

ASPECTOS JURIDICO-ADMINISTRATIVOS DE LA PROTECCION DE MENORES (*)

Por

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. *La concurrencia de ordenamientos en la protección de menores.*— II. *Relevancia jurídica del escalonamiento en la menor edad.*— III. *El marco competencial de la protección de menores:* 1. Referencias constitucionales. 2. Comunidades Autónomas y tutela de la infancia.— IV. *La intervención administrativa.* *Supuestos:* 1. Recordatorio sobre la extensión de la noción protectora. 2. Protagonismo de las entidades públicas en los órdenes civil y criminal.— V. *Reflexión final.*

I. LA CONCURRENCIA DE ORDENAMIENTOS EN LA PROTECCIÓN DE MENORES

Pocas materias jurídicas ofrecen, en nuestros días, una pluralidad de enfoques tan amplia como la protección de los menores de edad.

Tradicionalmente, la raíz de la cuestión viene situándose en el campo civil, y sus aspectos más frondosos en la concreta rama del Derecho de Familia. Se trataría, en suma, desde esta primera visión, de procurar una tutela en sentido lato a aquellos menores aquejados de una alteración doméstica que impidiera, o pusiera en serio riesgo, el correcto ejercicio de la patria potestad. El Código civil conoce desde antiguo diversas fórmulas tuitivas o restauradoras de la asistencia moral y material requerida por los menores, debiendo destacarse, a tal efecto, la reciente regulación del acogimiento y de la adopción, contenida en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

Pero, junto a esta perspectiva privatista, debemos advertir la función coadyuvante de otros ordenamientos a la hora de hacer más eficaz la protección de unos sujetos de derecho proclives a la indefensión por su corta edad y por la inherente limitación a su

(*) El presente trabajo se corresponde sustancialmente con la voz «Protección de Menores», realizada para la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, a cuyo Director agradecemos las facilidades dadas para la publicación en esta REVISTA.

capacidad de obrar. Así, el Derecho Penal ha sido tradicionalmente sensible ante los incumplimientos más sangrantes de los deberes familiares y, en general, ante todas las acciones u omisiones culpables de las que resulta como víctima un menor (1). La represión de determinadas conductas punibles realizadas a expensas o en detrimento de niños viene trascendiendo desde tiempos relativamente lejanos al ámbito del derecho interno para propiciar, previos los correspondientes Convenios, la persecución internacional. Hoy en día, como tendremos ocasión de citar a lo largo de este trabajo, son muchas las normas supraestatales encaminadas a una efectiva protección de menores, pero tal vez convenga recordar que los primeros movimientos en este sentido vienen ligados a otra lacra nunca suficientemente combatida, como es la trata de mujeres (2).

El Derecho del Trabajo también ha contribuido a la lucha contra los abusos, en este caso laborales, cometidos sobre una potencial mano de obra barata y sumisa, siendo igualmente destacable la existencia de múltiples disposiciones internacionales empeñadas en la abolición del trabajo infantil.

Las normas procesales y de organización de Tribunales (3) también han querido prestar una singular atención y una completa especialidad al enjuiciamiento de los menores de edad autores de delitos o faltas, así como al posible cumplimiento de la eventual condena en establecimientos de reforma, en la misma línea establecida por el artículo 65 del Código penal.

En fin, el Derecho Administrativo, desde cuyas coordenadas se redacta este estudio, ha dedicado buena parte de las funciones benéficas de los entes públicos a los niños abandonados, a los indigentes o a los aquejados de otros males físicos o psíquicos. Los hospicios y albergues han sido tradicionales servicios públi-

(1) Véase, a título de mero ejemplo, lo dispuesto, entre otros, en los artículos 484, 488, 489 ó 584.5.º del Código penal, así como los supuestos enumerados en el siguiente epígrafe de este trabajo.

(2) Cfr. nuestro trabajo *Notas sobre la reglamentación, prohibición y tolerancia administrativa de la prostitución*, en la «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 63, 1989, pág. 376, donde se da cuenta de los Convenios de París, de 4 de mayo de 1910, y de Ginebra (Sociedad de Naciones), de 3 de septiembre de 1921, con los que se buscó que los Estados firmantes reprimieran con el máximo rigor la trata de mujeres y niños. Un alarde de apoyatura en Convenios internacionales sobre la infancia puede advertirse en la Sentencia Constitucional 36/1991, de 14 de febrero.

(3) Vid. el artículo 97 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, y el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

cos provinciales (4) en una función en la que las Diputaciones heredaban antiguos cometidos de la Iglesia o de las Fundaciones privadas. La beneficencia, como el Registro civil, los enterramientos, los hospitales y la instrucción, son manifestaciones clásicas del progresivo intervencionismo administrativo que ha absorbido o relegado la prestación de estos servicios por entidades eclesiásticas o fundacionales. También el ordenamiento juridico-administrativo se ha ocupado, en su función de policía de espectáculos, de la moral infantil, y son muchas las intervenciones públicas en relación con los menores de edad, como tendremos ocasión de comprobar. Pero, sin duda, las más importantes son las conectadas al campo de la Asistencia Social, por emplear la terminología al uso y expresamente reconocida por el artículo 148.1.20.^a de la Constitución, que permite a las Comunidades Autónomas la asunción de competencias exclusivas en la materia. Estas atribuciones, heredadas de la vieja beneficencia, se han visto reforzadas por la reforma del Código civil de 11 de noviembre de 1987, que encomienda a las mencionadas Administraciones importantísimas facultades en cuestión de menores. En tal sentido conviene recordar que algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña o Aragón, ya han dictado sus propias Leyes de Protección de Menores.

Pero, una vez señalada esta concurrencia de ordenamientos en el tema que nos ocupa, parece imprescindible realizar dos precisiones. En primer lugar, que no por ser el punto socialmente más llamativo, la protección de menores queda reducida a situaciones o conductas patológicas sufridas o creadas por un niño o adolescente. Junto a éstas existen otras muchas previsiones tuitivas del ordenamiento que responden a situaciones de plena normalidad, o, lo que es lo mismo, tratan de evitar posibles perjuicios al menor y a su entorno familiar. Tal sería el caso de las prohibiciones de

(4) Aún el artículo 74.2 del Texto Refundido de Disposiciones en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril) señala, entre los bienes afectos a servicio público local, los *hospicios*, y en el mismo sentido abunda el artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). Sin embargo, esta previsión se halla parcialmente desvirtuada por el hecho de que los entes provinciales no tienen fijadas, en el nuevo régimen local iniciado por la Ley Básica de 1985, competencias concretas, quedando a merced del sistema provincial que quiera, con mayor o menor amplitud, configurar la legislación autonómica. A las Diputaciones correspondía tradicionalmente la competencia en materia de hospicios y albergues, como aún podía verse en el artículo 250 del Texto de Régimen Local de 14 de junio de 1955 (también en el art. 245), así como en el derogado Reglamento de Bienes, de 27 de mayo de 1955.

venta a menores de productos nocivos para la salud, como el alcohol o el tabaco (5), o incluso las previsiones de la legislación funcional para la correcta atención de los hijos recién nacidos de los empleados públicos (6). La protección de menores, afortunadamente, se aparta paulatinamente de los viejos conceptos de inclusa, hospicio o reformatorio, para ofrecer un amplio abanico de medidas, normalmente preventivas, a desplegar sobre la generalidad de los niños y adolescentes, y no sólo sobre los expósitos o los socialmente inadaptados.

En segundo lugar, también conviene recordar que el concepto de «menor de edad» no ofrece ninguna uniformidad a la hora de su recepción por las diversas ramas del Ordenamiento Jurídico. Pese a la clara dicción del artículo 12 del texto constitucional («Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»), lo cierto es que existen multitud de normas que tutelan minorías de edad por debajo de la señalada por la Constitución. O, dicho de otro modo, no todos los menores de edad tienen las mismas limitaciones ni un idéntico nivel de tutela institucional. El distinto número de años supone, lo que no deja de ser lógico, un diverso tratamiento normativo. Pero, junto a esta comprensible y laudable separación, debe también advertirse el caos y la descoordinación entre las distintas normas, que en más de una ocasión no responde a planteamiento tutelar alguno, sino a la ignorancia o mala técnica jurídica de los legisladores. Como en otra ocasión hemos resaltado (7), tal parece que, a veces, el redactor, por ejemplo, de

(5) Sobre la prohibición de dispensación de tabaco a menores de dieciséis años, véase el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo. Con respecto a la misma interdicción, en lo tocante al alcohol, pueden examinarse los Reales Decretos 2816/1982, de 27 de agosto, y 877/1987, de 3 de julio. Sobre las normas autonómicas en la materia, vid. *infra*, notas 15 y 16.

(6) El artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, contempla la concesión de permisos por el nacimiento de un hijo a los empleados públicos (dos días en la misma localidad y cuatro en lugar distinto), así como el derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo (divisible en dos fracciones o sustituible por una reducción de la jornada en media hora) para los trabajadores públicos con hijos menores de nueve meses. Por otra parte, el mismo precepto otorga a las funcionarias parturientas permisos de dieciséis semanas, ampliables a dieciocho en caso de alumbramiento múltiple. La Ley de Funcionarios —Texto Articulado— de 7 de febrero de 1964 contemplaba en su antiguo artículo 43 la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, que hoy se regula en el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, con un plazo de tres años (prorrogables por nuevos nacimientos) y disfrutables por cualquiera de los dos cónyuges, ya se trate de hijos por naturaleza o por adopción. Durante el primer año de duración de cada período de excedencia, los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo del tiempo a efectos de trienios, consolidación del grado personal y derechos pasivos.

(7) Cfr. L. TOLIVAR ALIAS, *Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas*

una norma penal se olvida de que, formalmente, es el mismo autor de las leyes civiles o administrativas, produciéndose situaciones de incomunicación entre ordenamientos que, amén de contrariar el principio de unidad del sistema, ponen de manifiesto múltiples carencias formativas de quienes formulan, enmiendan o aprueban las reglas imperativas de la convivencia social. Comenzaremos, pues, por recordar la plural configuración de la menor edad en el derecho español, para ulteriormente centrarnos en las atribuciones de los Poderes Públicos en la materia que nos ocupa, con especial mención de las recientes innovaciones habidas y haciendo, por el contrario, abstracción de la organización de Juzgados y Tribunales encargados de la custodia y enjuiciamiento de los menores (8), así como de sus peculiaridades procesales, declaradas en gran medida inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991.

II. RELEVANCIA JURÍDICA DEL ESCALONAMIENTO EN LA MENOR EDAD

Sin ánimo alguno de ser exhaustivos, creemos conveniente recordar, desde la casuística legal, cómo el niño, desde que comienza a poseer capacidad jurídica, a las veinticuatro horas del alumbramiento (9), hasta que cumple los dieciocho años, es progresivamente facultado por el Ordenamiento para el desempeño de funciones, con estimación de su voluntad, en conductas que, paulatinamente, van haciendo *operativa* y relevante para el Derecho la capacidad inherente a la personalidad. Este escalonamiento, como ya hemos dicho, obedece a un tratamiento lógico de la evolución humana, en la que el juicio y la capacidad de discernimiento van formándose gradualmente durante la niñez y la adolescencia. También esa diversidad de trato se realiza en aras de una más efectiva y proporcionada protección, como ocurre en materia criminal con determinados tipos que tienden a tutelar la

contra el régimen de las poblaciones, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 242, 1989, págs. 279 y ss. y 281 y ss.

(8) Véase la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, en la que se declara la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948, en lo referente al procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma, «por evidenciar su incompatibilidad con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 CE».

(9) Siempre que nazca con figura humana (art. 30, en relación con el 29, del Código civil).

primera minoría de edad. Sin embargo, como también hemos apuntado más atrás, el número de peldaños se nos antoja excesivo y la descoordinación entre las distintas ramas del Derecho nos parece injustificable.

Es cierto que, cuantitativamente, el Ordenamiento jurídico se refiere las más de las veces a la expresión «menores de edad», aludiendo, obviamente, a los menores de dieciocho años. Pero también es cierto que son numerosas las normas que se remiten a conceptos más indeterminados, como *niños*, que difícilmente pueden englobar a personas muy próximas a los dieciocho años (10). A veces, los Convenios internacionales se han referido, con propiedad, a que el concepto de «niño» o «menor» debe determinarse conforme a la legislación nacional (11). Sin embargo, tal remisión es estéril cuando la norma interna no es clara y, de otra parte, tal método supone una claudicación en el tratamiento común internacional de los problemas de la menor edad. La legislación española tampoco es parca en conceptos jurídicos indeterminados, como el «suficiente juicio» de los menores de doce años, a que se refiere el artículo 92 del Código civil. Noción que —pese a la clásica disección doctrinal— pone al juez ante una decisión (escuchar o no al niño en un proceso matrimonial) de claro corte discrecional. A veces, esos conceptos genéricos son inocuos, como ocurre con la categoría «especial infancia», a que se refiere la Orden del Ministerio de Cultura de 30 de junio de 1983, sobre Calificación Cinematográfica, pero, en otras ocasiones, la precisión de una edad tiene importantes consecuencias. Tal sería el caso de la expresión «recién nacido», empleada para el delito de infanticidio por el artículo 410 del Código penal. En este supuesto, la jurisprudencia, pese a alguna crítica doctrinal al respecto, viene ciñendo la noción de «recién nacido» a los tres días desde el nacimiento,

(10) La expresión «niños» la encontramos, entre otros preceptos, en el artículo 39.4 de la Constitución española, que se remite a su protección mediante Acuerdos internacionales. Precisamente entre éstos hallamos la expresión citada en el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos, de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, y en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (Nueva York).

(11) Así, el Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable (ratificado por España el 29 de abril de 1987), define al «menor», en su artículo 12, como «toda persona que tenga la calidad de tal, de acuerdo con la ley interna del Estado del que es nacional o la ley interna del Estado de su residencia habitual». Véase, también, el Convenio sobre Sustracción internacional de Menores y sus aspectos civiles, de 25 de octubre de 1980 (ratificado por España el 28 de mayo de 1987). Más recientemente, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

siguiendo la tradición de Códigos pretéritos (12). Y, como es evidente, harto distinto es penar la reclusión mayor propia del parricidio que la prisión menor aplicable al infanticidio.

Pero acudiendo ya a los distintos guarismos citados por las diversas normas, nos encontramos con que las edades más repetidas son los siete, los doce, los catorce, los dieciséis y, lógicamente, *in genere*, los menos de dieciocho años. Examinemos, pues, de menos a más, el plural tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia.

1) *Menores de siete años*. A ellos se refiere el Código penal para tipificar conductas de sustracción (art. 484) y abandono (art. 488) de menores, así como la falta prevista en el artículo 584.5.º (13). Recientemente, la Orden de 27 de diciembre de 1990, ha creado la categoría cinematográfica de películas «no recomendadas a menores de siete años».

2) *Menores de doce años*. Con respecto a los mismos se entiende, en todo caso, cometido delito de violación, aun cuando el acceso carnal se realizara sin fuerza o intimidación o sin valerse de una privación de sentido o enajenación (art. 429 del Código penal) (14). A partir de los doce años (hasta los dieciséis) puede tener lugar el estupro por engaño y la agresión sexual, a los que se refieren los artículos 435 y 436 del Cuerpo punitivo. Igualmente, desde los doce años (y en este caso hasta los dieciocho) se prevé por el citado Código el estupro de prevalimiento (art. 434). Hasta los doce años, por otro lado, es irrelevante el consentimiento (igual que ocurría en la violación) para la configuración del delito de raptó (art. 440 Cp).

En materia civil debe resaltarse que, en los procesos de separación, nulidad y divorcio, es preceptiva la audiencia de los hijos del matrimonio mayores de doce años (art. 92 del Código civil).

(12) Los tres días figuraban en los Códigos de 1848-50, 1870 y 1928. Sobre el criterio de los Tribunales, véase MANZANARES SAMANIEGO y ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Penal (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1987, págs. 900 y ss.

(13) Esta falta, en la actual redacción del Código Penal, expresa la tipificación de un actuar negligente, de una inhibición punible de quienes, encontrando abandonado a un niño menor de siete años, no lo presenten a las personas u órganos que puedan devolverlo a su entorno habitual.

(14) También puede esta edad ser una de las circunstancias que involucren a quien abusa sexualmente de una persona menor en el tipo previsto en el artículo 430 del Código penal.

3) *Menores de trece años.* A ellos hace alusión una norma administrativa sobre Calificación Cinematográfica (Orden de 30 de junio de 1983, modificada por Orden de 27 de diciembre de 1990) para establecer una categoría de proyecciones no recomendadas a personas por debajo de esta edad. La división («especial infancia», «todos los públicos», «no recomendada a menores de siete o trece años o dieciocho años») es meramente orientadora y no prohibitiva. No ocurre lo mismo con las películas de exhibición en salas especiales «X» (pornográficas o apologéticas de la violencia), para las que se proscribió tajantemente la entrada de menores de dieciocho años (Ley 1/1982, de 24 de febrero, y Real Decreto 1067/1983, de 27 de abril). Es también la edad prevista para cumplir la medida de internamiento, por infracción grave, en centros cerrados, por la Ley catalana de 13 de junio de 1985 (art. 38).

4) *Menores de catorce años.* Por debajo de esta edad, el Código civil (art. 663) impide el otorgamiento de testamento, debiendo precisarse la excepción de los ológrafos, reservados por la Ley a los mayores de edad. Tampoco pueden los menores de catorce años ser compelidos a prestar juramento cuando testimonian en un proceso (art. 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este caso no deja de ser llamativo que a un muchacho de quince años pueda recibírsele juramento de veracidad y, sin embargo, por su minoría de edad penal, sea criminalmente irresponsable ante un eventual falso testimonio (arts. 326 y ss. del Código penal). A partir de los catorce años, el menor puede también ser testigo en los negocios jurídicos (art. 1246.3.º del Código civil), aunque debe inmediatamente exceptuarse el testimonio testamentario, que sólo puede ser prestado por mayores de edad (art. 681 del Código civil). Tal parece que se da una descoordinación dentro del Cuerpo privado, toda vez que, aunque analagmática, la naturaleza negocial y la creación de obligaciones son inherentes al mundo testamentario. Por otro lado, no deja de ser discutible que se pueda testar a partir de los catorce años y que, con la misma edad, no se pueda testimoniar para una formalización sucesoria, cuya etimología —la de *testamento*— hace gala efectiva de su raíz testimonial.

También desde los catorce años puede solicitarse y, en su caso, jurarse la nacionalidad española (arts. 21.2 y 23 del Código civil),

así como solicitar la dispensa para contraer matrimonio (art. 48 del mismo texto legal). En el plano civil, finalmente, los catorce años operan como tope máximo de edad en hijos y demás descendientes, para la designación de sus sustitutos por los padres y otros ascendientes (art. 775 del Código civil).

En materia administrativa, a los mayores de catorce años (y menores de dieciséis) puede autorizárseles la conducción de ciclomotores, previos los correspondientes requisitos fijados en la Orden de Interior de 7 de octubre de 1982, y entre los que destaca el tener superada la Enseñanza General Básica. Sin salir de este sector administrativo, conviene también recordar que la obtención del Documento Nacional de Identidad es preceptiva a partir de los catorce años y voluntaria hasta dicha edad (art. 12 del Real Decreto 196/1976, de 6 de febrero, modificado por Real Decreto 2002/1979, de 20 de julio).

5) *Menores de dieciséis años.* Como es bien sabido, los menores de dieciséis años son irresponsables penalmente, siendo confiados, en caso de infracción de la Ley criminal, a órganos judiciales especializados (arts. 8.2.º del Código penal y 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que únicamente habla de «menores de edad»). Hasta los dieciséis años reputa el Cuerpo punitivo que pueden verse escandalizados los menores ante conductas exhibicionistas o de difusión pornográfica (arts. 431.1 y 432 Cp). También menciona esta edad la Ley Penal para establecer la responsabilidad paterna por tenencia de explosivos por el hijo menor (art. 266 Cp) o para configurar el lucro indirecto en la falta prevista en el artículo 584.4 del reiterado texto legal. También está prohibida la utilización de menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad (Ley de 23 de julio de 1903 y art. 489 bis del Código penal).

Civilmente, los dieciséis años son la edad determinada para la emancipación (art. 317 del Código civil) y para el testimonio testamentario en caso de epidemia (art. 701 de dicho texto).

Administrativamente, hasta los dieciséis años se prolonga la educación secundaria, obligatoria y gratuita (art. 17 de la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, de 3 de octubre de 1990). También hasta los dieciséis años se prohíbe la dispensa-

ción de alcohol (15) y tabaco (16), la entrada en discotecas, salas de fiestas y determinados espectáculos (17) y la práctica del juego (18). A partir de los dieciséis años puede obtenerse, en todo caso, el permiso de conducción para ciclomotores (art. 264 del Código de la Circulación). La profusión con que las normas administrativas se remiten a esta edad guarda, sin duda, relación con la familiaridad entre el derecho sancionador gubernativo y el ordenamiento penal, en un campo especialmente proclive a las atribuciones represivas de los entes públicos (19).

En el Ordenamiento Laboral, el Estatuto de los Trabajadores (art. 6.º) prohíbe el trabajo a los menores de dieciséis años, con la sola excepción de las singulares autorizaciones para el mundo del espectáculo. En cualquier caso, los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años no pueden realizar trabajos nocturnos, ni insalubres, penosos, nocivos y peligrosos. Tampoco se permite que estos jóvenes incrementen su jornada laboral con horas extraordinarias.

(15) Además de las normas estatales citadas en la nota 5, podemos citar la prohibición de la venta y publicidad de alcohol entre menores de dieciséis años contenida en el artículo 17 y concordantes de la Ley catalana 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia. Similares previsiones, en una cuidada casuística, podemos hallarlas en la Ley asturiana, de 19 de diciembre de 1990, sobre prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años, cuya Exposición de Motivos contiene una detallada cronología de las medidas protectoras habidas en esta materia en nuestro país. Diversamente, la Ley vasca 15/1988, de 11 de noviembre, de prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias, extiende la protección contra el alcohol —y la publicidad en el tabaco— hasta los dieciocho años (arts. 9, 10, 12 y 15).

(16) Véase lo señalado en las notas 5 y 14 de este estudio. Para la regulación de la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas en los medios de comunicación social se dictó el Real Decreto 1100/1978, de 12 de marzo.

(17) El artículo 60 del Reglamento de Espectáculos (RD 2816/1982, de 27 de agosto) prohíbe la entrada y permanencia de menores de dieciséis años en las salas de fiesta, discotecas, salas de baile, espectáculos o recreos públicos calificados por el Ministerio de Cultura para mayores de esta edad, sin perjuicio de otras limitaciones específicas (fijadas para menores de dieciocho años) y con excepción de las verbenas o fiestas populares. Las personas requeridas para ello deberán exhibir su documento de identidad, debiendo ser expulsadas del local o recinto aquellas que no posean la edad indicada en la norma. El Reglamento de Espectáculos reitera, en este punto, lo ya dispuesto en la Orden de 31 de enero de 1980, sobre prohibición de entrada de menores de dieciséis años en salas de fiesta y baile, discotecas y otros establecimientos, aunque el motivo de esta norma es evitar que se sirvan a los menores bebidas alcohólicas. Este tipo de disposiciones prohibitivas siempre prevé la instalación de letreros anunciadores de lo imposibilitado por la norma.

(18) La prohibición de participación de menores de dieciséis años en el juego —aunque estén emancipados— la encontramos en el artículo 6 del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo; en el artículo 29 de la Orden sobre Casinos, de 9 de enero de 1979, y en el artículo 17 del Real Decreto 1067/1981, de 24 de abril, que reglamenta el juego mediante boletos.

(19) Sobre los orígenes comunes de las sanciones y las penas, véase el trabajo citado en la nota 7 y la bibliografía en él contenida.

Por último, cabe señalar que la edad de dieciséis años (menores de) es la fijada a efectos de definir el concepto de «menor» por el Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 (ratificado por España el 9 de mayo de 1984), sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia.

6) *Menores de diecisiete años.* La vigente Ley del Servicio Militar, de 8 de junio de 1984, prevé el alistamiento en el Voluntariado Normal de aquellos interesados que, a lo largo de un año natural, cumplan los diecisiete años de edad (art. 15).

7) *Menores de dieciocho años.* Cuando la norma no concreta edad alguna y se refiere únicamente a «menores de edad» debemos entender, de acuerdo con los artículos 12 de la Constitución y 315 del Código civil, que está aludiendo a personas que no han cumplido los dieciocho años. De nuevo debemos recordar la defectuosa técnica de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 97, que se refiere a «menores de edad», debiendo haber precisado, al menos, «a efectos penales», ya que el precepto está dirigido a menores de dieciséis años. Justamente entre esta última edad y los dieciocho años tiene su campo de aplicación la conocida atenuante del artículo 9.3 del Código penal y la previsión de rebaja de la pena en uno o dos grados a que hace alusión el artículo 65 del mismo Cuerpo legal. Precepto que también prevé la posible sustitución de la pena por un internamiento en establecimiento especial de reforma. La estancia en el reformatorio se entiende indefinida o «por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable», lo que no deja de ser dudosamente acorde con la Constitución, pues, a la postre, podría infligirse un trato discriminatorio, llegando a estar privado o limitado en su libertad por más tiempo un menor de edad que un mayor de edad que, por el mismo hecho, cumpliera la pena en un centro penitenciario.

Son múltiples las menciones, en general, a menores contenidas en las distintas normas. Debemos entender sinonímica, a falta de precisión, la expresión «menor» o «menor de edad» a la cuantificada de «menor de dieciocho años», aun cuando ésta también aparece con frecuencia en los textos legales, como es el caso de la prostitución o corrupción del artículo 452 bis b) del Código penal.

que hasta 1989 aún se refería a «menores de veintitrés años», en concordancia con la mayor edad que estuvo vigente hasta la Ley de 13 de diciembre de 1943 (20). También los dieciocho años son edad relevante en la configuración de las conductas de violación (art. 493 Cp) y en determinados tipos vinculados a la desaparición —e incitación a ella— de menores y en el incumplimiento de los deberes educativos y de crianza (arts. 485, 486 y 489 Cp).

También al menor de dieciocho años se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal para referirse a la declaración, sin curador, del procesado de esta edad (art. 409). Obviamente, se está refiriendo a personas comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años, ya que, con anterioridad a los dieciséis años, toda conducta penalmente ilícita es examinada por los Juzgados de Menores, si bien las apelaciones corresponden a las Audiencias Provinciales (art. 82.7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Los Cuerpos jurídico-privados son especialmente pródigos en referencias a la menor edad, como puede advertirse en un somero análisis del Código civil (arts. 154 a 171, 46 y 48, 314 a 321, 121, 124, 125, 166, 443, 893, 992, 1263, 1329, 1057 y 1060, 1798, 1903, etcétera) o del Código de Comercio (arts. 5, 234, etc.).

En materia administrativa, los menores de edad no pueden acceder a la función pública (con lo que ésta comienza más tarde que el trabajo privado). Sin embargo, la minoría de edad no impide ser tenido por parte en procedimientos administrativos, tributarios o contencioso-administrativos (21). Previsión ésta que, sin duda, tenía mayor razón de ser cuando el acceso al funcionariado ya estaba fijado en los dieciocho años (art. 30 de la Ley de Funcionarios) y, sin embargo, la mayoría de edad comenzaba a los veintiuno. Pero aun proviniendo la mayor litigiosidad de los asuntos de personal, es importante la extensión de la legitimación a los menores afectados, toda vez que, como hemos señalado, existen múltiples facetas en las que los mismos pueden hallarse ante las potestades de las Administraciones, y muy singularmente ante la sancionatoria. Esta tradicional apertura contrasta con la limitación a los mayores de edad del derecho de petición, según la Ley de 22 de diciembre de 1960 (art. 3), pues de la vía de petición

(20) Véanse las voces «Prostitución» y «Minoría penal», esta última redactada por A. BERISTAIN (vol. XVI, 1976), en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*.

(21) Véanse los artículos 22 y 70.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 42 de la Ley General Tributaria y 27 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

surge, ordinariamente, la administrativa y, ulteriormente, la judicial, por lo que es absurdo que un menor no pueda instar lo que luego sí podría recurrir. También es cierto que tradicionalmente se viene considerando que las peticiones de la Ley de 1960 son meramente graciabiles, a diferencia de las previstas en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero a los efectos que nos ocupan no existe razón para esta limitación en función de la edad, máxime si partimos de la expresión «todos los españoles», con la que comienza el artículo 29 de la Constitución. Precepto que admite menos limitaciones por razón de edad que el artículo 21 del mismo texto fundamental, alusivo al derecho de asociación. Por ello no es desproporcionado que la preconstitucional Ley de Asociaciones Políticas, de 14 de junio de 1976, sólo abriera el derecho a los mayores de dieciocho años (art. 3.2.e).

Los menores de dieciocho años están exentos, en la actualidad, de realizar prestaciones personales, según el artículo 119 de la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988 (22), y, como ya hemos señalado al referirnos a otras edades, sufren determinadas limitaciones en materia de espectáculos (el caso citado de las Salas «X») o de acceso a la conducción de vehículos de cuatro ruedas, por poner dos ejemplos paradigmáticos.

Un supuesto atípico, en cuanto a las facultades inherentes a cada edad, lo recoge el artículo 3 de la Ley de Caza estatal, de 4 de abril de 1970, que en este punto debe reputarse como básica por referirse a cuestiones de armamento (art. 149.1.26.^a de la Constitución española). La previsión legal no es otra que reconocer el derecho a cazar a todo mayor de catorce años, siempre que no se empleen armas de fuego o de aire comprimido, en cuyo caso debe poseerse la mayoría de edad penal (dieciséis años) o ir acompañado por cazadores mayores de dieciocho años.

Con este largo recordatorio sobre las edades de los menores en el ordenamiento español hemos querido mostrar las múltiples facetas en las que los Poderes Públicos, por vía de limitación, cautela o recomendación sobre aquéllos, o mediante agravación de determinadas conductas sobre los potenciales corruptores o agre-

(22) Véase la voz «Prestaciones personales», por L. TOLIVAR ALAS, en *Nueva Enciclopedia Jurídica...*, cit., vol. XX (en prensa). Una de las prestaciones personales típicas contenidas en la Ley de Protección Civil, de 21 de enero de 1985 es la asistencia social. La protección de menores es también tarea prioritaria de los objetores de conciencia (art. 6 de la Ley de 26 de diciembre de 1984).

sores de niños y jóvenes (23), ejercen sus atribuciones protectoras. Y es que, ciertamente, en esta materia, desde la aprobación de leyes tuitivas hasta su ejecución por las autoridades judiciales o administrativas, raro es el órgano constitucional que se escapa a unas responsabilidades que desde tiempo atrás trascienden la mera óptica estatal y en torno a las cuales existe una muy acusada sensibilidad social.

III. EL MARCO COMPETENCIAL EN LA PROTECCIÓN DE MENORES

1. *Referencias constitucionales*

La Constitución de 27 de diciembre de 1978 disemina a lo largo de varios preceptos diversas referencias a la protección de la infancia y la juventud. Tras establecer el comienzo de la mayor edad en los dieciocho años (art. 12), el texto fundamental acoge, en la Sección correspondiente a los derechos y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional, como limitación a la libertad de expresión, «la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20.4). Esa limitación juega sobre la expresión oral, escrita, científica, técnica, artística, docente o peculiar de los medios de comunicación social (24). Esta vinculación, de corte restrictivo, de la protección de menores a un derecho fundamental conlleva un cierto título competencial para el Estado como legislador orgánico (arts. 53 y 81.1 de la Constitución). Igualmente, la firma, ratificación y ejecución de Convenios internacionales da pie a sostener las facultades estatales en materia de menores, no sólo por las determinaciones contenidas en el artículo 10.2, en relación con el artículo 149.1.1.^a de la Carta Magna, sino por la específica referencia contenida en el artículo 39.4 de la misma. Este último precepto, situado en el Capítulo concerniente a los *principios rectores*

(23) Recordemos cómo el Código penal —y diversas normas administrativas sobre consumo de alcohol— sanciona con mayor gravedad la venta o difusión de drogas en lugares públicos como colegios (por su incidencia sobre los menores), cuarteles o penitenciarias.

(24) En cualquier caso, cualquier medida de censura («secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información») sólo podrá hacerse por resolución judicial (art. 20.5 de la Constitución). Véase el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades peligrosas para la infancia y la juventud, donde, entre otras cuestiones, se regula la prohibición de entrada de menores de edad a locales pornográficos y su régimen de sanciones.

socioeconómicos, establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Si a ello unimos las atribuciones estatales en materia de legislación civil, penal, penitenciaria, laboral o administrativa, contenidas a lo largo del artículo 149 del texto fundamental, podríamos concluir, sin dificultad, que al Estado corresponde la tutela de la infancia en todo su territorio. Pero tal afirmación no es en absoluto exacta. Pese a que el artículo 148 de la Constitución no mente, entre las materias susceptibles de ser incluidas en los Estatutos de Autonomía, la protección de menores, es evidente, como ya señalamos con anterioridad, que tal atribución, en su versión más tópica, no es más que una de las proyecciones de la Asistencia Social, que sí aparece en la cláusula vigésima del artículo 148.1 de la norma suprema. E, igualmente, si nos referimos a las Comunidades Autónomas que han accedido al autogobierno por la vía del artículo 151 de la Constitución y, en consecuencia, han incorporado a sus Estatutos de Autonomía atribuciones vinculadas al artículo 149 de la Ley Fundamental, podemos apreciar adicionales engarces entre las facultades de dichas Comunidades y el concreto sector de la protección de menores. Las Comunidades Autónomas, por otra parte, disponen de amplias competencias en materia de régimen local, lo que viene a coincidir con la pérdida de uniformidad competencial de las Diputaciones provinciales, que hasta 1985 tenían preceptivamente encomendado el servicio público de *hospicios* (25) y otras importantes funciones en materia de menores. Actualmente, el tipo de competencias a asumir por las Diputaciones depende, en enorme medida, del modelo provincial por el que opte, mediante ley, cada Comunidad Autónoma, con lo que en unos territorios las Diputaciones seguirán ostentando importantes facultades en el sector infancia, en tanto que en otros será la propia Comunidad quien las ejerza. A esta última posibilidad coadyuva firmemente el propio deseo del legislador estatal, como veremos a continuación.

2. *Comunidades Autónomas y tutela de la infancia*

La profunda descentralización política operada en España tras la restauración democrática alteró radicalmente las atribuciones

(25) Véase lo señalado en la nota 4.

hasta entonces encomendadas a la Administración centralista e igualmente modificó, en muchos casos y ordinariamente de forma ampliatoria, los cometidos de los entes locales. En el caso concreto de la Protección de Menores, la situación anterior a la Constitución de 1978 puede resumirse señalando que existía un Organismo Autónomo dentro del Ministerio de Justicia denominado «Obra de Protección de Menores», regido por un Consejo Superior y estructurado en cinco secciones: Puericultura y Primera Infancia, Asistencia Social, Mendicidad y Tutela Moral, Tribunales Tutelares de Menores y Jurídica y Legislativa (art. 2 del Texto Refundido de 2 de julio de 1948). Los Tribunales Tutelares tenían carácter provincial —amén de un órgano de Apelación— y se hallaban regulados por un Texto Refundido, parcialmente vigente, de 11 de junio de 1948, donde se establecían sus atribuciones (26) y composición (27). La posibilidad, que progresivamente fue generalizándose, de sustituir los Tribunales Tutelares por Jueces unipersonales remunerados facilitó enormemente la plena jurisdiccionalización de los Juzgados de Menores operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985. Por tanto, hasta su desaparición, los Tribunales Tutelares provinciales estaban adscritos a una Sección de una entidad administrativa autónoma (la «Obra de Protección de Menores») cuyos órganos periféricos se denominaban Juntas Provinciales de Menores. Actualmente, es el Ministerio de Asuntos Sociales el que despliega sus atribuciones desde una simple Dirección General de Protección Jurídica del Menor.

Las tareas de protección, acogida y guarda de niños —comenzando ya desde el embarazo— podían también ser prestadas por entidades privadas asistenciales, frecuentemente vinculadas a la Iglesia, que requerían de autorización para prestar esta colaboración benéfica y, cómo no, por los entes locales, fundamentalmen-

(26) Entre las atribuciones, cita el texto de 1948 la protección por malos tratos en la guarda o educación, la infracción del Código penal y leyes especiales, la infracción de *leyes (sic)* provinciales o municipales, la competencia sobre menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos y determinadas conductas reflejadas en el ya muy modificado artículo 584 del Código penal.

(27) Los Tribunales, que en principio se creaban sólo en las capitales de provincia donde hubiera centros correccionales de la infancia y juventud, estaban compuestos por un Presidente, un Vicepresidente, dos vocales titulares y dos suplentes. No eran órganos técnicos ni remunerados, salvo en Madrid y aquellos otros lugares donde se fueran implantando Jueces unipersonales remunerados, medida que desde que se amplió a Valencia, en 1955, fue extendiéndose a todo el territorio nacional hasta la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que creó los Juzgados de Menores.

te los provinciales, a los que su legislación peculiar les otorgaba notables responsabilidades en lo tocante a hospicios y albergues materno-infantiles.

El papel de los entes locales a este respecto puede ya apreciarse en el artículo 321.6 de la Constitución de Cádiz de 1812, donde se confía a los Ayuntamientos la erección de hospitales y centros de beneficencia. Línea que parcialmente seguirán el Proyecto Federal de 1873 (art. 108) y el Proyecto de 1929 (art. 22.3). La Constitución de la II República, en su artículo 93, trasladará al Estado la responsabilidad subsidiaria de las cargas parentales, en expresión que reproducirá el artículo 30 de la Constitución italiana de 1947.

La vigente Constitución, de 1978, como ya hemos señalado, faculta a todas las Comunidades Autónomas para asumir estatutariamente competencias en materia de Asistencia social (art. 148.1.20.^a). Sin embargo, la recepción por los Estatutos de las concretas facultades de Protección de Menores fue, ciertamente, distinta, tal vez por intentar vincular a cuestiones civiles o procesales a los Tribunales Tutelares, que no eran otra cosa que órganos administrativos encargados de actuar sobre un grupo social similar, a efectos asistenciales, a los ancianos o disminuidos. Lo cierto es que, ordinariamente (28), los textos estatutarios de las

(28) Los Estatutos de Autonomía aprobados de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución no muestran unanimidad a la hora de recoger expresamente la competencia comunitaria sobre *protección de menores*. Mientras los textos del País Vasco (art. 10, núms. 12 y 14), Cataluña (art. 9, núms. 25 y 28) y Andalucía (art. 13, núms. 22 y 23) sí contemplan por separado la genérica *asistencia social* y la concreta *protección de menores*, el Estatuto gallego (art. 27, núm. 23) se limita a consignar el primer concepto. Los textos de las dos Comunidades equiparadas a las anteriores mediante Ley orgánica de transferencias, la valenciana (art. 31, núms. 24 y 27) y la canaria (art. 29, núm. 7), también difieren entre sí, conteniendo el primero las dos expresiones y limitándose el segundo a la noción asistencial. La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, también equiparable en profundidad a los Estatutos que se acaban de citar, mantiene también la dualidad entre los dos conceptos que venimos manejando (art. 44, núms. 17, 18 y 23). Tal parecía, en un primer momento, que la mención expresa de la tutela de la infancia suponía un *plus*, tal vez vinculado a competencias de normación civil, no susceptible de ser asumido por los Estatutos de autonomía diferida. A tal interpretación conduce la casi unanimidad de los Estatutos de régimen ordinario, que manejan únicamente los conceptos de «asistencia social», «bienestar», «servicios sociales» o equivalentes, como puede apreciarse en los textos de Asturias (art. 10.1.p), Cantabria (art. 22.18), La Rioja (art. 8.1.18), Aragón (art. 36.1.19), Extremadura (art. 7.1.20), Murcia (art. 10.1.o), Madrid (art. 26.18) y Castilla y León (art. 26.18). Las únicas peculiaridades reseñables las encontramos en el Estatuto balear (art. 10.12), que utiliza, en loable compatibilidad, las expresiones «asistencia y *beneficencia* sociales», y el de Castilla-La Mancha, que, sin atreverse a emplear la palabra «protección», sí se acerca a ella al referirse a «*promoción y ayuda de menores*» (art. 31.1.p). Esta primera interpretación, consistente en presuponer un mayor contenido competencial a la singu-

Comunidades de autonomía plena se preocuparon de contener una expresa referencia a las instituciones de menores, sin duda en el desco de asumir también las facultades correctoras y, por entonces, parajudiciales de los Tribunales Tutelares, tal y como luego pudo apreciarse en el primer Decreto de Transferencia operado en favor de la Generalidad de Cataluña. Pero lo cierto es que, pese a la ausencia de menciones literales a la protección de menores en la mayoría de los Estatutos de Autonomía, la sola inclusión de facultades de asistencia social fue causa suficiente para que el Estado comenzara a descentralizar las Juntas Provinciales de Menores (29). La Ley Básica de Régimen Local, de 2 de

lar invocación de la tutela de los niños y, por ende, a las Comunidades de autonomía inmediata que así lo habían transcrito en sus Estatutos, pronto comenzó a quebrar con los primeros, y no muy dispares, Decretos de Transferencias y, posteriormente, con la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código civil, que otorgó, en la práctica, plenas responsabilidades en esta materia a las Comunidades Autónomas. Por ello no es de extrañar que Cataluña y Aragón hayan dictado similares leyes de protección de menores pese a la diversidad de aprobación y contenidos de sus Estatutos autonómicos.

(29) Los Decretos de Transferencias a las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores comenzaron mostrando el distinto enfoque aparente acerca de las competencias autonómicas sobre la materia que venimos estudiando. Así, mientras el pionero Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, por el que se operó la correspondiente descentralización a la Generalidad de Cataluña, transfería en su totalidad «las funciones que la Obra de Protección de Menores ejerce en el territorio», incluidos los Tribunales tutelares de Menores, los trasposos a las Comunidades de autonomía restringida realizados varios años más tarde (por ejemplo, para Asturias, Real Decreto 1068/1985, de 9 de octubre) se limitaban a regionalizar las Juntas Provinciales de Menores, con las consiguientes funciones de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los servicios propios del sector. Sin embargo, tomando como referencia los dos Decretos citados (referentes a Cataluña y Asturias), nos encontramos con algunas cuestiones sorprendentes. En primer lugar, que, inicialmente, no se cede a la Comunidad catalana (posteriormente, sí) el 5 por 100 del Impuesto sobre espectáculos públicos, en tanto que dicho trasposo se prevé ya desde el primer momento para el Principado de Asturias. Este porcentaje, previsto en el artículo 82 (y siguientes) del Texto Refundido de Protección de Menores, de 2 de julio de 1948, era —junto a las Rifas Benéficas (art. 109)— la más peculiar fuente de ingresos de la Obra de Protección de Menores. Y también es sorprendente que, en octubre de 1985, el Decreto de Transferencia a Asturias señale que el Ministerio de Justicia se reserve los Tribunales Tutelares de Menores, cuando ya estaba aprobada la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prevé su desaparición y la plena ubicación jurisdiccional de los Juzgados de Menores (arts. 82.7 y 97 y Disposición Transitoria 26.ª). Por ello, en la práctica y a salvo el tema de la cesión de medios materiales, no existe diferencia entre transferir o no a las Comunidades Autónomas unos órganos que desaparecen y cuyas funciones se alejan de la Administración para integrarse en el Poder Judicial. Por otro lado, las reservas adicionales que se hacen en favor del Ministerio de Justicia en los Decretos de Transferencia a las Comunidades de autonomía diferida pertenecen a la lógica órbita de atribuciones estatales con independencia del grado de autogobierno de las Comunidades. Es el caso del Plan Nacional de Educadores, de las funciones de coordinación, estudio y estadística nacional, de los centros piloto, de la coordinación de centros de reforma y la coordinación y orientación de los centros con internos «muy difíciles». No en balde algunas de estas facultades han sido expresamente mencionadas como de titularidad estatal por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Reforma del Código civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya Disposición Adicio-

abril de 1985, por su parte, optó por dejar en manos de la legislación autonómica las concretas competencias a asignar o delegar a las Diputaciones provinciales, con lo que éstas iban a perder —a salvo lo dispuesto para cada territorio— su tradicional protagonismo en lo referente a instituciones y servicios de menores, en favor de las Comunidades Autónomas. Por otra parte, como ya se ha señalado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, integró —con determinadas medidas transitorias— los antiguos Tribunales Tutelares en el aparato judicial ordinario, mediante su reconversión en Juzgados de Menores. De ahí que las Comunidades Autónomas que habían recibido la transferencia de tales Tribunales se vieran privadas de este *plus*, si bien, en todo caso, ha subsistido el traspaso de sus inherentes medios materiales y personales pese a que la función dejara de tener carácter administrativo para trocarse en judicial. En fin, la Ley de 11 de noviembre de 1987, por la que se modificaron el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Adopción y Acogimiento de Menores, si bien se mostró respetuosa con la distribución de competencias aplicable en cada territorio, vino en la práctica a dar el respaldo definitivo a la totalidad de las Comunidades Autónomas para el ejercicio de funciones de tutela sobre la infancia. La mencionada Ley se remite, en los artículos 172 a 174 y 176 de la variada versión del Código civil, a la autoridad competente en cada territorio, conforme a las leyes. Y la Adicional Primera recuerda que tales Administraciones son la estatal, la autonómica y la local. Sin

nal Primera se dice que «incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación con fines de información y colaboración, estadísticas y relaciones internacionales, para lo cual las Comunidades Autónomas deberán facilitar la información necesaria». Precisamente, los Decretos de Transferencia en materia de Protección de Menores conocen un antes y un después de la meritada Ley de 11 de noviembre de 1987. En este proceso de cesión de atribuciones, a punto de ultimarse cuando se escriben estas líneas, podemos citar las siguientes disposiciones, según los distintos entes territoriales: Cataluña: Reales Decretos 1292/1985, de 5 de junio, y 1170/1989, de 8 de septiembre; País Vasco: RD 815/1985, de 8 de mayo; Andalucía: RR.DD. 1080/1984, de 29 de febrero, y 5561/1990, de 27 de abril; Galicia: RR.DD. 1108/1984, de 29 de febrero, y 1458/1989, de 1 de diciembre; Navarra: RR.DD. 1775/1985, de 1 de agosto, y 1392/1988, de 18 de noviembre; Comunidad Valenciana: RR.DD. 1081/1984, de 29 de febrero, y 518/1989, de 12 de mayo; Canarias: RR.DD. 1056/1985, de 5 de junio, y 1300/1990, de 26 de octubre; Asturias: RR.DD. 2068/1985, de 9 de octubre, y 454/1989, de 28 de abril; Castilla-La Mancha: RR.DD. 283/1985, de 6 de febrero, y 4/1989, de 13 de enero; Castilla y León: RR.DD. 1112/1984, de 29 de febrero; 516/1987, de 3 de abril, y 456/1989, de 28 de abril; Madrid: RR.DD. 1095/1984, de 29 de febrero, y 405/1989, de 21 de abril; Extremadura: RR.DD. 1107/1984, de 29 de febrero, y 412/1989, de 21 de abril; La Rioja: RR.DD. 1109/1989, de 29 de febrero, y 413/1989, de 21 de abril; Murcia: RR.DD. 1113/1984, de 29 de febrero, y 458/1989, de 28 de abril; Aragón: RR.DD. 1070/1984, de 8 de agosto, y 2051/1985, de 9 de octubre; Cantabria: RD 236/1985, de 1 de agosto.

embargo, a renglón seguido, señala que las Comunidades Autónomas (no el Estado ni los entes locales), en virtud de su competencia en materia de protección de menores, «podrán habilitar en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, siempre que en sus Estatutos figure la Protección de Menores... y dispongan de medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios». Estas entidades colaboradoras, prosigue la Disposición Adicional, y sólo éstas, intervendrán únicamente en las funciones «de guarda y custodia que la Entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite». Habilitación que se otorgará previo expediente comprobatorio de los requisitos exigidos. Los funcionarios y personal de las instituciones colaboradoras están obligados a guardar secreto de la información que posean y, muy singularmente, de los datos de filiación de los niños acogidos y adoptados. Por lo que respecta a los empleados públicos, el «sigilo riguroso» a guardar en los asuntos de los que conozcan por razón del cargo es un deber general ya establecido en el artículo 80 de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964. En cualquier caso, volviendo al hilo argumental, vemos que el Ordenamiento, pese a referirse con profusión a las Entidades Públicas, *in genere*, a la postre dirige expresamente las facultades autorizatorias e inspectoras hacia la Administración de las Comunidades Autónomas, que no en balde ya habían sido objeto de dispares —pero en todo caso suficientemente amplios— Decretos de Transferencia sobre Protección de Menores. Cesiones que, como ya se ha dicho, se vieron incrementadas a raíz de la promulgación de la Ley de 11 denoviembre de 1987, y con expresa invocación de ésta en las Exposiciones de Motivos de los Decretos de Transferencia.

También debemos inferir, por cuanto antecede y vista la escueta reserva de atribuciones hecha en favor del Ministerio de Justicia en la citada Ley reformadora del Código civil, que la «Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores», a la que se refiere el artículo 446 del Código penal, no es otra que la Administración de las Comunidades Autónomas, que en este caso concreto debe velar por los menores corrompidos o prostituidos.

En resumen, el peso fundamental de la protección de menores

recae actualmente, en el ordenamiento español, sobre los entes autonómicos, sin perjuicio de las facultades que, conforme a la legislación vigente (30), deseen encomendar —en régimen de gestión periférica— o delegar a las Corporaciones Locales. Junto a estas atribuciones generales se hallan las facultades coordinadoras, formativas y habilitadoras de educadores, estadísticas y de cumplimiento de obligaciones internacionales que competen a un Estado que, no lo olvidemos, en el plano legislativo dispone de importantes títulos legitimadores de su normación. Y, finalmente, el sistema ha quedado, afortunadamente, cerrado con la plena jurisdiccionalización de los Juzgados de Menores y su régimen ordinario de apelaciones ante las Audiencias Provinciales.

IV. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA. SUPUESTOS

1. *Recordatorio sobre la extensión de la noción protectora*

Ya hemos señalado que existen concepciones diversas, en lo que a amplitud se refiere, sobre qué debe entenderse por «protección de menores». La más extendida en la actualidad y claramente vinculada a la tradicional visión tutelar y correccional coincide con la definición inserta en la Exposición de Motivos de la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio. Para esta pionera norma territorial, la protección de menores «comprende únicamente la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil y la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia». Aún más restrictivo es el objeto de la Ley aragonesa, pese a su deseo de otorgar una «protección integral» al menor de edad. Para esta Ley (10/1989, de 14 de diciembre), prácticamente limitada a desarrollar las previsiones administrativas de la nueva redacción del Código civil, «la protección de menores es el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir y corregir las situaciones de desamparo» (art. 1.º). Pero, jun-

(30) Por legislación vigente ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley del Proceso Autonómico, de 14 de octubre de 1983, así como en el artículo 37.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 de abril de 1985, y, muy especialmente, las singularidades contenidas en cada Estatuto de Autonomía y sus leyes territoriales de desarrollo en torno a la utilización, o no, por las Comunidades Autónomas de las Diputaciones Provinciales como órganos periféricos.

to a estas visiones parciales de la protección de menores, venimos insistiendo en la existencia de un enfoque globalizador que no sólo aborda las patologías civiles o penales de niños y adolescentes, sino también las múltiples medidas adoptadas por el ordenamiento para facilitar el desarrollo físico, moral e intelectual de la persona en los primeros años de vida. Es decir, cabría hablar de un derecho normal de los menores que debe integrarse con el de excepción sin aislacionismos arcaicos que sólo conducen, comúnmente, a la descoordinación normativa, como tuvimos ocasión de comprobar al referirnos al escalonamiento de la menor edad. Por tanto, también es protección de menores, como ya se ha dicho, la atención a la primera infancia procurada por la normativa funcio-narial, o la enseñanza obligatoria y gratuita hasta los dieciséis años, o las instituciones y medidas para la orfandad, incluidas pensiones e indemnizaciones, o las restricciones al consentimiento del menor —tanto en el plano civil como en el represor— o, en fin, la prolija policía de costumbres que trata de alejar a la juventud de dependencias difícilmente reversibles. De estos y otros múltiples supuestos ya hemos hablado en este trabajo, por lo que, reafirmada nuestra convicción en la conveniencia de un tratamiento unitario de todas estas cuestiones, debemos referirnos, siquiera sucintamente, a las concretas medidas de intervención administrativa a las que se remiten los Códigos civil y penal.

2. *Protagonismo de las entidades públicas en los órdenes civil y criminal*

Las vetustas funciones benéficas de las Administraciones hacen comprensible que, desde antiguo, el Código civil contara con éstas para la protección de los menores de edad. Como nos recuerda LLEBARIA SAMPER (31), la actual terminología de «Entidad pública» (presente en los arts. 172 a 176 del Cuerpo privado y, también, en el 446 del Código penal) sustituye a otras más caducas como «casas de expósitos» (del antiguo art. 212 Cc) o «establecimientos públicos» —en la mejor línea de la tradición francesa— (contenida en el derogado art. 239 del Código civil).

(31) S. LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, J. M.ª Bosch, 1990, pág. 36.

En la actualidad, tras la reforma de 11 de noviembre de 1987, la Ley otorga a la Entidad pública competente en el territorio y en la materia la *tutela automática* de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Por tal situación ha de entenderse «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». Esta tutela automática, prevista en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y en el nuevo texto del artículo 172 del Código civil, ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina privatista. De todas ellas creemos que la menos preocupante es la referida a la indeterminación de la Entidad pública, y que podría dar lugar a una concurrencia competencial que propiciara inseguridad jurídica en cuanto a quién correspondería la tutela *ex lege* del niño. Ya hemos dicho que la Constitución y los Estatutos de Autonomía han apostado por la asunción, por parte de las Comunidades Autónomas, de competencias *exclusivas*, cuando menos, en el sector de la Asistencia Social. Que, inversamente, las Corporaciones Locales no disponen de atribución *garantizada* al respecto, estando a merced de la legislación autonómica. Que los Decretos de Transferencia hacia las entidades regionales han sido ciertamente muy amplios, con lo que el Estado se ha desembarazado, prácticamente, de sus competencias al respecto. Que las únicas atribuciones estatales se reservan en la propia Ley 21/1987 (Disposición Adicional 1.^a) y nada tienen que ver con las «tutelas automáticas». Y que, por último, la última norma citada, pese a referirse inicialmente a todas las Administraciones territoriales, acaba otorgando un protagonismo directo y nominal a las Comunidades Autónomas que, en materia de reconocimiento y control de las Instituciones colaboradoras, no admite compartición competencial alguna. Por tanto, esta preocupación, también sentida por la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989, creemos que es en buena parte infundada. La capacidad normativa al respecto —y la eventual cesión o delegación a los entes locales— corresponde, en todo caso, a las Comunidades Autónomas, como señala con toda claridad la última Ley territorial aquí citada. Es más: la Ley catalana de 13 de junio de 1985 fue modificada (por Ley 12/1988, de 21 de noviembre) no sólo como consecuencia de la creación de un específico Departamento de Bienestar Social, sino

también para dejar en manos del Poder Ejecutivo territorial la reorganización ejecutiva de competencias derivada de las previsiones de la Ley estatal 21/1987. No obstante, la Ley catalana ya preveía desde un primer momento que, salvo la atención primaria prestada por los Ayuntamientos, la colaboración de los entes locales en la materia que nos ocupa se haría «por delegación de la Generalidad» (arts. 4.º y 5.º). En una línea similar, el artículo 47.2 del Estatuto de la Comunidad valenciana, prevé la delegación o transferencia a las Diputaciones provinciales de competencias en materia de asistencia social y la ley andaluza de 26 de diciembre de 1987, traslada las tradicionales atribuciones provinciales en la materia a la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su ulterior gestión, desconcentrada o delegada, por las propias Diputaciones. Se trataría, en suma, de variar la titularidad pero no el ejercicio efectivo de las competencias por los órganos locales.

Siguiendo con las críticas a la creación legal de una tutela automática en favor de la Administración, se ha argumentado por RUIZ-RICO (32) que tal medida supone deshacer el importante logro de la reforma de 1983, que había otorgado facultades omnímodas a los Jueces a efectos de la constitución de cualquier tipo de tutelas, incluidas las establecidas en favor de Directores de establecimientos públicos. La ausencia de esta intervención judicial *a priori* ha llevado a VALLADARES RASCÓN (33) a buscar una interpretación imaginativa «dentro de la imperfección de todas las posibles», consistente en el «recurso judicial *a posteriori*, esto es, que los padres o tutores acudan al Juez para que éste decida si se produjo, en realidad, situación de desamparo que lleva a la tutela automática, o sólo situación de desamparo que lleva a la guarda». Esta segunda posibilidad, prevista en el número 2 del artículo 172 del Código civil, supone la asunción transitoria por la Administración Pública de la mera guarda del menor —no la tutela—, durante el tiempo imprescindible, «cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda». Esta guarda también puede ejercerse, bajo supervisión de la entidad pública,

(32) J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada, Comares, 1989, págs. 139 y ss.

(33) E. VALLADARES RASCÓN, *Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción*, «Poder Judicial» (2.ª época), núm. 9, 1988, págs. 35 y ss.

por los directores de las casas o establecimientos donde se halle internado el menor o por los particulares que los reciban en régimen de acogimiento (art. 172.3. Cc) (34).

También la doctrina civilista ha mostrado su preocupación por la práctica indefinición de la situación de desamparo que da lugar a la tutela automática por la Administración. Para LLEBARIA SAMPER, esta situación ha de ser referida a la esfera personal del menor, apreciándose el desamparo de forma objetiva, es decir, prescindiendo de la variada etiología que lo haya provocado y centrándose en la efectiva desasistencia moral o material. La verificación de esta anormalidad se realiza por la Administración sin pronunciamiento judicial previo, sin que se fije un plazo al ente público para la apreciación del desamparo (35).

Al margen de esta tutela por la Administración (bien distinta de la tradicional tutela administrativa), la entidad pública también dispone de importantes atribuciones con respecto al *acogimiento*, importante novedad de la Ley 21/1987, que supone la plena participación del menor en la vida de familia, con los consiguientes deberes para quien lo acoge de velar por él, acompañarlo, alimentarlo y facilitarle una educación y formación integral (art. 173.1 del Código civil). Para la formalización del acogimiento —por escrito— ha de constar el consentimiento de la Administración Pública, tenga o no la tutela del menor, así como la aquiescencia del niño, si ha cumplido doce años, y, lógicamente, la voluntad de las personas que reciben al menor. Personas que, llegado el momento, dispondrán de mayores facilidades, si así lo desearan, para adoptar al inicialmente acogido. Para la cesación de este acogimiento por decisión de quienes han recibido al niño (también puede ser por decisión judicial o a instancia del tutor o de sus padres) se requiere la comunicación previa a la Entidad pública. Entendemos que la inobservancia de esta exigencia puede dar lugar a las reponsabilidades tipificadas en el artículo 489 del Código penal.

Tanto en el caso de la *tutela automática* como del *acogimiento*, la Entidad pública (ya hemos dicho que, en principio, la Comunidad Autónoma) ha de dar inmediatamente cuenta al Ministerio

(34) El código civil (art. 172.4) establece que se procurará la reinserción del menor en la propia familia y que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confie a una misma institución o persona, siempre que redunde en interés del menor.

(35) LLEBARIA SAMPER, *op. cit.*, págs. 49 y ss. y 298 y ss.

Fiscal tanto de los nuevos ingresos de menores en sus centros como de los escritos de formalización de los acogimientos. La vigilancia ordinaria del Ministerio Fiscal no exime a la Administración de practicar, allí donde ha tenido competencias iniciales —ésta es nuestra interpretación—, un seguimiento responsable de la situación del menor, comunicando al Ministerio Público cualquier anomalía detectada (art. 174 Cc).

En los expedientes de *adopción*, institución igualmente afectada por la Ley de 11 de noviembre de 1987 (36), también es preceptiva la propuesta previa de la Entidad administrativa competente (art. 176.2 Cc). Sin dicho proveído, y a salvo las excepciones legales (37), no cabe iniciar el oportuno procedimiento judicial, cuya resolución ha de tener siempre en cuenta el interés del adoptando (art. 176.1 Cc).

Por último, en lo referente a atribuciones públicas dimanantes de la Ley 21/1987, recordemos, una vez más, las facultades que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas para habilitar, y luego controlar, a los establecimientos benéfico-privados (Disposición Adicional Primera).

El Código penal, por su parte, prevé también la actuación de «la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de Menores», en los supuestos en que la «Autoridad Gubernativa» tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad en estado de prostitución o corrupción, «sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejercieran autoridad familiar o ético-social o de hecho, o careciere de ellas, o éstas le tuvieren en abandono y no se encargaren de su custodia». La «Autoridad Gubernativa», expresión que se ha mantenido de versiones anteriores de este precepto (art. 446 Cp), será ordinariamente la policía o los órganos asistenciales de la Comunidad Autónoma o de otra Administración operante en su territorio. Esta «Autoridad» inicial denunciará la situación de abandono ante la «Entidad Pública» y el Ministerio Fiscal para que tanto éste como aquélla —que no es otra que la Comunidad Autó-

(36) El adoptante, tras la reforma, habrá de tener veinticinco años al menos (o uno de los cónyuges, si la adopción es doble) y, en todo caso, catorce años más que el adoptado (art. 175 Cc).

(37) No es necesaria esta propuesta administrativa para adoptar a huérfanos parientes del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, al hijo del consorte, o cuando lleve el adoptando más de un año acogido o tutelado por el adoptante, así como en los excepcionales casos en que se permite la adopción de mayores de edad o menores emancipados (art. 176 Cc).

noma— asuman sus respectivas responsabilidades. La actual redacción de este precepto ha sido dada por la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989.

Por último, parece conveniente hacer una breve referencia a la normativa territorial de Cataluña y de Aragón, tanto por su temprana y plausible promulgación como por representar un ejemplo de dos Comunidades con distintos techos competenciales, aunque, en materia de protección de menores, como venimos insistiendo, las diferencias no son insalvables.

La Ley *catalana* 11/1985, de 13 de julio, de Protección de Menores (modificada por Ley 12/1988, de 21 de noviembre), extiende su aplicación, como ya hemos dicho, a la prevención y tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil y a la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación (art. 2.º). El tratamiento de la delincuencia de los menores de edad podrá tener carácter institucional o desarrollarse en medio abierto o mediante acogida familiar (art. 28). Los centros institucionales, a su vez, pueden ser de tres clases: de detención, de observación y de tratamiento (artículo 34), clasificándose estos últimos en centros de régimen abierto (Hogares infantiles y juveniles, Residencias infantiles y Residencias juveniles), centros de régimen semiabierto y centros de régimen cerrado (art. 38). La Ley muestra un exquisito respeto hacia uno de los temores socialmente más generalizados: la inutilidad o perjudicialidad adicional de los internados masificados. La acogida familiar también se contempla como medio de tratamiento de la primera delincuencia, como medida transitoria para devolver, reeducado, al menor a su familia de origen o, cuando menos, al medio social. Entre las medidas preventivas de la delincuencia contempla la Ley catalana la asistencia a servicios comunitarios, la asignación de un delegado de asistencia al menor, la ayuda económica, educativa, terapéutica o profesional e, igualmente, el acogimiento transitorio en otro hogar (art. 51). En cuanto a la tutela de menores, la norma territorial debe entenderse modificada y ampliada por lo dispuesto en la nueva redacción del Código civil.

Por su parte, la Ley *aragonesa* 10/1989, de 14 de diciembre, ya adaptada a la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, limita la «Protección de Menores», que sirve de título a la Ley, a la prevención y corrección de las situaciones de desam-

paro civil, lo que se hace desde «el marco del sistema público de servicios sociales» (art. 1.º). Como instrumentos de la protección de menores, distingue la norma los siguientes: los preventivos de apoyo familiar; la guarda y acogimiento; la promoción del nombramiento de tutor; la propuesta de adopción y el internamiento. También se consideran acciones protectoras las medidas tuitivas o de fomento que propicien, cesada ya la situación de desamparo, la integración social del menor (art. 9.º). En lo tocante a las propuestas de adopción (a las que se refiere el art. 176.2 del Código civil), éstas serán formuladas por un Consejo Aragonés de la Adopción, dependiente de la Comunidad Autónoma, y cuya composición y atribuciones se detallan en los artículos 16 a 18 de la referida Ley territorial.

V. REFLEXIÓN FINAL

Como se ha visto, la Protección de Menores es una atribución que rebasa los artificiosos moldes y las ficticias fronteras entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico. Su tratamiento legal, por ello, se ha visto con frecuencia abocado a una política de incomunicación entre compartimentos, lo que no sólo ha trascendido al orden interno, sino también a la órbita internacional, tan preocupada, en estos tiempos, en celebrar Años Internacionales del Niño y en paliar los males endémicos de buena parte del planeta que se traducen, inmediatamente, en la muerte y la desolación de considerables porcentajes de la población mundial infantil.

Las Administraciones Públicas españolas, en el ejercicio de sus competencias, poco pueden mitigar esta desgracia, habitual en el Tercer Mundo, y la insensibilidad e insularidad social ante tal catástrofe. Sin embargo, sí deben, con sus modestas posibilidades de acción —en un campo en el que la generosidad presupuestaria conduce a logros efectivos—, elaborar políticas y aprobar disposiciones con una visión global y no sólo patológica del menor. Reflexión que debieran formularse nuestros poderes públicos a la hora de promulgar la tan esperada Ley del Menor. Esta disociación de normas para una infancia *sana* y medidas para unos menores *corrompidos o abandonados* es la que, sin duda, durante

siglos, ha perpetuado la tétrica e irredenta visión de inclusas y expósitos, tornos y hospicios, albergues y reformatorios, que, amén de ser perfectamente novelada para la literatura, ha dejado también estampada en las hojas de la Historia uno de los más tristes capítulos de la *España negra*.

