

fundación

**ASMOZ**

formación on-line

## Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas

**Asistencia a menores en situación de riesgo y  
desprotección:  
LA REGULACIÓN EN VIGOR**

Profesora: © Ana I. Pérez Machío



# **MENORES EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DESPROTECCIÓN**

## **LA REGULACIÓN EN VIGOR**

**Ana I. Pérez Machío**  
**Profa. Dra. Derecho Penal**  
[anaisabel.perez@ehu.es](mailto:anaisabel.perez@ehu.es)

## ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PAUTAS DE ACTUACIÓN EN SITUACIÓN DE RIESGO
- III. PAUTAS DE ACTUACIÓN EN SITUACIÓN DE DESAMPARO
- IV. ANÁLISIS DE CADA UNA DE ESTAS FIGURAS
  - a) Acogimiento familiar
  - b) Acogimiento residencial
  - c) Adopción
- V. LA ATENCIÓN A MENORES INFRACTORES NO RESPONSABLES PENALMENTE
  - a) Atención a menores infractores menores de 14 años
  - b) Medidas de protección
- VI. ¿TUTELA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENA) EN SITUACIÓN DE DESAMPARO?
  - a) Tutela de los menores extranjeros no acompañados  
Identificación de la edad
  - b) Protección de los MENA: la repatriación de los menores no acompañados  
Requisitos  
La residencia regular de los MENA
  - c) Atribución de la Tutela a las ONGs, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque con un peso específico dispar, la familia sigue siendo en todas las sociedades el núcleo de socialización primario de mayor influencia en la formación de la personalidad del menor. Por ello, los especialistas defienden que, cuanto más pequeño sea el niño, más imperiosa se torna la necesidad de no separarlo de su familia biológica y entorno sociocultural. Sin embargo, por diversas y adversas circunstancias psicológicas y/o socioculturales, son bastantes los núcleos familiares que ofrecen un modelo de referencia poco afortunado, procurando a los hijos diversos obstáculos para lograr aquella imagen y repertorio conductual conformes a las expectativas sociales. Las administraciones responsables, frente a estos supuestos y antes de adoptar cualquier medida que implique la separación, pretenden prevenir las distintas circunstancias de marginación y, en su caso, ayudar a la familia a recomponer su situación. Las ayudas económicas, programas comunitarios, asistencia domiciliaria, etc., son fundamentales, máxime si tenemos en cuenta que un gran porcentaje de niños, antes de ser acoplados en una nueva familia mediante el acogimiento familiar o la adopción, tiene una o más experiencias en centros residenciales. Al respecto, pese a la necesidad del internamiento, las consecuencias negativas que pueden derivarse de este clásico recurso han hecho que únicamente se prescriba su utilización, siguiendo los principios de individualización y normalización, cuando no se disponga de otras medidas más adecuadas de protección y, en todo caso, únicamente por el tiempo necesario. Pese a que la acogida en centros puede estar indicada para aquellos niños con unas circunstancias y perfiles de personalidad muy determinados, si reparamos en la legislación que sigue a continuación, podemos observar la importancia que, frente a este recurso, se confiere a la vida familiar, así como cuando ésta no sea posible, a las correspondientes medidas alternativas de protección.

Desde el *ámbito internacional*, la norma más importante que protege los derechos y libertades de los niños y orienta las distintas legislaciones es la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Respecto al tema que nos ocupa, se indica en su Preámbulo, *«que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión»*. Más adelante, se dice en su artículo 20.1, que *«los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado»*. Asimismo, en relación a la necesidad de los recursos de protección, su apartado 3 hace referencia *«[...] a la colocación en hogares de guarda [...] la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores [...]»*.

También constituye una pieza fundamental para la protección de la infancia el Convenio de la Haya de 1993, relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Fue ratificado por España el 11 de Julio de 1992, y está en vigor desde el 1 de Noviembre de este año. La meta fundamental de este Convenio, siguiendo su artículo 1, es garantizar los derechos e intereses de los menores, impidiendo la sustracción, la venta o el tráfico de niños con motivo de una adopción internacional, así como la de asegurar el reconocimiento por los Estados contratantes de las adopciones realizadas conforme a los contenidos de este Convenio.

De acuerdo con la Convención de 1989 y, desde el *ámbito europeo*, podemos destacar la Resolución del Parlamento Europeo A4-0392, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de Julio de 1992. En efecto, aquí también se matizan los derechos y libertades inherentes al niño y la influencia que tiene la familia para el desarrollo y la vida posterior de adulto. Así, se indica, que *«Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses»* (letra D, apartado 8.14). También recoge la necesidad de que el niño sea oído, en función de su madurez, en todas las decisiones que le afecten. Se dice, en cualquier caso, que *«Todo niño deberá gozar de unos servicios sociales adecuados en el terreno familiar, educativo y de reinserción social»* (apartado 8.33).

En cuanto al *Derecho interno*, la Constitución Española de 1978 introduce una nueva concepción de los derechos y libertades de la infancia, de los elementos componentes de la estructura familiar y de las distintas responsabilidades con el colectivo infantil, si bien las referencias explícitas a estos derechos son ciertamente escasas. Podemos entender, no obstante, que el niño es titular y sujeto portador de todos los derechos (y no mero objeto de protección) contenidos en el Título I: *«De los Derechos y Deberes Fundamentales»*. Indispensable en el terreno de la protección es el artículo 39 de la C.E., que recoge la protección económica, social y jurídica de la familia (39.1); la protección de los hijos por los poderes públicos con independencia de su filiación (39.2); la obligación que tienen los padres de prestar la necesaria asistencia a los hijos durante la minoría de edad (39.3); así como la referencia explícita que, en su apartado 4, se hace al ordenamiento jurídico internacional: *«Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*. También la *legislación estatal* española contiene varias disposiciones garantizadoras de los derechos de los niños, tanto desde el campo de la protección como de la reforma.

Son cruciales, en el terreno de la protección, las Leyes 21/1987, de 11 de Noviembre (denominada *«Ley de Adopción»*) y Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, que supusieron una modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el lado de la reforma, en la actualidad, es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, que regula la Responsabilidad Penal de los Menores entre 14 y 18 años. Esta Ley, si bien de naturaleza sancionadora, sobre todo se distingue por su clara orientación preventivo-educativa y reinsertadora.

En lo que concierne a la *legislación autonómica*, no hemos de olvidar, que la protección de menores ha sido traspasada a las Comunidades Autónomas, motivo por el que les corresponde, en virtud de la Constitución Española, esta capacidad legislativa. También se ocupan de la aplicación de las medidas impuestas por los Juzgados de Menores, cuando los menores hayan incurrido en alguna conducta tipificada como falta o delito por las leyes penales. Con independencia de que algunas Comunidades Autónomas aún no hayan promulgado una legislación específica de protección al menor, la gran mayoría cuenta con una o varias, en concordancia con lo establecido en la actual Ley Orgánica 1/1996 de ámbito nacional mencionada.

Cada Comunidad Autónoma aprobará la normativa de desarrollo relativa a estas concretas medidas, siendo en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia la que se ocupa directamente de esta clase de cuestiones. En este sentido, y en relación al concreto objeto del presente informe varios son los aspectos a tener en cuenta.

En primer lugar, la delimitación entre « situaciones de riesgo » y « situaciones de desamparo », de las cuales se derivan medidas de diferente naturaleza y ; en segundo lugar, las medidas objeto de aplicación respecto de los menores infractores no responsables penalmente.

En primer lugar, por lo que respecta a la delimitación entre situaciones de riesgo y de desamparo, el artículo 51 considera « situaciones de riesgo » a aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, que no quepa calificar de desamparo y que, por lo tanto, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Aparece una “situación de riesgo” cuando el desarrollo y el bienestar de la persona menor de edad se ve limitado o perjudicado a consecuencia de circunstancias de carácter personal, social o familiar y los padres y madres, tutores o guardadores no asumen o pueden no asumir completamente sus responsabilidades para asegurar el normal desarrollo del niño, niña o adolescente. Todo ello, sin que la situación alcance la suficiente gravedad como para derivar en desprotección y justificar una separación del núcleo familiar.

Son precisamente estos casos los que inicialmente se deben identificar con los supuestos de menores de 14 años infractores y no responsables penalmente, a partir de los que se promoverá la colaboración de los padres y madres, tutores o guardadores, la utilización de recursos de apoyo personal y familiar, la intervención comunitaria, así como los servicios de orientación y seguimiento (art. 52).

Frente a estos supuestos en los que parece requerirse el desarrollo de programas de intervención familiar, los casos de desamparo, son los que se producen a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las personas menores de edad, cuando éstas quedan privadas de la necesaria asistencia moral o material (art. 56). En estos casos, la Administración competente, asumirá la tutela de la persona menor de edad, adoptando las medidas de protección oportunas (guarda, acogimiento residencial y adopción) y poniendo estas circunstancias en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 56).

## **II. PAUTAS DE ACTUACIÓN EN SITUACIÓN DE RIESGO**

Siguiendo la normativa autonómica, en las situaciones de riesgo, las administraciones públicas competentes en materia de protección a la infancia y adolescencia deberán garantizar los derechos que asisten a la población infantil y adolescente, así como asegurar la atención de sus necesidades. Las actuaciones públicas en esta materia estarán orientadas a la desaparición de los factores de riesgo que incidan de forma negativa en el ajuste personal y social de los niños, niñas y adolescentes y de sus familias. Para ello, se promoverá la colaboración de los padres y madres, tutores o guardadores, la utilización de

recursos de apoyo personal y familiar, la intervención comunitaria, así como los servicios de orientación y seguimiento.

En este sentido, cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligrará el normal desarrollo del nasciturus, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo (art. 52)

En situaciones de riesgo, los servicios sociales de base deberán proceder a la recepción del caso y a su investigación, valoración y orientación, debiendo, si lo estiman necesario, intervenir desde el ámbito comunitario.

Cuando consideren que existe una situación de desprotección infantil de gravedad elevada, que pudiera requerir una intervención especializada o incluso la separación de la persona menor de edad de su ámbito familiar, deberán derivarlo al servicio especializado de protección a la infancia y la adolescencia.

En los casos en los que los servicios sociales de base estimen necesaria la intervención desde el ámbito comunitario, deberán elaborar un plan individualizado de atención en el que se harán constar las intervenciones diseñadas para responder a las necesidades detectadas.

Los servicios sociales de base contarán con el personal necesario para el cumplimiento de los objetivos requeridos (art. 53).

Por lo que respecta a los concretos programas de intervención, en esta clase de supuestos, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, crearán y promoverán programas de intervención familiar dirigidos a dar respuesta a las situaciones de riesgo.

Se entiende por programas de intervención familiar aquellos que proporcionan apoyo socioeducativo a familias cuyas carencias en el ámbito de las habilidades personales, sociales o educativas generan o serían susceptibles de generar a los niños, niñas o adolescentes una situación de riesgo que podría llegar a dificultar su permanencia en el hogar familiar.

Los programas de intervención familiar podrán ser:

- a. básicos, de aplicación en el domicilio familiar, como los programas de educación doméstica, o en el entorno comunitario, como los programas de educación de calle;
- b. especializados, como los servicios de intervención terapéutica en familias problemáticas, los servicios de intervención en situaciones de maltrato, abandono o explotación, incluido el ámbito laboral, así como los servicios de intervención en situaciones de abuso sexual.

En última instancia, los programas de intervención familiar irán dirigidos, cuando se trate de situaciones de riesgo, al mantenimiento de los niños, niñas y adolescentes en el núcleo familiar. Podrán, además, cuando se trate de situaciones de desamparo, aplicarse junto con una medida de acogimiento familiar o institucional, a fin de mejorar las condiciones de convivencia en el hogar, en aras de la integración del menor en su núcleo familiar de origen, tal y como se prevé en el artículo 61.3.

### **III. PAUTAS DE ACTUACIÓN EN SITUACIÓN DE DESAMPARO**

De conformidad con el artículo 172.1 del Código Civil, se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las personas menores de edad, cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material (art. 56).

En este sentido, cuando la administración pública competente en materia de protección considere que el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de desamparo, actuará conforme a los artículos 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de la persona menor de edad, adoptando las medidas de protección oportunas y poniendo estas circunstancias en conocimiento del ministerio fiscal.

En el momento en que la administración pública competente en materia de protección de menores tenga conocimiento de que un niño, niña o adolescente puede encontrarse en situación de desamparo, debe iniciar un expediente cuya tramitación responderá a las siguientes pautas de actuación:

a. Solicitar informes a cuantas personas u organismos puedan facilitar datos relevantes para el conocimiento y la valoración de la situación sociofamiliar, especialmente a los servicios sociales de base.

Si se estima necesario, se solicitarán informes al tutor escolar y al médico de familia o al pediatra, o a cualquier otro profesional de la salud u otros ámbitos de atención social o educativa, debiendo estos profesionales transmitir por escrito los datos e informaciones necesarias y suficientes de los que dispongan para garantizar la calidad y la eficacia de las intervenciones.

b. Informar a los organismos y profesionales que colaboren en la detección y valoración de una situación de riesgo o desprotección de las líneas generales de su evolución, dentro de los límites exigidos por el deber de reserva y siempre que no resulte improcedente dicha comunicación.

c. Oír al niño, niña o adolescente, directamente o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. Cuando ello no sea posible o no convenga al interés de la persona menor de edad, podrá conocerse su opinión a través de personas que, por su profesión y relación de especial confianza con ella, puedan transmitirla objetivamente.

d. Oír a los padres y madres, tutores o guardadores del niño, niña o adolescente siempre que sea posible.

e. Oír a cuantas otras personas puedan aportar información sobre la situación del niño, niña o adolescente y sobre su familia o las personas que lo atiendan.



- f. Prestar la atención inmediata que precise la persona menor de edad, adoptando, en su caso, las medidas cautelares o provisionales que se estimen pertinentes.
- g. Informar al niño, niña o adolescente, en función de su nivel y capacidad de entendimiento, del estado en que se encuentra el procedimiento que le concierne, e informar igualmente a los padres y madres, tutores o guardadores.
- h. Elaborar un plan individual de atención adecuado a las necesidades detectadas.
- i. Recoger el conjunto de la información referida al niño, niña o adolescente en un expediente individual.

Finalizados los trámites anteriormente citados, el órgano competente para resolver dictará, en su caso, una resolución administrativa que declarará la situación de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley y las medidas de protección que correspondan. Esta resolución se notificará al ministerio fiscal y a los padres y madres, tutores o guardadores del niño, niña o adolescente en un plazo de dos días naturales. Siempre que resulte posible, esta notificación, además de por escrito, deberá comunicarse de forma presencial.

El plazo máximo de resolución será de tres meses a contar desde la fecha de recepción del caso en el servicio especializado de protección a la infancia y adolescencia, y podrá prorrogarse de forma motivada por un plazo máximo de otros tres meses en aquellos casos cuyas particulares características hagan inviable su resolución en el tiempo legalmente establecido al efecto. Transcurrido este plazo se producirá la caducidad, salvo que el procedimiento se paralice por causa no imputable al interesado. En este caso interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley deberán contener los motivos de la intervención, así como los posibles efectos de las decisiones y medidas adoptadas. Asimismo, deberán indicar que las resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

En el supuesto de no constatarse el desamparo, si se observara una situación de riesgo leve, el caso se derivará al servicio social de base correspondiente a fin de que adopte las medidas que estime más adecuadas.

La asunción de la tutela por la administración pública competente en materia de protección de personas menores de edad conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres y madres o tutores en representación del niño, niña o adolescente y que sean beneficiosos para la persona menor de edad.

En tanto se mantenga la situación de tutela de un niño, niña o adolescente por parte de la administración pública competente, se acordará, con el fin de garantizar la cobertura de sus necesidades, su atención bajo alguna de las siguientes modalidades de guarda:

- a. Acogimiento familiar.

b. Acogimiento residencial.

Excepcionalmente, y cuando lo aconsejen las circunstancias del caso, podrá optarse por modalidades de atención alternativas que se estimen más aptas para responder a las necesidades de la persona menor de edad, siempre que las mismas no conlleven una limitación de derechos superior a la del acogimiento residencial en los términos que se prevén en la regulación a la que se refiere el artículo 78. Estas modalidades de atención se enmarcarán en los servicios experimentales previstos en la disposición adicional primera.

Durante el ejercicio de la tutela la administración pública competente podrá promover:

- a. la reintegración en el domicilio familiar;
- b. la tutela ordinaria;
- c. la adopción.

#### **IV. ANÁLISIS DE CADA UNA DE ESTAS FIGURAS**

**a) Acogimiento familiar:**

El acogimiento familiar es aquella medida de protección de niños, niñas y adolescentes que, con carácter administrativo o judicial, otorga la guarda de un niño, niña o adolescente a una persona o núcleo familiar con la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, atenderlo, alimentarlo, cuidarlo y procurarle una formación integral a fin de proporcionarle una vida familiar sustitutiva o complementaria de la propia.

En el marco del acogimiento, la familia acogedora asume una función de colaboración con la Administración en el ejercicio de sus funciones de protección.

De conformidad con lo previsto en el artículo 173.2 del Código Civil, el acogimiento familiar se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, el de las personas que reciban a la persona menor de edad y el de ésta si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres y madres y éstos no estuvieran privados de la patria potestad, o, en su caso, el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional.

El acogimiento familiar revestirá las modalidades de acogimiento simple, permanente y preadoptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 bis del Código Civil. Asimismo, el acogimiento familiar podrá tener carácter provisional en virtud de su artículo 173.3.

Por lo que respecta a las familias acogedoras, según el artículo 73, la administración pública competente sólo aprobará las propuestas de acogimiento a favor de aquellas personas que, mediante un estudio psicosocial previo, acrediten su adecuación para garantizar la cobertura de las necesidades del niño, niña o adolescente y el cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas.

En la valoración de las circunstancias que concurren en las personas o familias que soliciten acoger a un niño, niña o adolescente, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- a. Disponer de medios de vida estables y suficientes.
- b. Disfrutar de un estado de salud física y psíquica que garantice la atención normalizada del niño, niña o adolescente.
- c. En el caso de que los solicitantes acrediten que constituyen una unión, ya sea matrimonial o de hecho, haber convivido de forma continuada durante aproximadamente un período mínimo de un año inmediatamente anterior a la solicitud.
- d. Llevar una vida familiar estable.
- e. Disfrutar de un entorno familiar y social favorable a la integración del niño, niña o adolescente.
- f. No existir en las historias personales de los solicitantes episodios que impliquen riesgo para el niño, niña o adolescente.
- g. Mostrar flexibilidad en las actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas.
- h. Comprender la dificultad inherente a la situación del niño, niña o adolescente.
- i. Respetar la historia personal y familiar del niño, niña o adolescente.
- j. Aceptar las relaciones entre el niño, niña o adolescente y su familia de origen y, en su caso, el régimen de visitas establecido por la autoridad pública competente.
- k. Mostrar una actitud positiva de colaboración y compromiso en la formación y el seguimiento técnico.
- l. Compartir entre los miembros de la unidad familiar una actitud favorable al acogimiento.
- m. Manifestar una motivación al acogimiento familiar en la que prevalezcan el interés superior del niño, niña o adolescente y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo.

Los órganos forales de los territorios históricos crearán y mantendrán actualizada una lista de familias acogedoras en la que se indicará si han realizado algún acogimiento, o si se les ha propuesto realizarlo; y en caso de existir un acogimiento previo, el resultado de éste.

Los órganos forales de los territorios históricos organizarán campañas informativas y de captación de familias acogedoras.

## **b) Acogimiento residencial**

El artículo 75 define el acogimiento residencial como medida alternativa de guarda, de carácter administrativo o judicial, cuya finalidad es ofrecer una atención integral en un entorno residencial a niños, niñas y adolescentes cuyas necesidades materiales, afectivas y educativas no pueden ser cubiertas, al menos temporalmente, en su propia familia.

A la vista del acogimiento residencial, los principios de actuación administrativa en el presente ámbito son:

1. La administración pública competente, cuando acuerde el acogimiento residencial de un niño, niña o adolescente, procurará que el período de internamiento sea lo más breve

posible, salvo que convenga al interés de la persona menor de edad, con objeto de favorecer el retorno a la familia biológica, el acogimiento familiar, la tutela ordinaria, la adopción o la emancipación, principalmente en la primera infancia. El ejercicio de la guarda mediante acogimiento residencial recae en el director o directora o, en su defecto, en la persona responsable del centro donde sea acogido el niño, niña o adolescente.

2. Las administraciones públicas competentes en materia de protección a la infancia y adolescencia, para llevar a cabo las medidas de acogimiento residencial, podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración con entidades colaboradoras de integración familiar donde se contemplen los sistemas de participación de las personas menores, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga la cesión de titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

Por lo que respecta a los derechos de las niñas, niños y adolescentes en acogimiento residencial, éstos tendrán derecho a

- a. Ser informados de sus derechos y obligaciones.
- b. Ser atendidos sin discriminación por razón de nacimiento, edad, raza, sexo, estado civil, orientación sexual, aptitud física o psíquica, estado de salud, lengua, cultura, religión, creencia, ideología o cualquier otra condición o circunstancia personal, económica o social, respetando sus orígenes y favoreciendo la conservación de su bagaje cultural y religioso.
- c. Tener cubiertas las necesidades básicas de la vida cotidiana que permitan su desarrollo personal integral.
- d. Acceder a los servicios necesarios para atender todas las necesidades que exige el adecuado desarrollo de su personalidad, siendo prioritaria siempre su atención en la comunidad a través de la red de servicios ordinarios.
- e. Disfrutar en su vida cotidiana de unos períodos equilibrados de actividad, ocio y sueño.
- f. Recibir un trato digno por parte del personal del centro y de los demás residentes.
- g. Ver respetada la confidencialidad de los datos que constan en su expediente individual y el deber de reserva en su utilización.
- h. Mantener relaciones con sus familiares y personas significativas, siempre que no sea contrario a su interés, y recibir visitas en el centro o en otros lugares que se determinen en cada caso.
- i. Ver respetada la intimidad y sus pertenencias individuales en el centro, así como la inviolabilidad de su correspondencia y el derecho a recibir y hacer llamadas telefónicas en privado, salvo que ello ponga en riesgo su protección.
- j. Participar en la elaboración o modificación de las normas de convivencia contenidas en el reglamento de régimen interno, así como en la programación y desarrollo de las actividades del centro.
- k. Ser informados, en un lenguaje adaptado a su nivel y capacidad de entendimiento, de los procedimientos de reclamación existentes en el centro y de la posibilidad de manifestar una queja ante el ministerio fiscal, el *defensor o defensora de la Infancia y la Adolescencia* o los servicios de inspección, o ante las administraciones competentes en materia de protección.
- l. Conocer su situación legal en todo momento.

m. Contar con un plan de intervención individualizada y participar en su elaboración y evaluación periódicas.

n. Ser oídos en las decisiones de trascendencia que les afecten si son mayores de doce años, en todo caso, y si tuvieran juicio suficiente, también los niños, niñas y adolescentes que todavía no hayan alcanzado dicha edad.

ñ. Participar en las evaluaciones y procedimientos de inspección de los que sea objeto el centro.

o. Ser atendidos por personal cualificado por su formación y experiencia.

p. Contar con la participación de sus padres y madres en su atención y en las decisiones que les conciernen, siempre que no sea contrario a su interés.

q. No ser separado de sus hermanos o hermanas, permaneciendo todos juntos en el mismo centro, siempre que no sea contrario a su interés.

Los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de residentes de un centro de acogimiento, tienen las siguientes obligaciones:

a. Respetar y cumplir las normas de funcionamiento y convivencia del centro.

b. Respetar la dignidad y función de cuantas personas trabajen o vivan en el centro.

c. Desarrollar las actividades escolares, laborales o cualesquiera otras orientadas a su formación.

d. Hacer un uso adecuado de las instalaciones y de los medios materiales que se pongan a su disposición.

e. Cumplir las medidas educativas correctoras impuestas, según lo dispuesto en el artículo siguiente.

f. Someterse, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, a los reconocimientos y pruebas médicas que sean precisos en garantía del derecho a la salud de la propia persona menor de edad y de las demás personas que viven o trabajan en el centro.

El incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo anterior dará lugar a la aplicación de medidas educativas correctoras. Estas medidas deberán tener contenido y función esencialmente educativos y no podrán implicar, directa o indirectamente, castigos corporales, privación de la alimentación, privación del derecho de visita de los familiares, intervención de las comunicaciones orales o escritas, privación del derecho a la educación obligatoria y de asistencia al centro escolar o privación del derecho a la asistencia sanitaria tampoco podrán atentar contra su dignidad. Se fundamentan en la función correctora que el Código Civil, en sus artículos 154 y 268, hace recaer en los padres y madres o tutores.

Las conductas que podrán ser objeto de medidas educativas correctoras, el contenido de estas últimas y las pautas de aplicación de las mismas deberán ser objeto de regulación en el marco del desarrollo reglamentario de centros a que se refiere el artículo 78. En dicha regulación deberá preverse el derecho de la persona menor de edad a ser oída, a aportar pruebas y a ser asesorada por la persona que designe, así como el registro de las medidas

impuestas, con indicación de la conducta o hecho que las origine y de las circunstancias de su aplicación.

Entre las medidas educativas correctoras se otorgará especial relevancia a la petición de excusas a la persona ofendida, la restitución de los bienes o la reparación de los daños.

En función de su naturaleza, las medidas podrán ser aplicadas por cualquiera de los profesionales que integran el equipo educativo, o cuando correspondan a conductas o hechos de gravedad, quedar reservadas al director del centro o a quien ejerza funciones de responsable del mismo. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las medidas que, con carácter provisional, deban adoptarse de forma inmediata a fin de evitar daños en las personas o en las cosas.

### **c) Adopción**

La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del niño, niña o adolescente adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Las actuaciones administrativas requeridas para la promoción de un expediente de adopción, o, en su caso, de adopción internacional, se ajustarán en todo caso a la regulación contemplada en el ordenamiento jurídico vigente.

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta de la Diputación Foral del lugar de vecindad de los solicitantes, en su calidad de entidad competente en materia de protección a los niños, niñas y adolescentes, a favor del adoptante o adoptantes que previamente hayan sido declarados idóneos para el ejercicio de la patria potestad, salvo en las circunstancias previstas en el artículo 176.2 del Código Civil. Dicha propuesta debe reunir una serie de requisitos, regulados en el artículo 1829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que respecta a las familias adoptantes, serán requisitos de idoneidad para la adopción de niños, niñas y adolescentes:

- a. Disponer de medios de vida estables y suficientes.
- b. Disfrutar de un estado de salud física y psíquica que garantice la atención normalizada del niño, niña o adolescente.
- c. En el caso de que los solicitantes acrediten que constituyen una unión matrimonial o de hecho, haber convivido de forma continuada durante dos años con anterioridad a la solicitud.
- d. Llevar una vida familiar estable.
- e. Disfrutar de un entorno familiar y social favorable a la integración del niño, niña o adolescente.
- f. No existir en las historias personales de los solicitantes episodios que impliquen riesgo para el niño, niña o adolescente.
- g. Mostrar flexibilidad en las actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas.
- h. Respetar y aceptar la historia personal y familiar del niño, niña o adolescente.

- i. Mostrar una actitud positiva de colaboración y compromiso.
  - j. Compartir entre todos los miembros de la unidad familiar una actitud favorable a la adopción.
  - k. Contar el o los adoptantes con una edad que, previsiblemente, no pueda suponer una limitación para el conveniente desarrollo del adoptando.
- l. Manifestar una motivación a la adopción en la que prevalezcan el interés superior del niño, niña o adolescente y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo.

El período de validez del certificado de idoneidad será de tres años, sin perjuicio de que sea revisable en cualquier momento si cambian las circunstancias personales o familiares de las personas que se ofrecen para la adopción.

## **V. LA ATENCIÓN A MENORES INFRACTORES NO RESPONSABLES PENALMENTE**

### **a) Atención a menores infractores menores de 14 años**

Los menores de 14 años que cometen infracciones penales no pueden ser declarados responsables y han de ser tratados con arreglo a las disposiciones y procedimientos establecidos en materia de protección de menores por el Código Civil y la LO 1/1996 de Protección del Menor. En coherencia, el artículo 3 de la LO 5/2000 ordena al Fiscal (tan pronto como verifique la concurrencia de esta circunstancia de edad) remitir toda la información relevante a la entidad pública competente en materia de protección de menores, de modo que ésta pueda promover la adopción de las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor. Las entidades públicas competentes en materia de protección de menores están obligadas a intervenir directamente, con inmediatez y eficacia ante toda situación de riesgo o peligro para el bienestar del menor y a adoptar todas las medidas necesarias y convenientes de contenido educativo e interdisciplinar (art. 14 LO 1/1996). En caso de riesgo importante para el desarrollo personal o social del menor, puede ordenarse la separación de su familia con objeto de eliminar los factores de riesgo provenientes de la estructura familiar; si el incumplimiento de los deberes de protección por parte de los padres o la familia priva al menor de la necesaria asistencia material y moral, la entidad pública asume de manera directa y automática la tutela del menor y ha de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su guarda y protección, en el sentido dispuesto por el artículo 172.1 del Código Civil: (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) “1. *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de 48 horas (...).*”

*Se considera en situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. (...).*

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente en este asunto su guarda durante el tiempo necesario.

(...) Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

(...)3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor.

Los padres o tutores del menor podrán oponerse en el plazo de dos meses a la resolución administrativa que disponga el acogimiento cuando consideren que la modalidad acordada no es la más conveniente para el menor o si existieran dentro del círculo familiar otras personas más idóneas a las designadas.

(...) 4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

(...)5. Si surgieren problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta.

(...) 6. Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa.”

A tenor del contenido del precepto se deducen dos conclusiones. En primer lugar, que es la Entidad pública la encargada de adoptar estas medidas de protección que el Fiscal conoce la adopción de tales medidas y la evolución de las mismas y es parte en los procedimientos judiciales que se llevan a cabo para su formalización o, en su caso, para que los ciudadanos afectados que no están conformes con ello impugnen la medida.

El Fiscal puede pedir por sí de la Autoridad judicial la adopción de medidas de protección del menor en casos de urgente necesidad, bien por inactividad de los padres, bien por defecto de los mismos en el ejercicio de la patria potestad.

En la práctica, todas estas funciones se traducen en la incoación de un expediente de protección por cada menor o grupo de hermanos que se hallan en situación de desamparo o de riesgo. La noticia de tal situación puede proceder de la notificación que la Administración haga de las resoluciones administrativas que se adopten en relación con un menor. Pero también, cuando el Fiscal detecte esa situación de riesgo o de desamparo por cualquier otro medio (atestado policial, denuncia de particulares...) lo comunicará a la Administración a fin de que la misma verifique la situación del menor o familia y adopte, es su caso, las medidas de protección adecuadas que prevé la ley.

En definitiva, el Fiscal debe recibir información sobre cualquier medida administrativa aplicada; tiene que controlar cada seis meses la situación del menor y promover la adopción por el Juez Civil de las medidas de protección necesarias. La jurisdicción civil es la competente para adoptar todo tipo de medidas preventivas (art. 158



Código Civil) y, en su caso, para resolver los recursos presentados contra cualquier decisión administrativa.

### **b) Medidas de protección**

En el sentido puesto de manifiesto, las medidas de protección de menores adoptadas por la Entidad Pública, son las previstas respecto de las situaciones de riesgo de los mismos que la LO 1/1996 diferencia de los casos de situaciones de desamparo. La distinción de estas dos situaciones reside en la necesidad de configurar dos situaciones de desprotección diferentes que conllevan un grado distinto de intervención por parte de la Entidad pública. Mientras en el segundo supuesto, la entidad pública asume directamente la tutela del menor, en el primero de los supuestos nos encontramos con la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza una gravedad tal que justifica su separación del núcleo familiar, debiendo limitarse la intervención de la entidad pública a eliminar los factores de riesgo.

En el caso concreto del Estado Español, cada Comunidad Autónoma aprobará la normativa de desarrollo relativa a estas concretas medidas, siendo en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia la que se ocupa directamente de esta clase de cuestiones. En este sentido, y en relación al concreto objeto del presente informe varios son los aspectos a tener en cuenta.

En primer lugar, la delimitación entre « situaciones de riesgo » y « situaciones de desamparo », de las cuales se derivan medidas de diferente naturaleza y ; en segundo lugar, las medidas objeto de aplicación respecto de los menores infractores no responsables penalmente.

En primer lugar, por lo que respecta a la delimitación entre situaciones de riesgo y de desamparo, el artículo 51 considera « situaciones de riesgo » a aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, que no quepa calificar de desamparo y que, por lo tanto, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Aparece una “situación de riesgo” cuando el desarrollo y el bienestar de la persona menor de edad se ve limitado o perjudicado a consecuencia de circunstancias de carácter personal, social o familiar y los padres y madres, tutores o guardadores no asumen o pueden no asumir completamente sus responsabilidades para asegurar el normal desarrollo del niño, niña o adolescente. Todo ello, sin que la situación alcance la suficiente gravedad como para derivar en desprotección y justificar una separación del núcleo familiar.

Son precisamente estos casos los que inicialmente se deben identificar con los supuestos de menores de 14 años infractores y no responsables penalmente, a partir de los que se promoverá la colaboración de los padres y madres, tutores o guardadores, la utilización de recursos de apoyo personal y familiar, la intervención comunitaria, así como los servicios de orientación y seguimiento (art. 52).

Frente a estos supuestos en los que parece requerirse el desarrollo de programas de intervención familiar, los casos de desamparo, son los que se producen a causa del

incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las personas menores de edad, cuando éstas quedan privadas de la necesaria asistencia moral o material (art. 56). En estos casos, la Administración competente, asumirá la tutela de la persona menor de edad, adoptando las medidas de protección oportunas (guarda, acogimiento residencial y adopción) y poniendo estas circunstancias en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 56).

Limitado el objeto de estudio a las situaciones de riesgo, por lo que respecta a la concreta intervención en situaciones de riesgo, los servicios sociales de base deberán proceder a la recepción del caso y a su investigación, valoración y orientación, debiendo, si lo estiman necesario, intervenir desde el ámbito comunitario. Cuando consideren que existe una situación de desprotección infantil de gravedad elevada, que pudiera requerir una intervención especializada o incluso la separación de la persona menor de edad de su ámbito familiar, deberán derivarlo al servicio especializado de protección a la infancia y la adolescencia. En los casos en los que los servicios sociales de base estimen necesaria la intervención desde el ámbito comunitario, deberán elaborar un plan individualizado de atención en el que se harán constar las intervenciones diseñadas para responder a las necesidades detectadas (art. 53).

En situaciones en las que existan indicios de desprotección grave, los servicios territoriales especializados de protección a la infancia y la adolescencia deberán proceder a la recepción del caso, haya sido éste comunicado por el servicio social de base correspondiente o por cualquier otra instancia o persona, así como a su investigación y valoración complementaria, a fin de determinar la gravedad de la situación y definir la orientación del caso. En los supuestos en los que se confirme que se trata de una situación grave, se intervendrá desde el propio servicio especializado en coordinación con el servicio social de base; y en los supuestos en los que se considere que se trata de una situación de riesgo leve o moderado que no requiere una intervención especializada se remitirá el caso al servicio social de base (art. 54).

En cuanto a las medidas específicas a adoptar en los supuestos de menores en situación de riesgo, las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, crearán y promoverán programas de intervención familiar dirigidos a dar respuesta a las situaciones de riesgo. Estos programas que proporcionan apoyo socioeducativo a familias cuyas carencias en el ámbito de las habilidades personales, sociales o educativas generan o serían susceptibles de generar a los niños, niñas o adolescentes una situación de riesgo que podría llegar a dificultar su permanencia en el hogar familiar.

Entre los programas de intervención destacan los siguientes:

a) básicos, de aplicación en el domicilio familiar, como los programas de educación doméstica, o en el entorno comunitario, como los programas de educación de calle;

b) especializados, como los servicios de intervención terapéutica en familias problemáticas, los servicios de intervención en situaciones de maltrato, abandono o explotación, incluido el ámbito laboral, así como los servicios de intervención en situaciones de abuso sexual.

Los programas de intervención familiar irán dirigidos, cuando se trate de situaciones de riesgo, al mantenimiento de los niños, niñas y adolescentes en el núcleo familiar. Podrán, además, cuando se trate de situaciones de desamparo, aplicarse junto con una medida de acogimiento familiar o institucional, a fin de mejorar las condiciones de convivencia en el hogar, en aras de la integración del menor en su núcleo familiar de origen, tal y como se prevé en el artículo 61.3 de la Ley 3/2005.

Por último resta mencionar que junto a estas medidas de protección de naturaleza educativa, otra de las alternativas a destacar reside en la posibilidad de internar psiquiátricamente al menor que precise un tratamiento de estas características. El artículo 763 Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico, con referencia especial en su apartado 2 al internamiento de menores que “[...] se realizará siempre en un establecimiento de salud mental, adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

## **VI. ¿TUTELA DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENA) EN SITUACIÓN DE DESAMPARO?**

El tratamiento que los menores extranjeros reciben en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, es uno de los aspectos que más ha llamado la atención, fundamentalmente en lo relativo a la protección de los menores no acompañados (MENA).

Así lo recoge la Exposición de Motivos de la LO cuando alude a los mismos en los siguientes términos: “[...] *Mención especial merecen las modificaciones que se realizan en relación a la integración de los menores extranjeros no acompañados, que propician un mejor tratamiento de la situación del menor y que van, desde la posibilidad de su repatriación al país de origen, hasta garantizar, cuando ésta no resulte la respuesta idónea, las mejores condiciones para asegurar la plena integración de los mismos en la sociedad española, que debe ser un objetivo expreso del conjunto de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones públicas [...]*”.

En idéntico sentido, el nuevo artículo 35 de la LO 4/2000 expone la intención del Gobierno de “[...] *promover el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados [...]*”.

Ubicación significativa de dicha declaración que implica la intención del Gobierno de evitar, por todos los medios, el flujo migratorio de menores y equipararlo ya, de forma explícita, en tratamiento a los mayores y, por tanto, a la pura y dura política de extranjería: control y repatriaciones.

Idea que, a su vez, se refuerza a través del segundo punto del precepto mencionado que da protagonismo a las CCAA facultándoles para establecer acuerdos con los países de origen,

dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su “entorno de procedencia”.

Junto al mencionado aspecto, existen otros dos que deben ser objeto de atención y que, en idéntico sentido, implican modificaciones importantes en relación a la normativa anteriormente en vigor, esto es, el tratamiento de los menores extranjeros infractores y el de los menores extranjeros víctimas.

Un análisis a cada uno de estos tres aspectos (tutela de menores no acompañados; tratamiento de menores infractores y tratamiento de menores víctimas) permitirá una mejor comprensión de la presente temática.

#### **a) Tutela de los menores extranjeros no acompañados (MENA)**

##### **Identificación de la edad**

El ámbito en el que más ha llamado la atención la LO 4/2000 reside en la regulación contemplada acerca del tratamiento que de la misma se desprende para la tutela de los menores no acompañados en su artículo 35 y la incidencia que, en el principio de “interés superior del menor”, tiene la misma.

Antes de ello es necesario determinar la concreta edad de la persona a la que se quiere amparar.

A esta problemática de determinación de la edad trata de responder el número 3 del artículo 35: “3. *En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias*”.

Y continúa el número 10 de idéntico precepto: “10. *Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado*”.

La edad del menor normalmente se prueba, como su identidad, mediante un documento identificativo, ya sea el pasaporte o cualquier otro documento válido que permita acreditar aquella de modo fehaciente.

Ahora bien, si la documentación exhibida presenta indicios de falsedad, de acuerdo con la Circular 2/2006, de 27 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre diversos aspectos

relativos al régimen de los extranjeros en España, el Ministerio Fiscal podrá autorizar la práctica de pruebas conducentes a la determinación de edad, tal y como se deriva del número 1 del artículo 35 de la LO 4/2000.

Para ello, tanto el actual artículo 92.1 del Reglamento de Extranjería, como el artículo 187 del Borrador del Reglamento de Extranjería (Borrador del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009) confirman la responsabilidad del Ministerio Fiscal que para llevarla a cabo habrá de autorizar la práctica de pruebas médicas que permitan determinar la edad del interesado, previa consulta en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de los antecedentes que, en su caso, existan del presunto menor, a fin de constatar que tales pruebas no se han verificado con anterioridad.

La inexistencia de un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad, sino únicamente de técnicas -básicamente de carácter radiológico- que realizan una estimación de la misma, pero que prescinden de aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales que tienen una influencia directa en el desarrollo de los individuos, resulta uno de los mayores obstáculos.

Sin embargo, al no existir otro mecanismo más eficaz, la Fiscalía General del Estado, siguiendo su Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas.

Por último, en caso de negativa del menor de edad a someterse a estas pruebas radiológicas, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4º de su Sentencia 35/96, de 11 de marzo (TOL 82.970), admitió la práctica de las mismas, sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado, por entender que con ellas no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de la exposición.

Especialmente destacable resulta, en este sentido la precisión contemplada en el número 5 del artículo 187 del Borrador donde se especifica que: *“5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, la entidad de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa española en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita”*. En este punto es necesario resaltar la importancia de contar con un intérprete que explique al menor en qué consiste la prueba de edad y siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo, que el menor tenga asistencia letrada desde el primer momento.

## **b) Protección de los MENA: la repatriación de los menores no acompañados**

### **Requisitos**

Una vez concretada la minoría de edad del extranjero se pone en marcha el proceso de tutela de los mismos.

Sin embargo, en este aspecto, la Ley Orgánica 4/2000 parece olvidar la obligación de asegurar el interés superior del menor concretamente en dos medidas que suponen sendos retrocesos. Primero, la ya comentada posibilidad de poner el menor a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen y no mediante reagrupación familiar, segundo, la posibilidad de que el menor sea repatriado incluso, en un momento posterior, a la obtención de una autorización de residencia.

Dice el número 5 del artículo 35:5. *La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.*

Frente a la idea de integración a la que se alude en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2009, la protección de los MENA a partir de la dicha normativa reside fundamentalmente en la repatriación o retorno.

El respeto por el principio de interés superior del menor, lleva al legislador del 2009 a optar por la figura del retorno mediante la reagrupación familiar o la puesta a disposición del menor ante los servicios sociales de protección del país de origen.

Sin embargo, no se trata de una repatriación automática, sino que debe cumplir una serie de garantías:

- El primer requisito a cumplir consiste en la necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen, para lo que deberán verificarse las gestiones necesarias por parte de la Comisaría General de Extranjería ante las embajadas y consulados correspondientes. Especialmente destacable resulta, en este sentido, la previsión del artículo 189.1 del Borrador del Reglamento de Extranjería que contempla que procederá la incoación de dicho procedimiento, cuando se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen.
- Como segunda garantía a cumplir, ha de respetarse el derecho del menor a ser oído en el expediente de repatriación (actual art. 92.4.1 RD 2393/2004). Este derecho se garantiza no sólo con preguntarle su opinión, sino que incluye el derecho previo a ser

informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que se cuenta. En este sentido ha sido interpretado por el legislador, que a través del contenido del Borrador del Reglamento, o bien permite al menor estar informado, en una lengua comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, teniendo, en este momento, especial incidencia la asistencia de un intérprete si no comprende o no habla español (art. 189.2 *in fine* del Borrador); o bien le permite a él, a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, al Ministerio Fiscal, formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho considere oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados (artículo 190.1 del Borrador); o bien le concede un trámite de audiencia al menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación. En el resto de los casos, el trámite de audiencia se concederá al Ministerio Fiscal, al tutor y, en su caso, al defensor judicial o al representante designado por el menor (artículo 191 del Borrador).

- Otra garantía igualmente relevante en orden a resolver si el menor debe reintegrarse con su familia o, al menos, retornar a su país de origen se vincula a la información que necesariamente debe conseguirse respecto de su identidad y circunstancias personales y socio-familiares. Mientras la normativa todavía en vigor contempla que la repatriación sólo se ejecute cuando se den las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (art. 92.4.1 *in fine*) y siempre que no se verifique la existencia de un riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares (art. 92.4.5 *in fine*), las previsiones del Borrador del Reglamento prevén una regulación más concreta. En efecto, según las disposiciones del Borrador, la Delegación o Subdelegación del Gobierno solicitará, través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, informe de la representación diplomática del país de origen del menor sobre las circunstancias familiares de éste (art. 188.3), datos relativos a la filiación del menor y a las circunstancias sociales y familiares de su entorno en el país de origen (artículo 188.5), debiendo constar en dicha solicitud la necesidad de que, de decidir la representación diplomática del país de origen sustituir la información sobre la familia por la relativa a sus servicios de protección del menor, la contestación refleje expresamente el compromiso por escrito de la autoridad competente del país de origen de asumir la responsabilidad sobre el menor (artículo 188.5 *in fine*).

Atendido el contenido del presente precepto se han de realizar las siguientes apreciaciones:

- En primer lugar, no se puede sustituir la información sobre la familia por la relativa a los servicios de protección del menor del país de origen. El objetivo es la reagrupación familiar. Si ésta no es posible, se habrán de valorar otras soluciones que tengan como fin el interés superior del menor.
- La puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, no se puede hacer sólo porque la autoridad competente del país envíe su compromiso por escrito, se ha de garantizar sobre todo, que se dan las condiciones adecuadas para su tutela por parte de las mismas.

- La regularidad del proceso de repatriación se garantiza, asimismo, mediante la comunicación al Ministerio Fiscal de todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso del mismo, en cuanto le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores de acuerdo con el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la repatriación de los MENA, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado ordena a los fiscales verificar que en la tramitación de los expedientes de repatriación se ha respetado el contenido mínimo exigido por la normativa de extranjería y, por ende, el interés del menor; esto es, que se ha respetado el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe de los servicios de protección de menores, que la repatriación se ha acordado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y que no se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares. Sólo así el Ministerio Fiscal podrá comprobar si la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor.

En todo caso, antes de proceder a la repatriación, la ponderación de las circunstancias del menor y, principalmente, su propio interés actúa como límites jurídicos nada difíciles de superar, siempre que se verifique la inexistencia de situación de peligro o de riesgo.

Especial consideración adquiere, en este punto, el reconocimiento de determinados derechos que el número 6 del actual artículo 92.4 del Reglamento atribuye a los mayores de 16 años y menores de 18, en el siguiente sentido: *A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen.*

*Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.*

En idéntico sentido, aunque ampliando los derechos atribuidos al menor en este punto, se pronuncia el artículo 190 del Borrador que permite a este colectivo de menores (16-18 años), una vez acordada la incoación del procedimiento de repatriación, la formulación de alegaciones oportunas, así como la propuesta de pruebas que consideren necesarias sobre los hechos alegados, en el sentido siguiente: *“1. Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento se iniciará un periodo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, en el que el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.*

*Si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.*

*No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional,*



*guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.*

*Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor.*

*2. Durante el trámite de alegaciones la Delegación o Subdelegación del Gobierno recabará informe de la Entidad pública de protección de menores sobre la situación del menor en España, así como cualquier información que pueda conocer sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio cuando la misma no se hubiera presentado con anterioridad. El informe habrá de ser emitido en el plazo máximo de diez días desde su solicitud.*

*3. Cuando los hechos alegados por el menor, su representante legal o defensor judicial o por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda tuvieran relevancia decisiva para la adopción del acuerdo de repatriación, el instructor del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas sean pertinentes.*

*En caso de apertura de un periodo de pruebas a instancia de parte, el instructor del procedimiento podrá suspender el transcurso del plazo para la resolución de éste durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.*

*4. Asimismo, el Ministerio Fiscal emitirá informe, a la mayor brevedad posible, a cuyos efectos el instructor del procedimiento le remitirá la documentación que obre en el expediente”.*

Este derecho debe interpretarse como el derecho de ese colectivo de menores a ser oído en los casos de repatriación y el derecho de defensa, consecuencia todo ello de una gran cantidad de sentencias emitidas por diferentes tribunales cuya culminación se plasma en la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008, de 22 de diciembre.

### **La residencia regular de los MENA**

*Dice el número 7 del artículo 35: “7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor”.*

El Estado español tiene la obligación de proteger a todos los menores que se encuentren en su territorio, incluidos los MENA, tal y como resulta tanto de los textos internacionales (art. 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) como nacionales (art. 9.6 Cc y art. 1 LO 1/1996 de Protección del Menor).

En aplicación de esta normativa, la concreta medida de protección a adoptar habrá de traducirse, en la asunción de la tutela por la entidad pública de modo provisional.

Posteriormente, una vez determinada la minoría de edad del sujeto, la única medida de protección aplicable de las previstas legalmente es la asunción de la tutela automática por la Administración autonómica, previa declaración de desamparo en el oportuno expediente.

En caso de no procederse a la repatriación del menor a su país de origen, bien porque se haya resuelto la permanencia de éste en España o bien porque se haya acordado la repatriación del menor y ésta no haya podido ejecutarse, el menor quedará a cargo de los servicios de protección de menores ya con carácter permanente hasta su mayoría de edad o, en su caso, su emancipación.

Los menores extranjeros tutelados se consideran regulares a todos los efectos, en virtud de una resolución judicial.

A través de dicha resolución se otorga al menor una autorización de residencia con efecto retroactivo al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios sociales de protección (art. 35.7 LO 4/2000).

En el caso de menores tutelados que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido dicha autorización de residencia y hayan participado en actividades formativas y programadas por la entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales a la que se hará extensiva lo dispuesto en el artículo 40 j) de la LO 4/2000 (actual art. 92 del Reglamento de 2005 y artículo 195.1 del Borrador del Reglamento), esto es:

- Por arraigo laboral
- Por permanencia continuada durante un período mínimo de 3 años, sin antecedentes penales
- Por razones humanitarias
- Por colaborar con la Administración Judicial
- Por razones de protección internacional (art. 45 Real Decreto 2393/2004).

Las previsiones normativas del Borrador del Reglamento amplían aún más, si cabe, los supuestos de circunstancias excepcionales, adaptando toda esta regulación a las nuevas situaciones excepcionales que van surgiendo a nivel interno e internacional, esto es:

- Por arraigo
- Por razones de protección internacional (asilo y refugio)
- Por razones humanitarias
- Por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público
- Por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género
- Por colaboración contra redes organizadas
- Por ser víctima de trata de seres humanos

En cualquier caso, la concesión de autorización de residencia a menores, no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor (art. 35.8 LO 4/2000).

Especial preocupación se observa en los requisitos para la renovación del permiso que si bien se difieren de un futuro desarrollo reglamentario, se supedita, en cualquier caso, a la emisión de unos informes positivos sobre los siguientes aspectos: esfuerzo de integración, continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando y su incorporación efectiva o potencial al mercado de trabajo, tal y como se deriva del artículo 35.9 LO 4/2000.

Dice dicho precepto: “9. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”.

De la redacción del artículo parece desprenderse la interrupción de la autorización de residencia del menor al llegar a la mayoría de edad, cuya continuación se condiciona al cumplimiento de determinadas condiciones. En efecto, el artículo 194 del Borrador del Reglamento concreta las condiciones a las que se va a condicionar la autorización de residencia en las siguientes: “2. La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, con las siguientes particularidades:

a) La cuantía a acreditar como medios de vida para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.

b) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

3. Se tendrá en especial consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos:

a) El respecto a las normas de convivencia en el centro de protección.

b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.

c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.

d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.

e) La continuidad en los estudios.

f) La existencia una oferta o contrato de trabajo.

g) La participación en itinerarios de formación”.

Si bien el mencionado precepto se refiere a los informes positivos de las entidades públicas, como un instrumento que potestativamente serán tenidos en cuenta, este planteamiento parece dejar en manos del ente tutelante la decisión sobre la continuación en situación de residencia regular de menores que dejan de estar tutelados y otorga, en definitiva, una competencia absolutamente exorbitante a dicha entidad, convirtiéndose la concesión del permiso de residencia en un premio/castigo y no en un mero reconocimiento de un verdadero derecho.

### **c) Atribución de la Tutela a ONGs, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores**

La última de las novedades introducidas por la LO 2/2009 en materia de protección de Menores extranjeros no acompañados es la atribución de la tutela a ONGs, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores.

Así se recoge en el número 11 del artículo 35: *“11. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados.*

*Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos.*

*Estará legitimada para promover la constitución de la tutela la Comunidad Autónoma bajo cuya custodia se encuentre el menor. A tales efectos, deberá dirigirse al juzgado competente que proceda en función del lugar en que vaya a residir el menor, adjuntando el convenio correspondiente y la conformidad de la entidad que vaya a asumir la tutela.*

*El régimen de la tutela será el previsto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, serán aplicables a los menores extranjeros no acompañados las restantes previsiones sobre protección de menores recogidas en el Código Civil y en la legislación vigente en la materia”.*

La tutela de menores en situación de desamparo corresponde *ex art.* 172 del Código Civil a la entidad pública que, en el correspondiente territorio, tenga encomendada la protección de menores.

Por lo tanto, parece existir una cierta contradicción entre la novedad introducida por la LO 2/2009 y la regulación de la tutela de los menores en situación de desamparo que se recoge en el Código Civil, consagrando la entrada de entidades privadas en el funcionamiento ordinario de políticas de protección de menores.

Sin embargo, se trata de una normativa sólo aplicable a menores extranjeros lo cual resulta contrario al principio de igualdad en el ejercicio de la tutela y de igual modo, el mantenimiento de situaciones irregulares de menores a los que no se les otorga la tutela o se les extingue la misma, sin causas legalmente justificadas.