

CAUSA CON MENOR

José Antonio Bosch

Abogado. Sevilla

Desde que Abrahán, sin la más mínima vacilación, tomara un cuchillo en su mano para degollar a su hijo en una ofrenda a Yahvé, por supuesto convencido de la absoluta necesidad de su acción, hasta los días en que el menor es considerado como sujeto de derechos, han transcurrido largos siglos y, a pesar de ello, en más ocasiones de las que debería permitirse, nos encontramos con procesos donde el menor sigue siendo tratado como un objeto, por supuesto de cierta protección, pero apéndice de un adulto y de los intereses de éste.

En el presente trabajo trataremos de confrontar el mundo del deber ser con el mundo de lo que es; intentaremos comparar el espacio de la norma con el universo de la praxis judicial y todo ello en relación al menor ante la Justicia civil desde la moderna perspectiva de considerar al menor como sujeto de derechos, armonizando tal posición con la consideración del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño¹ a quien se considera que *por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales*.

EL PROTAGONISTA

Si bien entendemos por menor o niño, *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*², a los efectos del presente trabajo y por las razones que infra argumentaremos nos autolimitamos en menores que no superen los trece o catorce años de edad, salvo que puntualmente hagamos referencias a menores de mayor edad. Es evidente que las necesidades y posibilidades de un menor de 3 años difieren sustancialmente de las de una joven de diecisiete a pesar de su común

¹ Párrafo tercero del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; Resolución 1386 (XIV).

² Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

minoría de edad, por ello afirmamos, junto a RIVERO HERNÁNDEZ³, que *no hay menor sino menores y esto es muy importante por lo que afecta al interés del menor, y no olvidarlo ayudará a comprender afirmaciones y matices que sorprenderían en otro caso.*

Por razones de pura legalidad⁴ –constitucional, estatal y autonómica– siempre que nos referimos a menores lo hacemos sin que, a pesar de circulares o pseudo-convenios o apañes entre estados, quepa hacer distinción alguno en el tratamiento en razón de la nacionalidad de los menores, o de cualquier otra condición o circunstancia personal o familiar.

LOS CO-PROTAGONISTAS

Tanto en el mundo de la norma como en el mundo de la realidad, múltiples son las figuras que podemos encontrar alrededor del menor en los procedimientos judiciales; así desde el padre y la madre⁵ (manteniendo una posición conjunta o enfrentada) a los parientes⁶, abuelos y allegados⁷, tutores⁸, acogedores⁹ hasta simples guardadores de hecho¹⁰. Ciertamente, la realidad social es rica y las fórmulas familiares y de convivencia variopintas, por lo que cuando llega el conflicto nos podemos encontrar en el procedimiento reclamando para sí ser la mejor opción del menor, desde al varón pareja de hecho de la madre biológica fallecida, al varón travestí¹¹ pareja de hecho del padre biológico fallecido.

³ Rivero Hernández, Francisco, *El Interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, 50.

⁴ Artículo 14 de la C.E; artículo 3 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; artículo 2 de la Ley Andaluza 1/1998, de 20 de abril de los derechos y atención al menor, entre otras.

⁵ Artículo 154 del C.C.: *Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre.*

⁶ Artículo 158 del CC *El Juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente...*

⁷ Artículo 160 del CC *No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.*

⁸ Artículo 222 y siguientes del CC

⁹ Artículo 172.2 del CC *El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la entidad pública.*

¹⁰ Artículo 303 del CC.. *cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe...*

¹¹ Sobre quien era más idóneo para tutelar a una menor de nueve años al fallecimiento de su padre –su madre había fallecido siendo muy pequeña la menor– tuvo ocasión de pronunciarse la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de fecha 14 de junio de 1999, teniendo que optar entre los abuelos paternos y la pareja de hecho del padre, homosexual y travestí: ... *lo idóneo, que lo puede ser en un plano general abstracto, no lo sea en el concreto,*

De las anteriores posiciones voy a detenerme puntualmente en dos, una que, a mi juicio, está tomando cierta relevancia no sólo social sino jurídica, a saber, los guardadores de hecho y otra que, mor de las actuaciones administrativas en la retirada de los menores, tiene gran importancia, los acogedores.

Las nuevas formas de familia, el fenómeno de la inmigración, la existencia de población anclada en la marginalidad... están ocasionando que, en paralelo a la creciente intervención administrativa en materia de protección de menores, se produzca cesión de las funciones parentales, la mayoría de las veces con vocación temporal, en manos de terceros en lo que se deposita la confianza no sólo del cuidado del hijo sino de la recuperación del mismo cuando llegue el momento. La razón de este tipo de acuerdos entre particulares es fácil; los padres y madres con carencia de recursos para mantener a sus hijos son conscientes de que la solicitud de ayuda a la Administración para complementar sus carencias, la común de las veces, termina con la retirada definitiva del menor, motivo por el cual prefieren acudir a vías al margen de las instituciones de protección de menores que les permitan, inicialmente, garantizar a sus hijos unas condiciones mínimas de vida, y, en plazo indeterminado y en teoría, recuperar a sus hijos.

Pero, ¿qué trascendencia jurídica podemos dar a una posición como la de los guardadores de hecho toda vez que la normativa sobre protección de menores no permite, aparentemente, el acuerdo entre particulares?

Por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Algeciras, en resolución de fecha 19 de julio de 2000, se estimó que la guarda de hecho constituye *aquella situación en la que alguien, careciendo de potestad legal sobre el menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejercita respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses. Así pues, si un menor que deba ser sometido a tutela está bajo el cuidado de una persona que no sea titular de la patria potestad, hasta tanto se constituya legalmente y tome posesión de su cargo el tutor, estará bajo la guarda de hecho de esta persona.*

La guardia de hecho tiene un respaldo legal a raíz de las últimas reformas de la institución tutelar operadas en el Código Civil, guiadas por el

porque para éste exige la Ley, y también el sentido común, que el norte a tener en cuenta sea el interés del menor; y salvo que se pretenda la denominación de los núcleos familiares «uniparentales» y «unifiliales» es decir el anteriormente descrito de un solo padre y un solo hijo, ha de convenirse que sólo analizando el caso concreto es como podrá saberse si ese núcleo familiar es el más aconsejable para el menor porque va a proteger de forma más plausible su interés, y ello aun reconociendo la indefinición tanto legal como social de lo que se entienda por el interés del menor.

propósito de abrir todo un abanico de soluciones al problema que surge de la desprotección de menores e incapaces, cuyo juego integrador es preciso potenciar.

En igual sentido, se pronuncia la resolución del Juzgado de 1.^a Instancia núm. Seis de Córdoba, Auto de fecha 14 de mayo de 1998, cuando afirma que *es evidente que la guarda de hecho tiene un respaldo legal a raíz de las últimas reformas de la institución tutelar operadas en el Código Civil, guiadas por el propósito de abrir todo un abanico de soluciones al problema que surge de la desprotección de menores e incapaces, cuyo juego integrador es preciso potenciar, porque, en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal, la solución diseñada de tutela automática de la institución pública, puede fallar, como ha venido aconteciendo, sin ir más lejos, con la propia solicitante y su sobrino nieto; esto es, resulta factible la existencia de menores cuidados espontáneamente por personas sin ningún tipo de reconocimiento oficial, y esta situación, en la medida en que tiene encaje en el concepto de guarda de hecho, puede ser objeto de reconocimiento a los efectos legales que procedan.*

En idéntico sentido se pronuncia el Magistrado Pérez Martín¹² quien afirma: *Resulta erróneo a mi entender, y al de otros autores como Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Peña Bernaldo de Quirós o Pérez Álvarez intentar dar cobertura legal a estas guardas de hecho a través de reconducirlas con la intervención de la entidad pública hacia la figura del acogimiento familiar, previa declaración de desamparo del menor, pues si el guardador de hecho está ejerciendo correctamente sus funciones, no procederá la declaración de desamparo, ya que esta es una situación objetiva a la que se llega cuando el menor está privado de la necesaria asistencia moral y material.*

En nuestra opinión, y coincidiendo con lo anterior, los guardadores de hechos tienen una posición jurídica determinante, son una parte fundamental en los procedimientos de protección de menores, tan importante que, en los procedimientos que existan guardadores desempeñando con suficiencia su papel de asistir moral y materialmente al menor, lo que no existirá será causa para decretar el desamparo.

En cuanto a los acogedores, figura a la que se le afirma y se le niega legitimación en los procedimientos de menores en función del Juzgado al que se le turne el expediente, el negarle la legitimación procesal supone vulnerar, entre otros, el artículo 1.828 de la LEC por cuanto prevé, no ya a los acogedores como parte del procedimiento, sino que, incluso, se inicie el procedimiento a su única instancia. Pero a más a más, el

¹² Pérez Marín, Antonio J, *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*; Valladolid, Lex Nova, 1998, 99.

artículo 1.827 de la LEC prevé la «*oposición de algún interesado*» en este tipo de procedimientos, es decir, amplía la legitimación a los «*interesados*» (término que por carecer de concreta definición legal deberemos de acudir al diccionario de la Real Academia para concretar su contenido) e *interesado es quién tiene interés*, e interés, es *la inclinación más o menos vehemente del ánimo, hacia una persona...* Nuevamente se amplía la legitimación para oponerse al acogimiento, a cualquier *interesado*; si la norma hubiese querido contemplar en forma restrictiva la legitimación, hubiese acudido a términos mas concretos, tales como padres y entidad tutelar, sin embargo la norma ha contemplado una legitimación en términos amplios, dada la especialidad de estos procedimientos.

La especialidad de este tipo de procedimientos y su menor rigidez, viene siendo reconocida tanto por el TS como por el TC¹³, de quién tomamos la siguiente conclusión:

Es lógico, pues, que dada la extraordinaria importancia que revisan los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, «atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad» (fundamento jurídico 6.º). Lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado.

LOS ACTORES SECUNDARIOS

Participamos en los procedimientos, tanto de protección como de familia, en los que intervienen menores, los/as abogados/as de parte, los/as letrados/as defensores de la administración tutelar (también de parte), y el Ministerio Fiscal.

No está en nuestro ánimo profundizar sobre las diferentes posiciones, sólo daremos algunas pinceladas sobre cada figura. Por lo que respecta a los abogados de parte –privada– señalar que las más de las veces llegan al procedimiento judicial por designación del turno de oficio, es decir, se encuentran con un expediente administrativo finalizado¹⁴, en el que no

¹³ STC de 25 de noviembre de 1996 (RTC 1996/187).

¹⁴ Se podría argumentar en contrario que existe normativa autonómica que ya regula la intervención de los abogados de oficio en los expedientes administrativos de protección de menores desde su inicio; v.g. artículo 24 del Decreto Andaluz 42/2002, de 12 de febrero, sobre el *régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa*; siendo ello cierto, no es menos cierto que no basta regular la posible intervención letrada de oficio sino que hay que aprobar las partidas presupuestarias que conviertan tal derecho en una realidad, mientras tanto, sólo será un derecho virtual.

participaron, con toda una serie de pruebas practicadas que, en principio, gozan de la presunción generalizada de su bondad, y con un cliente tan carente de recursos económicos que, en la mayoría de las ocasiones, les impide implementar pruebas diferentes a las del expediente administrativo o las que pueda facilitar el propio Juzgado. Por supuesto, nos estamos refiriendo a los letrados que defienden a la parte con relación biológica con el menor dado que, por lo general, las partes carentes de tal relación, acogedores, guardadores de hecho... suelen tener recursos económicos. Señalar finalmente, que el papel del abogado en este tipo de procedimientos no se limita o no debe limitarse a garantizar el derecho constitucional de defensa de la parte que directamente dirige, no es suficiente como en cualquier otro procedimiento con defender a su cliente con independencia de cualquier otra consideración, sino que también debe guiarse en su actuación, al igual que el resto de los participantes en estos procesos, por la salvaguarda y garantía del supremo interés del menor.

En cuanto a los letrados de la Administración tutelar hay que señalar que, como primera medida, son letrados de parte a pesar del halo de imparcialidad que habitualmente rodea a sus actuaciones, están tan empeñados a ultranza en la defensa de su cliente, en el mantenimiento de la resolución adoptada, que no suele ser infrecuente que olviden el eje fundamental de los procedimientos de menores, el interés del menor. En clara contradicción con lo anterior, resulta cuando menos curioso señalar que estos letrados no están adscritos al órgano que emitió la resolución y llegan al procedimiento en sustitución de los jurídicos que asesoraron sobre la legalidad durante el expediente administrativo.

Finalmente, debemos referirnos al ministerio público; mucho habría que hablar sobre esta figura, el defensor del menor, pero a los efectos de nuestra exposición simplemente señalaremos que, a diferencia de los anteriores, debió tener conocimiento del expediente administrativo y de las medidas que se adoptaron en su momento por la administración tutelar pero que, seguramente por la carencia de medios, las más de las ocasiones no actúa hasta que el expediente llega a los juzgados, y, seguramente por la citada carencia, en demasiadas ocasiones se «entrega» a la posición de la Administración, olvidándose incluso del principio de legalidad.

OTROS MIEMBROS DEL REPARTO

No parece concebible un procedimiento en el que se discuta sobre quién garantiza mejor el desarrollo moral y material de un menor sin que intervenga un/a psicólogo/a para argumentar sobre lo primero y un/a trabajador/a social para lo segundo.

Los profesores Fariña, Seijo y Arce¹⁵, y referido a procedimientos sobre custodia de menores, señalan que gran parte de la responsabilidad de velar por el interés del menor en estos procedimientos recae sobre los psicólogos jurídicos, *lo que obliga que su intervención esté guiada, en todo momento por la búsqueda de datos objetivos. Un garante de esta objetividad es sin duda la utilización de protocolos estandarizados para este ámbito. No obstante, en España no se han desarrollado herramientas psicológicas de este tipo, lo que permite un amplio margen de improvisación y arbitrariedad.*

En nuestros juzgados, donde la escasez de psicólogos jurídicos es una realidad, se acude a los informes psicológicos, en primer lugar, del perito de *parte*, es decir, del psicólogo de la administración tutelar, se acude a quién informó y recomendó la adopción de la medida que se impugna ante el Juzgado y, en segundo lugar, a los técnicos de los equipos psico-sociales de los Juzgados –donde los haya– que, al menos los que conozco, están más que saturados hasta el punto de tardar en emitir un informe, desde que lo solicita Su Señoría hasta que se emite, más de un año.

Y también intervienen en los procedimientos, fundamentalmente en los de protección de menores aunque algunas veces también en los de familia, los trabajadores sociales, generalmente funcionarios o personal laboral de la administración tutelar de menores. Son, en mi experiencia en procedimientos de protección, el elemento fundamental del expediente administrativo, hasta el punto de que todo el expediente gira alrededor del primer informe que emiten estos profesionales, y, en muchos casos ese mismo informe, al ser único, es el que termina decantando la resolución que pone fin al procedimiento judicial; profesionales de amplio campo, no sólo por la pluralidad de materias sobre las que informan, sino por los tiempos en los que lo hacen, pasado, presente y, desde luego, futuro.

Elemento común a los profesionales referidos en este epígrafe es la gran carga negativa que conlleva el que a la hora de emitir sus informes, sus concretas creencias ideológicas o morales, *afloren* impregnando, unas veces los puros hechos¹⁶, y otras sus recomendaciones¹⁷.

¹⁵ Fariña, F, Seijo, D, y Arce, R, *Psicología Jurídica al servicio del Menor*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2000, 156.

¹⁶ En un procedimiento de protección de menores –Sevilla 1996– la trabajadora social de Asuntos Sociales, informando sobre los padres de la menor a proteger, entre otras *perlas* decía: *A pesar de que ambas familias han educado a R y R, padres de los menores, de forma tradicional y de acuerdo a las normas de la religión católica, en 1988 R y R se casan por lo civil*. El texto es literal salvo la omisión que hacemos de los nombres.

¹⁷ Es frecuente encontrarnos con prejuicios genéricos sobre las habilidades de los hombres en relación a las mujeres, cuando se discute custodia entre los padres, sin atender al concreto varón o mujer inmersos en un concreto procedimiento.

EL DIRECTOR

Como no podía ser de otra manera, la medida administrativa de protección –cuando se impugna– o el debate sobre la custodia de un menor, termina en un Juzgado para su revisión. Hay que señalar que, a diferencia del resto de los procedimientos judiciales, lo que se espera del juzgador en los procedimientos con intervención de menores, no es sólo que analice los hechos ocurridos sino que haga un esfuerzo, verdaderamente difícil, para pronosticar –conocer por algunos indicios el futuro– cual de entre las diferentes alternativas que se le presentan es mejor para el menor.

Una diferencia importante de estos procedimientos judiciales con la generalidad de los procesos civiles es que la intervención del Juez suele darse, antes, durante y después del procedimiento, intervención que tiene su apoyo legal en el artículo 158 del CC y en la interpretación del mismo que hace la Jurisprudencia, así tomando prestadas palabras de nuestro Alto Tribunal¹⁸ se puede afirmar que *las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.*

En principio nada que objetar contra esta posibilidad de intervención casi *ad eternum* del Juez, pero si conviene reseñar algún aspecto de la misma. Así, cuando se anuncia por la parte la oposición a la medida administrativa de protección ante el Juzgado, en la mayoría de las ocasiones por áquel que fue privado de la custodia del menor, simultáneamente al anuncio se suele solicitar como medida cautelar o bien la custodia del menor o al menos un régimen de visitas que permita mantener las relaciones. La actuación de Su Señoría suele ser, generalmente, la de, con base a su desconocimiento sobre el expediente administrativo y sobre la situación de hecho que provocó la resolución administrativa, no modificar la situación ni de custodia ni de visitas, es decir, el juzgador actúa por omisión, en tanto en cuanto

¹⁸ ATS. (Sala de lo Civil) de 3 de mayo de 2000 (RJ 2000\3573). En el mismo sentido se pronuncia el Alto Tribunal en Sentencia (Sala de lo Civil) de 23 de noviembre (RJ 1999/8278): *debe mantenerse que las medidas que los Jueces pueden adoptar, «ex» artículo 158 del Código Civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*

que su *no hacer* provoca en forma directa el mantenimiento de la situación del menor.

Es evidente que es una inactividad temporal por cuanto en futuras ocasiones procesales puede volverse a plantear el cambio de la situación del menor y, en cualquier caso, el procedimiento finalizará algún día mediante una resolución que ponga fin a la provisionalidad de la situación del menor, por lo cual esta inactividad judicial inicial, aparentemente, no tiene mayores consecuencias, pero ello sería cierto si el objeto del litigio fuese un inmueble o una barrica de brandy que con el tiempo mejora, pero como infra argumentaremos, ese *no hacer* es una clara toma de posición que al final del expediente beneficiará a una de las partes y en cualquier caso va a influir seriamente en la resolución que se adopte.

Esa posición provisional que se adopta tiene mayor trascendencia y gravedad conforme inferior sea la edad del menor objeto del procedimiento, hasta el punto de aceptarse como axioma, entre operadores jurídicos, *quien tiene la custodia del niño durante la tramitación del procedimiento, se quedará con la custodia con independencia del contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento.*

LA TRAMA ARGUMENTAL

Siempre que se resuelva en un expediente con relación a menores o donde éstos estén implicados, sea resolución judicial o administrativa, y sea quien sea la Autoridad llamada a resolver, en cualquier instancia, necesariamente debe resolverse atendiendo y respetando el supremo interés del menor al momento de la resolución; tal obligación viene recogida, como mandato imperativo, en múltiple normativa de la que destacamos la siguiente:

- Artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (BOE núm. 313, de 31.12.90) *En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales... , una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
- Artículo 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE 21.9.92) *Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses.*

- Artículo 2 de la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

- Artículo 3 de la Ley Andaluza 1/1998, de 20 de abril: *En el ejercicio de las competencias en materia de promoción y protección de los derechos de los menores, las actuaciones públicas o privadas se ajustarán a los siguientes principios rectores: 1. Primará el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo.*

Así, podríamos seguir citando normativa de todo orden¹⁹, donde se repite el mandato legal que será el interés del menor el eje sobre el que pivota toda resolución con relación a éste. Es evidente que, en abstracto, nadie contestará tal obligación legal, el problema se produce a la hora de la interpretación individualizada de tal interés en relación a un concreto niño.

Cierto es que nos enfrentamos a un concepto jurídico indeterminado, a un *cajón de sastre* al que acudimos los juristas con la misma comodidad que acuden los médicos en sus diagnósticos genéricos al *proceso virásico*; nos enfrentamos a un concepto cuya determinación está sometida a pluralidad de opiniones y desde luego está condicionada a la concreta ideología y moral del intérprete que determina para un específico menor cual es su interés. Así, resulta evidente que para quién personalmente el aborto sea un grave pecado, difícilmente podrá entender como de interés para la salud mental de una menor, una interrupción voluntaria de su embarazo y, en consecuencia, no la autorizará. Resulta muy complicado para quien estime que la homosexualidad es una enfermedad, o simplemente tenga prejuicios²⁰ frente a esa opción sexual, resolver que

¹⁹ Entre otras a) el artículo 172.4 del CC. b) Especial mención merece la Ley Catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, por cuanto indica el camino para la concreción del interés del menor así, su artículo 3 reza: *El interés superior del niño y del adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad jurisdiccional o administrativa. Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y de los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social.* c) Artículo 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid.

²⁰ En Auto de fecha 23 de enero de 1998 dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Sevilla en un procedimiento en el que se debatía una tutela, el juzgador después de dejar sentado que ambas partes estaban capacitadas para desempeñar la función tutelar concluyó decretando más acorde al interés de la menor la familia normal que la pareja homosexual del padre. Por supuesto no se reconoce abiertamente el prejuicio sexual.

el interés de un concreto menor está salvaguardado conviviendo con su padre y con el varón pareja de hecho de éste o con su madre cuya pareja es lesbiana.

Nadie estamos en poder de la objetividad absoluta ni libres de ver-nos mediatizados por tópicos más o menos extendidos, algunos con fundamento legal en su origen y otros simplemente fruto del pensa-miento social mayoritario. Así, se sigue aceptando comúnmente –en los juzgados también– que los niños y niñas de escasa edad, están mejor atendidos con las madres que con los padres²¹; se da por senta-do que para un menor es mejor una dieta alimenticia plural que una lacto-vegetariana²²; ni se puede discutir en la mayoría de los juzgados que pueda ser beneficiosa una enseñanza libre frente a la enseñanza reglada. A veces, algo tan natural como la desnudez puede resultar tremendamente embarazosa, por cuanto puede incidir como elemento negativo a la hora de decidir una custodia las costumbres no textiles de un progenitor.²³

Resulta realmente complicado abstraerse de las propias creencias, de las ideologías y costumbres, a la hora de determinar o decidir entre diversas posibilidades cual es la más favorable para el interés del menor y, posiblemente, en el futuro será cada día más difícil por cuanto la realidad social será mas rica y plural, se extenderán en nuestro entorno religiones diferentes a la actualmente mayoritaria y tendremos que enfrentarnos a nuevos conflictos. Sólo el camino hacia el establecimiento de criterios objetivos para la determinación de las intervenciones más convenientes para el menor, acompañados de una mayor atención a la opinión de éstos a la hora de resolver los conflic-tos en los que se encuentren inmersos, nos irán librando de resolu-ciones injustas.

²¹ El principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, recoge que: *salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre*. Dicho principio se encuentra vigente en nuestra normativa interna por el artículo 96.1 de la CE y en materia de menores de conformidad a lo previsto en el artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

²² No es una exageración de quien suscribe el ejemplo que se señala dado que en varios procedimientos de protección de menores (años 1996-2000) en los que profesionalmente estuve implicado en relación a una misma comunidad, uno de los elementos negativos que se valoró fue la dieta alimenticia de la comunidad por cuanto era lacto-vegetariana.

²³ Y no nos referimos a perversión sexual alguna, simplemente al hecho de que un adulto acompañado de su hijo/a utilice recintos nudistas, tales como hoteles, playas, etc. o acostumbre a estar desnudo en su casa.

Es evidente, como supra señalábamos, que no se puede hablar de *menor, sino de menores*; la medida que a un menor beneficia a otro le puede suponer un grave perjuicio, la medida de total intrascendencia para un menor, a otro le puede resultar insuperable; piénsese, por ejemplo, en la prohibición de usar velo a una menor convencida de que su salvación eterna depende, entre otras cosas, del uso del velo. No deja de ser curioso que en la interpretación de cual sea el concreto interés de un menor se asuma como natural la incidencia de la ideología de quien resuelve, y se ignore, en muchos casos, la ideología del menor sobre el que se resuelve.

Quizás pues, en esta vía de lograr una cierta objetivación de los criterios para la fijación del interés del menor combinada con una mayor atención a la opinión del menor, deberíamos de introducir un primer criterio objetivo cual es el del escrupuloso respeto a los derechos fundamentales del menor²⁴, que no por serlo carece de estos derechos. Planteado así parece una obviedad pero es lo cierto que en multitud de resoluciones podemos encontrar que bajo el argumento del sacro santo interés del menor se producen resoluciones que ignoran derechos fundamentales de los menores, v.g. la libertad religiosa e ideológica, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la protección de la familia u otros derechos derivados de su condición de menores tales como el de educarse en el amor y cariño de sus padres, o el de por imposibilidad de implementar el anterior, quedar al cuidado de otros miembros de la familia.

Y siguiendo la línea del respeto absoluto a los derechos del menor se nos antojan como derechos frecuentemente vulnerados, el derecho a la tutela judicial efectiva, considerado desde alguna de sus vertientes cuales son el derecho a un proceso sin dilaciones, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho a la intimidad.

EL DESENLACE

Comenzando por el segundo de los derechos anteriormente citados, resulta jurídicamente inconcebible, al menos para una mente respetuosa con el ordenamiento jurídico, que en la fase de ejecución de sentencia se pueda abrir un debate sobre la justeza o no de una resolución judicial

²⁴ En un valiente Auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, ya citado en nuestra nota 11, se decía: *En todo caso puede hacerse una afirmación con valor de generalidad: el interés del menor también consiste en que las decisiones que sobre él se adopten lo sean de conformidad con lo previsto en la norma y con observancia de los derechos fundamentales, pues sólo así queda garantizado el mayor acierto en la adopción de la decisión.*

firme; la simple hipótesis supone un desprecio manifiesto al derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho a un proceso sin dilaciones, al principio de seguridad jurídica, a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al principio de legalidad... supondría un auténtico desprecio incluso, al simple sentido común.

Así, y por imperativo legal²⁵, ni se debe ni se puede admitir debate alguno sobre el fondo de una cuestión que ya fue resuelta, por lo que, en principio parece lógico pensar que, una vez que alcance firmeza una resolución judicial sobre la situación de un menor, lo único que se puede discutir es como cumplir la resolución, como ejecutarla, tratando de que su protagonista sufra el menor daño posible si es que algún daño se desprende del cumplimiento del fallo judicial.

Sobre estos extremos, ha tenido numerosas oportunidades de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional, así, declaraba en Sentencia²⁶ que:

La inmodificabilidad de las sentencias firmes y el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos integran el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. De forma que en el incidente de ejecución no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarda una directa e inmediata relación de causalidad, pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte al prescindirse del debate y la contradicción inherentes a todo litigio; sin que la interpretación del fallo por el Juez de la ejecución haya de ser estrictamente literal, sino infringiendo del fallo sus naturales consecuencias en armonía con el todo que constituye la sentencia, pero respetando en todo caso los límites de la pretensión en los que se realmente se produjo el debate, pues en otro caso se incidiría en la incongruencia con relevancia constitucional que se da cuando las resoluciones judiciales alteran de forma decisiva los términos en que se desarrolló la contienda.

Mas recientemente, en 1999, afirmaba el referido Tribunal²⁷ que:

El deber de observar el principio de inmodificabilidad de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, consecuencia de la garan-

²⁵ Entre otros, artículo 17.1 de la LOPJ «Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»; artículo 18 de la LOPJ «Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes»; artículo 267.1 de la LOPJ «Los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas...»; artículo 24 de la CE etc.

²⁶ STC núm. 152/1990 (Sala Primera) de 4 de octubre (RTC 1990/152).

²⁷ STC núm. 106/1999 (Sala Primera) de 14 de junio (RTC 1999/106).

tía procesal de la cosa juzgada material (SSTC 77/1983, 135/1994 y 80/1999, entre otras), ha sido reiteradamente considerado por la doctrina de este Tribunal como integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 39/1994 y 92/1998). Mientras el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo «en sus propios términos», es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que «actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley» (STC 119/1988, fundamento jurídico 3.º).

Y en el mismo sentido se pronunciaba en Sentencia²⁸ de fecha similar a la anterior núm. 108/1999, de 14 de junio, al declarar en su fundamento segundo que:

Esa intangibilidad o inmodificabilidad de las sentencias y demás resoluciones firmes, como contenido del art. 24.1 CE, garantiza a quienes han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales firmes no serán alteradas o modificadas fuera de los cauces legalmente previstos para ello, produciéndose en caso contrario la vulneración de tal derecho.

Nuestra jurisprudencia ha sido rigurosa en la preservación de esos cauces, como lo evidencia el que, además del rechazo de la nulidad de actuaciones (antes de la reforma de la LO 5/1997), se rechaza igualmente la posibilidad de modificaciones por la vía de aclaración de Sentencias (SSTC 67/1984, 119/1988, 16/1991, 380/1993, 208/1996, 180/1997 y 103/1998).

Continuando en su fundamento cuarto afirmando que:

Restablecida la eficacia de la sentencia, entra ya en juego el derecho del demandante a que esa sentencia sea ejecutada, cuya vulneración en este caso se ligaba a la vulneración del derecho a la intangibilidad de la sentencia, y al respecto cabe recordar que este Tribunal desde la STC 32/1982 ha venido reconociendo que la ejecución de las sentencias y de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC

²⁸ STC núm. 108/1999 (Sala segunda) de 14 de junio (RTC 1999/108).

32/1982, 26/1983, 33/1986, 125/1987, 167/1987, 34/1993, 194/1993, 247/1993 y 298/1994, entre otras muchas).

En la misma línea podríamos seguir citando diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional, y un largo rosario de citas de nuestro Tribunal Supremo pero estimamos que no resulta necesario para afirmar como axioma indiscutible que *una resolución judicial firme no debe ser alterada y no tiene más destino que la ejecución* cuando ésta sea requerida por la parte.

Y si la obligación de acatar las resoluciones firmes lo es *erga omnes*, ni que decir tiene que además de alcanzar a los Jueces y Tribunales, a éstos se les exige un comportamiento exquisito en tal sentido, porque no ejecutar una resolución judicial una vez instada por la parte, sería tanto como ignorarla y/o modificarla para lo que sería necesario un comportamiento arbitrario, y tal conducta está expresamente prohibida a los poderes públicos por el artículo 9.3 de la Constitución Española, y de todo un rosario de disposiciones de todo rango que desarrollan tal interdicción.

Así pues, ni se debe, ni jurídicamente se puede, admitir un debate procesal para modificar, cambiar, suspender, vaciar de contenido, etc. una resolución judicial firme, porque admitir tal debate sería participar en la conculcación violenta de derechos, principios y garantías constitucionalmente reconocidos, desarrollados y protegidos por legislación de normativa de diverso rango, y ampliamente asumidos por la doctrina de nuestros más altos Tribunales, conculcación, de la que sin lugar a duda alguna, se derivarían responsabilidades de todo orden.

Pues bien, tan cierto como todo lo anterior, lo es el hecho, repetido con más frecuencia de la deseable en determinados Juzgados, de que una vez firme la resolución judicial, generalmente por resolución dictada por la Ilustrísima Audiencia Provincial en recurso de apelación revocando la sentencia dictada en primera instancia, cuando la parte solicita la ejecución al juzgado, éste permite re-abrir el procedimiento de modo y manera, que el fondo de la cuestión vuelve a debatirse, entrándose en una situación procesal kafkiana, algo parecido a un círculo vicioso que sitúa a la parte favorecida, en la mayor de las desesperaciones²⁹ y en la más sangrante de las impotencias procesales.

²⁹ Puedo dar fe de la desesperación que produce alcanzar la firmeza de la tan deseada resolución favorable y al ir a ejecutarla encontrarse con que se inicia un nuevo procedimiento; he conocido una madre que está pagando con su salud el precio de tan grave injusticia y si bien se ha resuelto que debe ser indemnizada por la Administración, probablemente no tenga tiempo de *disfrutar* de su indemnización.

No se crea que nos enfrentamos a un supuesto de *laboratorio jurídico* para formular conjeturas e hipótesis de trabajo, lo que planteamos es una realidad tan cotidiana, al menos en el ámbito habitual de mi ejercicio profesional, en Sevilla, que ha llevado a la Ilustrísima Audiencia Provincial de Sevilla a dictar Autos como el de fecha 31 de octubre de 2002, en el que en su fundamento cuarto literalmente se dice:

En definitiva, no queda resquicio de duda acerca de que la resolución recurrida ha violado el Auto de esta Sala revocatorio de otro anterior del juzgado, al desobedecerlo, lo que implica una nueva revocación en los términos que se dirá; pero también de que ha existido una deliberada voluntad incumplidora por parte del órgano de primera instancia respecto de lo ordenado por esta Audiencia, lo que, dada la gravedad, los perjuicios que haya podido ocasionar a las partes y a la menor, y con independencia de cualquier otra responsabilidad en que el Juez haya podido incurrir y así se estime por las partes, procede que por este Tribunal se de cuenta de lo sucedido al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía así como al propio Consejo General del Poder Judicial para la depuración³⁰, si a ello hubiera lugar, de algún tipo de responsabilidad disciplinaria, deduciéndose a tales efectos testimonio suficiente de particulares.

Ni que decir tiene que el Auto citado era fruto, no de un incumplimiento puntual en un concreto procedimiento, sino de una reiterada práctica del juzgador de primera instancia de convertirse en la práctica en *instancia única e inapelable*, toda vez que sus resoluciones, con independencia del camino procesal que tomen y al Tribunal que lleguen, se terminan imponiendo por la vía de no ser ejecutadas las resoluciones revocatorias. Por supuesto ni se niega abiertamente la ejecución ni tal inactividad se plantea sin justificación alguna, sino que se acude al supremo interés del menor para re-abrir el debate sobre el fondo, es decir, volver a considerar lo que la segunda instancia determinó en atención al supremo interés del menor; por esta vía de hecho no sólo se niega la autoridad del tribunal superior, sino que se niega su competencia profesional y todo ello, usando un concepto jurídico indeterminado y acudiendo a la especialidad de la actuación del Juez que conlleva estos procedimientos cual es que su actuación, como supra ya indicáramos, se extiende en el tiempo a antes, durante y después del procedimiento.

Se cita el ejemplo de un concreto Juzgado por varios motivos, en primer lugar por no haber constituido una experiencia única, sino ser una actitud

³⁰ Hasta la fecha no se conoce depuración alguna; el Juez de Instancia a su vez puso en conocimiento del TSJA lo que estimaba eran presiones e intromisiones en su competencia.

que se ha plasmado en diferentes procedimientos y que ha llegado a provocar el escándalo entre los operadores jurídicos sevillanos; por no estar definitivamente resuelta, lo que presupone que en el futuro nos volveremos a encontrar con situaciones similares; y porque puede repetirse en otros Juzgados de cualquier demarcación toda vez que las causas de tal actitud no se pueden atribuir exclusivamente a las características personales de un concreto Juez sino que gran parte de ellas se derivan de las especialidades y corrupelas de los procedimientos donde intervienen menores.

Pero señalábamos otro derecho fundamental de los menores como habitualmente vulnerado, a saber, el derecho a un proceso sin dilaciones. Para definirlo tomamos prestadas, pero las hacemos nuestras, palabras del Tribunal Supremo³¹, que rezan como sigue:

La doctrina constitucional ha dicho con muy buen criterio y acierto que el artículo 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos y más bien consagra, como derecho fundamental de las personas, que sus litigios judiciales se resuelvan y decidan dentro de un plazo razonable. El derecho que dice el texto a un proceso sin dilaciones no es concepto precisado, sino que más bien conforma enunciado genérico que ha de concretarse en cada supuesto, partiendo de que no todo incumplimiento de la normativa procesal aplicable ocasiona automáticamente violación del derecho fundamental de referencia.

El concepto de plazo razonable, atendiendo a diversas pautas y criterios que se presentan como aptos y hay que referirlos, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional, a la complejidad del litigio, clase de proceso, orden jurisdiccional al que corresponde enjuiciar el asunto, así como al comportamiento de los órganos judiciales que deben de cumplir el mandato del artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (impulso procesal), sin que resulten ajenos los litigantes, por su deber de cooperación judicial y lealtad al proceso, que les veda utilizar medios y artificios fraudulentos para evitar el avance y progreso de las actuaciones.

Podríamos acudir a otras resoluciones³² si bien a los efectos de nuestra exposición la anterior es suficientemente ilustrativa del denominado

³¹ STS núm. 577/2000 (Sala de lo Civil) de 4 de junio (RJ 2000/4399).

³² Entre otras, la STC núm. 144/1995 de 3 de octubre que señala: *es conocida y reiterada la doctrina de este Tribunal que subraya que el mero incumplimiento de los plazos procesales no se identifica con la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues este derecho se limita a proteger en el ámbito constitucional, la facultad que asiste a las partes para exigir que los procedimientos se resuelvan en un «plazo razonable». Es éste un concepto jurídico indeterminado que, siguiendo la doctrina del TEDH [STC 24/1981], debe ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos de influencia notable en la*

derecho a un proceso sin dilaciones, que curiosamente vuelve a ser un concepto jurídico indeterminado –pobres menores– pero que en resumidas cuentas se trata de, considerando la complejidad del litigio y la jurisdicción donde se ventile, que la resolución del litigio se produzca en *un plazo razonable*.

¿Qué debemos entender por plazo razonable? Desde nuestro punto de vista para fijar la duración del plazo adecuado, habrá que hacerlo en consideración directa a la edad del menor; así, a inferior edad más corto deberá ser el plazo de duración del procedimiento y ello porque la medición del tiempo en relación a menores no podemos hacerla en términos absolutos sino que hay que acudir a los números relativos; porque para un niño de cuatro años de edad, dos años son el cincuenta por ciento de su vida y casi el cien por cien de sus recuerdos mientras que para un adulto de cuarenta años, un periodo de dos años sólo es el cinco por ciento de su vida y una escasa parte de sus recuerdos. Un plazo razonable para unos adultos en la resolución de un procedimiento contencioso de separación en el que se discuta por ambas partes hasta el último de los aspectos de su relación, puede ser dos años, pero si en ese procedimiento está incluido un menor de tres años de edad, por ejemplo, dos años sin ver a su padre puede ser una eternidad.

El derecho a un proceso sin dilaciones alcanza otra dimensión diferente cuando se ventilan cuestiones que afectan a menores, hasta el punto de que el simple paso del tiempo suele dejar vacías de contenido las resoluciones que ponen fin a este tipo de procedimientos, convirtiéndose el tiempo en *Juez Supremo*. Si hacemos un recorrido por un procedimiento de menores podremos fijar el tiempo medio de duración de estas causas; así, desde que la Administración tutelar de menores retira de su entorno al menor hasta que se dicta la resolución administrativa definitiva, podemos fijar unos tiempos medios de entre seis y doce meses. Desde que se anuncia la oposición a la medida hasta que recae resolución en primera instancia no transcurren menos de catorce a dieciocho meses (piénsese que sólo desde que se solicita el letrado de oficio hasta que éste tiene el primer contacto con su cliente no pasan menos de 40 días; que el expediente administrativo no tarda menos de

tramitación de los procedimientos, que deberán ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa en cada caso.

O la STC núm. 53/1997, de 17 de marzo: *En consecuencia, aunque el concepto de dilaciones indebidas no pueda ser identificado con el respeto a los plazos procesales parece claro que convertir uno de tres días, considerado suficiente al efecto por la Ley, en otro de once meses, resulta lisa y llanamente inaceptable, sin que esa tardanza, fuera o no explicable, deba ser soportada por el ciudadano, cuyo derecho a un proceso rápido resulta así vulnerado.*

tres meses en llegar al Juzgado y que si se solicita informe del gabinete psico-social quien suscribe le tiene cronometrados récord de hasta catorce meses desde que se proveyó hasta que se entregó el informe). Si nos planteamos una apelación acelerada, podemos fijar los tiempos entre seis y nueve meses. Así pues, podemos calcular sin caer en exageraciones, que este tipo de procedimientos no alcanzan resolución firme en menos de tres años desde la retirada del menor.

No hace falta hacer muchos números ni acudir a grandes razonamientos para afirmar que tres años en la vida de un menor de cinco o seis años es un plazo escasamente razonable para resolver sobre su custodia, un plazo dolorosamente injusto, innecesario y que no tiene más justificación que la insolidaridad vergonzante con el menor de todos los que formamos parte de ese tipo de procedimientos, y del interés –justificable o no– de la parte que tiene bajo custodia el menor en alargar el procedimiento en busca de convertir al tiempo en ese *Juez Supremo* que le termine dando, sino la razón, la ocasión de quedarse con el menor.

No hay que olvidar que las resoluciones hay que ejecutarlas, por lo que a los plazos indicados habría que añadir los relativos a la ejecución. Asimismo, hay que señalar que no hemos hecho referencia alguna a recursos ante el Tribunal Supremo o en solicitud de amparo, lo que evidentemente amplía los plazos³³, según los expedientes entre dos y cuatro años más. ¿Son estos plazos razonables? ¿Realmente se puede decir sin sonrojo que se vela por el interés del menor en un procedimiento que puede durar desde tres a seis años?

Por lo que respecta al derecho a la intimidad es difícil a la vista de los usos y costumbres sociales actuales limitar el contenido del término intimidad; resulta complejo, en una sociedad que se divierte viendo como se cuentan y desvelan las mayores intimidades en programas de máxima audiencia, que alimenta con altos beneficios económicos a aquellos que se prestan a describir las miserias propias y ajenas, saber donde termina esa zona reservada de una persona y comienza lo público, pero a pesar de ello, y en relación a los menores parece que no existe duda teórica alguna en la conveniencia de salvaguarda al menor de cualquier injerencia o intromisión contraria a su intereses.³⁴ Sin embargo, pese a la

³³ Recuérdese el mediático caso de la «Niña de Benamaurel» que recorrió todos los Tribunales posibles y que duró más de nueve años, o el de los niños Iván y Sara (Sevilla), que después de cuatro años de procedimiento el TC concedió amparo a los acogedores anulando lo actuado y retro trayendo el procedimiento hasta el momento de la personación en la primera instancia.

³⁴ Artículo 4.2 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

claridad de la norma resulta frecuente encontrar a menores presidiendo una manifestación en solicitud de una resolución judicial de determinado signo, o verlos aparecer con los ojos desfigurados en programas lacrimógenos de televisión reclamando una concreta custodia.

Curiosamente, quienes llevan al menor a los medios de comunicación, quienes utilizan su imagen pegando carteles por las farolas del pueblo o poniéndolo al frente de una manifestación, lo hacen en *interés del menor* al considerar que la presión mediática puede hacer mella sobre el juzgador, y lamentablemente hay que afirmar que, en la mayoría de las ocasiones, si la hace.

EL FIN

Si no se respetan los derechos del menor en los procedimientos donde se discuten cuestiones no ya que le afectan, sino que van a condicionar su futuro, si los plazos de las actuaciones son tan dilatados que vacían de contenido las resoluciones, si además hay resoluciones que no se ejecutan y si para presionar a Su Señoría se machaca la intimidad del menor ¿es posible que en este tipo de procesos se cumpla el mandato legal de atender, por encima y en contra de otros intereses legítimos, el supremo interés del menor?

Quizás deberíamos plantearnos si ciertamente consideramos al menor como sujeto de derechos y obligaciones o si seguimos tratando al niño como objeto del derecho de cualquiera de los adultos con los que se relaciona. Puede que parezca duro hablar en términos económicos pero el menor, en los tiempos que corren, es un *bien escaso* sobre el que existe una gran *demanda* frente a una insuficiente *oferta*, una demanda que se produce entre los sectores sociales más favorecidos, frente una oferta que se produce en los sectores sociales marginales –con semejante afirmación no quiero extraer conclusión alguna, simplemente señalar el dato–, pero puede que ello esté condicionando el desarrollo de muchos de los procesos en los que intervienen menores y busquemos, a través del supuesto interés del menor, la satisfacción de las pretensiones de los adultos, que si bien en ocasiones pueden coincidir, no deben ser el norte al que dirigir el proceso.

Quizás, entre todos, deberíamos hacer un esfuerzo para extraer el *interés del menor* del mundo de la abstracción jurídica, del mundo de los conceptos jurídicos indeterminados y tratar de fijar unas bases mínimas, fuera de las cuales no se admita como atendido dicho interés. Para ello, y con toda la modestia de quien se considera un jurista en fase de

aprendizaje, estimo que serían bases mínimas indispensables a garantizar en los procedimientos en relación a menores, las siguientes:

- Llamar al procedimiento a todo áquel que tenga una relación directa con el niño o tenga un interés cierto en su bienestar y desarrollo integral; nada se pierde con escuchar y contemplar las diferentes alternativas; pudiendo escoger entre más opciones, las posibilidades de acertar se amplían. No se trata sólo de reconocer la legitimación de aquellos allegados que acudan al procedimiento, sino de llamar de oficio a todo áquel que esté relacionado con el niño.

- Garantizar la defensa eficaz de los llamados al procedimiento; la designación de un abogado de oficio no es suficiente para evitar la indefensión, sería recomendable que amén de existir listas específicas de letrados especializados en la materia, que se faciliten los medios para la obtención de periciales imparciales a través de listas de oficio de los diferentes colegios profesionales (psicólogos, trabajadores sociales...) o soluciones similares. Los familiares biológicos, por lo general, se enfrentan con nulos medios a los acogedores y guardadores que suelen contar con suficientes recursos, y a la Administración que cuenta, amén de con recursos casi ilimitados, con peritos propios que además elaboraron el expediente administrativo y, dicho sea en términos no ofensivos, *pre-constituyeron la prueba* pensando en el procedimiento judicial.

- Obligatoriamente –previas las modificaciones normativas necesarias– que la autoridad judicial revise de oficio cualquier medida administrativa concerniente a menores que resuelva la extracción de éstos del núcleo que se encuentren y su incorporación a un centro público o familia de acogida. No se puede dejar algo tan grave cual es la retirada de un menor a la iniciativa de la parte para la correspondiente revisión jurisdiccional. El analfabetismo entre las familias a las que se les retira los menores en unos casos, la situación de internas en centros penitenciarios de la madres, en otros, o la carencia de permisos administrativos para residir en España, provocan en muchos casos una tardía oposición a la medida administrativa que termina volviéndose contra los padres, y en muchos casos, contra los propios menores.

- Respetar los derechos de los menores es básico para que el resultado del proceso en el que se halle incurso un menor pueda ser justo. Y si bien no excluimos derecho alguno, queremos resaltar los comúnmente más violentados, así:

- Derecho a un proceso sin dilaciones, a un proceso que se celebre en un plazo razonable, plazo que estimamos no debería superar nunca, desde la extracción del menor de su medio hasta la ejecución de la reso-

lución que ponga fin al procedimiento, más de dieciocho meses en el peor de los casos.

– Derecho a ser oído, en el sentido de escuchado y atendido, aún siendo conscientes de que no se trata de darle el capricho al menor. Conocer las inquietudes del menor, su opinión, sus sentimientos, temores y anhelos ayudará a interpretar con mayor justeza el interés del mismo. En cualquier caso hay que señalar como una evidencia, que si bien los jóvenes tardan cada vez más en madurar, frente a ello los niños actuales maduran con velocidad de vértigo.

– Derecho a que las resoluciones judiciales, una vez firmes, sean ejecutadas. Parece una perogrullada pero como ya dijimos estamos habituados a que estos procedimientos se comporten cual tapiz de Penélope y que sea finalmente la mayoría de edad del menor la que ponga fin al expediente.

– Derecho a educarse y desarrollarse en el seno de su propia familia, en el calor y amor de sus padres. Ciertamente es que, en la mayoría de las ocasiones, cuando la administración tutelar acude a la retirada de los menores es porque éstos no tienen garantizada ni su educación ni su desarrollo en el hogar del que se les extrae, pero igual de cierto que lo anterior es que ello ocurre, entre otras razones, porque los servicios sociales incumplieron su obligación de tutelar a los menores en el seno de su hogar. Afirmamos como más acorde al interés del menor la actuación *preventiva* que la *curativa*, si bien somos conscientes que la segunda, en términos *contables*, es más barata que la primera, en términos sociales el tiempo nos dará los datos, pero anticipo que lo pagaremos caro.

– Derecho al mantenimiento de las relaciones con su familia de origen mientras dure el procedimiento. El criterio, extendido en la actualidad, de impedir las relaciones del menor con los adultos a los que se le niega su custodia, no viene sino a dificultar la ejecución de la resolución en caso que se determine devolver la custodia al adulto con el que se cortó la relación.

Como las buenas intenciones no suelen ser suficientes para el arreglo de los problemas, debería replantearse la normativa procesal y diseñarse un procedimiento específicamente pensado en la salvaguarda del interés de los menores; un procedimiento con plazos muy tasados donde el incumplimiento de éstos no favorezca a la parte incumplidora, un procedimiento donde la rigidez de los juzgados no se convierta en pesada carga para el niño. Pienso en un tipo de expediente donde, al igual que en las *causas con preso*, todos los operadores jurídicos que intervengamos tengamos conciencia de la urgencia del procedimiento por los altos

valores que en el se ventilan; estoy proponiendo, en resumidas cuentas, un tipo de procedimiento donde el menor sea el centro y auténtico protagonista.

Se nos queda en el tintero contemplar otros intervinientes en este tipo de procedimientos y la incidencia de los mismos, tales como las asociaciones sin ánimo de lucro (el ánimo se refiere a la asociación no a su miembros ni a sus trabajadores) que conciertan servicios varios con la administración tutelar que cada día gusta mas de privatizar sus funciones, así, asociaciones cuyos fines van desde la atención de los centros de protección, hasta las dedicadas a intermediar en el acogimiento o la adopción, hasta las que se declaran para la protección de la infancia, pero realmente, y nunca mejor dicho, eso es otra película.