria amb la majoria d'edat del menor o, si escau, amb la seva emancipació.

9.3.3 El caràcter delegable de l'exercici de la tutela administrativa

La tutela administrativa és de titularitat pública però, no obstant això, l'exercici de les obligacions derivades de la mateixa és susceptible de delegació. En efecte, l'Administració pot delegar en particulars o institucions col·laboradores l'exercici de la funció de guarda del menor inherent a la tutela.³¹⁶

En efecte, l'art. 172.3 del Codi Civil disposa que la guarda "com funció de la tutela per ministeri de la Llei, es realitzarà mitjançant l'acolliment familiar o l'acolliment residencial". D'altra banda, la disposició addicional 1^a de la Llei 21/1987, de 11 de novembre, de modificació del Codi Civil, preveu que les Comunitat Autònomes, en virtut de la seva competència en matèria de protecció de menors, podran habilitar, en el seu territori, com institucions col·laboradores d'integració familiar, a les associacions o fundacions no lucratives en els estatuts o regles de les quals figuri com fi la protecció de menors, sempre que les mateixes disposin dels mitjans necessaris per a les funcions encomanades; doncs bé, l'Administració podrà atribuir a aquestes entitats col·laboradores les funcions de guarda dels menors sota la seva tutela.³¹⁷

Així, entre les mesures de protecció que l'Administració pot adoptar enfront dels

³¹⁵ Vid. BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg.

³¹⁶ Deu advertir-se que la guarda resta integrada en la tutela. No obstant això, no succeeix el contrari, això és, l'exercici de la guarda i educació del menor no suposa en tot cas tenir atribuïda la seva tutela.

³¹⁷ A Catalunya, veure l'art. 32 la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

menors sotmesos a la seva tutela es troba l'acolliment familiar o institucional. L'acolliment familiar o personal suposa que l'Administració confia el menor a una família o persona que faci possible el desenvolupament integral de la seva personalitat; la persona que rep al menor queda legalment obligada a “vetllar per ell, tenir-lo en la seva companyia, alimentar-li, educar-li i procurar-li una formació integral, sempre sota la vigilància, l'assessorament i l'ajuda de l'organisme competent”. L'Administració ostenta la tutela i, per tant, la titularitat de la guarda. No obstant això, delega en altra persona l'exercici de les funcions inherents a la guarda.

Així mateix, l'Administració pot acordar l'acolliment residencial o institucional, en aquest cas la institució resta obligada a brindar al menor l'atenció i educació necessàries i correspon al director de la institució exercir per delegació els drets i les obligacions inherents a la guarda.³¹⁸

Per tant, encara que la titularitat de la guarda inherent a la tutela, correspon a l'Administració, el seu exercici s'atribueix a una persona física. El caràcter tuitiu de les funcions inherents a la guarda explica que en última instància la responsabilitat última recaigui sobre una persona física. Per això, s'atribueix l'exercici de la guarda a una persona o família o, en el cas d'acolliment residencial, al director de la institució públic o del centre privat col·laborador. Aquestes persones exerciran les facultats i deures derivats de la guarda amb la col·laboració i sota la vigilància de l'Administració responsable de la tutela.³¹⁹

³¹⁸ Arts. 172.3 en relació amb l'art. 173 del Codi Civil i a Catalunya arts. 5,10 i 12 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre i arts. 24 i 33 del Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats.

³¹⁹ En l'Informe del Consell General del Poder Judicial a l'Avantprojecte de Llei d'Adopció, de 17 de desembre, de 1985 es considerava “desitjable que es configuressin les activitats públiques de guarda de menors desemparats, o tendents a la seva integració familiar, com un autèntic servei públic de titularitat administrativa, que pogués ser objecte, bé de gestió directa, bé de gestió indirecta a través de les institucions col·laboradores, però de tal manera, que, en qualsevol cas, l'Administració Pública conservés facultats inspectores coordinadors i directives respecte a la gestió del servei”. Informe citat per BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 235.

9.4 El contingut de la tutela administrativa

En la mesura que es tracta d'una funció administrativa de caràcter assistencial, l'acció administrativa tutelar o protectora dels menors desemparats té, en principi, simplement contingut personal.

En efecte, la tutela administrativa no comporta l'extinció de la pàtria potestat o de la tutela ordinària. En el moment que la Llei de 11 de novembre de 1987 incorpora aquesta figura al Codi Civil (art. 172) no precisa gens al respecte. Per això, en la doctrina se suscita un debat sobre les conseqüències de la tutela de l'Administració per a l'exercici de la pàtria potestat o la tutela ordinària³²⁰. Doncs bé, el propi legislador aclareix aquesta qüestió quan, a través de la llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, aprofita per a modificar la redacció de l'art. 172 del Codi Civil.

En l'actualitat, l'art. 172.1 *in fini* del Codi Civil estableix que *“L'assumpció de la tutela atribuïda a l'entitat pública comporta la suspensió de la pàtria potestat o de la tutela ordinària. No obstant, seran vàlids els actes de contingut patrimonial que realitzin els pares o tutors en representació del menor i que siguin beneficiosos per a ell”*.

Així mateix, a Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, disposa en el seu art. 3.2 que *“Aquesta assumpció de les funcions tutelars (que comporta de forma automàtica la resolució de desemparament) implica la suspensió de la pàtria potestat o de la tutela ordinària durant el temps d'aplicació de la mesura”*.³²¹

³²⁰ Es fa eco de les distintes posicions doctrinals, BALLESTEROS DE LOS RIOS, María, *El desamparo...*, cit., pàg. 249 y ss.

³²¹ No obstant, la pròpia Llei preveu en el seu art. 6.2 que *“si és procedent, l'organisme competent pot demanar, també la privació de la pàtria potestat o la remoció de la tutela”*.

Per tant, segons estableix l'art. 172 del Codi Civil, la tutela de l'Administració implica la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària tan sol en els aspectes personals, no en els patrimonials. Els pares o tutors podran seguir administrant els béns dels menors d'acord a l'establert en el propi Codi. De forma que la tutela administrativa abastaria, en principi, el contingut personal inherent a la pàtria potestat o la tutela ordinària.³²² L'Administració no tindria atribuïda, de forma general, la responsabilitat d'administrar els béns de menor.³²³

³²² Així mateix, l'Ordre de 1 d'abril de 1937, norma que contempla per primera vegada en el nostre Ordenament l'atribució *ex lege* de la tutela a l'Administració, disposava que la tutela administrativa no arribava a la gestió dels béns del menor, funció que corresponia al Consell de Família en aplicació del disposat en el Codi Civil. En efecte, l'art. 11 de la referida Ordre establí que "si un dels nens col·locats en virtut d'aquesta disposició, arribés en qualsevol moment a posseir béns, es constituirà el Consell de Família per a la guarda dels mateixos, de conformitat amb el disposat en el Codi Civil i disposicions vigents".

³²³ No obstant això, algun legislador autonòmic, influït potser per aquell sector de la doctrina civil que vinculava la tutela administrativa a la tutela civil, sembla comprendre com contingut de la tutela administrativa l'administració dels béns del menor. Així, a Astúries, la Llei 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (dictada, per tant, abans que la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, procedís a reformar la regulació de la tutela administrativa amb la finalitat de resoldre els dubtes interpretatius suscidades) estableix en el seu art. 36 que quan l'Administració assumeix la tutela del menor deurà efectuar inventari dels seus béns i drets i adoptar les disposicions necessàries per a la seva conservació i administració en els termes prevists per les lleis civils. Així mateix, també sembla atribuir a l'Administració la gestió del patrimoni del menor el Decret del Consell de Govern de Cantàbria 66/1992, de 7 de setembre, que aprova el Reglament d'expedients administratius en matèria de tutela (art. 21). Cal observar que només després de la reforma de l'art. 172 del Codi Civil, operada per la citada Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, s'ha precisat que són vàlids els actes de contingut patrimonial realitzats pels pares en benefici dels menors. En canvi, les normes autonòmiques citades són anteriors a aquesta data. D'altra banda, a Catalunya, encara que en l'articulat de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, no s'estableix gens referent a això, en l'Exposició de Motius s'afirma que "les facultats que corresponen a l'organisme competent pel fet d'exercir les funcions tutelars sobre un menor concret comprenen tant els quals es refereix a la persona com al patrimoni del menor"; no obstant això, quan posteriorment el Codi de Família regula la tutela civil disposa que estan sotmesos a la mateixa els menors no sotmesos a la potestat del pare i de la mare; de forma que en la mesura que la tutela administrativa només implica la suspensió de la pàtria potestat,

L'art. 154 del Codi Civil estableix els deures i facultats que comprèn la potestat del pare i de la mare “1º. Vetllar per ells, tenir-los en la seva companyia, alimetar-los, educar-los i procurar-los una formació integral. 2º. Representar-los i administrar els seus béns”.

Cal tenir en compte que les situacions de desemparament deriven de la falta d'assistència o protecció personal al menor, com a conseqüència de l'incompliment -voluntari o involuntari- dels deures d'assistència i protecció de caràcter personal. En canvi, l'exercici indegut de l'administració dels béns del menor en cap cas condueix al desemparament i consegüent tutela de l'Administració.

Ara bé, en el cas que l'Administració tingués constància que el patrimoni del menor sota la seva tutela està sent indegudament gestionat pels seus pares o tutor, caldria emprendre les accions pertinents perquè l'autoritat judicial adopti les mesures pertinents; com pot ser el nomenament d'un administrador patrimonial.³²⁴

A Catalunya, el Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats, estableix en el seu art. 19 que l'Administració “en cas necessari, quan les circumstàncies ho aconsellin, podrà promoure el nomenament judicial d'administrador patrimonial”.³²⁵

no la privació, no pot identificar-se amb la tutela civil i, per tant, les obligacions inherents a la mateixa.

³²⁴ D'altra banda, des de la doctrina civil s'ha afirmat que el contingut personal propi de la tutela administrativa podria arribar a als aspectes patrimonials en aquells casos que el menor desemparat no estigués sotmès a la pàtria potestat o la tutela per defunció dels titulars o en virtut de sentència judicial. En aquest cas, una part de la doctrina sosté que correspondria a l'Administració que exerceix sobre el menor l'acció tutelar l'administració dels béns del menor. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción...*, cit., pàg. 96 nota 124.

³²⁵ Així mateix, el Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, sobre règim de desemparament, tutela i guarda administrativa, estableix en el seu art. 34.4 que “en el cas que els menors tutelats tinguessin béns, es procedirà a l'elaboració d'un inventari, i es promourà el

Així mateix, en el Codi Civil, l'art. 167 preveu que “quan l'administració dels pares posi en perill el patrimoni del fill, el Jutge, a petició del propi fill, del Ministeri Fiscal o del qualsevol parent del menor, podrà adoptar les providències que estimi necessàries per a la seguretat i protecció dels béns, exigir caució o fiança per a la continuació en l'administració o fins i tot nomenar un Administrador”.

La figura de la tutela de l'Administració, com s'ha dit, enllaça directament amb l'acció tutelar que històricament ha correspost als Tribunals Tutelars de Menors i que aquests actuaven a través de l'Administració. Doncs bé, el text refós de la legislació sobre Tribunals Tutelars de menors (aprovat per Decret de 11 de juny de 1948) disposava en el seu art. 14 que “els acords dels Tribunals de Menors que suspenguin el dret dels pares o tutors, *només es referiran a la guarda i educació de la persona del menor i no produiran efectes civils quant als seus béns. Si el Tribunal adquirís el convenciment de la necessitat de suspendre el dret a l'administració de tals béns, participarà al Ministeri Fiscal dels fets que es fon aquesta convicció, a l'efecte de que es promogui el procediment que correspongui davant el Tribunal civil*”.

Així mateix, el contingut personal de l'acció tutelar de l'Administració es posa en relleu en la regulació de les mesures de protecció previstes per als menors desemparats. En efecte, quan el legislador regula la mesura d'acolliment familiar imposa a les persones que rebin al menor “les obligacions de vetllar per ell, tenir-lo en la seva companyia, alimentar-lo, educar-lo i procurar-li una formació integral”.³²⁶ La persona o família acollidora deurà exercir aquestes obligacions “sempre sota la vigilància, l'assessorament i l'ajuda” de

nomenament judicial d'un tutor de tals béns quan resultaré convenient per la naturalesa o el volum d'aquests”.

³²⁶ Art. 173.1 del Codi Civil i a Catalunya art. 10.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

l'Administració responsable de la tutela del menor.³²⁷ Doncs bé, les referides obligacions, de caràcter personal, coincidrien amb les que corresponen a l'Administració en l'exercici de les seves funcions tutelars.

Per tant, la tutela de l'Administració comporta l'obligació de vetllar pel menor, el que suposa procurar-li l'assistència personal i material que garanteixi el ple gaudiment dels seus drets i el desenvolupament integral de la seva personalitat. No obstant això, donada la condició de persona jurídica de l'Administració, l'obligació del tenir al menor en la seva companyia inherent al deure guarda propi de la tutela és delegable –com s'ha vist- en una persona física. En qualsevol cas, correspon a l'Administració decidir amb qui conviurà el menor i controlar en tot moment la seva situació. Així, en el cas que s'acordés com mesura de protecció l'acolliment per persona o família, correspondrà a aquestes persones assumir les funcions de guarda i, per tant, tenir al menor en la seva companyia. En el cas que el menor fos acollit per una institució pública o una entitat privada col·laboradora, correspondrà al Director del centre assumir les referides funcions.

En conseqüència, l'Ordenament atribueix a l'Administració potestat per a constatar la situació de falta d'assistència i protecció d'un menor i declarar-li desemparat. Com a conseqüència del desemparament, el propi Ordenament atribueix a l'Administració la tutela del menor. Aquesta tutela administrativa constitueix el títol jurídic que habilita a l'Administració per a adoptar aquelles mesures de protecció més convenientes per a l'interès del menor.

9.5 La distinció entre les figures de la tutela administrativa i la guarda temporal administrativa

El contingut de la tutela administrativa, segons s'ha vist, abasta aquelles funcions de protecció i assistència personal dels menors que són inherents a l'exercici de la pàtria potestat o la tutela ordinària que s'ha vist suspesa; així,

³²⁷ Així ho estableix expressament l'art. 10.2 de la Llei catalana 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats.

comprèn els deures i facultats que corresponen a l'exercici de la guarda, entesa aquesta en sentit ampli: vetllar pel menor, alimentar-lo, educar-lo, procurar-li una formació integral.³²⁸

No obstant això, és necessari distingir els deures inherents a l'exercici de la guarda del menor, propis de la tutela administrativa, de la institució de la guarda voluntària o “guarda administrativa”, aquella que assumeix l'Administració a sol·licitud dels pares o tutors del menor.

La tutela i la guarda administrativa constitueixen institucions a través de les quals les Administracions públiques realitzen la funció d'assistència i protecció pública dels menors; però es tracta de dues figures diferents, tal com resulta de la regulació que el legislador ha brindat de cadascuna d'elles.

En efecte, l'art. 172 del Codi Civil contempla ambdues institucions. La Llei atribueix a l'Administració la tutela administrativa dels menors en situació de desemparament. D'altra banda, el propi precepte estableix que l'Administració assumirà la “guarda administrativa” a sol·licitud dels pares o tutors del menor, quan per circumstàncies greus aquells no puguin vetllar temporalment del menor.³²⁹

L'art. 172.2 estableix que “quan els pares o tutors, per circumstàncies greus, no puguin tenir cura del menor, podran sol·licitar de l'entitat pública competent que aquesta assumeixi el seu guarda durant el temps necessari. El lliurament de la guarda es farà constar per escrit deixant constància que els pares o tutors han estat informats de les responsabilitats que segueixen mantenint respecte al fill, així com de la forma que aquesta guarda va a exercir-se. Qualsevol variació posterior de la forma d'exercici serà fonamentada i comunicada a aquells i al

³²⁸ Art. 154 del Codi Civil. En Catalunya, art. 143.1 del Codi de Família.

³²⁹ Sobre la figura de la guarda administrativa, MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Editorial Comares, Granada, 1999.

Ministeri Fiscal³³⁰. Així mateix, s'assumirà la guarda per l'entitat pública quan així ho acordi el Jutge en els casos que legalment procedeixi”.³³¹

A Catalunya, la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats, estableix en el seu art. 9 que “si el desemparament és a causa de força major de caràcter transitori no és precisa la resolució formal que els apreciï, i és suficient per a legitimar la intervenció de l'organisme competent la sol·licitud dels pares o els guardadors. En aquests casos, l'organisme competent exercirà només la guarda mentre es mantingui aquella situació”.³³²

Per tant, la guarda voluntària o guarda administrativa en sentit estricte, consisteix en l'assumpció per l'Administració de la guarda del menor a instància

³³⁰ La guarda administrativa ha estat regulada, així mateix, pels legisladors autonòmics. En Andalusia, la Llei 1/1998, de 20 d'abril, dels drets i l'atenció al menor (arts. 24 i 25). En Astúries, la Llei 1/1995, de 27 de gener, de protecció de menors (art. 40.1 b). En Balears, la Llei 7/1995, de 21 de març, de protecció de menors (art. 13). En Canàries, la Llei 1/1997, de 7 de febrer, d'atenció integral als menors (arts. 56 a 59). En Cantàbria, el Decret 66/1992, de 7 de setembre, (arts. 23 a 26). En Castella-La Manxa, la Llei 3/1999, de 31 de març, del menor (art. 34). En Castella i Lleó, la Llei 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància (art. 85 b) i 87). En Galícia, el Decret 42/2000, de 7 de gener (arts. 43 a 49). En Extremadura, la Llei 4/1994, de 24 de novembre, de protecció de menors (art. 15). En Madrid, la Llei 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència (arts. 61 a 63). En Múrcia, la Llei 3/1995, de 21 de març, de la infància (arts. 27 a 30). Sobre la regulació autonòmica de la guarda administrativa, MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria, *La regulació autonòmica de la guarda administrativa de los menores*, Cedecs, Barcelona, 2000.

³³¹ El jutge només podrà acordar la guarda de l'Administració “en els casos que legalment procedeixi”. Per tant, aquest precepte requereix una interpretació sistemàtica a l'efecte de precisar el supòsit en que procedeix aquesta decisió judicial. D'altra banda, un dels supòsits en que seria possible la intervenció judicial és quan l'Administració denega la sol·licitud de guarda per entendre que no concorren les greus circumstàncies. Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción...*, cit., pàg. 103.

³³² Veure, així mateix, els arts. 20 a 25 del Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats i l'art. 165 del Codi de Família aprovat per Llei 9/1998, de 15 de juliol.

dels pares o tutors quan aquells es trobin temporalment impossibilitats de tenir cura d'ell. D'aquesta manera es permet que els pares o tutors poden fer front a aquelles situacions que de forma transitòria els impedeix fer-se càrrec de cura dels menors. Per aquesta via els responsables del menor eviten la situació de desemparament i la consegüent tutela de l'Administració. En conseqüència, en aquest cas són els propis pares o tutors els que sol·liciten l'auxili de l'Administració.³³³

Així, una primera diferència entre la tutela administrativa i la guarda voluntària o guarda administrativa en sentit estricte, és que la primera es constitueix de forma automàtica, després de declarar l'Administració al menor en situació de desemparament i, en canvi, la segona només es constitueix a sol·licitud de les persones que tinguin potestat sobre el menor.

Els pares o tutors que sol·liciten a l'Administració que es faci temporalment càrrec de la guarda del menor, deuran expressar i justificar les raons greus – malaltia, condemna penal, motius laborals, drogodependència o altres circumstàncies- per les quals es veuen impeditos temporalment de tenir cura dels menors. Aquestes circumstàncies deuran ser prou greus com per a justificar la separació del menor dels seus pares o tutors i que l'Administració passi a assumir la seva guarda.³³⁴

D'altra banda, l'Administració assumirà la guarda del menor mentre es mantinguin aquelles greus circumstàncies que impedeixen als pares o tutors brindar al menor la deguda assistència. Així, la guarda voluntària o

³³³ L'art. 154 del Codi Civil disposa que “els pares podran en l'exercici de la seva potestat recaptar l'auxili de l'autoritat”.

³³⁴ D'altra banda, deu tenir-se en compte que la pròpia Constitució estableix en el seu art. 39.1 que els poders públics deuran assegurar la protecció social, econòmica i jurídica de la família. Així, a Catalunya, la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels nens i els adolescents, estableix en el seu art. 17.3 i 4 que els poders públics deuen vetllar perquè els pares, tutors i guardadores disposin dels mitjans necessaris per a complir les seves responsabilitats vers els menors.

administrativa té caràcter provisional; l'Administració l'assumirà “durant el temps necessari”, mentre durin les circumstàncies de caràcter transitori.³³⁵ La guarda de l'Administració només es perllongarà durant el temps imprescindible, mentre es mantinguin les circumstàncies que van dur als pares o tutors a sol·licitar auxili a l'Administració. En el cas que l'Administració constatés la persistència o permanència de les circumstàncies que impedeixen als pares o tutors tenir cura del menor, procedirà a declarar al menor en situació de desemparament i assumir la conseqüent tutela.³³⁶

Els pares o tutors del menor que voluntàriament han delegat en l'Administració la guarda del menor conserven les facultats i deures inherents a la pàtria potestat o la tutela. Així, conserven la representació del menor, la responsabilitat d'administrar degudament els seus béns i el dret de visitar al menor. És més, l'Administració deurà procurar que els pares s'impliquin en l'atenció dels seus fills i, a aquest efecte, quan aquells disposin de mitjans, deuran contribuir al sosteniment de les càrregues derivades de la seva cura.³³⁷ Per tant, la tutela administrativa també es diferencia de la guarda administrativa en sentit estricte que la primera implica la suspensió de la pàtria potestat o la tutela ordinària; en canvi, quan l'Administració assumeix la guarda, a instància

³³⁵ El Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, estableix en el seu art. 37.2 que “el període de guarda administrativa es determinarà d'acord amb les circumstàncies personals, familiars i socials i els menors, evitant una prolongació excessiva que perjudiqui el seu desenvolupament integral”.

³³⁶ Així s'estableix en la Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància (art. 87).

³³⁷ La Llei de Castella i Lleó 14/2002, de 25 de juliol, de promoció, atenció i protecció a la infància, estableix en el seu art. 87.5 que els pares que disposin de mitjans “deuran contribuir al sosteniment de les càrregues derivades de les seves cures, satisfent a l'Administració les quantitats econòmiques que, d'acord amb les seves possibilitats, aquesta determini o assumint-les directament”. Així mateix, la Llei de la Comunitat de Madrid 6/1995, de 28 de març, de garanties dels drets de la infància i l'adolescència, també contempla en el seu art. 64 la contribució econòmica dels pares per la cura dels menors en situació de guarda voluntària per l'Administració.

dels pares o tutors, no es produeix la suspensió de les seves potestats privades.

La guarda administrativa assumida a sol·licitud dels pares o tutors es realitzarà mitjançant l'acolliment familiar o l'acolliment residencial (art. 172.3 del Codi Civil).³³⁸ En aquest cas no és possible l'acollida preadoptiva.

És més, una de les raons que pot moure als pares o tutors a sol·licitar de l'Administració la guarda del menor és evitar la situació de desemparament i consegüent tutela de l'Administració que podria conduir a establir una mesura d'acolliment preadoptiu i, finalment, l'adopció. La guarda administrativa està abocada a reintegrar al menor en el seu nucli familiar quan desapareguin les circumstàncies que feien impossible als pares o tutors la seva cura. Per tant, és incompatible amb l'adopció.³³⁹

La guarda voluntària exercida per l'Administració s'extingeix quan desaparegudes les causes que la van motivar, els pares o tutors es fan de nou responsables de la cura del menor o, per contra, quan la situació de falta d'assistència adquireix caràcter permanent de forma que el menor passaria a ser considerat en situació de desemparament i, per tant, l'Administració assumiria la seva tutela.³⁴⁰

³³⁸ El Decret de la Junta d'Andalusia 42/2002, de 12 de febrer, precisa en el seu art. 37.5 que "en cap cas s'admetrà que els pares o tutors condicionin les sol·licituds de guarda a la designació d'unes persones o d'un centre concrets, amb independència que siguin degudament informats de les condicions que la guarda va a exercir-se per l'Administració".

³³⁹ La tutela administrativa també deu tendir a reinserir al menor en la seva família d'origen. No obstant, quan això no fos possible pot constituir-se un acolliment preadoptiu i, finalment, l'adopció.

³⁴⁰ En aquest cas la situació del menor sota la guarda de l'Administració no és de desemparament de fet. No obstant això, en la mesura que els pares o tutors estan impossibilitats d'exercir les funcions de guarda o en situació d'exercir-les amb greu perill per al menor, aquell es considerarà en situació de desemparament. Així ho disposa a Catalunya l'art.

Bibliografia

AGUADO CUDOLÀ, V., “La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la mancomunidad de Cataluña” en la obra coordinada por J. TORNOS MAS, *Los servicios sociales de asistencia a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, (en prensa).

ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997.

ALVAREZ VELEZ, M^a. Isabel. *La protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1994.

ARENAL, Concepción. *La Beneficencia, la Filantropía y la Caridad. Memoria Premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso de 1860*. Madrid: Ed. Imprenta del Colegio de Sordomudos y de Ciegos, 1861.

ARENAL, Concepción. *Artículos sobre Beneficencia y Prisiones*, T. XVIII, vol. I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1900.

BADOSA COLL, Ferran, (coord.), *Compendi de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.

BALLESTEROS DE LOS RIOS, María. *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*. Madrid: Tecnos, 1997.

CANTARERO, Rocío, *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Madrid: Montecorvo, 1988.

2.2 de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desamparats.

COMAS, Marta, (coord.). “L’atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d’actuació”. *Finestra oberta*, núm. 19 Fundació Jaume Bofill. [Barcelona] (Gener 2001).

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Comentarios a las Reformas del Código Civil* (“Artículo 172”), Coord. Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1993, p. 35-88.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993”, *CCJC* nº 34, 1994, págs. 75-89.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, en *La desprotección social e los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de protección del menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*. A Coruña, 1999, p. 49-62.

DE ROMÁN PÉREZ, Raquel. “Tutela administrativa de menores en situación de desamparo en el Código civil español”, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso internacional de Derecho de Familia*. Ponencias Comisión II; Argentina, 1998, p. 410-418.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. València: Revista General del Derecho, 2000.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan. “La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L’acolliment”, *RJC* nº 2, 1987, p. 23-59.

EGEA FERÁNDEZ, Joan. *La protecció de menors a Catalunya, els diferents règims de protecció (propostes de nova regulació)*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1989.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. “Estados de bienestar y familias”. *Las estructuras del Bienestar en Europa*. Madrid: Civitas, 2000, p. 731-744.

FÀBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *Protección jurídica del menor inmigrante*. Madrid: Colex, 2001.

GARRIDO FALLA, Fernando. “La Beneficencia general y particular. Situación y perspectivas”. *Problemas fundamentales de Beneficencia y Asistencia Social*. Madrid: Ministerio de la Gobernación, 1967.

GONZÁLEZ SEARA, Luis. “Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas del bienestar”, en la obra *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*. Madrid: Civitas, 2002, p. 615-708.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley 1996-1, D-40*, p. 1690-1693.

IGLESIAS DE USSEL, Julio. “Familia y estructuras de solidaridad en España”. *Las estructuras del Bienestar en Europa*. Madrid: Civitas, 2000, p. 761-777.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio. *Guarda asistencial, tutela “ex lege” y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs, 1996.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, (coord.). *Los menores en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, 2002.

MARTÍN OSTOS, José, *Jurisdicción de menores*, Bosch Editor, 1994, Barcelona,

MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria. *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*. Granada: Editorial Comares, 1999.

MAYOR DEL HOYO, M^a Victoria. *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*. Barcelona: Cedecs, 2000.

MAZA ZORRILLA, Elena. *Valladolid: sus pobres y la respuesta institucional (1750-1900)*. Valladolid: Juan de Castilla y León, 1985.

MENDIZÁBAL OSES, Luis. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Ed. Pirámide, 1977.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. "Comentarios a los arts. 779 y 780". *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 556 al 827*, p. 3635-3644.

PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas, 1989.

PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel. "Sobre el desamparo y la tutela administrativa". *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º. Barcelona, 1992, p. 679-694.

PICONTÓ NOVALES, Teresa. *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*. Egido editorial, 1996

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*. Madrid: Dykinson, 2000.

ROCA, Encarna. *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas, 1999.

ROCA TOMÁS, R.C. *Historia de la Obra de los Tribunales Tutelares de Menores en España*. València: Ed. Consejo Superior de Protección de Menores, 1968.

SAÍNZ MORENO, Fernando. "Principios y ámbito de aplicación de la L.A.P. (arts. 1-3)", en B. PENDAS GARCÍA, *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudios sistemáticos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen*

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)". Barcelona: Praxis, 1993, p. 103-169.

SENA MEDINA, Guillermo. "El Ministerio Fiscal y la Ley orgánica sobre responsabilidad penal de los menores". *La protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención*, coord. M^a. Teresa Martín López. Madrid: Civitas, 2001, p. 177-193.

TENA PIAZUELO, Isaac. "Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1993, p. 685-721.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social (un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. València: Tirant lo Blanch, 2002.

VARGAS CABRERA, Bartolomé. "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor" en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley orgánica de Protección del Menor. Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*. A Coruña: Universidad de la Coruña, 1999, p. 11-21.

VILLA RUBIO, Marino. "Protección de menores desamparados, Estado social de Derecho y Derecho administrativo: apuntes acerca de la evolución de las garantías", en S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (Eds.), *Protección de menores, acogimiento y adopción*. Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 51-69.