



# LOS DERECHOS DE LA INFANCIA



Defensora  
del Pueblo  
Ararteko  
Navarra • Nafarroa



Universidad de Navarra





# LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

*Título:* Informe especial: "Los Derechos de la Infancia

*Edita:* Institución de la Defensora del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra

© Noviembre de 2004

*Diseño y maquetación:* Carlos Fernández Prego

*Imprime:*

*Depósito Legal:*

Colaboraciones: - Javier Nanclares, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra  
- Carmen Alegría, Servicio de Archivo, Biblioteca y Documentación del Parlamento de Navarra

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>9</b>
<b>2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, A LA LUZ DEL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>13</b>
<b>3. CATÁLOGO DE LOS DERECHOS DEL MENOR</b> .....	<b>19</b>
<b>4. REFERENCIAS NORMATIVAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA</b> .....	<b>23</b>
4.1. Referencias normativas .....	23
4.1.1. Catálogo de Derechos de los menores de edad .....	24
4.1.1.1. Precisiones conceptuales .....	24
4.1.2. Derechos de los menores de edad .....	25
4.1.2.1. Derecho a la vida .....	25
4.1.2.2. Derecho a la integridad física y moral .....	27
El menor como víctima de delitos .....	27
El menor como autor de delitos .....	28
4.1.2.3. Derecho a una identidad y estado civil .....	30
Derecho al estado civil .....	31
En especial, el derecho a conocer el propio origen .....	32
4.1.2.4. Derecho a ser cuidado por los padres .....	37
4.1.2.5. Derecho a ser oído .....	38
4.1.2.6. Libertad de expresión e información .....	41
4.1.2.7. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión .....	45
4.1.2.8. Derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. ....	47
4.1.2.9. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen .....	49
4.1.2.10. Derecho a avanzar en el desarrollo integral de su personalidad .....	50
A) Derecho a la educación .....	51
B) Derecho a la salud .....	54
C) Derecho al ocio .....	56
4.2. Instituciones jurídicas que permiten la protección de los menores de edad .....	59
4.2.1. En el Derecho Común (Código Civil) .....	59
4.2.1.1. La patria potestad .....	59
Concepto .....	59
Principios configuradores de la patria potestad .....	60
Titularidad y ejercicio de la patria potestad .....	60
Contenido personal de la patria potestad .....	61
Contenido patrimonial de la patria potestad .....	63
Extinción de la patria potestad .....	64
Privación y recuperación de la patria potestad .....	65

4.2.1.2. Otras instituciones de protección del menor	.65
4.2.1.2.1. La tutela de los menores de edad	.66
Concepto y fundamento	.66
Nombramiento del tutor	.67
Funciones y obligaciones del tutor	.67
Remoción del tutor	.68
Extinción de la tutela	.69
4.2.1.2.2. La curatela de los menores de edad	.70
Concepto	.70
4.2.1.2.3. El defensor judicial de los menores de edad	.71
Concepto y supuestos en que procede	.71
Régimen jurídico	.72
4.2.1.2.4. La guarda de hecho de los menores de edad	.72
4.2.1.2.5. La guarda administrativa de menores	.73
Presupuesto: la situación de desamparo	.73
Consecuencias del desamparo:	
el acogimiento de menores	.73
Acogimiento familiar: clases y régimen jurídico	.74
Acogimiento residencial	.75
4.2.1.3. La adopción	.75
Principios fundamentales	.75
Quiénes pueden adoptar	.76
Quiénes pueden ser adoptados	.77
El procedimiento adoptivo	.77
Consentimientos, asentimientos y audiencias	.78
La decisión judicial	.79
Efectos de la adopción	.79
Adopción internacional	.80
4.2.2. En el Derecho Civil de Navarra (Fuero Nuevo de Navarra)	.82
4.2.2.1. Introducción: la gradación de la capacidad en el Derecho navarro	.82
4.2.2.2. Patria potestad	.86
Fundamento	.86
Titularidad y ejercicio	.87
Contenido	.88
Extinción de la patria potestad	.91
Privación	.92
Prórroga	.92
4.2.2.3. La adopción en el Derecho navarro	.93
Normativa aplicable	.93
Quiénes pueden adoptar	.93
Quiénes pueden ser adoptados	.94
Procedimiento	.95
Efectos de la adopción	.96

## **5. ACTUACIONES DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO DE NAVARRA DESTINADAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA . . . . .99**

5.1. Resolución de la Defensora del Pueblo de Navarra en materia de Protección a los Menores en procesos sobre malos tratos y/o abusos sexuales.	.99
--	-----

5.1.1. Introducción	99
5.1.2. Definición y tipología de los malos tratos infantiles	101
5.1.3. Objetivos	103
5.1.4. El maltrato a menores	103
5.1.5. Referencia a los tipos penales	104
5.1.5.1. Delitos de naturaleza sexual	106
5.1.5.2. Delito de maltrato del artículo 153	108
5.1.6. Sobre la prevención del maltrato institucional	108
5.1.7. Intervención	110
5.1.7.1. Casos en situación de riesgo	110
5.1.7.2. Posibles factores de riesgo	110
5.1.7.3. Casos de sospecha de abuso y/o malos tratos	113
5.1.8. Aspectos esenciales del procedimiento	114
5.1.8.1 Criterio de intervención inmediata del juez y del Ministerio Fiscal	114
5.1.8.2. Denuncia: inmediatez	115
5.1.8.3. Medidas cautelares en defensa del menor.	116
5.1.8.4. Aspectos esenciales sobre la práctica de la prueba.	117
5.1.9. Necesidad de un protocolo de actuación en materia de abusos a menores	121
5.1.10. Referencias	122
5.2. Actuaciones del Gobierno de Navarra sobre protección de los Derechos de la Infancia en procesos sobre malos tratos y/o abusos sexuales, como respuesta a la propuesta de la Defensora del Pueblo de Navarra.	123
5.2.1. Contestación del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior	123
5.2.2. Contestación del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud	124
5.3. Propuesta de la Defensora del Pueblo de Navarra sobre elaboración de una Ley Foral del Menor. Documento presentado al Parlamento de Navarra.	129
5.3.1. Introducción	129
5.3.2. Principios generales	130
5.4. La actuación del Gobierno de Navarra sobre la propuesta de elaboración de una Ley Foral del Menor.	135
<b>6. ACCIONES PREVISTAS POR EL GOBIERNO DE NAVARRA EN MATERIA DE INFANCIA: "PLAN DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN DIFICULTAD SOCIAL EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA"</b>	<b>139</b>
6.1. Dotación económica	143
<b>7. EL MENOR EN EL PARLAMENTO DE NAVARRA</b>	<b>145</b>
<b>8. REFERENCIAS LEGALES EN TORNO A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA</b>	<b>157</b>



# 1. INTRODUCCIÓN

## **Infancia:**

### **Una impresionante soledad, un futuro a engrandecer**

Sigue vivo el destello de esas 35 miradas que pudimos conocer en la exposición “La Ley de los Niños”. Habían pasado pocos días desde que se anunciase el arranque final de un proyecto de ley foral sobre el menor, de que se hiciera propio por el Gobierno foral el borrador que circuló con anterioridad para poder hacer observaciones<sup>1</sup>. Con seguridad, la realidad que une ambos hechos es más importante que las circunstancias que suele unir la coincidencia. Los derechos de los niños y niñas son esa vieja asignatura sobre la que siempre se abunda y siempre de forma insuficiente, como una cuerda cuyo trenzado no tiene fin previsto, porque se trabaja a ritmo lento o a ratos libres. Porque es cierto que los derechos de la infancia pertenecen al mundo de los que se ha entendido que “no son” como sujeto de derecho.

La Convención de Ginebra sobre los Derechos de los Niños puso en pie hace 25 años ya la planta de un edificio a construir y marcó las líneas sobre las que debía crecer la ingente obra de integrar al menor en el mundo de los derechos para, después, arrancar palmo a palmo la realidad de su aplicación. Hoy, cuando el siglo XXI va a entrar en su quinto año, la Convención de Ginebra forma parte de la normativa adulta –asentada y aceptada- del mundo desarrollado e incluso aceptada por países en los que otros derechos o son negados o, simplemente, ignorados. Constituye un gran monumento normativo, el mejor posible, el faro más deslumbrante para poder navegar en el desarrollo de esos derechos y, cada día, la realidad misma de la infancia en el mundo alienta esa luz sobre las alas rotas de los niños de la guerra, de la pobreza, del trabajo esclavo, esas alas rotas que dice la ONG “Save the Children”.

---

1. Al cierre de la edición de este libro, el citado borrador de anteproyecto ya había sido remitido al Consejo de Navarra para su valoración, según información facilitada a esta Institución por el Departamento de Bienestar Social, Juventud y Deporte.

El mismo faro que ilumina espacios más cercanos, esa dimensión que Juan Ramón Jiménez describió como conjunto de perfiles íntimos, donde las convicciones crecen y la civilización se asienta, y los de la pertenencia, los que hemos elegido como propios, porque con ellos nos definimos como ciudadanos y ciudadanas, los hicimos nuestros y por ellos nos empeñamos.

En estos años de existencia de la Institución del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral únicamente hemos pretendido hacer de tamiz, que no de filtro, de la sensibilidad de la ciudadanía navarra sobre el menor; agrupar en un solo sentimiento común la inquietud por los derechos del menor, por su desarrollo y por su aplicación como paraguas protector contra los derechos lesionados y no conocidos, sobre los que tenemos mucho más que intuiciones, que son realidad que no se pretende magnificar y nunca ignorar. Apostar porque, en todo lo que afecta a los menores, desde los aspectos más cotidianos como su educación y sus otros derechos básicos, no se haga realidad el refrán añejo de que las cosas de palacio van despacio; incorporar, en fin, el desarrollo y vigilia sobre los derechos de los más indefensos a la ocupación preferente de las Administraciones Públicas, sabiendo que hablamos de poderes públicos.

Las miradas de la infancia de las que hablaba anteriormente provienen de un tercer mundo que nos estremece por su situación, que no por su potencial; por la crónica de la desgracia permanente que constituye el fondo para todas las vidas de ese cuadro; pero, sobre todo, nos estremece por su proximidad, por la cercanía. Porque somos vecinos a un pie de distancia del trabajo infantil, antepone la urgencia de la escolarización adecuada de todas las culturas que se afincan en nuestro mismo piso; porque todos los factores que hacen del SIDA una plaga infantil, urgimos la normalización de los servicios de pediatría sobre los que los ciudadanos se quejan en ocasiones; porque una tiza es una riqueza inesperada, recabamos de esos poderes públicos que nos representan una Ley navarra para los menores navarros, cercana a nuestras necesidades, en el afán de que se consolide lo que ya hemos avanzado desde aquella Convención de Ginebra.

Por una vez, esta edición pretende ser una piedra, la del Defensor del Pueblo de Navarra, en ese edificio que vamos construyendo desde la satisfacción del bienestar bien vivido y mejor entendido cuando le ponemos el calificativo de bienestar solidario.

En esa intención adquiere especial importancia el capítulo destinado a analizar los derechos de los niños y niñas recogidos por la Convención de Ginebra, a la luz de la normativa constitucional española. Una actualización, sin modificar un ápice del valor de cada uno de los artículos y derechos recogidos por la Convención, pero que puede facilitar una mejor "visión" general de los mismos

y su difusión y comprensión en el conjunto de la sociedad. Es ese mismo cuarto de siglo

Como en otras ocasiones, en otros trabajos de esta Institución, el nexo de este trabajo es el de la colaboración. A ella ha acudido la Universidad de Navarra con su visión normativa sobre los derechos de la infancia en España y Navarra; las propuestas de protocolo para la defensa de los menores víctimas de maltrato y/o abusos sexuales y de una Ley Foral del Menor; la ONG “Save the Children” con sus aportaciones sobre la formación de los agentes responsables de cuidar de los menores en cualquier caso de abuso; y, asimismo, el Gobierno foral con su propuesta de ley, y el Parlamento de Navarra, el otro faro, el más cercano, para la referencia de cuantos derechos presentes y futuros nos afectan a mayores y menores de Navarra.

**María Jesús Aranda Lasheras**

*Defensora del Pueblo de Navarra*



## 2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, A LA LUZ DEL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 16 de la Declaración de Derechos francesa de 1789 proclamó taxativamente que *“toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada y la división de poderes determinada carece de constitución”*.

Comenzaría así a identificarse, por primera vez, el concepto de Constitución como Carta formalizada con un específico contenido garantista que daría lugar al concepto material de Constitución, por lo cual no puede calificarse de Constitución cualquier documento que configure la estructura jurídico-política de un Estado sino el que lo realiza en desarrollo de determinados principios inspiradores, respondiendo a una serie de garantías esenciales, entre las que ocupan, sin duda, un lugar destacado el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.

El movimiento constitucionalista, surgido tras la segunda guerra mundial, posibilitó la consolidación de estas ideas, de modo que la generalidad de las Constituciones contemporáneas incorporarían a su texto, junto a la parte tradicionalmente denominada orgánica, la proclamación de los derechos y libertades de los ciudadanos, perfilándose su contenido esencial y los mecanismos encaminados a garantizar su respeto y protección, como componente esencial de su parte dogmática.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 regula así, de un lado, los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir, aquellos derechos esenciales o inherentes a la personalidad, que, lejos de tener su origen en un acto de concesión por parte de los poderes públicos, éstos deben reconocer y garantizar; y, de otro lado, un conjunto de libertades públicas, que entrañan el reconocimiento de determinados ámbitos o esferas de actuación de los ciudadanos inmunes a cualquier injerencia estatal.

Pero la Constitución no sólo proclama y reconoce los derechos y libertades de los ciudadanos, delimitando su contenido esencial, sino que también regula con precisión las distintas garantías normativas, institucionales y judiciales encaminadas a asegurar su protección.

Desde esta perspectiva de las garantías, puede diferenciarse entre **derechos de protección máxima o reforzada** (Sección 1ª del Capítulo II del Título I), en cuanto que gozan de la eficacia directa que proclama el artículo 53.1 CE, su modificación normativa sólo puede tener lugar por el procedimiento reforzado del artículo 168.1 CE, y su desarrollo normativo sólo puede efectuarse por una norma con rango de Ley Orgánica, y son susceptibles de protección preferente y sumaria ante los Tribunales de Justicia y de amparo constitucional; **derechos de protección ordinaria** (Sección 2ª del Capítulo II del Título I) respecto de los que también es predicable la eficacia directa que establece el artículo 53.1 CE, pudiendo, por tanto, ser invocados ante los Tribunales de Justicia sin la necesidad de una ley previa que los desarrolle, y pudiendo éstos resolver la cuestión planteada fundándose inmediatamente en el precepto constitucional que los reconozca, y cuyo desarrollo normativo debe realizarse por una norma con rango de Ley y correspondiendo al Tribunal Constitucional controlar si la misma respeta el contenido esencial constitucionalmente declarado del derecho en cuestión; y, finalmente, **los derechos denominados de protección limitada** (Capítulo III del Título I) que carecen de la eficacia directa predicable de los anteriores, si bien los preceptos constitucionales que los reconocen gozan de una indiscutible fuerza normativa y no meramente programática, de modo que el reconocimiento, el respeto y la protección de tales derechos debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y el Tribunal Constitucional, fundándose en los preceptos constitucionales que los reconocen, puede declarar la inconstitucionalidad de la norma que los desconozca o vulnere.

Parece oportuno recordar aquí este nuevo orden constitucional de protección de los derechos fundamentales de la persona para subrayar la idea de que tales derechos y tal orden de protección son predicables respecto de toda persona, de todo sujeto de derecho, independientemente de cuál sea su edad y situación.

Las restricciones a la capacidad de obrar del menor que regula nuestro ordenamiento, las peculiaridades de ejercicio que presentan algunos de los derechos fundamentales en atención al grado de discernimiento, desarrollo y madurez de la personalidad en determinados tramos de edad y la previsión legal de diversas medidas e instituciones de representación, defensa y protección de los menores nos llevan, en ocasiones, a “olvidar” que el menor es titular de todos los derechos constitucionalmente reconocidos, derechos exigibles, de acuerdo con el orden constitucional de protección anteriormente expuesto.

Así puede realizarse una exposición de los Derechos del Menor (reconocidos principalmente en la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que serán objeto de posterior desarrollo) diferenciando, de acuerdo con el orden conceptual y de protección implícitamente recogido en nuestro texto constitucional, entre los “**derechos individuales inherentes a la personali-**

dad” y los que podríamos denominar “**derechos individuales de proyección social**”, es decir, los derechos reconocidos al individuo en cuanto sujeto que vive en colectividad.

*Los primeros, **los derechos de la personalidad**, según el ámbito de ésta a que se refieran, pueden a su vez subdividirse en: **derechos de la persona física y derechos de contenido intelectual.***

**Los derechos individuales de proyección social** han de ser contemplados desde tres ámbitos distintos: el familiar, el escolar y el social propiamente dicho, sin perjuicio de la aplicación y proyección que tienen cada uno de los derechos individuales anteriormente señalados en los distintos ámbitos en que se desenvuelve el menor.

## **2.1. Derechos de la personalidad:**

### **2.1.1. Son derechos de la persona física:**

- **El derecho a la vida**, garantizándose, en la medida de lo posible, la supervivencia del menor, sin que, en ningún caso, pueda serle impuesta la penal capital.
- **El derecho a la integridad física**, quedando prohibida cualquier forma de tortura o trato inhumano o degradante.
- **El derecho a la libertad y a la seguridad.** Ningún menor puede ser privado ilegal o arbitrariamente de su libertad. Estos derechos sólo pueden ser objeto de limitaciones o restricciones de acuerdo con los principios informadores del Derecho Penal de Menores. Se prohíbe, además, expresamente cualquier modalidad de traslado y retención ilícitos, así como toda forma de secuestro, venta de niños y utilización de menores en la práctica de la mendicidad.

### **2.1.2. Derechos de contenido intelectual:**

- **Derecho a la integridad moral**, a ser tratado con el respeto que merece la dignidad inherente a toda persona, y a la protección contra el maltrato psíquico.
- **Derecho al honor y a la intimidad**, sin que, en ningún caso, puedan admitirse injerencias arbitrarias o ilegales en el ámbito de protección de tales derechos.

- **Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.**
- **Derecho a expresar su opinión** y, en concreto, a manifestar su parecer en las cuestiones que les afecten, de modo que sus opiniones puedan ser tenidas en cuenta.
- **Derecho a la libertad de información.** Los poderes públicos velarán porque los medios de comunicación promuevan el bienestar infantil y procuren, en particular, que la información que tenga por destinatario al menor promueva el respeto a los valores constitucionales.
- **Derecho a la educación**, al pleno desarrollo de su personalidad en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y a los principios democráticos de convivencia. Se garantizará que la enseñanza básica sea obligatoria y de carácter gratuito.
- **Derecho al ocio y tiempo libre.** El menor tiene derecho al juego y al esparcimiento, a las actividades recreativas propias de su edad y a participar en la vida cultural y artística.
- **Derecho a la libertad sexual**, entendida ésta en su sentido más propio de manifestación o expresión de la libertad individual, que comprende tanto el proceso de libre formación de la voluntad interna como la libre ejecución de los actos en que aquella voluntad se manifiesta, lo que en consecuencia conlleva la protección diferenciada frente a los actos realizados sin violencia pero sin el consentimiento del menor, como los abusos, y frente a las agresiones sexuales. Todo ello, sin perjuicio de la especial protección penal que merecen las conductas relativas a la prostitución de menores y a la utilización de menores en espectáculos o materiales pornográficos.

Se garantiza además la **indemnidad sexual** del menor en aquellos tramos de edad en los que el legislador presupone la ausencia del consentimiento del menor, por carecer éste de las facultades intelectivas y volitivas mínimas, necesarias en la libre formación del consentimiento.

## 2.2. Derechos individuales de proyección social:

### 2.2.1. En el ámbito familiar:

- **Derecho a conocer su identidad biológica.**

- **Derecho al nombre y apellidos.**
- **Derecho a permanecer unido a su familia**, a quien se atribuye la responsabilidad principal en el cuidado y desarrollo del menor
- **Derecho a la reunificación familiar** de los menores cuyos padres residan en un Estado diferente.

### 2.2.2. En el ámbito escolar:

Contemplado ahora el niño/a en el ámbito escolar, no sólo como sujeto del derecho a la educación sino como objeto de educación, ésta debe tener unos contenidos encaminados a garantizar sus derechos y libertades fundamentales:

- **Derecho al desarrollo de sus aptitudes y capacidades físicas y mentales,**
- **Derecho a ser educado en el respeto a los principios constitucionales y a los derechos de los demás,**
- **Derecho a adquirir un conocimiento de su propia cultura e identidad cultural** y de otras civilizaciones distintas que le permitan vivir con espíritu de comprensión, paz y tolerancia en una sociedad plural.

### 2.2.3. En el ámbito social, en general:

- **Derecho a la nacionalidad**
- **Derecho a la protección por los poderes públicos y a la asistencia social** en defecto o por imposibilidad de los padres o tutores de asumir las funciones tuitivas del menor que tienen encomendadas.
- **Derecho a la igualdad y a la no discriminación.**
- **Derecho a la diferencia**, al respeto a la identidad cultural y a la discriminación positiva, compensatoria de desigualdades, de los menores con deficiencias físicas, psíquicas, sensoriales o en situaciones socioculturales desfavorecidas.
- **Derecho a la salud.**

- **Derecho a la protección social**, a ser beneficiario de prestaciones sociales, a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer la educación y el desarrollo del menor. En todas las medidas adoptadas por los poderes o entidades públicos concernientes a los menores se considerará primordial la protección del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo digno igualmente de protección.
- **Derecho de reunión**
- **Derecho de asociación**
- **Derecho a la rehabilitación y a la reinserción** social de los menores víctimas de abusos, abandonos, o cualquier otra forma de maltrato o explotación.
- **Derecho a un tratamiento penal adecuado a la edad del menor**, en el marco de un Derecho Penal de Menores, que responda a razones de prevención especial y basado, frente al Derecho Penal de los adultos, en el principio fundamental de que *“al menor todavía se le puede educar.”*

## 3. UN NUEVO CATÁLOGO DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

### 3.1. Derechos de la personalidad:

#### 3.1.1. Derechos de la persona física:

- **El derecho a la vida**, garantizándose, en la medida de lo posible, la supervivencia del menor, sin que pueda serle impuesta, en ningún caso, la penal capital.
- **El derecho a la integridad física**, quedando prohibida cualquier forma de tortura o trato inhumano o degradante.
- **El derecho a la libertad y a la seguridad**. Ningún menor puede ser privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.

#### 3.1.2. Derechos de contenido intelectual:

- **El derecho a la integridad moral**, a ser tratado con el respeto que merece la dignidad inherente a toda persona, y a la protección contra el maltrato psíquico.
- **El derecho al honor y a la intimidad**
- **El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.**
- **El derecho a expresar su opinión y que sea tenida en cuenta**
- **El derecho a la libertad de información.**
- **El derecho a la educación** y a que la enseñanza básica sea obligatoria y de carácter gratuito.
- **El derecho al ocio y tiempo libre.**

- **El derecho a la libertad sexual**, como manifestación o expresión de la libertad individual y, en consecuencia, la protección diferenciada frente los abusos y agresiones sexuales.

## **3.2. Derechos individuales de proyección social**

### **3.2.1. Derechos en el ámbito familiar:**

- **El derecho a conocer su identidad biológica.**
- **El derecho al nombre y apellidos.**
- **El derecho a permanecer unido a su familia**, a quien se atribuye la responsabilidad principal en el cuidado y desarrollo del menor.
- **El derecho a la reunificación familiar de los menores** cuyos padres residan en un Estado diferente.

### **3.2.2. Derechos en el ámbito escolar:**

- **El derecho al desarrollo de sus aptitudes y capacidades físicas y mentales,**
- **El derecho a ser educado en el respeto a los derechos de los demás y a los principios constitucionales**
- **El derecho a adquirir el conocimiento de su propia cultura e identidad cultural y de otras civilizaciones distintas** que le permitan vivir con espíritu de comprensión, paz y tolerancia en una sociedad plural.

### **3.2.3. Derechos en el ámbito social, en general:**

- **El derecho a la nacionalidad**
- **El derecho a la protección por los poderes públicos y a la asistencia social** en defecto o por imposibilidad de los padres o tutores

- **El derecho a la igualdad y a la no discriminación.**
- **El derecho a la diferencia**, al respeto a la identidad cultural
- **El derecho a la discriminación positiva, compensatoria de desigualdades, de los menores con deficiencias físicas, psíquicas, sensoriales, o en situaciones socioculturales desfavorecidas.**
- **El derecho a la salud.**
- **El derecho a la protección social,**
- **El derecho a estar protegido contra la explotación económica** y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer la educación y el desarrollo del menor
- **El derecho de reunión**
- **El derecho de asociación**
- **El derecho a la rehabilitación y a la reinserción social** de los menores víctimas de abusos, abandonos, o cualquier otra forma de maltrato o explotación.
- **El derecho a un tratamiento penal adecuado a la edad del menor**



## 4. REFERENCIAS NORMATIVAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

### 4.1. Referencias normativas

En los últimos años han sido varias las Comunidades Autónomas que han aprobado normas en materia de protección de menores. Baste con citar, a título de ejemplo, la Ley 1/1998, de 20 abril de Andalucía sobre Derechos y atención de menores, o la Ley 14/2002, de 25 de julio, sobre Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León.

Leyes cuyo principal interés radica no tanto en la determinación de cuáles son los derechos de los menores, sino en la concreción de medidas para lograr la efectividad de esos derechos y en la determinación de los organismos públicos encargados de velar por su pleno respeto y efectividad.

En estas coordenadas se mueve el ante-proyecto de ley foral del Gobierno de Navarra de Protección jurídica del menor. La inclusión en el mismo de un capítulo dedicado a la catalogación de los derechos del menor está abocado a carecer de la debida originalidad, pues estos derechos no pueden ser otros que los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre de 1989 y los previstos para toda persona por la Constitución española de 1978.

Los menores de edad son personas y, en cuanto tales, les corresponden unos derechos fundamentales y libertas públicas como el resto de personas. Derechos que desde el punto de vista de la titularidad (no así a la hora de su ejercicio), son los mismos derechos que amparan a los mayores de edad: vida, integridad física, libertad de expresión, educación, protección de la salud, etc.

Cuestión distinta es que la peculiar posición de debilidad que se atribuye a los menores de edad genere ciertas especificidades en la protección de alguno de sus derechos: v.gr. derecho a la integridad moral, que ha de ser protegido frente a una programación televisiva violenta, sexista o pornográfica; v.gr. derecho al ocio, pero restricciones en el acceso a bingos o salones públicos; v.gr. derecho a la salud, y correlativamente restricción de la venta de tabaco en los lugares de esparcimiento de menores.

Son estos precisamente los aspectos que resultan de más interés en una ley de protección de menores y, por tanto, los que merece la pena estudiar. Es más, un breve repaso a la legislación nacional y también foral pone de manifiesto que son muchas las normas en las que se contienen previsiones tuitivas específicamente destinadas a los menores de edad.

Una ley foral sobre protección de menores podría servir para aglutinar en un solo texto esa normativa dispersa o, al menos, para dar fundamentación foral a normas emanadas del Parlamento y Gobierno de Navarra que se inspiran en el sentido común y en una protección de menores que, hasta la fecha, encuentra como norma de referencia una nacional: la Ley Orgánica 1/1.996, de Protección Jurídica del Menor.

Por otro lado, aunque en íntima relación con lo anterior y con el siempre recurrente derecho al libre desarrollo de la personalidad de toda persona física, el examen de la capacidad de obrar del menor nos lleva a distinguir ciertas fases dentro de la minoría de edad y al mismo tiempo a resaltar la existencia de instituciones jurídicas que sirven para materializar esa protección del menor, unas veces supliendo a éste en defensa de sus intereses (patria potestad, tutela) y otras complementándolo cuando actúa en el tráfico jurídico (curatela del emancipado).

Son éstos los dos grandes bloques en los que se divide el contenido de este capítulo.

#### **4.1.1. Catálogo de Derechos de los menores de edad**

##### **4.1.1.1. Precisiones conceptuales.**

La normativa contenida en esta publicación va referida a los niños, entendiéndose por tal a tenor del art. 1 Convención de Derechos del Niño *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”* (v.gr. en España, por ejemplo, a efectos exclusivamente civiles adquieren la mayoría de edad los menores de 18 años de vecindad civil aragonesa que contraen matrimonio: art. 4 Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón, en su redacción actual).

Sin embargo, la instalación en el subconsciente colectivo de una identificación entre el concepto niño y el período vital correspondiente a la infancia aconseja utilizar el término **menores** para referirse a los destinatarios de la protección que se examina en este momento y que se erige en deber de los poderes públi-

cos por mandato constitucional (art. 39.2 CE). Lo cual se ve corroborado por las distintas facultades de obrar que se reconocen a los menores en función de sus respectivas edades.

Así las cosas, el marco tuitivo del menor es uno pero no inflexible, admitiendo modulaciones en la capacidad de obrar de los menores que, a la postre, sirven para diversificar el grado de intensidad en el ejercicio de los derechos que se les atribuyen (v.gr. facultad de tomar decisiones – facultad de contratar por sí mismos).

En todo caso, a tenor del enunciado del art. 4 Convención Derechos del Niño 1989, los derechos reconocidos al menor habrán de aplicarse bajo el estricto respeto del principio de igualdad, como dispone el artículo 2 de la Convención: *“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.*

Derechos cuya protección exigirá además una actividad positiva por parte de *“las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”*, cuya actuación habrá de inspirarse necesariamente en el *“interés superior del niño”* y tendrá que orientar a proporcionar al menor el mayor grado de bienestar posible.

## **4.1.2. Derechos de los menores de edad.**

### **4.1.2.1. Derecho a la vida**

#### **Normativa nacional:**

Derecho recogido en el art. 15 CE a cuyo tenor *“todos tienen derecho a la vida...”*; así como en el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que engloba dentro de su contenido el derecho del niño a la supervivencia y a su desarrollo.

Al hablar de este derecho fundamental, sin duda el más esencial de cuantos corresponden a toda persona, las mayores discrepancias surgen al preguntarse quien es el titular de este derecho y, más en concreto, si sólo resulta predicable de quienes ya han nacido o si, por contra, resulta extendible al concebido no nacido (al feto).

Como recuerda la Convención de Derechos del Niño 1989 en su preámbulo, la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (Asamblea General de Naciones Unidas), afirma que «*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*». Protección que por tanto no habría de limitarse a los ya nacidos sino que habría de extenderse incluso a los meramente concebidos, lo cual se vería ratificado por la conexión del art. 1 de la Convención, que define al niño como ser humano (concepto biológico) y no como persona (concepto jurídico), con el art. 6.1. y su atribución a todo niño del derecho intrínseco a la vida.

De ser así las cosas, la propia existencia del aborto legal (en los supuestos legalmente previstos: los del art. 417 bis del CP de 1973, vigente en virtud de la Disposición Derogatoria 1ª letra a/ del Código Penal de 1995) contradiría la esencia del derecho más fundamental del menor. Sin embargo, la interpretación del art. 15 CE por parte del TC español (STC 53/1985, de 11 de abril) resulta más bien proclive a admitir casos de aborto (si bien no en todo caso: prueba de ello son los artículos 144 a 146 CP, en los que se sanciona a la mujer que autoriza el aborto ilegal y a las personas que lo lleven a cabo) sobre la base de reconocer el derecho a la vida tan sólo a quien es persona y entender que la personalidad se adquiere por el hecho del nacimiento (art. 29 CC) con las condiciones legalmente previstas por el art. 30 CC (forma humana y 24 horas enteramente desprendido del seno materno). El *nasciturus* no sería titular de un derecho a la vida (al no ser persona) sino un bien jurídico constitucionalmente protegido que, sin embargo, al entrar en conflicto con los derechos de la madre, cede en determinados casos en beneficio de éstos.

En caso de entender que el derecho a la vida no abarca la fase gestacional, esto es, desde el momento mismo de la concepción (y así parece ser, a tenor de la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida –modificada por Ley 45/2003, de 21 de noviembre- y de la ley 42/1988, de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones o fetos humanos o sus células, tejidos u órganos), tal derecho fundamental se limitaría a la protección de la vida del menor ya nacido, erigiéndose en el fundamento de otros derechos básicos como el derecho a la integridad o a la salud.

Protección de la vida que, sin embargo, se aplica no desde la 24 horas siguientes al nacimiento sino desde el momento mismo del parto, pues no ha de confundirse la protección civil con la penal. El hecho de que a efectos civiles (típicamente, hereditarios), no estemos ante una persona hasta que hayan transcurrido 24 horas desde el nacimiento no significa que no se sea persona a efectos penales: de lo contrario, durante esas 24 horas se podría atacar contra la vida del recién nacido sin incurrir en infanticidio, homicidio u otro tipo penal, cosa evidentemente absurda e insostenible.

#### **4.1.2.2. Derecho a la integridad física y moral:**

##### **Normativa nacional**

Sin lugar a dudas el precepto básico en la materia lo constituye el art. 15 CE según el cual *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*. Protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, que se encuentra descrita a su vez en el art. 19 de la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Especial relieve tiene la protección que en este ámbito dispensa la normativa penal a los menores, no sólo como víctimas de hechos delictivos sino también en cuanto que autores de los mismos.

##### **El menor como víctima de delitos.**

La protección de la integridad física del menor comienza desde la propia fase embrionaria, mediante la tipificación como delito de la conducta de aquella persona que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica (art. 157 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

La integridad física y moral de los menores es objeto de una protección específica en los artículos 187 a 190 CP (en las versiones resultantes de las reformas introducidas por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril y por Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre), dedicados a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. En ellos se sanciona con penas diversas a quien induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz (art. 187.1 CP); a quien empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima menor de edad, inicie o mantenga a esta en una situación de prostitución (art. 188.3 CP); y a quien utilizare a menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades (art. 189.1. letra a/). Asimismo, será castigado penalmente quien produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la produc-

ción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido (art. 189.1. letra b/) y quien haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste (art. 189.3 CP).

Por su parte, se impone a quienes tengan bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz el deber de evitar este tipo de atentados contra su integridad y dignidad, siendo penalmente condenados si conociendo su estado de prostitución o corrupción, no hacen lo posible para impedir su continuación o no acuden a la autoridad competente para el mismo fin (art. 189.4 CP)

La protección del menor se extiende también frente a conductas como el exhibicionismo y la provocación sexual, sancionándose a quien ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces (art. 185 CP) y a quien por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad (art. 186 CP).

Asimismo, se penaliza el acoso sexual a menores (art. 184.3 CP: *“cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad”*) incrementando la pena que corresponde al tipo penal ordinario. Agravamiento del tipo penal que acontece también en los casos de agresión sexual a menores (art. 178.1.3ª CP: *“cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”*). Por su parte, tratándose de abusos sexuales a menores habrá que distinguir, a efectos de determinación de la pena aplicable, entre los casos de abusos a menores de trece años (que se consideran no consentidos, art. 181.2 CP, con una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses) y los casos de engaño facilitador del abuso sexual sobre persona mayor de trece años y menor de dieciséis, (art. 183.1 CP, castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses, si bien agravables en función de los actos en los que se traduzca el abuso)

### ***El menor como autor de delitos.***

En este materia cabe destacar la vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya Exposición de Motivos (apartado 6) nos aclara cuales son los siguientes principios generales en que se inspira la Ley: A) naturaleza formalmente penal pero materialmen-

te sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, lo que se traduce en impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares; B) reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor; C) diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad; D) flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto (las reglas de aplicación se contienen en el artículo 9), medidas enumeradas en el art. 7 y que son muy diversas, yendo desde el internamiento cuando se trate de hechos que implican una mayor peligrosidad (violencia, la intimidación o el peligro para las personas), hasta la mera amonestación, pasando por las prestaciones en beneficio de la comunidad; E) competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia; y F) control judicial de esta ejecución.

Ley Orgánica que permitirá exigir responsabilidad a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales (art. 1), aplicándose no la presente Ley, sino lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código civil y demás disposiciones vigentes, cuando el autor de los hechos sea menor de catorce años (art. 3).

## **Normativa foral**

Cabe citar la Ley Foral 22/2002, de 2 julio 2002, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, cuyo art. 11 señala que *“el Departamento u Organismo competente en materia de igualdad de oportunidades de la mujer facilitará lugares o Puntos de Encuentro, en los que llevar a cabo las visitas de padres y madres a menores en los casos de nulidad, separación y divorcio con antecedentes de violencia en la pareja”*, estando dichos puntos de encuentro atendidos por personal especializado que emitirá los informes que procedan a la autoridad judicial.

Asimismo, dicha ley ofrece un servicio de urgencia que asista de emergencia a las mujeres víctimas de malos tratos y a los menores a su cargo durante las 24 horas del día, a través de un teléfono único para toda Navarra (art. 13). Se reconoce igualmente el derecho a la asistencia psicológica gratuita a los menores que hayan vivido o padecido situaciones de violencia, asistencia que comprenderá la atención inicial y el seguimiento durante todo el proceso terapéutico (art. 15)

Ley Foral 22/2002 que ha sido modificada y completada por la Ley Foral 12/2003, de 7 marzo, tras la cual se adiciona a aquella un artículo nuevo con el número 18 bis en virtud del cual se facilita casas de acogida y pisos o centros de urgencia inmediata a las mujeres víctimas de la violencia sexista y a *los menores a su cargo* que decidan abandonar el domicilio familiar o se encuentren en situación de indefensión, pudiendo acceder a ellas sin que sea necesaria la interposición de denuncia alguna contra el agresor. Casas de acogida y pisos o centros de urgencia que deberán garantizar la permanencia de profesionales que intervengan y presten el acompañamiento necesario a las mujeres y menores acogidos, durante las veinticuatro horas del día.

#### **4.1.2.3. Derecho a una identidad y estado civil**

##### **Normativa nacional**

Derecho no previsto expresamente como tal en la Constitución, aunque se considera un derecho conectado con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad que, según el art. 10.1 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social. Por el contrario, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 sí reconoce expresamente el derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, así como el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Derecho que adquiere especial relieve cuando se trate de evitar que el niño resulte apátrida.

Por otra parte, el art. 39.2 CE termina diciendo que *“la ley posibilitará la investigación de la paternidad”*, lo que se conecta con el derecho a conocer el propio origen y por tanto a la fijación del estado civil. Derechos que son objeto de protección incluso en vía penal, lo que lleva a castigar la suposición de parto, la ocultación o entrega a terceros de un hijo para alterar o modificar su filiación y la sustitución de un niño por otro (art. 220. 1 a 3 CP), incluso si la sustitución no obedece a una conducta dolosa sino a una imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia en los centros sanitarios (art. 220. 5 CP). En cuanto que atentado al derecho del menor a la identidad civil, merece sanción penal, asimismo, la conducta de quienes mediando compensación económica entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, siendo sancionados tanto la persona que lo reciba como el intermediario (art. 221 CP).

## Derecho al estado civil

Al nacer un niño existe un cierto número de personas (art. 43 LRC sus padres; sus parientes; cualquier persona mayor de edad presente en el momento del alumbramiento; el jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el parto ha tenido lugar; la persona que encuentra el recién nacido abandonado, así como los médicos que asisten al parto) obligadas a promover la inscripción en el Registro civil de este nacimiento mediante declaración ante el encargado del registro entre las 24 horas y los 8 días siguientes al alumbramiento, salvo los casos en que el Reglamento del Registro civil autorice un plazo superior (art. 42 LRC).

Inscripción en la que se hará constar la fecha, hora y lugar del nacimiento, el sexo y, en su caso, la filiación del inscrito, convirtiendo en fehacientes todos estos datos (art. 41 LRC). En la inscripción se expresará el nombre que se dé al nacido, no pudiendo inscribirse nombres que objetivamente sean perjudiciales para el menor, que induzcan a confusión en cuanto a su sexo o que sean ya ostentados por uno de sus hermanos, salvo que hubiera fallecido (art. 54 LRC). Los apellidos vendrán determinados por la filiación, imponiéndose unos de uso corriente cuando no sea posible determinarse la filiación e imponiéndose en los casos de hijos con una sola filiación reconocida (típicamente la maternidad) los apellidos de ésta en el orden que desee dicho progenitor (art. 55 LRC)

En esa inscripción de nacimiento, a tenor del art. 47 LRC, constará la filiación materna siempre que coincidan la declaración de quien solicita la inscripción con el parte médico (que obligatoriamente ha de realizar el médico, comadrona o asistente técnico sanitario, a tenor del art.44 LRC). Por su parte, la paternidad constará en la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres (presunción de paternidad del marido de la madre, cuando el hijo nace dentro de los plazos previstos por el art. 116 CC) o por inscripción del reconocimiento cuando se trate de un hijo extramatrimonial (art. 120.1º CC).

Asimismo, todo menor tiene derecho a una nacionalidad desde el momento mismo del nacimiento. Nacionalidad que será la española de origen en los casos previstos en el art. 17 CC (principalmente, el haber nacido de padre o madre españoles) y que podrá ser adquirida sobrevenidamente por opción (art. 20 CC, que permite al representante legal del menor de 14 años o a este mismo cuando actúe asistido de su representante legal optar por la nacionalidad española, en los supuestos previstos por el propio artículo 20) por carta de naturaleza (art. 21.1º CC; véase el reciente Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo por el que se otorgaba la posibilidad de acceder a la nacionalidad española por esta vía a los heridos y familiares del atentado del 11 de marzo en Madrid) o por residencia durante los plazos previstos por el art. 22 y a solicitud de la persona inte-

resada, pudiendo ser ésta un emancipado, un mayor de 14 años asistido por su representante legal o el representante legal del menor de 14 años.

En caso de tener el menor nacionalidad española, ostentará también una vecindad civil que registrará su estatuto personal (art. 9.1 CC: su capacidad, su estado civil, sus derechos y deberes familiares y su sucesión por causa de muerte). La vecindad civil conectará a ese menor con uno de los ordenamientos civiles vigentes en España (por tanto no necesariamente con el Código civil, pudiendo estar conectado con el Derecho navarro, o con el catalán o cualquier otro de los que tienen cabida en el art. 149.1.8 CE), siendo éste el que rija el estatuto personal del menor.

Vecindad civil que se adquirirá desde el momento de nacimiento por los cauces previstos por el art. 14 CC (principalmente, la vecindad civil de los padres, si es la misma; y de no serlo, aquella derivada del lugar del nacimiento del hijo) y que podrá modificarse por residencia continuada durante los plazos legales y de la manera prevista por el párrafo 5º de este artículo 14.

### **En especial, el derecho a conocer el propio origen**

Señala el art. 39.2 CE78 que *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación ...”* añadiendo un inciso final en virtud del cual *“la ley posibilitará la investigación de la paternidad”*. Derecho que afecta a su dignidad y al desarrollo de la personalidad, principios fundamentales reconocidos en el artículo 10 de la Constitución como recuerdan la STC 17 octubre 1991 o la STS 25 enero 1992.

Derecho a conocer el propio origen que resultaba flagrantemente conculcado en el caso del art. 47 LRC (y 167 y 182 RRC, en cuanto que concordantes). Y es que la facultad de desconocimiento que en él se otorgaba a la madre y que permitía ocultar al hijo los datos sobre su filiación materna, suponía una vulneración injustificada de los derechos del hijo. En concreto, se infringía el derecho a la libre investigación de la paternidad del artículo 39.2 de la Constitución española y el derecho a la igualdad del artículo 14, erosionándose además gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y el mismo artículo 24.1 que prohíbe la indefensión). Por todo ello, la STS 776/1999, 21 de septiembre derogó dicho precepto por resultar lesivo del menor, quien: A) se veía abocado a una calificación como hijo de madre desconocida y B) se veía privado de la protección de su madre, quien

estaba obligada (deber, no derecho) a dispensar esa protección integral a su hijo.

Art. 47 LRC que se inspiraba en la idea de que el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial, pero que fue desde el principio muy criticado por entender que existían importantes razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación que se oponían a esa ocultación. Fruto de esa derogación jurisprudencial del art. 47 LRC y preceptos concordantes fue la Orden Ministerial de 10 de noviembre de 1999, sobre cuestionario para la declaración de nacimiento al Registro civil y en virtud de la cual se suprimieron en esos cuestionarios las referencias marginales al párrafo 2º del art. 167 RRC.

No obstante, el TEDH en sentencia de 13 de febrero de 2003, asunto Odièvre, ha entendido que la legislación francesa no vulnera ni el art. 14 ni el art. 8 de la CEDH cuando impide al hijo levantar el secreto acerca de a quién correspondió la maternidad biológica.

Derecho a conocer el propio origen que fundamenta la regulación de las acciones de filiación de los artículos 131 a 141 CC, a tenor de los cuales los hijos podrán reclamar la paternidad o maternidad, ya sean matrimoniales (art. 132 CC) o no matrimoniales (art. 133 CC) durante toda su vida, si bien cuando carezca de plena capacidad lo harán en su nombre sus representantes legales o el Ministerio Fiscal.

Asimismo, los hijos podrán impugnar la paternidad de su progenitor durante un año (a menos que falte posesión de estado, en cuyo caso el hijo podrá impugnar en cualquier tiempo: art. 140 párrafo primero) después de alcanzar la mayoría de edad o la plena capacidad legal (emancipación), pudiendo hacerlo en su nombre su madre o el Ministerio Fiscal cuando los hijos sean menores y siempre dentro del plazo de 1 año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro civil (art 137). Asimismo, la paternidad o maternidad no matrimonial, cuando exista posesión de estado, podrá ser impugnada por el hijo durante un año después de alcanzar la plena capacidad y por sus representantes legales durante 4 años después de la inscripción de la filiación (art. 140 CC).

Derecho a conocer el propio origen que sin embargo se ve contradicho en algunos ámbitos como las técnicas de reproducción asistida, donde la STC 17 junio 1999 niega que el derecho a la libre investigación de la paternidad permita averiguar en todo caso la identidad del donante de esperma, pues ello afectaría a su derecho a la intimidad; las donaciones son anónimas y el vínculo jurídico entre el hijo y el donante queda excluido por la propia ley. Caso parecido es el

de la adopción, pues del art. 22 RRC se desprende que hasta la mayoría de edad el adoptado no puede obtener, salvo autorización judicial, una certificación acerca del carácter adoptivo de su filiación.

### **Normativa foral**

En el ámbito del Derecho Civil navarro, la paternidad matrimonial queda igualmente determinada por la presunción de paternidad del marido de la madre, cuando el hijo nace dentro de los plazos previstos por la ley 68 FNN o cuando concurra alguna de las circunstancias previstas por este mismo precepto, como son: A) hijos nacidos dentro de esos 180 días siguientes al matrimonio, siempre y cuando el marido no desconozca la paternidad (esto es, no niegue que ese hijo es suyo) en un plazo legalmente establecido que es de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto; B) Hijos nacidos después de los 300 a contar desde la disolución si se prueba la gestación más prolongada, la reunión de los cónyuges separados (esto es, que estaban separados pero que cohabitaron durante un cierto tiempo, lo que destruye la presunción de no convivencia que se deriva de la demanda de separación –art. 102 CC) o salvo que ambos cónyuges separados estén conformes en considerarlo como matrimonial e inscribirlo así en el Registro civil.

En cuanto a la filiación extramatrimonial en el Derecho navarro, se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento (regulado en la ley 69 y que puede tener lugar o bien mediante declaración ante el encargado del Registro Civil o mediante testamento u otro documento público) o por sentencia firme, que ponga fin a un proceso en el que se cuestione la paternidad o maternidad de ese hijo.

Puede reconocer toda persona púber (aunque si es menor o incapacitado hará falta la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal) y se puede reconocer a mayores de edad (reconocimiento cuya eficacia estará condicionada a la prestación de su consentimiento por parte de dicho mayor de edad) o a menores de edad o incapacitados.

En este último caso no hace falta consentimiento alguno (“... *no está sujeto a requisito alguno supletorio de su consentimiento* ...”). Basta el reconocimiento de un menor para que se instaure entre el reconocedor y el menor de edad reconocido un vínculo de filiación generador de derechos y deberes. Ahora bien, tanto los representantes legales del menor (por ejemplo, si quien reconoce es el hipotético padre, el representante legal del menor sería la madre del niño) como él mismo al alcanzar la mayoría de edad podrán oponerse a esa filiación e impugnarla.

En definitiva, se puede reconocer a un hijo como propio con una gran facilidad, dando lugar así a un desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien figura como padre, que deberá defender su paternidad.

Reconocimiento que, por otra parte, tiene que ser plenamente libre, hasta el punto de que el reconocimiento viciado (por vicio en el consentimiento: error, dolo, coacción) podrá ser impugnado por su otorgante en el plazo de un año a contar desde que cesó el vicio (ley 70 letra c). Asimismo, el reconocimiento de filiación no matrimonial será impugnabile por aquellos que se vean perjudicados por el mismo (v.gr. otros hijos del reconocedor, que van a tener que compartir con el reconocido la herencia del ahora difunto reconocedor), en un plazo de 4 años a contar desde la inscripción de la filiación.

Por lo que se refiere a las acciones de filiación, el FNN regula pormenorizadamente las acciones de reclamación e impugnación de la filiación paterna o materna, ya sea matrimonial o extramatrimonial.

En cuanto a las acciones de impugnación de la maternidad, señala la ley 70 que para su éxito habrá de probarse la suposición de parto o la no identidad del hijo actual con el nacido en el parto (v.gr. madres con hijos intercambiados por error en el hospital).

La legitimación activa en este caso depende de si existe o no posesión de estado, es decir, de si el hijo es o no tratado como tal por esa madre y si es socialmente reconocido como hijo de esa madre. Si hay posesión de estado, corresponde impugnar la maternidad sólo al hijo (vía su representante legal o él mismo cuando alcance la mayoría de edad y sin sometimiento a plazo) o a la madre que obró de buena fe, esto es, que no hubiese sido la causante de esa filiación mal determinada. Si no hubo posesión de estado entre ese hijo y esa madre, cualquiera con un interés legítimo y directo (v.gr. patrimonial sucesorio) podrá interponer la acción.

En cuanto a las acciones de impugnación de la paternidad del marido, la posibilidad de plantear una acción corresponde (además de al marido y, en su caso, a sus herederos; ambos en los plazos legalmente establecidos en la ley 70) al hijo en un plazo de un año a contar desde la adquisición de la plena capacidad (ley 70 letra b/) si bien resulta razonable que, en virtud del párrafo 4 de la ley 70, hasta que llegue ese momento pueda impugnar el hijo a través de sus representantes legales o del Ministerio Fiscal.

En cuanto a las acciones de declaración de la filiación, cuando se trate de declarar la filiación matrimonial de un hijo (caso poco frecuente, pues lo normal es que se haya aplicado esa suerte de presunción de matrimonialidad), la legitima-

ción activa es amplísima: padre madre e hijo, en cualquier momento (imprescriptible, pues); los terceros interesados, en caso de que haya posesión de estado de hijo matrimonial (ley 71 letra a).

Cuando se trate de declarar la filiación no matrimonial, la ley 71 letra b) recoge cinco supuestos en los que el hijo no matrimonial puede plantear esa acción de declaración de la paternidad o maternidad, que son: 1) cuando la madre y el padre presuntos hubiesen convivido notoriamente durante el tiempo de la concepción; 2) cuando haya posesión de estado de hijo respecto del demandado; 3) cuando exista declaración del presunto progenitor; 4) cuando haya pruebas biológicas de la relación paterno-filial; 5) cuando respecto a la maternidad haya pruebas del parto.

Se trata de hechos, actos o indicios que ponen de manifiesto que existe un principio de prueba de esa filiación discutida, motivo por el cual se otorga legitimación activa a los hijos no matrimoniales. La legitimación activa en este caso es muy limitada, correspondiendo sólo al hijo o a sus descendientes en el caso previsto en el párrafo final de esa ley 71 letra b) (fallece en su minoría de edad o incapacitado). No corresponde, pues, ni al padre ni a la madre ni a terceros, lo cual no constituye una vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, ni implica una injustificable diferencia de trato frente a otros ordenamientos civiles españoles que otorgan a más personas la posibilidad de accionar. Así lo ha declarado la STC 236/2000, de 16 de octubre

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, el apartado final de la ley 71 señala que *“la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, si el padre o la madre hubieren fallecido, podrá dirigirse contra sus herederos”*. Esto es, la acción puede plantearse (está pensando en el hijo, no en el padre que pide que se declare su paternidad matrimonial: sería accionar contra sí mismo) contra quien se pretende que sea declarado como padre o como madre, o bien, en caso de haber fallecido éste, contra sus herederos.

Obviamente, no con el fin de que ese heredero sea declarado como padre o madre de quien plantea la acción (de ser así, mi hermano sería mi padre, cosa evidentemente absurda), sino con el fin de que quede declarado que una persona es hijo de otra ahora difunta. Cosa que interesará al accionante no sólo por llevar su apellido sino por razones hereditarias: si no hay testamento o si lo hay pero en él no se dispone de todos los bienes, se abre la sucesión ab intestato y ahí reciben bienes en primer lugar los hijos (y sin distinción entre matrimoniales o no). De ahí que pueda interesarle ser declarado hijo de ese padre.

#### 4.1.2.4. Derecho a ser cuidado por los padres

##### Normativa nacional

Derecho no recogido expresamente en la Constitución Española (el art. 39 se refiere al deber de los poderes públicos de proteger a los hijos y en su párrafo 4 a la protección de los niños de conformidad con los Tratados Internacionales que velen por sus derechos), aunque es la materia que inspira toda la regulación del Código civil en materia de instituciones tutelares.

Se encuentra, en cambio, regulado en el Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que exige que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño) Artículo 9.1

En estos casos de separación se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (art. 9.3 Convención sobre los Derechos del Niño)

Derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, cuando los niños se vean temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuando su superior interés exija que no permanezcan en ese medio (Artículo 20 Convención sobre los Derechos del Niño).

En caso de procederse a la adopción, el interés superior del niño será la consideración primordial (art. 21 Convención sobre los Derechos del Niño), lo que exigirá: autorización por las autoridades competentes tras examinar toda la información pertinente y fidedigna, analizar la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y tras recabar de las personas interesadas su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Derecho a ser cuidado por los padres que goza de protección en el ámbito penal pues la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dedica varios preceptos a lograr la efectividad de este derecho, si bien no se refiere exclusivamente al cuidado de los padres sino que se extiende también a los casos en que la protección es dispensada por cualquiera de los órganos tutelares sustitutivos de la patria potestad.

Así, se sanciona penalmente a quien tiene a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, y no lo presenta a sus padres o guardadores sin justificación, cuando fuere requerido por ellos (art. 223 CP); a quien induce a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores (art. 224.1 CP); al progenitor que induce a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa (art. 224.2 CP); al progenitor que sin causa justificada para ello sustraiga a su hijo menor, considerándose sustracción el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia o la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa (art. 225 bis CP); al que incurra en abandono de familia por dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes que se hallen necesitados (art. 226 CP); al que deje de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos (art. 227 CP); a la persona encargada de la guarda de un menor de edad que lo abandone definitiva o temporalmente (arts. 229 y 230 CP); a quienes utilicen o presten a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad (art. 232 CP).

Para un análisis más detallado de este derecho en el ámbito civil, véase el apartado segundo de este capítulo.

### **Normativa foral**

Para un análisis más detallado, véase el el apartado segundo de este capítulo.

#### **4.1.2.5. Derecho a ser oído**

### **Normativa nacional**

Señala el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, regulador del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional (art. 12.2º Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, el apartado 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, reconoce este derecho de audiencia en las decisiones familiares, administrativas o judiciales que le afecten.

Con base en los preceptos anteriores, señala el artículo 9 LOPJM que:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

En el ámbito de la legislación civil los hijos deberán ser oídos en los siguientes casos, si tuvieren suficiente juicio y siempre si son mayores de 12 años:

por el Juez en los procesos de separación, nulidad y divorcio, respecto de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación (art. 92 CC). Dispone el art. 770 apartado 4 párrafo segundo LEC 2000, para los casos de separación o divorcio contenciosos o de nulidad matrimonial que “el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar

la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”.

Asimismo, en el caso de quiebra matrimonial acordada o formulada por uno con el consentimiento del otro, el art. 777 apartado 5 LEC 2000 señala que *“el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”*,

por los padres titulares de la patria potestad, antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 CC).

por el Juez en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, para luego atribuir sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre (art. 156.2 CC).

por el Juez a la hora de decidir al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad (art. 159 CC)

por el Juez, en caso de adopción debiendo darse audiencia al adoptando menor de 12 años si tuviere suficiente juicio (art. 177.3.3º CC) y siendo necesario su consentimiento a la adopción cuando tenga más de 12 años (art. 177.1 CC)

por el Juez, cuando se trate de constituir la tutela (art. 231 CC), de remover al tutor (art. 248 CC), o de autorizar alguno de los actos descritos en los artículos 271 y 272 CC y en los que el tutor debe contar necesariamente con autorización judicial (art. 274 CC).

por el Juez para constituir el acogimiento o para hacer cesar el acogimiento (art. 1828 LEC 1881)

### **Normativa foral**

La no regulación por el FNN de buena parte de las materias señaladas en el apartado precedente (v.gr. procedimiento de separación, ejercicio de la tutela) y sobre todo el hecho de que la reforma del FNN tuvo lugar en 1987, esto es, 9 años antes de la LOPJM y de la consiguiente toma de conciencia legal acerca de la necesidad del menor de ser oído en todo aquello que le pueda afectar, explican que el FNN no contenga referencias expresas a este derecho del menor a ser oído.

Derecho, si se quiere, de nuevo cuño y, como tal, desconocido en el momento de redactar el texto vigente del Fuero Nuevo.

#### **4.1.2. 6. Libertad de expresión e información**

##### **Normativa nacional**

Señala el art. 20. CE apartado 1 que se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; (...); d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Libertades no susceptibles de ser sometidas a censura previa (art. 20 apartado 2 CE) y que tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (apartado 4)

Con base en ello y en los artículos 13 y 17 de la Convención Derechos del Niño, la LOPJM de 1996 va a regular en dos preceptos distintos lo que la Constitución enuncia en su artículo 20:

Art. 8 LOPJM, relativa al derecho a la libertad de expresión, a cuyo tenor:

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta Ley.
2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:
  - a) A la publicación y difusión de sus opiniones.
  - b) A la edición y producción de medios de difusión.
  - c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

Art. 5 LOPJM, reguladora del derecho a la información y en la que se señala:

1. Los menores tiene derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.
2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.
3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.
5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

En este sentido, la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (en su texto resultante de la modificación introducida por la Ley 22/1999, de 7 de junio), destaca que uno de los objetivos de la Ley es defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral (art. 1 apartado 5º), para lo cual se establece:

Protección frente a la publicidad y la televenta en general, intentando evitar los abusos que se pudieran derivar de su inexperiencia o credulidad (art. 16) y en particular frente a la publicidad y la televenta de juguetes (art. 16.1. letra d/) y de bebidas alcohólicas con graduación inferior a 20 grados no podrán estar dirigidas específicamente a las personas menores de edad ni, en particular, presentar a los menores consumiendo dichas bebidas (art. 10.2 letra/).

Protección frente a programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, que sólo podrán realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberán ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos. Así, al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad. En el caso de películas cinematográficas esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de cine o en el mercado del vídeo, de acuerdo con su regulación específica (art. 17.3 y 4).

En coherencia con lo anterior, en ejercicio de las competencias atribuidas por el art. 8.1 letra j) de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, la Dirección General del Ente Público Radiotelevisión Española ha dictado la Resolución de 11 de enero de 2001 por la que se aprueban las normas reguladoras de la emisión de publicidad por «Televisión Española, Sociedad Anónima». En dicha Resolución se otorga protección a los menores en los ámbitos señalados por la Ley 25/1994, de 12 de julio antes citada, si bien desarrollando el régimen protector del menor y la conductas expresamente prohibidas o restringidas a efectos de información y de publicidad destinada a menores (apartados 16 a 19).

### **Normativa foral**

En esta materia cabe destacar la Ley Foral 18/2001, de 5 julio, reguladora de la actividad audiovisual y por la que se crea el Consejo Audiovisual de Navarra. Ley Foral que tiene por objeto (art. 1.5) la defensa de los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

Protección que se traduce:

Art.9.2.a): la publicidad y la televenta de las bebidas alcohólicas con porcentaje de alcohol etílico inferior al 20 por 100 no podrán estar dirigidas específicamente a las personas menores de edad ni, en particular, presentar a los menores consumiendo dichas bebidas.

Art. 15.1: La publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores, debiendo respetar los siguientes principios:

- a) No incitar a tales menores a la compra de un producto o de un servicio explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate.
- b) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres, en profesores o en otras personas, tales como profesionales de programas infantiles o, eventualmente, en personajes de ficción.
- c) No podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.
- d) En el caso de publicidad o de televenta de juguetes, éstas no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizar dichos juguetes sin producir daño para sí o a terceros.

Además, la televenta, no incitará a los menores a adquirir o arrendar directamente productos y bienes o a contratar la prestación de servicios.

Art. 16 1. Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, no afectados por la prohibición del apartado anterior, sólo podrá realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos. Cuando tales programas se emitan sin acceso condicional, deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración.

3. Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad.

En el caso de películas cinematográficas, esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de exhibición cinematográfica o en el mercado de la videograbación de uso doméstico, de acuerdo con su regulación específica. Ello se entiende sin perjuicio de que los operadores de televisión puedan completar la calificación con indicaciones más detalladas para mejor información de los padres o responsables de los menores. En los restantes programas, corresponderá a los operadores, individualmente o de manera coordinada, la calificación de sus emisiones.

#### **4.1.2. 7. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión**

##### **Normativa nacional**

Libertades que se encuentran amparadas en el art. 16 CE en el que *“se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”* (apartado 1), sin que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (apartado 2). Trasladado al ámbito de los menores y, concretamente, a la conformación de su ideología y religiosidad, el art. 27. 3 CE recuerda el *“derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Materia desarrollada en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, cuyo art. 2.1 señala que *“la libertad religiosa y de culto comprende el derecho de toda persona a: ... c) elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*.

Además lógicamente, el menor tiene derecho, como toda persona. 1) a profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas; 2) a practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; reci-

bir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (texto resultante de la reforma introducida tras ley 10/2002, de 23 de diciembre): señala que los padres o tutores, en los términos que las disposiciones legales establezcan, tienen derecho *“a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”* (art. 4 letra c/)

A tal efecto, la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, señala en su Disposición Adicional 2ª (texto salido de la reforma introducida tras ley 10/2002, de 23 de diciembre) que *“la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos”*.

Referencia a los Acuerdos con otras confesiones religiosas que se tradujo en el derecho a recibir enseñanza religiosa evangélica (art. 10.1 Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España), judía (art. 10.1 Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España) o islámica (art. 10.1 Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España).

Con base en estas normas y en el artículo 14 de la Convención de Derechos del Niño de 1989, el art. 6 LOPJM señala que:

1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.
2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.
3. Los padres o tutores tiene el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

## **Normativa foral**

Cabe citar el artículo 6 del Decreto Foral 417/1992, de 14 de diciembre (en la redacción resultante de la modificación introducida por el Decreto Foral 191/1997, de 14 de julio) que al regular los derechos y deberes de los alumnos de Centros de niveles no universitarios establece que *“los alumnos tienen derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad”* (apartado 1) y que, a fin de hacer efectivo este derecho, la formación de los alumnos deberá comprender la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones o, en caso de alumnos menores de edad, con las de sus padres o tutores (apartado 2 letra c/).

### **4.1.2. 8. Derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.**

## **Normativa nacional**

Junto al art. 21 CE, en el que se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas con los límites previstos por el propio preceptos, cabe citar el art. 22 CE, reconocedor del derecho de asociación con los fines y límites previstos en la propia CE y el Art. 48 CE: Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Por su parte, el art. 7 LOPJM de 1996 regula los derechos de participación, asociación y reunión, señalando que

1. Los menores tiene derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia.

2. Los menores tiene el derecho de asociación que, en especial, comprende:
  - a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.

- b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones.

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

- 3. Los menores tiene derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley.

En iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

La Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, no contiene especificaciones particulares relativas a menores.

La Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (texto resultante de la reforma introducida tras ley 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación), en su art. 7 recoge el derecho de asociación de los menos “en función de su edad, creando organizaciones de acuerdo con la Ley y con las normas que, en su caso, reglamentariamente se establezcan”. Organizaciones que asumirán las finalidades previstas en el propio precepto. Asimismo el art. 8 garantiza el derecho de reunión en los centros docentes de alumnos, derecho cuyo ejercicio se facilitará de acuerdo con la legislación vigente y teniendo en cuenta el normal desarrollo de las actividades docentes.

Ley Orgánica 1/2002, 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, señala que los menores podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, con arreglo a los siguientes principios:

- a) Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.
- b) Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban

suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el art. 7.2 LOPJM.

### **Normativa foral**

No existe una regulación foral de este derecho, ni específica ni diseminada a lo largo de otras normas forales.

#### **4.1.2. 9. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.**

### **Normativa nacional**

Derecho reconocido en el art. 18.1 CE y regulado en el art. 4 LOPJM cuando en su apartado 1º afirma que *“los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”* (conectando por tanto con el resto del art. 18 CE)

Continúa decidiendo el art. 4 LOPJM en su apartado 2º que *“la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”*, siendo intromisión ilegítima (apartado 3º) *“cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”*, en un intento de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y de protegerle incluso frente a la manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve (Exposición de Motivos de la LOPJM)

Intromisiones que podrán dar lugar al planteamiento de acciones por parte de los representantes legales del menor, pero también y en todo caso por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública (apartado 4º)

En esta materia destaca la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen, cuyo artículo 3 señala que el consentimiento de los menores e incapaces a esa intromisión en su derechos deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Cabe citar también la Instrucción 2 /1993, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la función Ministerio Fiscal ante el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito

En la misma línea de protección de la intimidad se mueve la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de protección de datos de carácter personal, si bien dicha norma no cuenta con previsiones específicas para menores de edad

### **Normativa foral**

No existe una regulación foral de este derecho, ni específica ni diseminada a lo largo de otras normas forales.

#### **4.1.2.10. Derecho a avanzar en el desarrollo integral de su personalidad.**

Hemos formulado este derecho con la intención de conectar diversos derechos del menor que hunden sus raíces en el libre desarrollo de la personalidad al que alude el art. 10.1 CE. Lógicamente, no sólo los menores han de gozar de una protección que permita el libre desarrollo de su personalidad y lógicamente todos los derechos fundamentales y sociales, políticos o económicos se entrelazan de alguna u otra manera con ese principio que es fundamento del orden político y la paz social.

Sin embargo, no cabe duda de que la infancia y la adolescencia son los momentos de la vida donde resulta más imprescindible una protección mayor, por ser el momento en el que la personalidad del sujeto se encuentra en la fase principal de su conformación.

Es por ello que, bajo esta rúbrica, agruparemos derechos de contenido diverso y aún discutible (en cuanto que derechos), pero que sin embargo tienen en

común contribuir decisivamente a la formación y desarrollo del sujeto y de su personalidad.

### **A) Derecho a la educación**

Admitido por el art. 28 Convención Derechos del Niño, se trata de un materia regulada con sentido omnicompreensivo por la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y especificada Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, del que cabe resaltar su artículo 2 a cuyo tenor:

1. Son derechos y deberes del alumno los que se establecen en este artículo y en el resto de las normas vigentes, considerando que:
  - a) Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando.
  - b) Todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos y en los Tratados y Acuerdos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España.
  - c) Todos los alumnos tienen derecho a que su dedicación y esfuerzo sean valorados y reconocidos con objetividad, y a recibir orientación educativa y profesional.
2. Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos:
  - a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad.
  - b) A que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución.
  - c) A que se respeten su integridad y dignidad personales.
  - d) A la protección contra toda agresión física o moral.
  - e) A participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes.

- f) A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo, y
  - g) A la protección social, en el ámbito educativo, en los casos de infortunio familiar o accidente.
3. El estudio es un deber básico del alumno que se concreta en:
- a) Participar en las actividades formativas y, especialmente, en las orientadas al desarrollo de los currículos.
  - b) Seguir las directrices del profesorado respecto a su educación y aprendizaje.
  - c) Asistir a clase con puntualidad, y
  - d) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación.
4. Además del estudio, son deberes básicos de los alumnos:
- a) Respetar la libertad de conciencia y las convicciones religiosas y morales.
  - b) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.
  - c) Respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo, y
  - d) Conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales didácticos.
5. Las Administraciones educativas favorecerán el ejercicio del derecho de asociación de los alumnos, así como la formación de federaciones y confederaciones.

Si bien la regulación que dispensa la norma estatal abarca el contenido sustantivo de este derecho, la normativa foral no resulta del todo irrelevante pues tam-

bién dispensa protección, si bien por vía más bien indirecta, en concreto mediante la adopción de medidas de apoyo a la educación de los menores que favorezcan la efectividad de este derecho.

Así, cabe destacar la Ley Foral 20/2003, 25 de marzo, de familias numerosas, cuyo artículo 1 proclama como objeto de la ley el apoyo a familias numerosas, mediante la concesión de ayudas económicas específicas y el apoyo en los ámbitos de la educación, la salud, la vivienda, el transporte y el tratamiento fiscal de las familias numerosas, reconociendo luego en el artículo 7 que las familias numerosas estarán contempladas con baremos específicos para la concesión de ayudas y becas para libros, material escolar, comedores y transporte en todas las etapas de la educación no universitaria, estableciéndose un sistema de bonificación para las familias numerosas en las tarifas de centros cívicos, albergues, campamentos locales, actividades de ocio, así como en el acceso a bienes culturales, actividades deportivas y de ocio que dependan de las Administraciones Públicas de Navarra y se desarrollen en la Comunidad Foral (art. 9) y contemplándose bonificaciones en el uso del transporte público y escolar a favor de los miembros de familias numerosas en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra (art. 10).

Otra norma orientada a facilitar económicamente la efectividad de ese derecho es la Ley Foral 11/1998, de 3 de julio, que regula la financiación pública de los centros de iniciativa social que imparten las enseñanzas de bachillerato, ciclos formativos de grado medio y programas de garantía social

También podemos citar la Ley Foral 17/2003, de 17 de marzo, de desarrollo rural de Navarra, que sitúa dentro de los objetivos generales de la política de desarrollo de la Comunidad Foral de Navarra el desarrollar, facilitar y potenciar un reparto equilibrado de equipamientos comunitarios de calidad en el ámbito rural de Navarra que permita la accesibilidad de los distintos sectores de población a los mismos, atendiendo a las necesidades de la población rural y evitando la zonificación rígida de estos equipamientos. Equipamientos comunitarios relativos a educación, sanidad y asistencia social, ocio, deporte y cultura (art. 3 apartado 2º).

De una manera aún más genérica se manifiesta la Ley Foral 9/1999, de 6 abril, para una Carta de Derechos Sociales, cuyo artículo 2 sitúa entre sus principios inspiradores “la reafirmación de los derechos universales de ciudadanía para todas las personas que tienen cerrado el acceso al mercado de trabajo, y que en razón de ello carecen de ingresos económicos para llevar una vida digna, para acceder a la cultura, a la vivienda, a los servicios, a la educación y a la sanidad y a la plena integración social en igualdad de derechos con las demás.

Otras normas vinculadas al derecho a la educación de los menores son el Decreto Foral 339/1993, de 15 de noviembre, por el que se crea la Escuela Oficial de Idiomas a Distancia de Navarra y el Decreto Foral 272/2003, de 28 de julio, por el que se ordena el Ciclo Superior de las enseñanzas especializadas de idiomas del primer nivel y establece su currículo.

## **B) Derecho a la salud**

Reconocido en los artículos 23 a 26 y 33 de la Convención de Derechos del Niño, la normativa foral en esta materia es muy fragmentaria, abarcando ámbitos muy diversos. Cabe destacar las siguientes normas:

- Decreto Foral 24/2004, de 26 enero, que regula las condiciones para la apertura y funcionamiento de los centros de bronceado y el alquiler de aparatos de bronceado, entre las cuales está la colocación en la sala de espera o recepción y en cada aparato de bronceado de un cartel en el que se informará de que no se permite su uso a menores de dieciocho años (art. 5).
- Ley Foral 6/2003, de 14 febrero, de prevención del consumo de tabaco, de protección del aire respirable y de la promoción de la salud en relación al tabaco.
- Ley que prohíbe que en los centros de producción, elaboración y distribución de tabaco se ofrezcan productos a los menores de 18 años (art. 18.2º) que prohíbe la venta, suministro o dispensación, gratuita o no, por cualquier medio, de tabaco, sus productos, labores o imitaciones a personas menores de 18 años (art. 19.1) o que prohíbe la venta y suministro de tabaco en los centros de atención o esparcimiento de menores (art. 19.3). Ley que, asimismo, señala que “las empresas fabricantes de máquinas expendedoras de tabaco dispondrán de dos años, a partir de la aprobación de la presente Ley Foral, para la incorporación de dispositivos tecnológicos a las máquinas automáticas en funcionamiento que permitan controlar la accesibilidad de los compradores de productos de tabaco e impidan el acceso de los menores a esta vía automática (Disposición Adicional 2ª)
- Decreto Foral 123/2003, de 19 mayo, que establece las condiciones técnico-sanitarias de las piscinas de uso colectivo y en el que se establece la profundidad máxima (0,35 metros) de los llamados vasos de chapoteo, que son aquellos destinados a usuarios menores de 6 años (art.3)

- Ley Foral 11/2002, de 6 mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, que regula en su art. 8 los casos de consentimiento por sustitución entre los que está (apartado 2 letra b/) los de los menores, requiriéndose que en caso de tratarse de menores emancipados y de adolescentes de más de dieciséis años sean éstos quienes den personalmente su consentimiento a la intervención, mientras que en el caso de los menores el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años. Todo ello lógicamente, a menos que se trate de intervenciones urgentes e indispensables para evitar lesiones irreversibles o peligro cierto de muerte de la persona afectada.

Pueden también otorgar el documento de voluntades anticipadas cuando se trate de menores a los que se reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral (art. 9.1º), lo que les permitirá pedir que en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite, el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte.

- Ley Foral 12/2000, de 16 noviembre, por la que se regula la atención farmacéutica, siendo deber de los profesionales implicados en la atención farmacéutica el de vigilar especialmente la entrega de medicamentos a menores de edad (art. 11.2.f)
- Decreto Foral 4/1991, de 10 enero, que regula la acreditación de centros residenciales de atención a drogodependientes, en los que podrán ser internados menores de edad si se cuenta con autorización familiar o, en su caso, judicial (art. 14 letra k/).
- Ley Foral 10/1991, de 16 marzo de Prevención y Limitación del consumo de bebidas alcohólicas, que proscribe en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra la venta, suministro o dispensación, gratuita o no, por cualquier medio, de todo tipo de bebidas alcohólicas a personas menores de 18 años (art. 1), resultando también prohibida la venta, expedición o consumo de bebidas alcohólicas: a) en los locales y centros dedicados específicamente a un público compuesto mayoritariamente por menores de 18 años y b) en los centros educativos de educación infantil, primaria, secundaria, de régimen especial en sus grados de elemental y medio (art. 2), resultando irrelevante el consentimiento para la compra o consumición de bebidas alcohólicas otorgado por los padres, tutores o guardadores de los menores (art. 3).

Asimismo se prohíbe (art. 4) la venta, suministro o dispensación, gratuita o no, de bebidas alcohólicas de más de 18 grados centesimales en:

- a) Los centros de Enseñanza Superior y Universitaria.
- b) Las dependencias de las Administraciones Públicas.
- c) Las estaciones y áreas de servicio de autovías y autopistas.

Se limita también la publicidad de bebidas alcohólicas en ferias, exposiciones o actividades similares dirigidas preferentemente a menores de 18 años (art. 6.3) así como en los lugares públicos destinados o utilizados por un público compuesto predominantemente por menores de 18 años (art. 6.4) y en las publicaciones periódicas y programas de radio o televisión que vayan dirigidas exclusivamente o preferentemente a menores de 18 años (art. 6.5)

- Decreto Foral 67/1987, de 20 marzo, por el que se regula el uso de la Cartilla de Salud Infantil, obligatoria y gratuita para todos los menores de 15 años residentes en la Comunidad Foral de Navarra (art. 1)

### **C) Derecho al ocio**

Reconocido como derecho de los niños por el art. 31 de la Convención de Derechos del Niño, conlleva el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

Una vez más, la normativa navarra relativa a este derecho de nuevo cuño (o más bien deber de los poderes públicos en el desenvolvimiento de su actuación) resulta enormemente dispersa, tanto cuando se trata de facilitar el acceso al ocio como cuando se trata de restringir en interés del menor las actividades de ocio que éste puede realizar.

Desde el punto de vista de la normativa que oferta actividades de ocio a los menores, cabe destacar:

- La Ley Foral 15/2001, de 5 julio, del Deporte de Navarra, que señala entre los objetivos de política deportiva (art. 3 letra e/) de las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral, los de promover y velar para que los espectáculos y actividades deportivas públicas, destinadas o en las que participen principalmente menores, estén orientadas al desarrollo armóni-

co y equilibrado de la persona y se adapten a la condición física, capacidad y necesidades educativas del niño o joven.

Se procurará la protección de los menores frente a su posible utilización con fines prioritariamente económicos, políticos, o que respondan a intereses ajenos o contrarios a los del menor y en este sentido el art. 17.1 señala que "la Administración de la Comunidad Foral podrá ordenar y establecer límites a la percepción de derechos de formación o cualquier otro tipo de compensación económica entre las Entidades Deportivas de Navarra respecto de los deportistas menores de 16 años.

- Decreto Foral 177/1997, de 30 junio, que establece el régimen de acceso a los Centros de Interpretación de la Naturaleza cuya titularidad corresponde a la Administración de la Comunidad Foral, acceso que será gratuito para los menores de 18 años, previa justificación de la edad (art.4.1)
- Decreto Foral 203/1994, de 24 octubre, que establece el régimen de acceso a los museos de titularidad de la Administración de la Comunidad Foral, acceso que será gratuito para los menores de edad civil (art. 4).
- Ley Foral 2/1993, de 5 marzo, sobre protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats, cuyo art. 49 permite el aprovechamiento de la fauna silvestre en las modalidades de caza o pesca con finalidad deportiva por toda persona mayor de 14 años que, habiendo acreditado la aptitud y el conocimiento precisos, esté en posesión de la pertinente licencia, no se encuentre inhabilitada por sentencia judicial o resolución administrativa firme a estos efectos y disponga de los permisos correspondientes y cumpla los demás requisitos legalmente exigidos. Por su parte, los menores de 14 años podrán disponer de licencia de pesca (previa solicitud con autorización escrita de la persona que legalmente le represente), si bien para ejecutar esta actividad deberán ir acompañados en todo momento por persona mayor de edad.
- Decreto Foral 390/1993, de 27 diciembre, por el que se regulan diversos aspectos relacionados con la caza y cuyo art. 21 señala que podrán obtener licencia de caza los mayores de catorce años, si bien en todo caso, los menores de edad no emancipados deberán estar autorizados por la persona que legalmente les represente, y para el ejercicio de la caza deberán ir acompañados en todo momento por persona mayor de edad.

Desde el punto de vista de la normativa que impone ciertos límites al ocio de los menores, cabe destacar:

- Decreto Foral 44/2002, de 25 febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo, prohibiéndose la entrada a menores de edad (art. 26.1º)
- Decreto Foral 270/1999, de 30 agosto, que aprueba el Reglamento de Salones de Juego y cuyo art. 21 exige que los salones de juego tengan obligatoriamente un servicio de recepción o admisión informatizado que impida la entrada a los menores de dieciocho años, debiendo asimismo exhibirse en la entrada y de forma visible un cartel conteniendo la prohibición de acceso a los menores de dieciocho años.

Lo cual enlaza con el Decreto Foral 181/1990, de 31 julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas de Juego y cuyo art. 9.3º señala que “no se permitirá la entrada a los salones de juego de los menores de dieciocho años”. Decreto Foral 181/1990, de 31 julio que además, prohíbe instalar máquinas de juego en los locales que, exclusiva o preferentemente, sean frecuentados por menores de edad, y en ningún caso podrán situarse en terrazas y zonas que sean de ocupación de vías públicas, o en café-bares o cafeterías de estaciones de ferrocarril, aeropuertos, centros comerciales o similares cuando el local no se encuentre cerrado y aislado del público de paso (art. 10.2º).

Normativa que arranca de la Ley Foral 11/1989, de 27 junio, sobre normas reguladoras de juegos, cuyo art. 19 prohíbe a los menores de edad practicar juegos, usar máquinas de juego con premio o participar en apuestas, no estando permitida la entrada en los locales o salas que específicamente se dediquen al juego.

- En esta misma línea restrictiva, el Decreto Foral 29/1998, de 9 febrero, por el que se regula el Registro de Modelos Homologados de máquinas recreativas, señala en su art. 1.2 que no podrán homologarse ni inscribirse las máquinas cuya utilización implique el uso de imágenes o la realización de actividades propias de locales no autorizados para menores o que de cualquier manera puedan herir la sensibilidad o perjudicar la formación de la infancia y de la juventud.
- Por su parte, la Ley Foral 2/1989, de 13 marzo, sobre normas reguladoras de los espectáculos públicos y actividades recreativas contiene un art. 10. 5 a cuyo tenor no se permitirá la entrada o participación de los menores de dieciséis años en los siguientes espectáculos o actividades recreativas:

a) Salas de fiestas discotecas y otros similares.

- b) Los que hayan sido clasificados por los organismos competentes como reservados para adultos.
- c) Los que se celebren durante la noche, excepto que los menores vayan acompañados de personas mayores de edad responsables de su seguridad.
- d) Los espectáculos taurinos o cualesquiera otros que revistan grave riesgo para la integridad física de los participantes. En tales espectáculos los menores únicamente podrán acudir como espectadores.

Recalcándose además que a los menores de dieciséis años que accedan a espectáculos o actividades recreativas no incluidas en las anteriores prohibiciones, no se les podrá servir ni permitir el consumo de bebidas alcohólicas.

## **4.2. Instituciones jurídicas que permiten la protección de los menores de edad**

### **4.2.1. En el Derecho común (Código civil)**

#### **4.2.1.1. La patria potestad**

##### **Concepto**

Llamamos patria potestad al conjunto de derechos, deberes y atribuciones que los padres ostentan respecto de sus hijos los cuales, por no estar jurídicamente emancipados, se encuentran bajo la protección y custodia de sus padres, que serán quienes representen sus intereses patrimoniales y procuren su desarrollo personal integral.

La emancipación del menor implica el cese de la patria potestad sin que ello suponga, como es lógico, una cesación de la relación paterno-filial. En tal caso, lo que acontecerá será, simplemente, el fin de esa protección integral del menor y de esas correlativas restricciones a la libertad de actuación del menor, sin que por ello uno y otro dejen de ser padre (o madre) e hijo. La pervivencia de una relación paterno-filial jurídicamente relevante se aprecia en el deber de alimentos entre padre e hijo. Alimentos que el padre deberá al hijo con independencia de que subsista o se haya extinguido la patria potestad.

## Principios configuradores de la patria potestad

Hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la patria potestad se atribuía exclusivamente al padre y sólo subsidiariamente a la madre. Tras la citada Ley 11/1981, y por coherencia con la Constitución de 1978 y el principio de paridad entre marido y mujer (art. 32 CE) la patria potestad corresponde a ambos progenitores de forma conjunta e inseparable, debiendo orientarse a la educación, crianza y protección integral de los hijos (art. 39.3 CE: los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad ...) y por tanto no ejerciéndose en beneficio o interés propio sino "siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad" (art. 154 párrafo 2º CC).

Se atribuye así a la patria potestad un carácter funcionalizado (esto es, orientado al desempeño de una función de relevancia social), siendo concebida como una institución clave de la política socio-familiar y a la postre una cuestión de orden público familiar. Precisamente por ello la patria potestad resulta intransmisible a terceros, irrenunciable e imprescriptible.

## Titularidad y ejercicio de la patria potestad

La regla general es que la patria potestad es conjunta y corresponde al padre y a la madre. Esta atribución de la titularidad de la patria potestad es independiente de la existencia o no de matrimonio pues lo relevante a estos efectos no es el vínculo jurídico existente (o no: el hijo puede ser el resultado de una relación ocasional) entre el padre y la madre sino que la filiación paterna y materna quede legalmente determinada. Desde el instante en que queda determinada la filiación, nace en virtud de la ley (y sin que sea necesario petición o reclamación alguna) la patria potestad.

A tenor del art. 154 CC, *"los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre", precepto que se ve completado por el art. 156 CC cuando señala que "la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro".*

En caso de desacuerdos ocasionales entre los progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez y éste, después de oír a ambos padres y al menor si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre. Si los desacuerdos son constantes y reiterados o entorpecen gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá atribuir éste (el ejercicio, no la titularidad, que sigue siendo

conjunta) a uno de los progenitores por un período nunca superior a los dos años (art. 156 párrafo 2º CC).

En caso de que los padres vivan separados, el art. 156 párrafo 5º CC ordena que la patria potestad, que seguirá siendo de titularidad conjunta a menos que concurre alguna causa de privación de la patria potestad en alguno de los progenitores, sea ejercida por aquél con el que el hijo conviva (que a su vez será el que ellos decidan de común acuerdo o en su defecto el que decida el Juez: art. 159 CC), a menos que, a solicitud del no convivente y en interés del hijo, el Juez acuerde una distribución del ejercicio o un ejercicio conjunto de la patria potestad.

Las excepciones a la titularidad conjunta son tres:

- 1.- Cuando la filiación se encuentre determinada sólo respecto de uno de los progenitores.
- 2.- Cuando el progenitor haya sido condenado en sentencia penal firme, a causa de las relaciones a las que obedezca la generación (art. 111. 1º CC) en cuyo caso la indignidad que se deriva de la comisión de ese hecho delictivo (violación) hace que la titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponda en exclusiva a la madre.
- 3.- Cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del progenitor (art. 111. 2º CC). En tal caso, como sanción a dicha conducta, se priva al progenitor de la patria potestad sobre el hijo.

En estos dos últimos casos, cabe la posibilidad de que el representante legal del hijo (el otro progenitor: típicamente, la madre), con aprobación judicial, deje sin efecto estas restricciones legales y rehabilite al progenitor sancionado en la titularidad y ejercicio de la patria potestad (art.111 párrafo 3º CC).

Lo relevante en estos casos de sanción es que la patria potestad corresponde y se ejercita por sólo uno de los progenitores, pese a lo cual el otro tiene el deber de “velar por los hijos y prestarles alimentos” (art. 111 párrafo 4º CC). Deber que no dimana de la patria potestad sino del vínculo paterno-filial, de la condición de progenitor.

### **Contenido personal de la patria potestad**

Según el art. 154 CC, los padres tienen respecto de los hijos los siguientes deberes y facultades:

- 1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Para la educación del menor, se reconoce a los padres el derecho de corregir razonable y moderadamente a los hijos y el de recabar el auxilio de la autoridad (art. 154 párrafo final CC). Límites que de ser traspasados podrán dar lugar a la sanción penal correspondiente y a la pérdida no sólo del ejercicio sino incluso de la titularidad de la patria potestad (art. 170 CC)

Obligación alimenticia para con los hijos que subsistirá pese a que se declare el concurso de acreedores contra el progenitor, si bien cuando la filiación sea determinada por sentencia judicial con posterioridad a dicha declaración de concurso, la masa activa del concurso sólo asumirá el pago de esa deuda alimenticia si no hay otras personas que estando también obligadas a mantener al menor (v.gr. otros parientes, como los abuelos), puedan hacerlo (art. 47.3 Ley 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal).

- 2º. Representarlos, como consecuencia lógica de la limitación en la capacidad de obrar que tienen los hijos por razón de su minoría de edad. Representación que tiene carácter general y que se traduce en actuar en su nombre, sustituyendo a ese menor.

Las excepciones a la facultad de representación se contienen en el art. 162 CC:

- 1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
- 2º Los actos en los que exista un conflicto de intereses entre ambos padres y el hijo, en cuyo caso se nombrará un defensor judicial para que defienda a ese hijo en juicio o fuera de él (art. 163 CC).
- 3º Los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Termina el art. 162 CC recogiendo un caso en el que la facultad de representación de los padres no está excluida pero sí limitada. En concreto, *“para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio”*. De esta manera se pretende respetar la personalidad de hijo y para ello se establece una representación limitada o condicionada a la obtención de ese consentimiento.

## Contenido patrimonial de la patria potestad

El menor de edad no emancipado y, por tanto, sujeto a patria potestad, tiene capacidad jurídica pero no tiene capacidad de obrar. Ahora bien, ni puede administrar sus bienes ni puede disponer de ellos, pues carece de capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Son los titulares (o el titular, si sólo es uno) de la patria potestad quienes le sustituyen y realizan los actos de disposición y administración en su nombre.

Señala el art. 164 1º CC que *“los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria”*. Esta expresión final pone en relación el precepto con los artículos 168, 190 y 191 de la Ley Hipotecaria, normas que reconocen al hijo el derecho de hipoteca legal sobre los bienes de sus padres para así garantizar la recuperación por el hijo de esos bienes administrados por sus padres cuando alguno de ellos o ambos hubieran contraído segundo matrimonio (art. 168 LH); el derecho de los hijos a que los inmuebles de su pertenencia se inscriban a su nombre, si ya no lo estuvieren (art. 190.1º LH); y el derecho de los hijos a que su padre, o en su caso su madre, si tuvieran bienes hipotecables, aseguren con hipoteca la devolución del valor de los bienes que no sean inmuebles pertenecientes a los mismos hijos (art. 190.2º LH).

Administración paterna y/o materna que no engloba, según el párrafo 2º del propio artículo los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado expresamente (en cuyo caso, se estará a lo que el autor de la liberalidad haya dispuesto sobre la administración de esos bienes), los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad (en cuyo caso habrá que estar a lo que haya dispuesto el causante, corriendo la administración en su defecto a nombre del otro progenitor o, en último término, de un administrador judicial) y por último los que el hijo mayor de 16 años hubiera adquirido por su trabajo o industria (en cuyo caso, la administración correrá directamente a cargo del hijo, quien si tiene capacidad para generarlos, ha de tener capacidad para administrarlos).

Los titulares de la patria potestad, como administradores que son, han de rendir cuentas a la terminación de la patria potestad, si su hijo así se lo solicita (art. 168 CC). Asimismo, deberán operar con diligencia a la hora de administrar ese patrimonio del hijo respondiendo de los daños y perjuicios que ocasione la pérdida o deterioro de los bienes filiales por su dolo o culpa grave (art. 168.2º CC).

En cuanto a la realización de actos dispositivos sobre bienes del menor, se rige por un criterio restrictivo, sometiéndose en algunos casos a la preceptiva auto-

rización judicial previa. Los actos dispositivos sometidos a limitación son, a tenor del art. 166 CC, los siguientes:

- a.- la renuncia a los derechos de los que los hijos sean titulares
- b.- la enajenación o gravamen de sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, a menos que concurran causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.
- c.- la repudiación de la herencia o legado a favor del hijo, para la cual se necesitará autorización judicial. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario, esto es, asumiendo deudas hereditarias sólo hasta el importe de los bienes hereditarios, sin que el propio patrimonio del menor deba responder de esas deudas hereditarias.

En cambio, dispone el párrafo final del art. 166 que *“no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido 16 años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”*. Consentimiento del menor de edad mayor de 16 años que ha de referirse a un concreto acto, no pudiendo tratarse de una habilitación general que dejaría sin eficacia la protección que pretende dispensar el precepto.

### **Extinción de la patria potestad.**

A tenor del art. 169 CC, la patria potestad se acaba por las siguientes causas:

- 1º. Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres (o del único aún vivo o del único legalmente determinado) o del hijo.
- 2º. Por la emancipación del hijo, obtenida (art. 314 CC) por alcanzar la mayoría de edad o, pese a no haber cumplido aún los 18 años que determinan esa mayoría de edad, por matrimonio del hijo, por concesión paterna a favor del hijo de al menos 16 años otorgada en escritura pública o por comparecencia ante Juez encargado del Registro civil o por concesión judicial en los casos del art 320 CC (matrimonio o convivencia marital del progenitor con el que convive el menor, si el Juez estima que esta convivencia en el hogar familiar puede ser contrapro-

ducente, así como por cualquier otra causa que pueda entorpecer gravemente el ejercicio de la patria potestad).

- 3º. Por la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad de los progenitores actuales se extingue y pasa a constituirse una nueva patria potestad a favor de los padres adoptivos.

### **Privación y recuperación de la patria potestad**

En ciertos casos, el legislador prevé como medida sancionadora la privación de la patria potestad a uno o a ambos progenitores. Privación que afecta no ya al ejercicio sino a la titularidad de la patria potestad y que, cuando afecte a ambos progenitores, determinará la constitución necesaria de la tutela.

Privación de la patria potestad que, a tenor del art. 170 CC, podrá tener lugar

- por sentencia fundada en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad (v.gr. desatender al hijo, no procurarle alimentos, etc)
- por sentencia dictada en causa criminal, lo cual implica una remisión a aquellos preceptos en los que el Código Penal impone como pena la privación de dicha titularidad (delitos de abandono de familia, delitos contra la libertad sexual)
- por sentencia dictada en causa matrimonial, esto es, en la resolución de pleitos sobre separación, divorcio o nulidad cuando en el proceso se revele que hay causa para ello (art. 92.3º CC).

Privación que difiere de la extinción en su carácter temporal o recuperable. Cuando el hijo muere, cuando se emancipa o cuando es adoptado por otras personas, la patria potestad se extingue de modo definitivo. Sin embargo, cuando se produce una privación de la patria potestad, cabe la posibilidad de que el progenitor o progenitores privados de ella la recuperen. Y así, dispone el art. 170 pf 2º que *“los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”*.

#### **4.2.1.2. Otras instituciones de protección del menor**

En el ámbito del Código civil, existen ciertas instituciones destinadas a la protección de los menores de edad en aquellos casos en los que la patria potes-

tad se haya extinguido, no pueda ser ejercitada por sus titulares o no deba ser ejercitada por existir entre padres e hijos un conflicto de interés en algún asunto concreto.

Instituciones tutelares que, por tanto, actúan supletoriamente, en defecto de la patria potestad (por tanto, late en ellas una idea de subsidiariedad) y cuyo ejercicio estará bajo la salvaguardia de la autoridad judicial (art. 216 CC).

A tenor del art. 215 CC *“la guarda o protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos en que proceda, mediante: 1º. La tutela; 2º. La curatela; 3º. El defensor judicial”*.

Por otra parte, las resoluciones judiciales por las que se constituyen los cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil para poder ser oponibles a terceros (art. 218 CC), no siéndolo hasta dicho momento (salvo acreditación de que ese tercero conocía por medios extrarregistrales la constitución del cargo tuitivo y la designación de una persona para ocuparlo). Inscripción que tendrá lugar en virtud de la comunicación directa y sin dilación que emitirá el Juez al Encargado del Registro civil (art. 219 CC).

#### **4.2.1.2.1. La tutela de los menores de edad**

##### **Concepto y fundamento**

Consiste la tutela en la designación de una persona para el desarrollo de una función protectora de un menor o incapacitado, para lo cual se reconocen a dicho sujeto unos derechos y unas facultades de actuación sobre la persona y/o bienes de ese menor o ese incapacitado, los cuales deberán ser ejercitados en atención y beneficio del tutelado, estando además sujetos a control judicial.

Según el art. 222 CC, *“estarán sujetos tutela: 1º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; 2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; 3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo”*.

El fundamento de la tutela radica en proteger integralmente a aquellas personas que no pueden valerse por sí mismas, o bien por estar afectadas por una incapacidad declarada en sentencia firme o bien por carecer de la madurez suficiente como para funcionar con plena autonomía en la vida y en el tráfico jurídico. Nótese como el criterio, en este segundo caso, no es el de la edad,

sino el de la madurez: por eso, se coloca bajo tutela no a todos los menores de edad (menores de 18 años, pues) que no estén bajo patria potestad, sino más bien a los menores no emancipados, pues puede haber menores de edad sí emancipados que, por tanto, no requieran ya ni de unos padres que ejerciten la patria potestad ni, en defecto de éstos, de unos tutores (no obstante, estos menores no emancipados no quedan al margen de las instituciones tutelares, viéndose sometidos a la llamada curatela).

### **Nombramiento del tutor**

Puede recaer el cargo de tutor en una sola persona o en varias conjuntamente. En el primer caso, existe un orden de preferencia en el art. 234 CC que servirá al Juez para nombrar un tutor que proteja al menor de edad no emancipado. Orden que no puede ser seguido a rajatabla, pues hay personas que no pueden ser tutores del menor (su cónyuge, sus padres –habría patria potestad, no tutela- o sus hijos). Otros de los descritos por el art. 234 CC, en cambio, sí pueden ser tutores, como es el caso de la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad o el ascendiente (v.gr. su abuelo) o un hermano del menor tutelado que designe el Juez.

No obstante, el párrafo 2º del art. 234 habilita al Juez para alterar el orden legal del art. 234 CC o para prescindir de todas las personas mencionadas si así lo demanda el interés supremo en esta materia, esto es, si con ello se consigue un beneficio para el menor o incapacitado. Libertad de decisión judicial que corresponderá también (siempre bajo el principio del interés del tutelado y, como dice, *“por sus relaciones con éste”*) cuando no exista o no sea capaz o hábil ninguna de estas personas.

### **Funciones y obligaciones del tutor**

El carácter de institución supletoria o sustitutiva de la patria potestad cuando se trata de tutela de menores no emancipados aproxima ambas instituciones desde el punto de vista de su contenido: el tutor es su representante legal (quien actúa en su nombre) y el administrador de sus bienes (quien gestiona su patrimonio, si bien con los límites previstos en el art. 271 CC, precepto que exige autorización judicial necesaria para determinados actos especialmente importantes para el patrimonio del menor: renunciar derechos, enajenar o gravar inmuebles, tomar dinero a préstamo, aceptar herencia sin beneficio de inventario, donar bienes del tutelado y otros actos de tipo dispositivo).

Y por eso señala el art. 268 CC que *“los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor. Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente”*. Precepto completado por el art. 269 CC que establece la obligación de velar por el tutelado y en particular: 1º procurarle alimentos; 2º educar al menor y procurarle una formación integral; 3º promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; 4º informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Contenido de la tutela que abarca cuestiones personales y cuestiones patrimoniales y que estará dividido cuando por decisión judicial la tutela de la persona y bienes haya de corresponder a personas distintas (como prevé el art. 236 1º CC). Cuando el tutor se encargue de los bienes del menor, habrá de hacer inventario de los bienes del tutelado en los 60 días siguientes a la toma de posesión de su cargo y, si la autoridad judicial lo estima oportuno, deberá prestar fianza que asegure el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la tutela.

### **Remoción del tutor.**

Según el art. 248 CC, procederá el cese de la persona judicialmente designada como tutor, a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada y por alguna de las razones del art. 247 CC:

1º Que el tutor, una vez tomado posesión de su cargo, incurra en alguna de las causas legales de inhabilidad a las que se refieren los arts. 243 y 244 CC. Causas que pueden surgir con posterioridad al nombramiento como tutor (v.gr. el tutor –tío del menor tutelado- se ve privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos –art. 243.1ºCC-; los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela sea sólo de la persona y no de los bienes -art. 244 5ºCC-; personas de mala conducta o sin manera de vivir conocida –art. 244 3º CC) o bien que pueden existir desde antes pero salir a la luz con posterioridad a la designación como tutor (v.gr. descubrimiento ulterior de que el tutor había sido tiempo atrás removido de otra tutela –art. 243.2º-, de que tenía una enemistad manifiesta con el menor o incapacitado –art. 244.2º- o de que tenía un conflicto de intereses con el menor o incapacitado o mantenía un pleito sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, así como los que les adeudaren sumas de dinero de consideración –art. 244 4º CC-)

2º Que el tutor se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por el incumplimiento de los deberes propios de su cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio.

3º Que surgieran problemas de convivencia graves y continuados que hicieran imposible o no recomendable el ejercicio de la tutela por esa persona y que aconsejaran el nombramiento de nuevo tutor.

### **Extinción de la tutela**

A tenor de los arts. 276 y 277 CC, la tutela se extingue:

- 1.- Por fallecimiento de la persona sometida a tutela
- 2.- Por llegar a la mayoría de edad o serle concedido el beneficio de la mayor edad (es la emancipación de los menores de edad sometidos a tutela)
- 3.- Por sustitución de la tutela por una patria potestad, ya sea la de unos nuevos padres adoptivos de ese menor no emancipado, ya sea la de los padres del menor, hasta entonces privados o suspendidos de la patria potestad y que por decisión judicial la recuperan.

Extinción de la tutela que dará lugar, en el plazo de tres meses desde la cesación de la tutela, a la necesaria rendición de cuenta general del tutor ante la autoridad judicial (art. 279 CC) para que ésta examine la administración llevada a cabo por el tutor y dictamine lo que proceda.

Cuando el tutor haya asumido la tutela de la persona del menor, el mantenimiento de éste le habrá generado unos gastos que tiene derecho a recuperar si el patrimonio del tutelado lo permite, lo cual tendrá lugar a través del llamado derecho de retribución del art. 274 CC, que *“corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes”*.

#### 4.2.1.2.2. La curatela de los menores de edad.

##### Concepto

Institución tutelar o tuitiva introducida en Derecho civil español en la reforma acaecida por ley 13/1983, 24 de octubre. A diferencia de la tutela, en la que el tutor representa al tutelado hasta el punto de sustituirle en el tráfico jurídico (v.gr. vendiendo, comprando, constituyendo gravámenes), en la curatela, el curador simplemente complementa la capacidad de ese menor de edad o ese incapaz cuando uno u otro actúan en el tráfico jurídico.

En este caso, quien opera en el tráfico jurídico realizando negocios actos y negocios jurídicos y vinculándose con terceros es el menor o incapacitado, si bien, al no serles reconocida una plena capacidad de obrar, se establece que hay ciertos actos en los cuales habrán de contar con el complemento de capacidad de su curador (art. 288 CC).

Por lo que ahora interesa, unas de las personas sometidas a curatela, según el art. 286.1º CC son los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, así como (art. 286.2º CC) los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad (recordemos, aquellos que pasan de la tutela a la emancipación).

En tales casos, el curador aportará el complemento de capacidad para los actos englobados en el art. 323 CC: tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Salvo estas excepciones, la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, lo que implica que podrá realizar todos los restantes actos y negocios jurídicos como si fuera un sujeto con plena capacidad de obrar.

Por otra parte, son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (art. 291 párrafo primero CC), no pudiendo ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados (párrafo segundo del mismo precepto).

El curador, como sabemos, complementa la capacidad del sujeto a curatela, de modo que los actos realizados sin ese complemento de capacidad son anulables (art. 293 CC) a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela. Esto es, no son nulos de raíz pero sí susceptibles de ser anulados sobrevenidamente. Por otra parte, si existe una disconformidad entre curador y sometido a curatela acerca de una determinada conducta y éste entiende que la negativa de aquél está infundada y le perjudica, podrá acudir a la autoridad

judicial que, en ejercicio de su función de control de los órganos tutelares y de protección de menores e incapacitados, dictará lo que considere oportuno.

La curatela de los menores de edad terminará: 1) por muerte del sujeto a curatela; 2) por alcanzar dicha persona la mayoría de edad; 3) por la adopción del sujeto a curatela, pues entonces, si bien no se instaura de nuevo una patria potestad (pues, recuerden, la curatela del menor se aplica al ya emancipado, que por tanto está libre de la patria potestad) sí que aparecen unos nuevos padres que sustituirán al curador en el complemento de capacidad de los actos del art. 323 CC.

#### **4.2.1.2.3. El defensor judicial de los menores de edad**

##### **Concepto y supuestos en los que procede**

Se trata de una figura o institución tutelar con la que se busca brindar una representación, asistencia y protección de una persona en supuestos muy distintos pero caracterizados por su carácter esporádico o circunstancial. Si la tutela y la curatela son instituciones o cargos tutelares de carácter estable y permanente (no para un acto concreto, sino en general o para todos los actos de un mismo tipo: v.gr. actos de disposición de bienes), el cargo de defensor judicial es temporal, ocasional: para una situación o período concreta y puntual.

El nombramiento de un defensor judicial procede, a tenor del art. 299 CC, en los siguientes supuestos:

1º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.

2º *“En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”,* causa que puede ser voluntaria (dejación de funciones) o involuntaria (muerte o enfermedad del tutor o curador)

3º *“En todos los demás casos previstos en este Código”.*

A tenor del art. 300 CC, *“el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo”.*

## Régimen jurídico

Se aplican las mismas reglas que veíamos al hablar de la curatela: 1) se aplican al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores (y curadores, dice el art. 301 CC); 2) el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida (art. 302 CC).

### 4.2.1.2.4. La guarda de hecho de los menores de edad

Con este nombre designamos a aquellas situaciones en las que una persona, sin que exista nombramiento al efecto (aquí reside el sustrato fáctico que da nombre a la figura), se encarga de la guarda o protección de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurre una causa de incapacitación. Casos, por tanto, en los que debería constituirse la tutela pero, de hecho, ésta no se promueve ni, por tanto, se constituye judicialmente, pese a lo cual hay una persona que dispensa protección al menor o incapaz no incapacitado (pues si lo estuviera, sí que tendría designado un tutor).

En este caso, dado el carácter interino de la situación, que no se considera como deseable sino más bien como marginal y que por tanto anima a convertir la protección de hecho en función o cargo tutelar, el Código Civil ofrece una regulación muy parca, que se limita a

la posibilidad de que el Juez exija al guardador que informe acerca de la situación de la persona y bienes del menor o incapaz y de su actuación respecto de los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas (art. 303 CC), y sin que ello signifique implícitamente admitir que la situación debe permanecer como está.

establecer la validez de los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz, que no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (art. 304 CC)

reconocer al guardador de hecho el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sin culpa por su parte, a consecuencia del ejercicio de la función tutelar (art. 306 CC, por remisión al art. 220 CC en sede de tutela).

#### **4.2.1.2.5. La guarda administrativa de menores**

##### **Presupuesto: la situación de desamparo**

Los padres deben atender debidamente a sus hijos. Cuando dicha atención no se produce, es legítima la intervención del Estado basada en el criterio de proporcionalidad, lo que se traducirá en establecer mecanismos de apoyo a la familia si ello no va contra el interés del menor.

Cuando estos mecanismos fracasan y el menor queda en situación de desamparo (definido por el art. 172.1 párrafo 2º), esto es, privado de la necesaria asistencia moral o material, la entidad pública encargada en cada Comunidad Autónoma de la protección de menores intervendrá y asumirá la tutela legal del menor, adoptando las medidas precisas, entre ellas y principalmente la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria

A esta intervención se le llama guarda administrativa y puede estar motivada porque de hecho hay un desamparo, o porque los padres o tutores, que ven que no pueden mantener al menor, lo solicitan, pidiendo a la Administración que les ayude momentáneamente y que asuma la guarda de ese menor. En este último caso, queda igualmente en suspenso la patria potestad, si bien la solicitud de ayuda a la Administración pone de manifiesto que el problema no es tanto de voluntaria desasistencia a los hijos como de ausencia de medios materiales, lo que hace menos posible la aplicación del art. 170 1º CC (privación de la patria potestad) al no haber verdadero incumplimiento sino más bien serias dificultades materiales para cumplir los deberes paternos de asistencia y cuidado. Sólo la permanencia e irreversibilidad de los problemas podrá dar lugar a una privación de la patria potestad, pues la suspensión tiene carácter necesariamente temporal.

##### **Consecuencias del desamparo: el acogimiento de menores**

¿En qué se traduce esa guarda? Esto es, ¿dónde pasa a vivir el menor? La forma de materializar esa guarda administrativa puede ser, o bien mediante un acogimiento residencial (esto es, el menor pasa a vivir en un centro público destinado al efecto) o bien en un acogimiento familiar (pasa a vivir con una familia), elección que corresponde a la entidad pública (o al Juez, en los casos de oposición al acogimiento planteada judicialmente por los padres o tutores del menor), que obrará siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 174.1), que habrá de comprobar al menos semestralmente la situación del menor (art. 174.2 párrafo 2º).

El acogimiento familiar aparece regulado en los arts. 173, 173 bis y 174 CC y constituye una institución distinta de la adopción. La diferencia esencial es que en la adopción, el menor pasa a formar parte de una familia, surgiendo vínculos jurídicos de filiación; por el contrario, en el acogimiento, el menor vive junto a una familia pero no se vincula jurídicamente con sus miembros.

A tenor del art. 173.1 CC los acogedores deben cuidar, educar y proporcionar una educación integral al menor, lo que recuerda bastante a la patria potestad que surge tras la adopción. Sin embargo, un acogedor no es un adoptante y ello por varias razones:

la adopción es irrevocable, mientras que el acogimiento se extingue por voluntad unilateral de los acogedores. Esto es, el adoptante no puede por su propia voluntad dejar de ser padre; en cambio, el acogedor sí que puede dejar de serlo.

la adopción no es remunerada; en cambio, el acogimiento sí que puede dar derecho a una compensación económica, pudiendo el acogimiento familiar estar profesionalizado (art. 173.2.6º CC).

en la adopción, la familia de origen no tiene derecho de visita; en cambio, en el documento de acogimiento se habrá de establecer la periodicidad de las visitas al menor acogido, salvo que esas visitas sean contrarias a su interés (v.gr. acogimiento preadoptivo)

### **Acogimiento familiar: clases y régimen jurídico**

Esta modalidad de acogimiento está regulada por el art. 173 bis CC (introducido tras la reforma sufrida por el Código civil a consecuencia de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica de Menores), el cual distingue entre

1º. Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista carácter más estable.

2º. Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar al Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de

tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

- 3º. Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

Además, la entidad pública podrá formalizar un acogimiento preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, período que será lo más breve posible y en ningún caso superior a un año.

### **Acogimiento residencial**

Esta modalidad de acogimiento supone la integración del menor en situación de desamparo en un Centro público dedicado a la protección de menores y dependiente en su funcionamiento y gestión de las autoridades competentes en materia de protección de menores. Acogimiento residencial que se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor (art. 172.3 CC).

#### **4.2.1.3. La adopción.**

##### **Principios fundamentales**

Señala el art. 176.1 CC que *“la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*.

En toda adopción hay varios intereses en juego. De un lado está el interés individual del adoptante o adoptantes, que aspiran por medio de la adopción a tener un hijo que ellos no pueden o no quieren tener. De otro lado está el interés de un menor necesitado de una familia que ponga remedio a su situación

de abandono o desamparo. Y finalmente hay un cierto interés social, en dar familia a quien carece de ella.

Tras las reformas del Código Civil de 1987 y de 1996, el eje sobre el que gira la regulación de la adopción es la protección del interés del menor y por ello se exige en los adoptantes una idoneidad para el ejercicio de la patria potestad.

### **Quiénes pueden adoptar**

En sentido estricto, nadie tiene derecho a adoptar: nadie puede invocar frente a la Administración o frente al Juez un hipotético derecho a adoptar y nadie puede exigir que se le considere idoneo y menos aún que se le entregue a un niño en adopción. Si bien no hay *un "derecho a adoptar"*, pues no hay nada que exigir, sí hay personas que tienen la posibilidad de adoptar. En concreto, pueden ser adoptantes:

- A. Individualmente una sola persona, constituyendo esta hipótesis la menos frecuente en la práctica pero la que se toma como modelo para regular la adopción.
- B. Conjuntamente, los cónyuges, lo que en la práctica es la regla general: art. 175 4º CC *"fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona"*.
- C. Conjuntamente, los integrantes de una pareja heterosexual unida de foma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, esto es, los integrantes de las uniones de hecho heterosexuales (Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/1987)

Lo que no se permite es la adopción conjunta por dos personas que ni están casadas ni son pareja de hecho, pues se entiende que no constituyen el marco familiar adecuado para el menor. Y es que el menor no sólo necesita unos padres sino que, además, necesita que éstos constituyan una familia que pueda tildarse de tendencialmente estable. Por eso no se permite la adopción conjunta v.gr. por un primo y una prima que viven juntos o por dos amigos que comparten vivienda.

Además de lo anterior, el art. 175 1º CC exige que los adoptantes tengan más de 25 años. En cambio, si adoptan ambos cónyuges (o unidos), basta con que sólo uno de ellos sobrepase esa edad. Además, se exige que en todo caso entre cada uno de los adoptantes y el adoptado exista una diferencia de edad de, al menos, 14 años.

## Quiénes pueden ser adoptados

En este caso tampoco existe, en sentido estricto, un derecho a ser adoptado pues no hay nadie en concreto que esté obligado a adoptarle. Lo que sí hay es un derecho a que los poderes públicos promuevan y faciliten esa adopción.

Por ello, el Código Civil no dice *“tienen derecho a ser adoptados”* sino más bien *“podrán ser adoptados ...”*. A tenor del art. 175 2º CC *“únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”*. Sin embargo, inmediatamente después matiza y admite con carácter excepcional la adopción de menores emancipados y de mayores de edad, en caso de que existiera una convivencia o un acogimiento entre el adoptante y el adoptando iniciada antes de los 14 años de éste y que hubiera seguido ininterrumpidamente hasta la emancipación del adoptando.

Por el contrario, no se puede adoptar (art. 175 3ºCC):

A los descendientes.

A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

A un pupilo por su tutor, hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

## El procedimiento adoptivo

El control de idoneidad de los adoptantes es doble: primero, administrativo; segundo, judicial. El procedimiento para adoptar (recogido básicamente en los arts. 1825 a 1832 LEC 1881, vigente por ser una materia de jurisdicción voluntaria y por tanto transitoriamente respetada por la LEC 2000) es el siguiente.

En primer lugar, se requiere una solicitud de adopción a la entidad pública que sea competente en cada Comunidad Autónoma en materia de protección de menores (en Navarra, el Instituto Navarro de Bienestar Social) o a la entidad privada (asociación o fundación sin ánimo lucro dedicada a protección de menores) a quien ésta haya nombrado como colaboradoras.

En segundo lugar, esta entidad declara la idoneidad del solicitante en abstracto, esto es, respecto de cualquier posible adopción, si bien puede imponer limitaciones.

En tercer lugar, la entidad pública, ya con vistas a la adopción de un menor en concreto, formula una propuesta previa respecto del adoptante o adoptantes que estime más idóneos de entre los solicitantes, para el ejercicio de la patria potestad. Solicitud soslayable en los casos del art. 176 2º CC, en los que el adoptante acude directamente al Juez. Casos que son los siguientes: 1) cuando el adoptando sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad (esto es, tío del menor susceptible de adopción); 2) cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante; 3) cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haya estado bajo la tutela del posible adoptante durante ese mismo tiempo; 4) cuando el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado.

Todos estos pasos previos permiten iniciar un expediente de adopción que culminará con un auto judicial en el que el Juez constituirá la adopción si, tras analizar la propuesta y practicar todas las diligencias que estime oportunas (art. 1826.1º LEC 1881) estima que esos adoptantes propuestos son idóneos o en la que se rechazará la adopción si se estima que no lo son (contra el auto cabe sólo recurso de apelación, art. 1826.3º LEC 1881). En tal caso, se devuelve el expediente a la entidad administrativa, para que formule nueva propuesta.

### **Consentimientos, asentimientos y audiencias**

Según el art. 177 apartado 1º CC, *“habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”*. Consentimientos sin los cuales no puede constituirse una adopción válida.

Por su parte, deben asentir a la adopción según el art. 177 apartado 2º CC: 1) el cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente; 2) los padres del adoptando que no se hallare emancipado. Asentimiento que supone una forma, si se quiere, más mitigada de consentimiento, lo que se traduce en la posibilidad de que se prescinda del mismo si no comparecieren ante el Juez para ello o si no pudieren ser citados por no conocerse su domicilio o paradero. No obstante, de acordarse la adopción sin el citado asentimiento, podrán las personas del art. 177.2º CC; pedir la extinción de la adopción en las condiciones del art. 180 CC.

El asentimiento de la madre biológica a la adopción de su hijo no podrá prestarse hasta 30 días después del parto, para salvaguardar así su libertad de decisión (plazo que debe ser respetado so pena de nulidad de la adopción: STS

21 septiembre 1999). Por otra parte, el asentimiento de los padres biológicos (que por otra parte habrá de ser genérico, no pudiendo referirse a unos adoptantes concretos) no es necesario en los siguientes casos (art. 177.2):

- a) que los padres hayan sido privados de la patria potestad (art. 170);
- b) que los padres estén incurso en causa de privación de la patria potestad (en cuyo caso sólo deben ser oídos por el Juez ex art. 177.3.1º CC);
- c) que los padres estén imposibilitados para prestar su asentimiento (incapacitados, ausentes, etc).

Por último, existen ciertas personas o entidades previstas en el art. 177 3º CC, que deben ser simplemente oídas por el Juez. Se trata de: 1) los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción; 2) el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores; 3) el adoptando menor de 12 años, si tuviere suficiente juicio; 4) la entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

### **La decisión judicial**

El expediente de adopción concluye con una resolución judicial en forma de Auto, susceptible de recurso de apelación (art. 1826 LEC 1881) y que tiene una eficacia constitutiva del vínculo adoptivo, de modo que a partir del mismo se inicia la relación de filiación y ésta comienza a surtir efectos. Dicha resolución judicial debe inscribirse en el Registro civil al margen de la inscripción de nacimiento del hijo adoptivo (art. 46 LRC) y a partir de entonces se produce el cierre registral respecto de terceros que tendrán restringido el acceso a la publicidad de la adopción (arts. 21 y ss RRC).

### **Efectos de la adopción**

La adopción supone dar un padre y/o una madre a ese adoptado (generalmente, como sabemos, un menor). Significa darle definitivamente unos padres al menor, lo que explica que la adopción sea irrevocable (art. 180.1 CC).

Por otra parte, como no son posibles dos filiaciones simultáneas (esto es, que legalmente tenga dos padres y/o dos madres: los antiguos y los nuevos), el art.

178 CC señala que la adopción extingue los vínculos jurídicos del adoptado con la familia anterior, si bien con dos matices

- a. Subsisten esos vínculos jurídicos en ciertos casos, previstos en el art. 178.2º CC: 1) cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido; 2) cuando solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que la subsistencia del vínculo jurídico haya sido solicitada por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de subsistir.
- b. Nunca se rompen esos vínculos jurídicos a efectos de impedimentos matrimoniales (art. 178.3 CC). V.gr. el hijo adoptado por una familia no se podrá casar con quien fue su madre biológica, por mucho que jurídicamente nada le una a ella.

La irrevocabilidad de la adopción no significa que ese vínculo jurídico paterno-filial sea inatacable, pues puede: a) ser disuelto en el plazo de 2 años: cuando se constituyó indebidamente por faltar el consentimiento de los padres biológicos sin culpa de éstos (si bien, no se romperá el vínculo si el Juez entiende que ello va a ir contra el interés del menor: una vez más, el interés supremo del menor); b) ser relajado, cuando el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, prive al adoptante de las funciones tuitivas y de los derechos frente al adoptado (sobre todo económicos: típicamente, hereditarios), por haber incurrido en causa de privación de la patria potestad. Lo cual puede desembocar en una segunda adopción.

### ***Adopción internacional***

La internacionalización del fenómeno adoptivo hace que cobre especial relevancia el artículo 9 5º CC. A tenor de dicho precepto

- si la adopción de un extranjero es constituida por un Juez español o por el Cónsul español en el país del adoptando (esto es, del que va a ser adoptado), se aplicará la ley española en tema de requisitos (capacidad para ser adoptante, control administrativo de la idoneidad del adoptante mediante una necesaria propuesta previa por entidad pública, etc).

Ahora bien, si el adoptando reside habitualmente en el extranjero o si reside en España pero no va a adquirir la nacionalidad española, habrá de

cumplirse la ley de su nacionalidad en materia de capacidad del adoptando y consentimientos necesarios para la adopción (v.gr. de los padres o de los tutores del menor).

- si la adopción se constituye por autoridad extranjera (v.gr. por el juez o la autoridad administrativa que sea competente según la legislación del país al que pertenece el adoptando), los consentimientos y capacidades (todos: adoptar y ser adoptado) serán los que determine la ley personal del adoptando y esa adopción será eficaz en España si sus efectos coinciden con los de la legislación española. Así, una adopción que no cree vínculos de filiación entre adoptante y adoptado, no sería reconocida en España.

Del mismo modo, ha de tenerse en cuenta que el art. 9.5 del Código Civil español, tras la reforma introducida por la Ley 18/1999, tiene un último párrafo en virtud del cual si la ley extranjera (del país del adoptado) otorga al adoptante un derecho de revocar la adopción, dicha adopción no será reconocida en España y, por tanto, el niño/a no podrá ser inscrito en el Registro Civil como hijo/a de esos adoptantes, debiendo someterse en tal caso a la tutela de la entidad administrativa correspondiente. Sin embargo, si el adoptante renuncia a tal derecho ante el encargado del Registro Civil o en documento público, sí que será reconocida.

Para cerrar el tema de la adopción internacional, hay que recordar el papel destacado que desempeña el Convenio de La Haya de 1993 (sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional), ratificado por España por Instrumento de 30 de junio de 1995 y con el que se busca la cooperación interestatal para prevenir el odioso tráfico de niños y para facilitar que las adopciones hechas en el país de origen sean reconocibles y eficaces en el país de acogida.

A tal efecto se exige un doble control estatal, tanto en el país de origen como en el país de acogida. A tenor del artículo 4º del Convenio de La Haya, las Autoridades competentes del Estado de origen deben haber establecido que el niño es adoptable y que, no siendo posible su adopción en su Estado de origen, una adopción internacional responde al interés superior del menor.

Asimismo, deben haberse asegurado de: 1) que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen; 2) que esas personas han dado su consentimiento libremente, en la

forma legalmente prevista (que en el caso de la madre implica necesariamente la posterioridad al parto) y con constatación por escrito; 3) la gratuidad y la no revocación de esos consentimientos; 4) que el niño, teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la misma, habiéndose además tomado en consideración sus deseos y opiniones y habiéndose obtenido su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario, libremente, gratuitamente, en la forma legalmente prevista y con constatación por escrito.

Por su parte, el artículo 5 del Convenio de La Haya impone que las autoridades competentes del Estado de recepción hayan constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar, además de encontrarse convenientemente asesorados. Deberán constatar también que el niño/a ha sido o será autorizado/a a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Esas autoridades competentes serán las autoridades centrales que cada Estado contratante designe (art. 6) y serán las encargadas de controlar la adecuación de los procedimientos de adopción internacional a los objetivos y normas del Convenio, intercambiando a tal efecto la información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos que sea necesaria para realizar la adopción. Funciones que las Autoridades Centrales podrán desempeñar directamente o con la cooperación de Autoridades públicas o de otros organismos debidamente acreditados en su Estado (art. 9). Estos últimos deberán guiarse por una finalidad no lucrativa, deberán ser dirigidos y administrados por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia para actuar en el ámbito de la adopción internacional y habrán de estar sujetos al control de la Autoridad competente en cada Estado (art. 11).

## **4.2.2. En el Derecho Civil navarro (Fuero Nuevo de Navarra)**

### **4.2.2.1. Introducción: la gradación de la capacidad en el Derecho navarro**

A tenor del art. 9.1. CC la ley personal de las personas *físicas* “regirá la capacidad, y el estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte”. Ley personal que viene determinada por la nacionalidad (art. 9.1 CC) y, cuando se trata de españoles, por la vecindad civil (art. 14.1 CC “*la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*”).

Así pues, si queremos conocer cuál es la capacidad de obrar de una persona con vecindad civil navarra y por tanto su capacidad para realizar actos jurídicos y concluir negocios jurídicos como v.gr. comprar, arrendar o tomar dinero a préstamo, tendremos que acudir a lo que diga el Fuero Nuevo de Navarra. Al respecto, la ley 50 distingue entre:

- Las personas con plena capacidad, que adquieren ésta al convertirse en mayores de edad, lo que acontece al cumplir los 18 años. Mayoría de edad que otorga a las personas (art. 322 CC) capacidad para todos los actos civilmente relevantes, salvo las excepciones recogidas en el propio Código civil (v.gr. adoptar individualmente, para lo cual se necesita tener 25 años, no bastando la mayoría de edad).
- Las personas que, por no alcanzar la mayoría de edad carecen de plena capacidad de obrar a efectos jurídicos. Es la categoría de los menores de edad. Categoría que, sin embargo, no es homogénea ni unitaria, hasta el punto de que dentro de la misma se pueden a su vez distinguir varias subcategorías, cada una de las cuales otorga una distinta capacidad de obrar al sujeto en función de la madurez del mismo. Dichas subcategorías son la pubertad y la emancipación.
- Son menores de edad púberes los niños y niñas (siguiendo la terminología de la Convención de 20 noviembre de 1989 de Derechos del Niño) que tienen entre 14 y 18 años, personas que tendrán capacidad para los actos determinados en la Compilación de Derecho civil de Navarra (ley 50 pñ 2º). Entre esos actos para los cuales goza de capacidad un púber se encuentra la realización de testamento (ley 184.1º FNN) salvo cuando se trate de realizar un testamento ológrafo o autógrafo (art. 688 CC que exige mayoría de edad y que es aplicable en virtud de la remisión de la ley 193 FNN); y se encuentra también el reconocimiento de hijos, si bien con la necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (ley 69 párrafo tercero), dadas las importantes consecuencias jurídicas que acarrea el hecho de quedar determinado legalmente como padre de un niño.
- Por su parte, y aunque la ley 50 no hace referencia expresa a ellos, son impúberes los que no llegan a 14 años y, por ello, carecen de capacidad de obrar por sí mismos, teniendo que actuar siempre a través de sus representantes legales (padres o tutores)
- A su vez dentro de los menores de edad púberes, podemos distinguir entre los púberes no emancipados y los púberes sí emancipados. Emancipación que se puede obtener por las vías previstas por el CC (artí-

culos 314 a 321 CC) a partir de los 16 años, con la salvedad de quienes teniendo 14 o 15 contraigan matrimonio con dispensa del Juez de Primera Instancia (art. 48.2 CC, cuando concorra justa causa y a instancia de parte interesada), pues en tal caso el matrimonio les emancipa, pese a no tener aún 16 años. Emancipación que sin embargo no es obligatoria ni automática: por el mero hecho de llegar a los 16 años un menor no se emancipa.

Así las cosas, el criterio de la pubertad es un criterio objetivo, alcanzándose esta condición automáticamente al llegar a los 14 años. Sin embargo, el criterio de la emancipación presenta un carácter más contingente: entre los 14 y los 16 años el menor no tiene acceso a la emancipación (salvo matrimonio, recordemos) y entre los 16 y 18 años sí tiene acceso a ella pero sólo cuando se solicite y se cumpla alguno de los supuestos legalmente previstos.

Por lo que se refiere a la capacidad de obrar de unos y otros, el Fuero Nuevo de Navarra se limita a decir, respecto de los púberes no emancipados, que pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades (v.gr. donaciones y herencias) por las que no contraigan obligaciones (no obligaciones modales), y ello aunque dichas liberalidades contengan limitaciones o prohibiciones de disponer de esos bienes.

Por su parte, si los púberes no emancipados, pese a su escasa madurez, pueden aceptar liberalidades (donaciones y herencias), resulta absolutamente lógico que los púberes sí emancipados también puedan hacerlo. Es más, la condición de emancipados otorga a esta peculiar clase de menores una capacidad muy próxima a la que corresponde a los mayores, lo cual se pone claramente de manifiesto cuando observamos que los emancipados navarros pueden contraer matrimonio (art. 46.1º CC *a contrario sensu*), otorgar capitulaciones matrimoniales (ley 78 párrafo tercero) y otorgar pactos sucesorios (aunque sólo cuando éstos se realicen mediante capitulaciones matrimoniales: ley 73 pº 1º), pudiendo también constituir una pareja estable con los efectos previstos por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio de Igualdad Jurídica de Parejas Estables, cuyo art.2.1 señala que “a efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado”.

En este mismo sentido, la ley 66 pº 3º FNN señala que “*el menor emancipado puede realizar por sí toda clase de actos y contratos, incluso comparecer en juicio, excepto tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles,*

*establecimientos mercantiles o industriales, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario; para estos actos, al igual que para la comparencia en juicio que verse sobre los mismos o tenga por objeto bienes de las clases indicadas, requerirá la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su caso, de los Parientes Mayores o del curador”.*

Esto es, para aquellos negocios jurídicos que comprometen más gravemente su patrimonio presente y futuro o que tienen una mayor repercusión patrimonial (típicamente, tomar dinero a préstamo o transmitir la propiedad de una finca u otro inmueble cualquiera) no basta la capacidad de obrar del emancipado, siendo necesario algo más. En concreto, y como medida de protección de ese menor y de su patrimonio, se requiere un *plus* de capacidad del que el emancipado carece, lo se traducirá en exigir la *asistencia* de alguno de sus padres, del curador (cuando dicho menor esté sujeto a curatela) o de los Parientes Mayores, figura esta última característica del Derecho Navarro (leyes 137 a 147 FNN) que implica la asistencia de un pariente de línea materna y otro de línea paterna y que actúa como instancia decisoria en cuestiones conflictivas familiares relacionadas sobre todo con el patrimonio familiar.

Asistencia que puede interpretarse como presencia, consejo y no desaprobación expresa de ese negocio jurídico que pretende realizar el emancipado. Esto es, no es necesario el consentimiento expreso de esas personas o su asentimiento, sino que basta con la presencia en el acto y no oposición expresa al mismo (de haberla, aún quedaría al criterio judicial el decir qué es lo mejor para el menor).

Ley 66 FNN que si bien no regula específicamente las causas de emancipación (por lo que tendremos que ir al CC para saber cuándo esos púberes navarros están emancipados y cuándo no), sí que regula el contenido de la emancipación. Esto es, no dice cuándo estamos ante un emancipado pero sí dice qué puede hacer ese emancipado.

La excepción viene dada por el párrafo 2º de la ley 66 apartado 3º, que recoge una causa de emancipación que constituye un peculiar tipo de emancipados: la de los emancipados por vida independiente, a los que alude también el art. 319 CC. Se trata de menores de edad (aunque siempre mayores de 16 años) que viven al margen del hogar paterno y que gozan de una independencia tanto vital como material, siendo económicamente autosuficientes.

Esta categoría constituye una suerte de emancipación de hecho a la que se le reconocen los mismos efectos que al resto de emancipaciones (judicial, legal o concedida por los padres). La única diferencia es que dicha emancipación por vida independiente es revocable por los padres concurriendo justa causa para ello.

¿Qué sucede si un menor de edad realiza por sí mismo un negocio jurídico con un tercero, sin contar con la asistencia o la representación legal previstas por el FNN? La pregunta no es irrelevante porque dependiendo del grado de capacidad del sujeto, sus negocios jurídicos (tomar dinero a préstamo y vender un inmueble) podrán ser válidos e inatacables, viciados y anulables por algunos o viciados y anulables por cualquiera.

En caso de actuación del menor emancipado sin la asistencia legalmente exigida, el negocio jurídico sería anulable. No nulo de raíz (en cuyo caso la nulidad puede invocarse por cualquier persona y en todo momento, sin que dicho negocio nulo haya surtido efecto alguno) pero sí anulable (en cuyo caso la anulabilidad puede ser solicitada sólo por ciertas personas –en concreto, por el propio menor emancipado y por quienes podría brindarle esa asistencia legal ex ley 66- y sólo en un plazo de 4 años a contar desde la realización del negocio jurídico –ley 34 FNN).

Así se desprende de una lectura a contrario sensu de la ley 19 párrafo primero, en la que se afirma que *“sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados ...”*. Esto es, si los actos realizados por un menor no emancipado son nulos, los actos realizados por un emancipado sin esa asistencia legalmente exigida habrán de ser sancionados, pero un poco menos que los anteriores. En concreto, no con una nulidad absoluta sino con una nulidad relativa o anulabilidad.

Veamos ahora qué sucede cuando un menor de edad no está emancipado. En tal caso, la desprotección jurídica en la que se encuentra como consecuencia de su edad se ve principalmente suplida mediante la institución jurídica de la patria potestad.

#### **4.2.2.2. Patria potestad**

##### **Fundamento**

La regulación navarra de la patria potestad, una vez más, es el resultado de la adaptación del FNN originario a los dictados de la CE78, lo que se traduce v.gr en la titularidad conjunta de la patria potestad por parte de ambos padres.

Adaptación que no impide que se mantengan, al menos teóricamente, algunos rasgos propios del Derecho foral navarro en esta materia, como puede ser la libertad de pactos entre los padres a la hora de organizar el ejercicio de la patria potestad (conjunta, individual, con fraccionamiento de las funciones, etc) o el

recurso a la institución de los Parientes Mayores para dirimir las controversias que puedan surgir entre los padres en el ejercicio de la patria potestad.

Patria potestad que tiene una finalidad básicamente tuitiva del hijo menor de edad, de ahí que se entienda que toda actuación de los padres, todo pacto entre ellos y toda norma jurídica debe estar orientada por el beneficio del hijo (*favor filii*). Se trata pues de poderes que se atribuyen a una persona en beneficio o provecho de otros sujetos que por sí mismo no tienen la capacidad de obrar suficiente para gobernar sus actos.

Es, en definitiva, una función que la Ley confía a los padres en beneficio de los hijos. Precisamente por ello, se entiende que no es libremente renunciable por los padres.

### **Titularidad y ejercicio.**

Como señala la ley 63, la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores

- siempre y cuando ambos estén legalmente determinados y, obviamente, ambos sobrevivan.
- con independencia de que ambos progenitores estén o no casados.
- salvo que la filiación haya sido determinada judicialmente contra la voluntad del progenitor o en sentencia penal condenatoria.

Esta norma, recogida en el párrafo 2º de la ley 72, se traduce en que cuando la relación paterno-filial haya sido determinada contra la voluntad del progenitor (que en el juicio de filiación se negó a reconocer que ese hijo era suyo y que se opuso a que se le atribuyese la paternidad o maternidad sobre él) o en sentencia penal (se entiende que firme) que condene al padre por los hechos que dieron lugar a la filiación (v.gr. violación a resultas de la cual una mujer queda embarazada), quedará instaurado el vínculo paterno-filial entre progenitor (generalmente padre) e hijo, pero el progenitor no ostentará la titularidad de la patria potestad.

Lo cual será relevante porque ese progenitor perderá sus derechos frente a su hijo: como dice la ley 72 párrafo 2, no le heredará ni tendrá derecho alguno sobre su patrimonio. Asimismo, el hijo no llevará los apellidos del padre salvo por voluntad propia o de su representante legal. Sin embargo, sí que conservará la obliga-

ción alimenticia (párrafo 3º ley 72), esto es, la obligación de velar íntegramente por su hijo, soportando los gastos que se deriven de su alimento, vestido, educación, asistencia sanitaria, etc. En definitiva, deberes pero no derechos.

## Contenido

Por lo que se refiere al contenido de la patria potestad, éste está compuesto por la representación de los hijos para todo acto que no puedan realizar por sí mismos, quedando excluidos pues los actos comprendidos en la ley 50 y la ley 153 (adquirir a título lucrativo ya sea inter vivos –donaciones- o ya sea mortis causa –por herencia-).

Asimismo, quedan excluidos los actos sobre bienes cuya administración corresponda a una tercera persona en virtud de la ley 65 apartado 1º FNN (recibidos por el menor por liberalidad y estableciéndose en ese título gratuito que la administración no será la paterna o materna) y los actos en los que pueda existir un conflicto de intereses entre padres e hijos, en cuyo caso se nombrará un defensor judicial que vele por los intereses del menor (v.gr. ley 105 párrafo 2º: en caso de padre o madre que contrae segundas nupcias, a los efectos de liquidar con los hijos del matrimonio anterior la sociedad conyugal disuelta y hacerles entrega de los bienes que les correspondan).

El contenido de la patria potestad está descrito en la ley 63.1º a cuyo tenor la patria potestad *“comprende los siguientes deberes y facultades”*

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía (salvo que la custodia corresponda sólo a uno, en cuyo caso el párrafo 4º de la ley 72 reconoce al otro el derecho de comunicación en las condiciones que apruebe o determine el Juez), alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación”.

Para facilitar el cumplimiento de esta obligación alimenticia, la Ley Foral 16/2003, de 17 marzo, de Recaudación de tributos, que modifica parcialmente diversos impuestos y otras medidas tributarias, contiene una Disposición Adicional primera (desarrollada procedimentalmente por el Decreto Foral 126/2003, de 20 mayo) que establece, en el marco del Plan de Apoyo a la Familia, las siguientes ayudas por maternidad.

- a) A las mujeres con hijos menores de tres años, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad, se con-

cederá una ayuda de 1.200 euros anuales por cada uno de ellos. La citada ayuda será gestionada por el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud y se articulará de forma concordante con las establecidas para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras así como para fomentar la natalidad. La ayuda se concederá durante 3 años, contados a partir del día del nacimiento o de la fecha de la resolución judicial o administrativa que declare la adopción.

- b) A las familias con cuatro o más hijos cuya renta no supere los límites que reglamentariamente se establezcan, se concederá una ayuda de 360 euros anuales por cada hijo menor de 18 años, a partir del cuarto hijo inclusive.

Por su parte, para lograr un mayor cuidado de los hijos el artículo 7 del Decreto Foral 348/2000, de 30 octubre por el que se regula el régimen de vacaciones, licencias y permisos de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral reconoce en el supuesto de parto el derecho a una licencia retribuida por maternidad, cuya duración será de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo y distribuibles a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso el padre de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de la licencia en caso de fallecimiento de la madre (apartado 1).

En el caso de que la madre y el padre trabajen, puede la trabajadora optar también, sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud (apartado 2).

Permiso que existe también en los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, con una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de

niños mayores de seis años de edad, cuando se trate de discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre por períodos ininterrumpidos (apartado 3).

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, la licencia prevista para cada caso podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción (apartado 4).

*“2. Representarlos en cuantos actos les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 64.*

*3. Administrar y disponer de sus bienes en las condiciones que establece la Ley 65 y usufructuarlos dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada.*

*Corresponde también a los padres la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos”.*

Deber de alimentos que, por otra parte, está al margen del patrimonio del hijo. Es decir, aunque el hijo cuente con un patrimonio superior al de sus padres, éstos conservan la obligación de alimentarle y por tanto de soportar los gastos derivados de su educación, manutención, vestido, etc. Cuestión distinta es que, como es lógico, el hijo tiene el deber de contribuir al sostenimiento de la familia, contribución que en el FNN se articula mediante el reconocimiento legal a favor de los padres de un usufructo sobre los bienes de los hijos. Por consiguiente, los padres de un niño navarro adquieren (ex usufructo) los frutos de los bienes cuya titularidad corresponde, sin embargo, a sus hijos.

De todos modos, esa adquisición de los frutos está sujeta a una condición, o mejor a dicho a una limitación de destino. Como afirma la ley 63 apartado 3º, tienen la obligación de *“dar a los frutos percibidos las apli-*

*caciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia, a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada*". Por tanto, los frutos naturales o civiles resultantes del usufructo se han de destinar a satisfacer las necesidades de educación, alimento, etc, del hijo y las ordinarias de la familia.

Y todo ello teniendo en cuenta que, como todo administrador, estarán sujetos a control y deberán rendir cuentas. Por otra parte, se trata de un usufructo cuya duración concluye cuando se extingue la patria potestad por emancipación o por verse los padres privados de ella.

Como ya hemos dicho, la patria potestad persigue la defensa por los padres de los intereses de sus hijos. De conformidad con este argumento, la protección se extiende a los *nasciturus* e incluso a los *concepturus*, como nos recuerda el párrafo 2º ley 63 *"corresponde también a los padres la defensa de los intereses y expectativas de los hijos concebidos y no nacidos, e incluso de los no concebidos"*.

¿A qué intereses se puede estar refiriendo? A las expectativas económicas que se generen a favor del *nasciturus*: como ejemplo paradigmático, son los padres los que deben aceptar las disposiciones a título lucrativo, inter vivos (v.gr. donaciones) o mortis causa (v.gr. nombramientos como herederos, legados) hechas a favor de ese *nasciturus*. Sin embargo, aún no existe patria potestad, motivo por el cual no dispondrán aún ni del usufructo de esos bienes ni de la facultad de administración sobre tales bienes –*vid* ley 154: donación implica administración por donante, salvo pacto en contra.

Además, en lo que constituye una nota diferencial con el artículo 29 CC, la protección no se extiende sólo al concebido no nacido sino incluso al ni tan siquiera concebido, lo que constituye el máximo grado de expectativa jurídica sin sujeto posible titular de la misma.

### **Extinción de la patria potestad**

Según la ley 66, tiene lugar por muerte o declaración de fallecimiento del hijo o de ambos padres. Es necesaria la muerte de ambos, porque si sólo muere o desaparece uno la patria potestad se concentrará en el otro. Obviamente, si sólo uno de los padres era conocido (la madre, típicamente) en ese caso su muerte pondrá fin a la patria potestad.

Por otra parte, la declaración de fallecimiento, dado su carácter transitorio (muerte presunta, sin certeza plena de la misma), permite la recuperación de la patria potestad si el hijo desaparecido reaparece o si el padre desaparecido reaparece.

También extingue la patria potestad la emancipación, por cualquiera de sus causas. Sólo en el caso de la emancipación de hecho podremos hablar de una pervivencia de la patria potestad. Y es que el consentimiento de los padres a la vida independiente del hijo es revocable, revocación que está en manos de los padres y que implicará la recuperación de la patria potestad sobre el hijo.

En cuanto a la adopción, ésta no extingue la patria potestad sino que impone un cambio en la titularidad: la patria potestad que tenían los padres naturales pasan a ostentarla ahora los padres adoptivos. Pero la patria potestad no se extingue, ya que el hijo no se ve liberado de la potestad paterna.

### **Privación.**

Privación de la patria potestad que tendrá lugar por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (que cuando sean de naturaleza personal, acercarán la situación a la de desamparo). Lo cual no libera a los privados de ella de velar por el hijo y de alimentarlo.

Privación que nunca es irreversible, pues cabe la rehabilitación del progenitor siempre y cuando el interés supremo del menor así lo demande.

### **Prórroga**

Con la denominada patria potestad prorrogada se busca proteger al menor de edad que es incapacitado judicialmente (art. 200 CC) para lo cual se acuerda que una vez alcanzada la mayoría de edad los padres mantuviesen la patria potestad sobre su hijo. Se trata así de evitar que en el espacio de tiempo que media entre la adquisición de la mayoría (y salida de la patria potestad) y el nombramiento de un tutor para el incapacitado que llega a los 18 años, esa persona quedase en situación de indefensión. Para evitarlo, se acordó prorrogar automáticamente –ministerio legis- la patria potestad.

### 4.2.2.3.- La adopción en el Derecho navarro

#### Normativa aplicable

La regulación de esta materia está contenida en las leyes 73 y 74, que ofrecen una regulación un tanto deslavazada e incompleta.

#### Quiénes pueden adoptar

Comienza planteándose la pregunta de quiénes pueden adoptar y respondiendo que todos aquellos que puedan hacerlo a tenor de las leyes generales. De esta manera, se contiene una remisión al Derecho común, esto es, no sólo al Código civil sino también a la Ley 21/1987, que reformó el Código civil en tema de adopción y cuya Disposición Adicional Tercera, conserva vida jurídica propia, capacitando a los miembros de una pareja heterosexual con relación de afectividad análoga a la conyugal para adoptar conjuntamente a un menor.

Así pues, pueden adoptar las personas que pueden hacerlo según las leyes generales y, por tanto, pueden adoptar las personas individuales, así como, conjuntamente, los cónyuges y los unidos de hecho. Se exige, asimismo, que el adoptante tenga más de 25 años y al menos 14 años de diferencia de edad respecto del adoptado.

Cuestión distinta es que el Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopción, acogimiento y atención al menor, disponga en su artículo 12 letra c) que los posibles adoptantes deberán “tener una edad máxima de 40 años las mujeres y de 45 años los hombres (distinción de edad discutible incluso constitucionalmente), salvo que las especiales circunstancias que concurren en el menor permitan excepcionalmente una edad mayor en los adoptantes”. Esto es, la normativa administrativa navarra (al igual que hacen otras muchas Comunidades Autónomas) completa la regulación propiamente civil fijando un límite máximo de edad para adoptar, en atención al interés del menor, y sus excepciones (bajo ese mismo interés del menor) y fijando otros requisitos que, sin perjuicio de los que exija la legislación general de adopción, habrán de reunir los posibles adoptantes de menores abandonados, a saber:

*“a) Ser de nacionalidad española.*

*b) Ser residente en Navarra, salvo en los supuestos en que las especiales circunstancias que concurren en el menor, aconsejen que resida fuera del territorio foral.*

(...)

- d) *Disponer de informe favorable psicológico y socio/económico emitido por la Comisión técnica de adopciones y acogimiento familiar.*
- e) *Haber presentado la correspondiente solicitud de adopción en el Registro General del Gobierno de Navarra”.*

Por otra parte, la remisión a la leyes generales acerca de quien puede adoptar ha sido completada por el art. 8 Ley Foral 6/2000 sobre igualdad jurídica de las parejas estables, a cuyo tenor *“los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”*. Se abre así la puerta a la adopción conjunta por personas del mismo sexo, posibilidad no contemplada en el Código civil ni en la Ley 21/1987 y que sólo cabría cuando ambos adoptantes tuvieran vecindad civil navarra.

Frente a dicho precepto de la Ley Foral 6/2000 (y también frente a ésta en su conjunto) se interpuso recurso de inconstitucionalidad 5297/2000 ante el Tribunal Constitucional. A la espera de una sentencia que resuelva el citado recurso y que declare constitucional o no el precepto, la vigencia del mismo (al no haberse suspendido sus efectos por no serle aplicable el art. 30 LOTC, que prevé la suspensión de efectos cuando el Gobierno impugne la constitucionalidad de una ley autonómica, pero no cuando, como era el caso, el recurso lo planteen un número superior a 50 diputados) ha conducido a su aplicación por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona de 22 de enero de 2004, en el que se ha aplicado el art. 8 de la Ley Foral a un caso de adopción por una mujer de los hijos biológicos de otra. Esto es, a un caso distinto al de la adopción conjunta permitida por el art. 8 Ley Foral pese a lo cual, la no interposición de recurso contra dicho auto ha hecho que este devenga firme.

### **Quiénes pueden ser adoptados**

En cuanto a quienes pueden ser adoptados, rige la regla de supletoriedad de la ley 74, por lo que habrá que estar a lo que disponga el Código civil (art. 175.3). La única previsión propiamente foral al respecto es la contenida en la ley 73, que afirma que los menores de edad que sean púberes deberán dar su consentimiento para poder ser adoptados.

## Procedimiento

Por obra de la remisión general al Código civil y leyes especiales, la adopción en Navarra seguirá los cauces ya analizados al abordar la adopción en el Código civil.

Cabe destacar el papel central que desempeña el Servicio Regional de Bienestar Social en toda la tramitación de la adopción, por ostentar la función protectora de aquellos menores abandonados dentro del territorio foral que puedan ser sujetos de adopción (art. 7 Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo), por ser el encargado de solicitar al Juez competente la declaración de situación de abandono cuando aprecie que concurren en un menor cualquiera de las circunstancias de abandono definidas en la legislación vigente (art. 8 Decreto Foral 90/1986), por encargarse de prestar a instancia de los padres o tutores del adoptado o de los adoptantes, el apoyo técnico necesario en el ámbito jurídico, social, psicológico y sanitario (art. 9 Decreto Foral 90/1986) y por inspeccionar (en este caso, se trata del Departamento de Sanidad y Bienestar Social) cuantos centros, de modo permanente o transitorio, acojan o asistan menores abandonados (centros que deberán disponer de un libro de registro de ingresos y salidas de los menores acogidos en el que se consignarán las anotaciones que se determinen reglamentariamente: art. 11 Decreto Foral 90/1986).

A tenor del Decreto Foral 19/2004, de 26 enero, que establece la estructura orgánica del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, las funciones que acabamos de detallar corresponderían a la Dirección General de Familia (art. 16 letras h/ e i/) y más en concreto a la Sección de Protección del Menor (a quien el art. 22, letra k/ le atribuye la valoración, gestión y tramitación de los expedientes de las áreas de su competencia, especialmente los relativos a menores en dificultad social, adopción nacional e internacional, acogimiento residencial y familiar).

Pese a que del enunciado del art. 13 Decreto Foral 90/1986 parece desprenderse que es el Consejero de Sanidad y Bienestar Social el que entrega al niño en adopción (“transcurrido el período de acogimiento familiar -de tres meses- y a la vista de los informes favorables elaborados por la Comisión, técnica, el Consejero de Sanidad y Bienestar Social, mediante la resolución oportuna, hará entrega definitiva del menor para su posterior adopción”), la realidad es que el sometimiento de la adopción a la regulación general y la subordinación de esta norma reglamentaria frente a las previsiones legales implican que la adopción sólo podrá ser establecida por auto judicial, sirviendo la intervención administrativa para formular una propuesta de adopción que el Juez podrá o no tener en consideración.

Tratándose de adopciones internacionales, mayoritarias hoy en día, cabe destacar el papel de las Entidades Colaboradoras en materia de Adopción Internacional a la hora de la tramitación de las mismas. Entidades que, como medida de control por parte de la Administración, han de estar acreditadas, materia ésta regulada por el Decreto Foral 168/2002, de 22 julio, que viene a modificar lo dispuesto en el Decreto Foral 256/1996, de 24 de junio, con el fin de adecuar la regulación a la nueva realidad de la adopción internacional y de mejorar la operatividad y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional.

### **Efectos de la adopción**

En cuanto a los efectos de la adopción, dice el párrafo 2º ley 73 que “serán los pactados en la escritura que se formalice y los establecidos en las leyes”. En realidad, tras la publicación del Derecho de familia acaecida en los últimos lustros, especialmente en esta materia tras la LOPJM de 1996, la adopción ha de guiarse por encima de todo por el interés del menor. Se trata de un interés público (protección de la infancia), lo que determina que lo pactado por las partes (adoptantes y adoptado) en uso de su autonomía de la voluntad, esté sujeto a la normativa de protección de menores (imperativa). Y precisamente por ello, la adopción sigue los cauces del control administrativo.

Así pues, no es que los cónyuges y el niño pacten la adopción en escritura pública, sino que la autoridad judicial (tras un procedimiento administrativo de selección) dicta un auto por el que un niño es dado en adopción a los padres, instaurándose entre ellos un vínculo de filiación cuyos efectos serán los que determine la ley. No hay pues, escritura pública en la que se pacten los efectos de la adopción.

Cuestión distinta es que las expectativas sucesorias recíprocas sí que puedan pactarse (vía pactos sucesorios, permitidos en Navarra) y que sólo a falta de pacto rija el Fuero Nuevo de Navarra en materia hereditaria.

Por otra parte, se habla de adopción plena para reconocer a los hijos así adoptados los mismos derechos que los hijos de anterior matrimonio en caso de que el adoptante contrajera nuevas nupcias. Este párrafo final de la ley 73 resulta criticable porque si seguimos con rigor las exigencias derivadas del principio de igualdad (art. 14 CE78) los hijos adoptados tendrán los mismos derechos que los naturales en todo caso. Esto es, no sólo en caso de segundas nupcias del progenitor adoptante, sino siempre.

Concluye la ley 73 con un segundo apartado titulado "prohijamiento" en el que se afirma que *"las personas entregadas formalmente por establecimientos tutelares o benéficos y acogidas en prohijamiento, se equiparan a las adoptadas con adopción simple o menos plena, siempre que la relación se haya mantenido durante un plazo de diez años y que la persona que prohijó no tuviera al hacerlo hijos por naturaleza o adopción plena"*. Se trata de una figura tradicional en Navarra, vinculada al modelo de familia propio de la Casa, pero de escasa vigencia práctica, al igual que la adopción simple de la que se sirve como modelo de referencia a efectos de reconocer derechos a los prohijados.

Equiparación con la adopción simple o menos plena condicionada a la convivencia durante 10 años y a la ausencia de descendencia en el prohijante, y que implica acudir a una regulación del Código Civil hoy superada. Regulación que de ser la vigente en el momento de aprobación del Fuero Nuevo (esto es, la regulación codicial de la adopción simple en 1973), otorgaría al prohijado el derecho a sustituir sus apellidos por los del adoptante si así se pactó en la escritura que por aquel entonces constituía la adopción y el derecho a heredarle en la misma posición que los hijos naturales reconocidos. Ahora bien sí, como parece razonable, la regulación del Código Civil ha de ser la vigente en el momento de redactarse el texto actual de la ley 73 (esto es, la del Código Civil en 1987), entonces el prohijado tendría el derecho a sustituir sus apellidos por los del adoptante si así se pactó en la escritura y el derecho a heredar en la sucesión intestada por detrás del cónyuge viudo pero anteponiéndose a los colaterales.

En todo caso, una protección bastante escasa.

En realidad, las funciones protectoras que implica el prohijamiento se encuentran hoy en día absorbidas por la figura del acogimiento, cuya regulación se encuentra básicamente en el Código civil (vid supra), pero también en el Decreto Foral 90/1986, cuyo art. 14 señala, de conformidad con el art. 3 letra a) apartado 5º de la Ley Foral 14/1983, de 30 marzo, de Servicios Sociales que *"la Administración de la Comunidad Foral, a través de servicios propios y concertados, ejercerá la función protectora del menor manteniéndolo en su medio natural, utilizando a tal efecto, en la prevención y tratamiento rehabilitador, los servicios de familias sustitutas, hasta que se demuestre la incapacidad por este medio de resolver los problemas que motiven su posible desplazamiento"*.

A tal efecto, el Decreto Foral 90/1986, ejercitando la competencia exclusiva en materia de instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores prevista en el artículo 44.23 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, desarrolla una normativa propia sobre acogimiento en virtud de la cual el acogimiento por una

familia sustituta de un menor no abandonado requerirá el consentimiento de los padres o tutores legales, salvo que estén privados del ejercicio de la patria potestad conforme a la Ley, o tengan suspendido el derecho de guarda y custodia (art.15). Asimismo se encarga al Servicio Regional de Bienestar Social ejercer las funciones de captación, selección, soporte y control de personas o familias de acogida, así como la gestión de las ayudas económicas a las mismas (art. 16), concibiéndose el acogimiento de menores en hogares y residencias infantiles y juveniles, propios o ajenos como un recurso último y provisional que se llevará a efecto únicamente cuando las actuaciones alternativas no resulten posibles o se manifiesten insuficientes o inadecuadas, y en tanto las acciones dirigidas a cambiar tales circunstancias no ofrezcan resultados positivos (art. 18.1).

Protección de los menores sujetos a acogimiento que ha sido completada con posterioridad por la Ley Foral 20/2003, de 25 marzo, de familias numerosas, cuyo art. 3.2º considera como hijos a los efectos de esta Ley Foral tanto a los legalmente reconocidos como a aquellos menores de edad en acogimiento familiar judicial o administrativo, con las repercusiones beneficiosas que la calificación como tal familia numerosa puede tener para el menor acogido: beneficios derivados de las medidas legales educativas (arts 7-10), sociales y sanitarias (art. 11), o en el ámbito de la vivienda (art. 12).

## **5. ACTUACIONES DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO DE NAVARRA DESTINADAS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA**

### **5.1. Resolución de la Defensora del Pueblo de Navarra sobre la atención, procedimiento y seguimiento de los casos de abusos sexuales o malos tratos a menores (enero 2003)**

#### **5.1.1. Introducción**

El maltrato infantil, como expresión máxima de desamparo y desprotección, es un problema social y de salud de primer orden. Su importancia real en nuestro medio es desconocida al ignorarse la epidemiología, factores predisponentes, clínica, formas de detección, diagnóstico, secuelas a corto, medio y largo plazo y mortalidad en la totalidad y en cada uno de los tipos de maltrato.

Un sentimiento más humanitario de la sociedad ante los casos de malos tratos a menores, la participación activa de los medios de comunicación y la realidad del incremento de estos casos, han provocado una progresiva concienciación ante esta realidad social y la consiguiente necesidad de proteger al sujeto jurídico más vulnerable de estos abusos: los menores.

La negligencia, maltrato emocional y el maltrato físico son los tipos de abuso que ocupan los lugares más destacados. Con respecto al abuso sexual, resultados de encuestas realizadas a población adulta (Félix López, 1994) revelan que el 18,9% manifiesta haber sufrido abusos sexuales en la infancia, 15% de los varones y 22% de las mujeres.

Un rasgo característico es que no se da un solo tipo de maltrato, sino que es frecuente la combinación con otros tipos de maltrato. Igualmente es característico que el maltrato sea reiterado.

El fomento de las actuaciones de carácter preventivo y la detección precoz constituyen una de las actuaciones principales en los casos de riesgo social o maltrato infantil. Proporcionar la información y formación necesaria a estos profesionales para que puedan identificar estas situaciones desde las primeras

señales de alarma, así como la forma de orientarlas o tratarlas es fundamental para que el maltrato infantil no llegue a producirse.

Mientras no se disponga de datos reales las políticas de promoción y atención a la infancia y de prevención del maltrato infantil pueden ser inadecuadas, ya que se desconoce si el número de casos y su importancia justifican los recursos asignados o éstos deberían transferirse a otros programas sociales o si los casos detectados desde los distintos ámbitos corresponden a la realidad o son solo una pequeña parte.

La complejidad de este problema requiere también soluciones complejas que no pueden ser abordadas desde un solo ámbito de actuación. Por lo que es necesaria la implicación de todas las instituciones y de los profesionales que atienden desde una u otra área a la infancia y la familia.

En diversas ocasiones, las instituciones, los servicios especializados y los profesionales vinculados a esta temática han considerado la conveniencia de elaborar protocolos básicos de actuación en casos de abusos sexuales y otros malos tratos a menores.

El objetivo en todas esas iniciativas ha sido el de coordinar los esfuerzos personales y materiales de todas las instituciones para la protección de los menores y sus derechos y en defensa de su plena integridad y dignidad: El menor —niño o adolescente menor de 18 años— es una persona especialmente vulnerable que es necesario proteger ante cualquier situación de riesgo que pueda generarse en su entorno personal, familiar y social, a fin de garantizar su desarrollo integral a todos los niveles y hay que partir de la base que los malos tratos no son sólo actos de brutalidad aislados, sino también aquel conjunto de acciones y omisiones negligentes que minoran sus derechos.

Por tanto, la finalidad esencial es la protección al menor de las diversas situaciones de riesgo en que pueda verse inmerso y que puedan generarle diferentes tipos de maltrato: físico, psíquico, sexual, de desatención..., a la vez que mejorar la coordinación de todas las instituciones y favorecer que las actuaciones que se lleven a cabo con el menor sean las estrictamente necesarias, sin menguas de las garantías procesales, asistenciales y de protección y, de este modo evitar, la repetición de diligencias, declaraciones y exploraciones que puedan agravar su delicada situación emocional y la victimización.

Aunque generalmente se asocia el maltrato infantil al contexto familiar, el niño se desarrolla en distintos ámbitos o espacios vitales. Es cierto que la incidencia y prevalencia del maltrato es mayor en la familia y que la severidad del daño es igualmente mayor cuando tiene a la familia como escenario. Esto no debe justi-

ficar, sin embargo, el olvido o la falta de atención al abuso sufrido en la escuela, el hospital, el juzgado o en un centro de acogida. La responsabilidad es cualitativa y cuantitativamente diferente en estos casos. Cuando el Estado, la Administración pública o cualquier institución asumen la responsabilidad de un niño o niña por un período de tiempo o de modo permanente se está diciendo de manera implícita que se es capaz de atender a ese niño o niña mejor que su familia. Es por esta razón por la que las instituciones no pueden “permitir” el abuso en su seno y han de trabajar cotidianamente en su evitación. Tanto es así que la eficacia en esta tarea podría ser considerada uno de los indicadores más poderosos de la calidad de la atención que la institución presta.

En este sentido, la protección de este derecho debe pasar, necesariamente, además de por coordinar las actuaciones a fin de conseguir un adecuado seguimiento de la víctima y aligerarle el impacto ocasionado cuando la situación de agresión ya se ha producido, también, en una fase anterior, por prevenir y detectar precozmente los riesgos.

### 5.1.2. Definición y tipología de los malos tratos infantiles

Un menor es maltratado cuando es objeto de violencia física, psíquica y/o sexual de hecho o por omisión, ya sea por personas o instituciones de las que depende su desarrollo o por cualquiera otra.

Existen diferentes tipos de maltrato:

- *Maltrato físico*
- *Maltrato por negligencia y abandono*
- *Maltrato prenatal*
- *Maltrato psicológico o emocional*
- *Maltrato sexual*
- *Abandono emocional*
- *Sumisión quimicofarmacèutica*
- *Maltrato institucional*
- *Explotación laboral*
- *Explotación sexual*

**Maltrato físico:** es cualquier acción no accidental de los padres o personas que atienden al menor, que le provoque daños físicos o enfermedades.

**Maltrato por negligencia y abandono:** se da cuando las necesidades básicas del menor no son atendidas temporal o permanentemente por ninguno de los miembros del grupo con que convive (alimentación, higiene, atención médica, educación, vestimenta, vigilancia, seguridad, etc...).

**Maltrato prenatal:** se produce cuando la mujer en proceso de gestación no atiende los cuidados que su estado requiere, con riesgo de perjudicar al feto

**Maltrato psicológico o emocional:** son aquellas situaciones en que los adultos responsables del menor, con actuaciones o privaciones, le provocan sentimientos negativos para con su propia autoestima y limitan su proceso de crecimiento y socialización (menosprecio continuado, rechazo verbal, insulto, intimidación y discriminación).

**Maltrato sexual:** es aquella situación en que el niño o adolescente es utilizado a través del engaño, la intimidación, la violencia... para satisfacer los deseos sexuales del adulto, ya sea participando en actividades que tienen como finalidad la obtención del placer sexual o presenciándolas; actividades éstas, para las que el menor, de acuerdo con su desarrollo, no está preparado y que, por tanto, no tiene capacidad para consentir (incesto, violación, tocamientos, seducción verbal, masturbación en presencia de un menor, pornografía, explotación sexual...).

**Abandono emocional:** situación en que el menor no recibe el afecto, la estimulación, el apoyo y la protección necesarios en cada estadio de su evolución y que inhibe su óptimo desarrollo. Existe una falta de respuesta, de los padres o personas que le cuidan, a las expresiones emocionales del menor o a sus intentos de aproximación o interacción.

**Sumisión químico-farmacéutica:** menor sometido a cualquier tipo de droga sin necesidad médica. Esta sumisión —que le incapacita para el desarrollo de autonomía, resistencia o control— puede ser causada por el síndrome de Münchhausen por poderes, en que, por trastorno psíquico de padres o cuidadores, se simulan enfermedades del menor, se le somete a continuas exploraciones médicas o a ingresos hospitalarios, alegándose síntomas ficticios o generados de manera activa por el propio adulto.

**Maltrato institucional:** se entiende por maltrato institucional cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos, o bien derivada de la actuación individual del profesional, que se relacione directamente e indirectamente con el mundo del menor y que pueda generar situaciones que le impidan su mejor desarrollo.

**Explotación laboral:** situación en que se utiliza un menor en edad no laboral para trabajos donde se obtiene cualquier tipo de ganancia (puede ir desde la dureza física hasta la utilización pasiva o activa para la mendicidad).

**Explotación sexual:** se da cuando el niño es obligado o inducido a actividades de prostitución y/o pornografía.

### 5.1.3. Objetivos

El objetivo de esta RESOLUCIÓN es que la prevención, la actuación y el seguimiento de abusos y malos tratos hagan más eficaz, ágil y positiva la atención a la víctima, gracias a las experiencias puestas en común, a la coordinación y al trabajo de los profesionales y organismos implicados y que, en este sentido, la Administración Foral, en coordinación con el conjunto de Administraciones Públicas presentes en Navarra con incidencia o protagonismo en estos aspectos de la protección del menor, inicie a la mayor brevedad un protocolo de similares características a los elaborados en otras Comunidades Autónomas.

### 5.1.4. El maltrato a menores

El maltrato a la víctima consecuencia de toda acción delictiva, resulta particularmente agravado en el caso de que sea el menor quien lo sufra por poderle afectar de modo negativo a su bienestar físico y equilibrio psicológico, pudiendo comprometer gravemente su crecimiento y el desarrollo armónico de su personalidad en sus diferentes aspectos: físico, intelectual, emotivo, sexual y social.

Cuando se produce maltrato a menores quedan afectados los bienes jurídicos sujetos al ámbito de protección del artículo 15 de la Constitución Española como son el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y los previstos en el artículo 39 que garantiza, constitucionalmente, la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial, la protección integral de los hijos para el desarrollo de su personalidad como miembros del grupo familiar. A estos efectos el concepto de familia se debe entender en sentido amplio, incluyendo cualquier unidad de convivencia de la que forme parte el menor.

En esta materia resulta especialmente relevante el ámbito relacional en que se produce el maltrato, pues la gravedad del mismo hecho delictivo dependerá del nivel de relación que tenga el menor con el agresor, y también de las circunstancias objetivas de la acción.

Así, incrementa el daño:

- El hecho de que el maltrato se produzca en el seno familiar.

- Que el agresor sea quien ostente la patria potestad y la obligación de guarda y custodia.
- La habitualidad del maltrato.
- Que las agresiones tengan naturaleza sexual.

Estas circunstancias conllevan consecuencias más perjudiciales para el menor, además de las propias del delito, ya que afectan el correcto desarrollo de su personalidad.

En relación a los ámbitos en que se produce la acción delictiva, es necesario distinguir los siguientes:

- **Ámbito familiar:** Dentro de esta categoría podemos distinguir la familia nuclear (convivientes) y la familia extensa, constituida por personas con las que se mantienen diversos lazos de parentesco (tíos, primos, abuelos...). Las agresiones que se producen en este ámbito son las más graves, si tenemos en cuenta la importancia que tiene la familia para el desarrollo del menor. En este ámbito las relaciones de superioridad entre unos miembros sobre otros, en función de su distinta responsabilidad, son especialmente determinantes para valorar la gravedad de los hechos.
- **Ámbitos extrafamiliares:** Fuera del hogar familiar el menor también se relaciona con personas distintas. Acude de modo habitual a escuelas, guarderías, centros deportivos, etc..., donde, asimismo, se promueve el desarrollo de intereses vitales del menor. En estos ámbitos, aunque en menor medida que en el familiar, también tiene repercusión la especial situación de superioridad que ostentan quienes están a cargo de la guarda y custodia de los menores.

También el menor es usuario de espacios de uso público – calles, parques, cines, centros de ocio, comercios - en los que, asimismo, puede ser objeto de agresión por parte de terceros sin una especial relación de dependencia. En estos supuestos, la agravante de superioridad o prevalencia opera con menor intensidad.

### 5.1.5. Referencia a los tipos penales

La tipología de acciones que comprenden el concepto de maltrato, según el Código Penal, es muy variada, ya que los ilícitos contemplados en esta norma

pueden afectar al derecho a la vida, la integridad física y moral, al derecho a la libertad en general, y sexual en particular, entre otros. Pero el objeto de este estudio lo vamos a centrar en determinados tipos penales que poseen unas características tales que obligan a un tratamiento específico. Este tipo de actuaciones sancionadas penalmente se contemplan en el Título VIII del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y en el artículo 153 que tipifica como delito el ejercicio habitual de violencia física o psíquica entre cónyuges o similares, ascendientes, menores o incapaces que convivan con el agresor o tengan una relación de dependencia con él, todo ello según las reformas operadas por las Leyes Orgánicas núms. 11/1999, de 30 de abril, y 14/1999, de 9 de junio.

Aparte de su consideración como ilícitos penales, este conjunto de delitos posee algunos rasgos específicos derivados de la condición de la víctima, de la naturaleza y características del hecho delictivo e, incluso, por poder afectar al normal desarrollo del proceso penal. Estos rasgos serían básicamente los siguientes:

- Al ser el menor una posible víctima de este tipo de delitos, su desarrollo intelectual, emotivo, sexual y moral puede verse gravemente afectado, como también su adecuada socialización.
- La relación de íntima dependencia del menor con su posible agresor agrava el daño infligido, siendo previsible la continuidad de la relación familiar tras el cumplimiento de la condena, lo cual obliga a considerar la pena como parte de un tratamiento más global que debe ser garantizado.

Estas acciones también conllevan repercusiones familiares graves: situación de riesgo para otros menores convivientes; dificultades económicas derivadas de la imposición de la pena; posible ruptura de lazos familiares, entre otros, que añadirían nuevos perjuicios al menor.

- La prueba de la comisión de estos delitos presenta serias dificultades por el hecho de que pueden cometerse en la intimidad del domicilio, y que, en muchas ocasiones, la única prueba la constituye la declaración del menor.
- En consecuencia, las medidas cautelares a adoptar y las actuaciones procesales seguidas para esclarecer los hechos, deberán adaptarse a las circunstancias explicadas anteriormente.

Seguidamente, pasaremos a relacionar los tipos delictivos seleccionados en función de los criterios antes reseñados.

### **5.1.5.1. Delitos de naturaleza sexual**

#### **5.1.5.1.1. Agresiones sexuales**

Constituyen agresiones sexuales los atentados contra la libertad sexual de otra persona (artículo 178) y la violación (artículo 179), delitos cometidos siempre con violencia o intimidación.

Se consideran entre otras agravantes de estos delitos, la vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años. También cuando el autor se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco directo por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines (artículo 180).

#### **5.1.5.1.2. Abusos sexuales**

Se consideran abusos sexuales los mismos hechos delictivos del apartado anterior pero cometidos sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima. En todo caso, los abusos sexuales cometidos con menores de trece años se considerarán no consentidos. Tampoco se considerará válido el consentimiento cuando se obtenga prevaliéndose el agresor de una posición de superioridad manifiesta (artículos 181 y 182).

También se consideran abusos sexuales los mismos actos realizados con engaño en el supuesto de que se trate de mayores de trece años o menores de dieciséis (artículo 183).

En todos estos supuestos, la vulnerabilidad derivada de la edad, y el hecho de que la víctima sea menor de trece años, constituyen agravantes, así como haberse prevalido el autor de su relación de superioridad o parentesco, en los mismos casos establecidos para las agresiones sexuales.

#### **5.1.5.1.3. Acoso sexual**

Se considera acoso sexual solicitar favores de esta naturaleza en el ámbito laboral, docente, o similares, de forma continuada o habitual, provocando a la víctima una situación objetiva, gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

Constituyen agravantes del delito la situación de superioridad laboral, docente o jerárquica del agresor así como la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad (artículo 184).

#### 5.1.5.1.4. Exhibicionismo y provocación sexual

En estos delitos la víctima siempre ha de ser menor de edad y se tipifican como tales el hecho de ejecutar o hacer ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena (artículo 185), y la difusión o exhibición de material *pornográfico* (artículo 186).

#### 5.1.5.1.5. Prostitución de menores

Constituye delito la inducción o el favorecimiento a la prostitución de una persona menor de edad. Se tipifican como agravantes el hecho de que el autor se prevalezca de su condición de autoridad o de funcionario o la pertenencia del culpable a una asociación u organización que se dedique a tal actividad (artículo 187).

Asimismo, constituye delito provocar la prostitución de una persona mediante intimidación, violencia o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad, así como favorecer la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con la misma finalidad y sirviéndose de iguales medios.

Se tipifican como agravantes de este delito que el autor se prevalezca de su condición de autoridad o funcionario o el hecho de que las víctimas sean menores de edad (artículo 188).

#### 5.1.5.1.6. Pornografía y corrupción de menores

Se considera delito de pornografía el uso de menores para exhibiciones de contenido sexual, la obtención de materiales pornográficos, su posesión y difusión.

Asimismo se tipifica como delito hacer participar al menor en comportamientos de naturaleza sexual que perjudiquen su desarrollo, como también que el responsable de un menor no impida o denuncie su situación de prostitución o corrupción (artículo 189).

### 5.1.5.2. Delito de maltrato del artículo 153

Este precepto tipifica como delito el causar habitualmente violencia física o psíquica a hijos propios, o del cónyuge o similar que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela o guarda de hecho o a la de su cónyuge o conviviente.

La habitualidad consiste en la repetición de actos de violencia con o sin resultado lesivo aparente, sin que sea preciso que los actos sean idénticos ni tampoco que se realicen sobre las mismas personas que el artículo 153 pretende proteger. Cabe también, para determinar la comisión de este delito, tener en cuenta actos violentos enjuiciados en procesos anteriores, pues el artículo 153 crea un tipo delictivo específico distinto de las meras lesiones, cual es la violencia física y psíquica habitual.

### 5.1.6. SOBRE LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO INSTITUCIONAL

*“Se entiende por malos tratos institucionales cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional o funcionario de las mismas que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño/o la infancia”.*

**(Martínez Roig y Sánchez Marín,  
Barcelona 1989).**

La evitación del maltrato institucional y la promoción del buen trato a la infancia es competencia directa de todas las administraciones, instituciones públicas y privadas que tienen responsabilidad en la atención a la infancia, entendiendo ésta como el período comprendido entre los 0 y los 18 años, tal como la contempla la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Por ello, las instituciones han de desarrollar sistemas de información orientados hacia la planificación, evaluación y control de resultados que servirán como soporte para la creación y distribución de los recursos, integrando los indicadores que hagan posible la evaluación mencionada y establecerán, igualmente,

controles de calidad que permitan prevenir el maltrato en el ámbito de su competencia.

Las instituciones han de velar porque sus recursos humanos cuenten con la formación necesaria para el desempeño adecuado de su trabajo, impidiendo que personas sin la cualificación profesional o capacidad personal exigida presten sus servicios a la infancia en dependencia directa o indirecta de la institución en cuestión, evitando, de otra parte, la desmotivación o agotamiento de los profesionales.

Las instituciones trabajan por “*humanizar*” la atención o el servicio que prestan a la Infancia, evitando convertirse en meros dispensadores de recursos, independientemente de los destinatarios de los mismos. Los niños y niñas son especialmente vulnerables a actuaciones que no tengan en cuenta su propio desarrollo evolutivo, por lo que el respeto al niño o la niña y, en especial, a su privacidad e intimidad debe ser recogido en los códigos de conducta de las instituciones, estableciendo medidas que aseguren su cumplimiento: códigos que han de ser respetados por todo el personal desde los directivos hasta el último empleado de modo escrupuloso en cuanto a la confidencialidad de la información conocida en razón de su actuación profesional, se haya o no generado en la institución.

En el ámbito de la Administración de Justicia, jueces, fiscales, abogados y personal administrativo han de ser conscientes de que, en el ejercicio de sus funciones, pueden producirse situaciones de riesgo de maltrato infantil. Su evitación requiere la creación de mecanismos de supervisión que permitan detectar el maltrato y evitar su repetición.

La formación específica de jueces, fiscales y abogados y su dedicación exclusiva para atender asuntos relacionados con la Infancia puede y debería contar con el asesoramiento continuado de profesionales de las ciencias humanas y sociales.

Es importante que la Administración de Justicia tenga en cuenta el carácter evolutivo de la infancia. En este sentido, la dilación en la solución de los casos puede llegar a constituir una forma de abuso, dado que los parámetros de tiempo en estadios de crecimiento son distintos a los de los adultos.

No menos importante es que en las sentencias y/o resoluciones judiciales se atienda con prioridad al interés superior del niño/a, no al de sus padres, tutores o deudores.

Los procedimientos judiciales constituyen el marco de mayor riesgo de esa “*doble victimización*” del menor, por lo que tales procedimientos deberían ser

revisados con el fin de detectar posibles situaciones de abuso. Especialmente deben evitarse los abusos verbales, el etiquetaje, los interrogatorios intimidatorios, los ritualismos y formalismos incomprensibles, la utilización del niño en procesos legales de separación y divorcio, el olvido de la presunción de inocencia, la victimización derivada de la repetición de declaraciones, etc.

Estas características consustanciales de todo proceso donde la víctima sea un menor, obligan a considerar prioritaria la especialización de los jueces de familia que puedan resolver estos casos en primera instancia, como también la de los órganos judiciales colegiados que actúen en segunda instancia, aparte de la formación exigible a todos ellos y a los demás profesionales intervinientes, fiscales, abogados, forenses.... En la misma línea, estimamos necesaria la creación de órganos judiciales específicos para el enjuiciamiento de este tipo de causas.

## **5.1.7. INTERVENCIÓN**

### **5.1.7.1. Casos en situación de riesgo**

En casos de situación de riesgo, el punto de partida del trabajo debería ser asumido por los servicios especializados de atención sociosanitaria, en coordinación con el Instituto Navarro de Bienestar Social.

### **5.1.7.2. Posibles factores de riesgo**

Los factores de riesgo son los agentes internos o externos o situaciones que hacen más probable que una enfermedad, evento o lesión suceda.

La causa exacta del maltrato infantil se desconoce aunque hay tres factores - las características de los padres, las del niño y las del entorno- que influyen en el maltrato potencial. Sin embargo está claro que ningún factor ni grupo de factores es realmente predictivo. Solo se puede afirmar que la interacción de estos factores al parecer incrementa el riesgo de maltrato que se produce en una familia en particular. Esta triple clase de factores está constituida por:

**El temperamento del niño** (puede ser hiperactivo, muy inteligente, enfermo crónico o muy exigente, etc). El niño sin saberlo también contribuye a la situación de maltrato.

**El estrés ambiental** (dificultades económicas, un embarazo no deseado, un divorcio o presiones familiares ).

**El propio antecedente de quien maltrata** (fue maltratado, pensar que maltratar es la mejor forma de controlar comportamientos, el abuso del menor es un derecho del adulto, etc.).

Como puede apreciarse, la génesis del síndrome es multicausal y de no fácil identificación, por lo que es el niño el único que más luz podría dar a este respecto, un niño-víctima que vive sentimientos contradictorios: resentido por el trato que recibe, pero afectivamente vinculado a las personas que lo maltratan.

La identificación oportuna de estos factores estaría encaminada a desarrollar estrategias educativas o de seguimiento a aquellas familias en riesgo de maltrato infantil. En la atención a niños se convierten en un valioso instrumento para la confirmación de casos, cuando existe la sospecha. Estos factores de riesgo se describen a continuación:

#### 5.1.7.2.1. Respecto al niño.

- Niños no deseados.
- Bebés prematuros o con hospitalización prolongada.
- Retraso mental o parálisis cerebral.
- Deformidad física.
- Síndrome de Dawn.
- Enfermedades crónicas.
- Hiperkinéticos.
- Iteraciones en el desarrollo Psicomotor.
- Menores de tres años.

#### 5.1.7.2.2. Respeto a los padres y a la familia.

- Padres o cuidadores con antecedentes de maltrato o privación psicoafectiva en su infancia. Poca tolerancia al estrés y a la frustración.
- Pobre socialización, baja autoestima.
- Padres jóvenes e inmaduros.
- Falta de información e inexperiencia específica sobre la crianza de los niños.
- Crisis familiares por necesidades básicas insatisfechas.
- Tolerancia frente al castigo con dolor, como método educativo. Padres o adultos que utilizan cualquier instrumento para su aplicación sin tener en cuenta los daños físicos y emocionales que puedan causar a los niños.
- Ignorancia de padres o adultos frente al desarrollo de los niños, generando expectativas distorsionadas frente a ellos.
- Disfunciones en la familia.
- Alteraciones en el sistema de vinculación afectiva Padres-Hijos, generando rechazo, tardanza en los cuidados, malos tratos, baja expresión de afecto con el niño.
- Negligencia.
- Factores de predisposición, especialmente asociados con el ser padrastro o madrastra.
- Uso de alcohol o drogas, enfermedades mentales, trastornos emocionales o de personalidad.

#### 5.1.7.2.3. Respeto a circunstancias, situaciones y factores sociales.

- Desempleo.
- Baja escolaridad.

- Hacinamiento.
- Desequilibrio económico y social.
- Consideración del niño como un estorbo; tanto para los planes de esparcimiento, como de crecimiento personal y económico.
- Migraciones campo-ciudad.
- Niños víctimas de fuego cruzado.
- Inestabilidad política y económica.
- Corrupción.
- Pérdida de valores.
- Tolerancia social al maltrato.

Aunque por sí solos los factores de riesgo no inducen al maltrato, pueden llegar a desencadenar, e inclusive a reducir, el umbral de tolerancia del adulto frente a las manifestaciones características de los niños.

### 5.1.7.3. Casos de sospecha de abuso y/o malos tratos

La iniciativa por parte de la institución que los detecta ha de ser inmediata, a fin de comunicar por escrito o por comparencia la situación a la fiscalía o a la Fiscalía de menores, según el caso, que ha de dirigir la correspondiente investigación y tomar las medidas de protección oportunas, y al Instituto Navarro de Bienestar Social, en caso de situación de posible desamparo de la víctima.

Dado que la comunicación a la Fiscalía podría retrasar el reconocimiento de la víctima, ya que sería necesario comunicar al Juzgado el inicio de las diligencias judiciales y la designación de un médico forense que se desplazara al hospital para hacer el reconocimiento **(así como la adscripción de médicos forenses a la Fiscalía)** parece oportuno que se presente la denuncia directamente al Juzgado, donde el fiscal intervendrá como fiscal de dicho Juzgado.

### **5.1.8. Aspectos esenciales del procedimiento**

Aparte de los procedimientos y actuaciones habituales seguidos por las distintas autoridades y funcionarios en la persecución de los delitos en general, es necesario precisar algunos aspectos relevantes que se derivan de la propia naturaleza de las conductas penales y de la condición de menor de la víctima, que hemos reseñado.

#### **5.1.8.1 Criterio de intervención inmediata del juez y del Ministerio Fiscal**

Es competencia exclusiva de Jueces y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículos 117.3 CE y 2 LOPJ), correspondiendo al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales.

La intervención de los Jueces es inmediata, desde el momento en que tenga conocimiento de la perpetración de un delito, lo cual justifica su papel preponderante frente a las Administraciones Públicas que están llamadas por ley a colaborar con los órganos judiciales en el esclarecimiento de los hechos.

El criterio de intervención inmediata del Juez opera de modo mucho más radical en estos al encontrarse involucrados menores que deben ser protegidos y defendidos por el Ministerio Fiscal, institución que también debe actuar con celeridad en cuanto se presuma la existencia del delito. Asimismo, en estos casos es de especial dificultad la adopción de medidas cautelares que pueden afectar a la convivencia familiar, en el supuesto de que el presunto agresor pertenezca a este ámbito y sea necesaria su separación del menor.

Por consiguiente, es obligación de todas las Administraciones Públicas que tengan indicios de la comisión de un delito de denunciarlo sin tardanza ante el Juez competente, Ministerio Fiscal o Policía, conforme ordena el artículo 262 de la LEC imponiéndose a la completa disposición del Juez y del Ministerio Fiscal que son los únicos órganos llamados por ley a dirigir la investigación.

Dada la vis atractiva del derecho penal y la ineludible obligación de la Administración de denunciar el delito, corresponde al juez competente del orden de lo penal determinar las medidas necesarias para la protección de los menores.

### 5.1.8.2. Denuncia: inmediatez

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 259 y 262 establece la obligación inexcusable de los ciudadanos en general, y de aquellos que, por razón de su cargo, tuvieran conocimiento de algún delito publico, de denunciarlo inmediatamente ante el Juez, Ministerio Fiscal y, en su defecto, ante funcionarios policiales. El incumplimiento de esta obligación conlleva la exigencia de las responsabilidades penales reguladas en la ley y administrativas en el caso de funcionarios públicos.

La detección de estos delitos se realiza, en muchas ocasiones, a través de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas en el ejercicio de su cargo, como también mediante otros profesionales que, actuando en el ámbito privado, tienen conocimiento de los hechos. En este sentido, los Servicios Sociales de Base, enseñantes y educadores en general, y el personal sanitario, suelen tener un primer acceso directo a los hechos mediante la observación y examen de los menores.

Cuando estos profesionales en el ejercicio de su cargo detecten un posible maltrato deben proceder de inmediato a denunciarlo conforme se ha señalado aportando los datos o informes que procedan, sin perjuicio de que, posteriormente, puedan informar a la propia Administración de las circunstancias del caso.

#### ESQUEMA POSIBLE DE ACTUACIÓN



### 5.1.8.3. Medidas cautelares en defensa del menor.

La adopción de medidas cautelares es uno de los problemas más arduos con el que se enfrentan los Jueces dado que, en el momento de decidir cuáles sean las más adecuadas para proteger al menor, no disponen de todos los elementos probatorios imprescindibles para tomar una decisión segura. Sin embargo, la situación les aboca a un pronunciamiento urgente para garantizar la seguridad de la víctima.

Para adoptar las medidas cautelares más correctas es preciso efectuar previamente una valoración inicial y en profundidad del menor y de su contexto. En los casos graves, se procederá a la separación del menor de su agresor y, en cualquier caso, se debe valorar la capacidad de protección de los adultos convivientes no agresores y la seguridad que podrán ofrecer si el menor se mantiene en su domicilio habitual. Se investigará la existencia de otros familiares adecuados para garantizar la protección del menor en un posible traslado de domicilio. También se debe considerar si conviven con el presunto agresor otros menores que pudieran resultar afectados así como analizar la personalidad de aquél para elegir la mejor solución.

En este sentido, las potestades de guarda y acogimiento de menores que prevé el artículo 172 del Código Civil, que otorga potestad a la Administración para ubicar a los menores en centros de acogida o similares, que siempre suponen la salida automática del menor del domicilio familiar, no deben sustituir o condicionar las medidas cautelares que determine el juez en cada caso, pues a él corresponde decidir las más favorables para el menor.

Además, se procurará prevenir la victimización secundaria derivada del traslado del menor fuera de su domicilio para evitar que esta medida constituya un nuevo castigo. La elección de las medidas a adoptar también dependerá del lugar de la agresión; no es lo mismo que se haya producido en el domicilio familiar que en el centro educativo, o si el agresor es un extraño. Como criterios básicos consideramos los siguientes:

- Separación del menor del presunto agresor en todos los supuestos de agresiones sexuales y otros maltratos que puedan calificarse de graves.
- Prioridad de permanencia del menor en su propio domicilio
- Subsidiariamente, traslado al domicilio de otros familiares o personas de confianza que aseguren su debida protección.
- En caso de no ser posible lo anterior, el menor se trasladaría a los centros de acogida gestionados por los Servicios Sociales.

- Otras medidas complementarias: prohibición al agresor de acercamiento al domicilio del menor, suspensión cautelar de ejercicio profesional en determinados supuestos (educadores, compañeros de trabajo agresores...) y en general, cualesquiera otras que se consideren oportunas en función de las circunstancias de cada caso.

Para la correcta adopción y seguimiento de estas medidas, se pondrán a disposición del juez técnicos que, bajo su dirección, estudien en profundidad las circunstancias psicosociales del caso a fin de facilitarle un mejor conocimiento de la realidad de los hechos. En estos casos resulta especialmente relevante la figura del psicólogo forense que, desde el principio, debe hacerse cargo del menor en el ámbito de sus conocimientos.

#### **5.1.8.4. Aspectos esenciales sobre la práctica de la prueba.**

Básicamente, la mayoría de los delitos enumerados se sustancian mediante el procedimiento abreviado o el nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido, previstos en la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que entrará en vigor a partir de abril 2003. Mas concretamente, el delito previsto en el artículo 153 se enjuicia mediante este nuevo procedimiento rápido. Es de esperar que estos procesos permitan enjuiciar los delitos con la necesaria celeridad a que obligan este tipo de delitos.

La fase inicial de todo proceso consiste en comprobar los hechos por parte de la Policía Judicial puestos de manifiesto mediante denuncia de profesionales (médicos, educadores, asistentes sociales...), de familiares o del propio menor, e incluso mediante el correspondiente atestado policial. Es la Policía Judicial la encargada de poner a disposición del fiscal y juez todas las pruebas que obtenga y de investigar lo procedente para averiguar la verdad y la identidad de los implicados. Sin embargo, ya en esta fase se realiza el examen del menor por el juez, sin perjuicio de que pueda volver a ser interrogado durante el proceso, por lo que estas diligencias requieren un tratamiento especial.

También es importante considerar la prueba pericial psicológica como medio de despejar dudas sobre la veracidad del testimonio en aquellos casos en que la declaración de la víctima sea la única prueba concluyente.

#### 5.1.8.4.1. La declaración del menor como testigo. Credibilidad de su testimonio.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las declaraciones de la víctima cuando sea la única prueba inculpatoria requieren la acreditación de estas circunstancias:

- Ausencia de incredulidad subjetiva: que se acredita mediante un examen minucioso del entorno familiar y social, para descartar móviles de resentimiento, rencor o venganza.
- Verosimilitud del testimonio que requiere contraste entre lo afirmado por el testigo y la realidad objetiva, que sirva para corroborar o contradecir lo declarado.
- Persistencia en la incriminación: que no haya contradicciones fundamentales de lo declarado por una persona antes y durante el proceso.
- Teniendo en cuenta que estamos ante la prueba de cargo esencial en algunos casos, la acreditación de estos requisitos jurisprudenciales requiere que las declaraciones de los menores, antes y durante el proceso, se realicen de modo que sufran la menor presión posible para que pueden expresarse de la forma mas natural y verdadera, y según su nivel comprensivo. A tal efecto procede:
  - Separación física completa del menor, tanto en las dependencias policiales como en las judiciales, respecto del presunto agresor en aquellos supuestos en que se pueda presumir intimidación.
  - Declaraciones del menor desde lugares habilitados al efecto, distintos de las dependencias habituales y, sobre todo, de la sala de vistas, en aquellos casos en que la inmadurez del menor constituya un obstáculo para su debida participación. En tales lugares deben estar acompañados por el psicólogo forense que se hizo cargo del menor desde el inicio de la investigación, pudiendo estar presentes familiares en casos de menores de escasa edad.
  - Reformulación de las preguntas siempre a través del juez o del psicólogo forense, para que las preguntas se adecuen al nivel comprensivo del menor y evitarle presiones innecesarias que se le pueden ejercer en un interrogatorio al utilizarse tonos inquisitorios, expresiones amedrantadoras....

- Todas las distintas declaraciones quedarán grabadas mediante medios audiovisuales para garantizar los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción exigibles en los procesos penales.

#### 5.1.8.4.2. La prueba pericial

Aparte de que sea necesaria la práctica de otras pruebas periciales, puede resultar imprescindible la prueba pericial psicológica en estos casos:

- Cuando la declaración del menor es la única prueba de cargo, es preciso que el psicólogo forense acredite la fiabilidad de su testimonio, mediante las pruebas psicológicas que existen al efecto.
- De forma específica, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige un informe pericial previo para fundamentar que el menor no se confronte visualmente con el agresor y para rechazar la práctica de careos
- También estos profesionales deben verificar las repercusiones mentales de la agresión en el menor, para determinar el alcance del daño y la necesidad de tratamiento en su caso.
- Todas las actuaciones en este orden deben quedar grabadas en medios audiovisuales.

Sería imprescindible que la Administración Pública tuviera seleccionados, previamente, equipos de psicólogos que desde el primer momento de conocerse los hechos, entren en contacto con el menor y lleven a cabo las comprobaciones señaladas, interviniendo bajo la dirección del juzgado como tales peritos. También serán los encargados de explicar al menor su participación en el juicio oral, aclarando sus dudas y tranquilizándoles. E intervendrán como peritos en el proceso.

#### 5.1.8.4.3. El tratamiento de las víctimas y los agresores

Existe coincidencia en la necesidad de que, si bien no todas las víctimas pueden necesitar tratamiento, todas ellas necesitan apoyo y seguimiento. Para muchas de ellas, el abuso es un hecho traumático que puede derivar en otros trastornos del desarrollo a corto plazo: regresiones (como enuresis o ecopresis), problemas de conducta (agresividad), problemas emocionales (miedos nocturnos, fobias, etc.). A

largo plazo, pueden surgir otro tipo de consecuencias, como los problemas sexuales, la agorafobia, el aumento de la probabilidad de agredir, etc. Sintomatología en general que puede disminuir con un tratamiento psicológico adecuado.

Toda esta labor con la víctima y un tratamiento cognitivo-conductual como los ya experimentados con agresores sexuales y paidófilos y que se realizan en algunos centros penitenciarios deben realizarse desde un centro de referencia para la Comunidad Foral, como existen en otras CC.AA.

#### 5.1.8.4.4. Otras cuestiones a considerar

- A. Terminado el proceso con una condena, es posible la suspensión de la pena en el caso previsto en el artículo 80 del Código Penal, penas inferiores a dos años y baja peligrosidad del delincuente, si se cumplen las condiciones expresadas en los artículos 81 y 83. En los supuestos en que el juez determine la suspensión es necesario que su juicio esté fundado en informes de técnicos competentes que evalúen el beneficio de la suspensión no sólo para el penado sino, especialmente para el propio menor. Se trata de delitos en los que hay que considerar de modo global las soluciones punitivas que sean apropiadas para el menor y su ámbito familiar, teniendo en cuenta las posibilidades que permite el artículo 83.1.4º de obligar al agresor a participar en programas formativos que le faciliten su reinserción.
- B. Asimismo, la imposición de la pena no excluye la condena al agresor de que se haga cargo de los costes que se deriven del tratamiento al que convenga someterse al menor y a otras personas que hayan quedado afectadas.
- C. Es imprescindible asegurar la formalización de un registro judicial donde queden centralizados las denuncias y procesos entablados contra un mismo sujeto, para que el juez tenga un conocimiento exacto del alcance de la conducta del agresor y pueda valorar su trayectoria y determinar la gravedad de la situación.
- D. Las Administraciones Públicas deben impulsar la formación especializada de todos los profesionales que puedan tener relación con menores, para sensibilizarlos y facilitar el reconocimiento de los síntomas de las agresiones a los menores.
- E. A tales efectos, el Gobierno de Navarra, en coordinación con las restantes Administraciones implicadas, en especial con el Consejo General del Poder Judicial, promoverá la formación de los profesionales intervinientes en los

procesos mediante la organización sistemática de Cursos de Formación Multidisciplinar, que les permitan dotarse de conocimientos adecuados en las áreas específicas en que van a desarrollar sus funciones.

F. Es necesario que los profesionales que medien en cada área acrediten experiencia y formación especializada. En este sentido, se debería plantear la especialización de los jueces, fiscales y psicólogos forenses que tengan intervención directa en los procesos por delitos contra menores.

G. Una de las principales dificultades demostradas por los diversos estudios realizados en torno a esta cuestión es la de la necesaria coordinación y existencia de equipos multidisciplinarios, o una insuficiente delimitación de las funciones y responsabilidades que competen a los profesionales implicados, registrándose suplantaciones profesionales o necesidades insuficientemente cubiertas.

Por ello, parece clara la conveniencia de la coordinación real y eficaz entre los profesionales que intervienen: policía, equipo base de Servicios Sociales, atención primaria, hospitales, equipos especializados de Servicios Sociales, la clínica médico-forense, fiscales, jueces, abogados, Servicios de Salud Mental, equipos técnicos de Menores, Servicios de Atención a la Víctima, etc...

### **5.1.9. Necesidad de un protocolo de actuación en materia de abusos a menores**

Durante el año 2002, la Defensora del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra planteó a las diversas Administraciones afectadas la conveniencia de elaborar un protocolo que, agrupada o individualmente, estableciese criterios claros y eficaces sobre los procedimientos a seguir en casos de violencia doméstica y agresiones y/o abusos a menores.

La firma de un Protocolo sobre violencia doméstica, pocos meses después de dicha propuesta, fue un paso importante, que habrá que seguir para confirmar los esperanzados objetivos que se plantearon en el momento de su firma y/o adecuarlo a la cambiante realidad.

La exclusión de este protocolo de los casos de abusos sexuales o malos tratos a menores y la carencia de un marco de colaboración administrativo que cubra esta necesidad hace más decisiva una iniciativa de la Administración foral, no menos importante que la suscrita sobre violencia doméstica por las características de las

víctimas y las consecuencias de los casos de abusos y las incorrecciones que puedan producirse en el desarrollo del procedimiento correspondiente.

En los capítulos anteriores de este documento se recogen observaciones que desde esta Institución se consideran de interés, fruto de la colaboración de personas, organismos y entidades sociales de probada solvencia. En base a ellas y al análisis general realizado, se **RECOMIENDA** a la Administración foral de Navarra que promueva la presentación urgente de una iniciativa en este sentido a fin de atender las necesidades y vacío ya existentes en esta materia, y coordine su elaboración con el conjunto de las administraciones públicas y profesionales directamente vinculados en Navarra, de una u otra forma, a estos casos. Porque está demostrado que las Comunidades que mejor funcionan a este respecto son las que tienen un protocolo estructurado para seguir en los casos de abusos y las que están en relación con un centro especializado, que va a orientar a los profesionales que están en contacto con los abusos.

## **5.1.10. REFERENCIAS**

### ***Bibliografía***

- Protocolo básico de actuaciones en abusos sexuales y otros malos tratos de menores en la demarcación de Girona. Generalitat de Catalunya. 2000.
- Decálogo para la prevención del maltrato institucional a la infancia. Fundamentos de Trabajo Social, Revista SURGAM núm., 441/1995.
- Protocolo de actuación en supuestos de maltrato infantil. Consejería de Trabajo y Política Social de la Comunidad Autónoma de Murcia. 2000.
- Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica. Consejo General del Poder Judicial. 2001.
- Plan de atención a la infancia y adolescencia en dificultad social en la Comunidad Foral de Navarra. 2002
- Informe nacional sobre los niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial. Organización No Gubernamental «Save the Children». 2002.

- Proyecto de Protocolo básico de actuaciones en abusos sexuales y otros malos tratos a menores y violencia de género en la Comunidad Foral de Navarra. Defensora del Pueblo de Navarra. 2002

### **Colaboraciones**

- Tribunal Superior de Justicia de Navarra
- Fiscal encargado de Protección de Menores. TSJN
- Fiscal encargada de Asuntos de Violencia Doméstica. TSJN
- Colegio de Abogados de Pamplona, Tudela, Estella y Tafalla.
- Colegio Oficial de Psicólogos de Navarra
- Organización No Gubernamental «Save the Children».
- D. Félix Pantoja. Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Exfiscal de Menores de Madrid

## **5.2. Actuaciones del Gobierno de Navarra sobre protección de los Derechos de la Infancia en procesos sobre malos tratos y/o abusos sexuales, como respuesta a la propuesta de la Defensora del Pueblo de Navarra.**

Formulada la **RECOMENDACIÓN** que antecede, además de ser remitida para su debido conocimiento a las instituciones y entidades relacionadas con el tema, se envió con fecha 5 de febrero de 2003 al Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra, el cual tiene asignadas las funciones de relación con esta Institución y de coordinación con el resto de Departamentos del citado Gobierno, así como al Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, con el fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34.2 de la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, comunicasen la posición del Gobierno de Navarra al respecto y, en su caso, las actuaciones que fueran a llevarse a cabo en tal sentido o, caso contrario, las razones que se estimen para no aceptar tal recomendación.

### **5.2.1. Contestación del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior**

En respuesta a nuestra indicación en tal sentido, con fecha 4 de junio de 2003, se recibió la correspondiente contestación del Vicepresidente y Consejero de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra, en la que, tras hacerse referencia a la información que ya se había transmitido al respecto desde la Dirección General de Bienestar Social, con la que trabaja específicamente en este campo la Dirección General de Interior, se remitieron una serie de documentos que, según se indica, vienen a presidir la actuación en esta materia, fundamentalmente, de la Policía Foral, en concreto:

- El Protocolo de Actuación en el ámbito del menor o incapacitado.
- El borrador del Programa de detección precoz y actuación en patología mental severa y grave riesgo psicosocial en la primera infancia, que se está aplicando en la práctica.
- El documento sobre detección, valoración y derivación de menores víctimas de malos tratos, desde centros escolares.
- El Protocolo de actuación para exploración de menores en caso de abusos sexuales.
- El Protocolo de actuación con menores en protección.

Esta información es la última de que se dispone a este respecto ya que, pese a volver a dirigirse escrito al citado Departamento el 2 de marzo de 2004, solicitando conocer si se había adoptado algún tipo de iniciativa al respecto que actualizase la información de que se disponía hasta entonces, desde dicho Departamento no se ha puesto en conocimiento ningún tipo de novedad al respecto,

### **5.2.2. Contestación del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud**

Por su parte, el 4 de junio de 2003, se recibió contestación del Director General de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra, a la que se adjuntaba un *“Informe sobre la elaboración de un protocolo de actuación en materia de abusos a menores”*, elaborado por la Directora del Servicio de Planificación del citado Departamento, así como un borrador del *“Manual de Intervención para Menores en Conflicto Social”*.

El informe al que se ha hecho referencia, literalmente manifestaba lo siguiente:

*“El Departamento de Bienestar Social, responsable de los servicios de Protección a la Infancia en situación de dificultad social, elaboró y presentó ante el Gobierno de Navarra, en noviembre de 2001, el Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en dificultad social en la Comunidad Foral de Navarra.*

*El Parlamento Foral aprobó este documento en septiembre de 2002.*

*Los trabajos previos a la elaboración del Plan manifestaron la necesidad de llegar a acuerdos sobre las acciones de las que los distintos organismos y unidades de la Administración son responsables. Aún más: se constató la falta de acuerdos sobre cuestiones más básicas como la evolución del maltrato, los instrumentos a utilizar para valorarlo y para establecer pronósticos de mejora, o el tipo de medidas más adecuado para cada situación en función del tipo de maltrato, la edad de la víctima, las características de la familia, etc.*

*Existen dos programas previstos en el citado Plan encaminados a dar respuesta a estos problemas:*

- *Elaboración de un “Manual de Intervención en situaciones de dificultad social”, cuyo primer objetivo es: “Conseguir un mayor nivel de coordinación interinstitucional (tanto entre los servicios específicos para la Protección Infantil, como entre éstos y otras administraciones) y, como consecuencia, una mayor agilidad y eficacia en la intervención, mediante la clarificación del rol, funciones y tareas concretas que corresponden a cada uno de los agentes implicados en las diferentes fases de la intervención en situaciones de dificultad social”.*
- *Programa de coordinación entre el Instituto Navarro de Bienestar Social y los Servicios Sociales de Atención Primaria y otros sistemas de protección social, con los siguientes objetivos:*
  1. *“Lograr una coordinación adecuada entre el Instituto Navarro de Bienestar Social y los Servicios Sociales de Atención Primaria, con los Sistemas de Educación, Sanidad, Fiscalía, Juzgados y Policía en la intervención en situaciones de dificultad social.*
  2. *Potenciar la implantación y el aprovechamiento máximo de los recursos de dichos Sistemas en la prevención, detección, investigación-valoración e intervención en situaciones de dificultad social.*

3. *Mantener la coordinación y lograr un mayor aprovechamiento de los servicios de la red pública de salud mental infanto-juvenil en los casos de dificultad social*".

*En la protección a la infancia y adolescencia se da, por lo que respecta a la coordinación institucional, un primer nivel de dificultad que es preciso superar antes de abordar los siguientes:*

*Los Servicios Sociales, eje principal del sistema de Protección Infantil, están, en su responsabilidad institucional, hasta cierto punto atomizados. El primer nivel de atención, los Servicios Sociales de Base, dependen de las Entidades Locales (en número de 41) y del Instituto Navarro de Bienestar Social.*

*Como se ha señalado, se detectaron importantes diferencias de criterios para la actuación.*

*Debido a ello, y aún antes de que el Plan fuera aprobado por el Parlamento de Navarra, el Departamento de Bienestar Social inició la tarea de elaborar el "Manual de Intervención en Situaciones de Dificultad Social".*

*Como quiera que, para ser eficaz, un protocolo con los objetivos de este debe de ser aceptado por la entidades y por los profesionales responsables de llevarlo a cabo, las tareas de elaboración y discusión han supuesto un trabajo de muchos meses. Se espera contar con el documento final, aceptado con un elevado nivel de consenso, para finales del mes de junio, y se espera iniciar la formación para su aplicación durante el último trimestre de este año.*

*Se adjunta a este informe el borrador de documento en su estado actual y pendiente aún de las últimas aportaciones de los profesionales de los servicios sociales y de las entidades concertadas con el Instituto Navarro de Bienestar Social.*

*Entendemos que un protocolo de esta naturaleza era básico para que, en primer lugar, existieran unos protocolos de actuación con suficiente grado de acuerdo en el marco "interno" de los servicios sociales.*

*Una vez finalizado este se podrá abordar con seriedad y con posibilidades de éxito la siguiente tarea de definir la coordinación entre los servicios sociales y los restantes sistemas de protección (fuerzas de orden público, salud, educación ...)*

Como continuación a esta información inicialmente remitida, el Director General de Bienestar Social, Deporte y Juventud remitió finalmente el 22 de enero de

2004 un ejemplar del *“Manual de Intervención en situaciones de desprotección infantil en la Comunidad Foral de Navarra”*, que consta de diez capítulos, bibliografía y 13 anexos.

Los capítulos se encuentran estructurados de la siguiente forma:

1. Marco de Intervención de los servicios de Protección Infantil
2. Competencias en la Intervención en situaciones de Desprotección Infantil
3. Detección, Notificación y Recepción de casos
4. Investigación y Valoración
5. Toma de decisión y Plan de Caso
6. Puesta en marcha y revisiones del Plan de Caso y cierre de expediente
7. Intervención en Acogimiento Residencial
8. Acogimiento Familiar simple y permanente
9. Adopción Nacional e Internacional
10. El Programa Especializado de Intervención Familiar

Por último, el 2 de marzo de 2004, se volvió a dirigir solicitud de información al Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra sobre el estado de los trabajos encaminados a definir la coordinación entre los servicios sociales y los restantes sistemas de protección (fuerzas de orden público, salud, educación ...), tal y como se indicaba en la inicial contestación y una vez finalizada la elaboración del Manual de Intervención a que se ha hecho referencia. Todo ello con el fin de disponer de una información actualizada de esta cuestión y conocer los pasos dados en orden al cumplimiento de la recomendación que en su día se formuló.

El 27 de mayo de 2004 se recibió la contestación a dicha solicitud, manifestando, en este caso el Consejero del citado Departamento, lo siguiente:

*“Con relación a su escrito de fecha 2 de marzo de 2004, en el que solicita información sobre el estado de los trabajos encaminados a definir la coordinación de los servicios sociales y los restantes sistemas de protección en*

el ámbito de menores, tengo a bien manifestarle que los trabajos realizados hasta la fecha han sido los siguientes:

- *Distribución del "Manual de Intervención en Situaciones de Desprotección Infantil en la Comunidad Foral de Navarra" a todos los Servicios Sociales de Base y Unidades de Barrio de la Comunidad Foral. En dicho Manual se recogen protocolos e indicaciones para la detección, notificación y recepción de casos de maltrato entre los que se contempla el abuso sexual.*
- *Realización de unas Jornadas de Formación dirigidas a los profesionales de los distintos servicios sociales y unidades de barrio sobre la mejor utilización del Manual. Esta formación ha sido llevada a cabo por miembros del equipo de investigación que elaboraron el Manual. El contenido de estas sesiones se ha concretado en analizar las diferentes tipologías de maltrato, llevándose a cabo ejemplificaciones en la resolución de protocolos y, finalmente, realizando un caso práctico.*

*El número de profesionales que participaron en estas sesiones fue de 148, siendo su valoración muy positiva con respecto al tipo de convocatoria, a los contenidos tratados y a la competencia de los ponentes. Por parte de la Dirección General de Familia de este Departamento se van a tener en cuenta las propuestas hechas por los asistentes de continuar esta formación profundizando en aspectos concretos que aborda el Manual de Intervención.*

- *Con fecha 12 de mayo de 2004 se convocó a la Comisión Técnica de Seguimiento del Plan de Atención a la Infancia y a la Adolescencia en Dificultad Social la cual, de conformidad a lo establecido en la Orden Foral 18/2003, de 30 de enero, es la que ostenta las funciones de seguimiento y evaluación del Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en Dificultad Social en la Comunidad Foral de Navarra.*

*En la reunión, y teniendo en cuenta que en su composición están representados profesionales y técnicos de los ámbitos más cualificados en el tema que nos ocupa, como los Servicios Sociales de Base, Fiscalía del Menor, Grupo Asistencial de la Policía Foral, Juzgado de Familia, Asociaciones que trabajan en la protección infantil, Sección del Menor de la Dirección General de Familia, Salud Mental ... etc., se tomó, entre otros, el acuerdo de extender la formación del Manual a otros colectivos, como es el caso de los Orientadores Escolares, así como de iniciar una política de formación de "profesionales en red" por entender, en opinión de todos los asistentes, que ésta es la meto-*

*dología de formación que mejor garantiza el rigor y la coordinación en todas y cada una de las fases que implica el trabajo con menores en situación de maltrato”.*

### **5.3. Propuesta de la Defensora del Pueblo de Navarra sobre elaboración de una Ley Foral del Menor. Documento presentado al Parlamento de Navarra.**

#### **5.3.1. Introducción**

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas proclama la Convención de los Derechos del Niño. El compromiso de los Estados firmantes conlleva no sólo respetar y hacer posible el cumplimiento de estos derechos, sino incorporarlos a su normativa interna, y la vigencia de una cooperación internacional en el cumplimiento de los mismos.

Dada la necesidad de cuidado y atención especiales de los niños, su vulnerabilidad y su diferencia con respecto al mundo de los adultos, la Convención hace jurídicamente responsables a los Estados que la han ratificado de sus acciones respecto de los mismos. El gran desafío consiste en elevar el nivel de protección de la infancia y promover sus derechos.

La Constitución Española, en su artículo 39, hace beneficiario al menor de la protección que se le otorga en el orden internacional y obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos.

También dentro del ámbito estatal, y además de la Constitución, es preciso destacar el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores; la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, además del resto de Leyes Orgánicas que regulan el ejercicio de los derechos de que son titulares los menores.

En desarrollo de estas normas básicas, diversas Comunidades Autónomas, entre las que se encuentran Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla y León, Galicia, Madrid, Murcia o Valencia, han procedido a la elaboración y aprobación de leyes específicas en esta materia. Sin embargo, esto no se ha producido en el ámbito de la Comunidad Foral.

Cada día más, la sociedad avanza sobre un doble discurso en torno a la infancia. De una parte, su preocupación creciente por derechos básicos como la salud o el acceso a la educación; de otra, su olvido del respeto básico a la dignidad de los menores y su presencia en el entorno social y familiar, o su educación en principios básicos como el de la tolerancia y la convivencia.

La ausencia de una estructura normativa ordenada de carácter foral, materia en la que nuestra Comunidad foral dispone de amplias competencias, y que abarque desde los diferentes frentes de necesidad la figura del menor es el motivo principal por el que desde esta Institución consideramos conveniente que Navarra elabore una norma de rango legal que refunda, en un único texto, las diferentes regulaciones que, en el momento actual, se encuentran dispersas bajo distintos rangos normativos, todos ellos inferiores a la ley.

### 5.3.2. Principios generales

Los principios generales que consideramos que deben inspirar esta normativa foral, son los siguientes:

1. **Regulación por ley:** Mediante una ley foral se regulará la protección y promoción de los derechos del menor, materia que en la actualidad se encuentra dispersa en diferentes normas forales de ámbito inferior a la ley, sin perjuicio de lo establecido en la regulación estatal.
2. **Objetivo de esta ley:** Garantizar y promocionar los derechos de los niños y proteger jurídica y socialmente a los menores en situación de riesgo y desamparo. Se trata de dibujar una política integral de atención y protección a la infancia, coordinando los recursos existentes en las diferentes Instituciones para llevar a cabo políticas de prevención, tanto general como de situaciones concretas de riesgo, atendiendo a la totalidad de necesidades de los menores.
3. **Principios básicos informadores:**
  - **Primacía del interés del menor frente a cualquier otro interés legítimo,** promocionando su bienestar social, facilitando su autonomía, su desarrollo pleno y su integración familiar y social.
  - **Reconocimiento de la capacidad del menor para participar activamente en la sociedad,** promocionando y favoreciendo que exprese su opinión y teniéndola en cuenta, en función de sus propias capa-

ciudades, a la hora de adoptar las decisiones que, en su caso, pudieran ser tomadas.

- **Protección de la familia para que asuma sus responsabilidades respecto a los menores** ya que el grupo familiar es el entorno principal de apoyo y ayuda al menor, actuando subsidiariamente los poderes públicos. Prioritariamente se intervendrá en este núcleo familiar y se mantendrá al menor, siempre que ello sea posible, en su entorno natural próximo.
  - **Fomento, en la sociedad y en los menores, de los valores de tolerancia, solidaridad, respeto y principios democráticos de convivencia**
  - **Principios de planificación y coordinación de las actuaciones procedentes de las diversas Administraciones Públicas** afectadas para poder obtener acciones integrales.
  - **Fomento de la colaboración de entidades de iniciativa social.**
  - **Carácter prioritario de las acciones para la promoción y defensa de los derechos de los menores** y para la prevención de cualquier situación de explotación, maltrato, inadaptación, marginación o desprotección que les pueda afectar. Medidas y actuaciones que deberán de adoptarse ajustándose a las circunstancias individuales de cada menor.
  - **Garantía de la seguridad jurídica, confidencialidad y reserva de las actuaciones.**
  - **Sensibilización de la sociedad** hacia los problemas de la infancia.
- 4. Derechos que debe recoger la normativa foral:** Todos los reconocidos en la Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos y tratados internacionales ratificados por España y, en especial, el derecho a no ser discriminado por razón del nacimiento, nacionalidad, etnia, enfermedad, religión o sexo.

Para su mejor defensa será preciso que se articulen políticas integrales que aseguren su disfrute y que se establezcan los cauces adecuados para asegurar el derecho del menor a dirigirse a las Administraciones Públicas en demanda de protección y asistencia, ya que son éstas las responsables de garantizar y facilitar el ejercicio de estos derechos. Para ello, deberán procurar una adecuada y pronta acción que asegure la efectividad de la protección jurídica y administrativa.

Por otra parte, también deberán incluirse los deberes, obligaciones y responsabilidades de los menores inherentes a la titularidad y ejercicio de los derechos que le han sido reconocidos.

Asimismo, se deberán establecer prohibiciones, limitaciones y actuaciones particulares sobre determinadas actividades como establecimientos y espectáculos públicos, medios audiovisuales, publicitarios, telecomunicaciones, o aspectos relacionados con el consumo y comercio de determinados productos para evitar sus efectos o consecuencias negativos.

A este respecto, se incluirán los posibles incumplimientos y vulneraciones entre las conductas y hechos tipificados como infracciones merecedoras de una sanción.

Por último, es preciso establecer acciones de difusión, información y formación de estos derechos y evitar o corregir cualquier discriminación, favoreciendo la igualdad

**5. Establecer actuaciones de prevención**, con carácter prioritario, para evitar situaciones de desamparo y riesgo para los menores.

La eficacia de las medidas preventivas está ligada a la previa detección de necesidades, la planificación, la integralidad y complementariedad en la acción, la coordinación y el intercambio de información.

Dentro de estas medidas preventivas podemos incluir actuaciones en los siguientes ámbitos:

- a) Apoyo familiar
- b) Relaciones sociales y ocio
- c) Atención educativa
- d) Atención sanitaria
- e) Formación y empleo
- f) Sensibilización sobre los derechos de la infancia

Es preciso destacar que, para asegurar la eficacia de la prevención, es muy importante la detección precisa, la cercanía y rapidez en la actuación, la proximidad y la adecuación de las medidas desplegadas a las necesidades y peculiaridades de los destinatarios.

**6. Protección,** o intervención de la Administración ante situaciones de riesgo o desamparo de niños o adolescentes. Su finalidad es reparar las situaciones de desprotección de los menores y crear las condiciones básicas suficientes que posibiliten su normalización.

La intervención administrativa en este ámbito deberá enmarcarse en un conjunto de **principios y criterios de actuación** entre los cuales podrí- an encontrarse los siguientes:

- Respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor
- Prioridad de actuación en el entorno familiar
- Consideración de su participación en la toma de decisiones en función de sus capacidades
- Principio de individualización y de intervención mínima
- Sometimiento a procedimientos reglados e interdisciplinaridad
- Seguimiento y control de la ejecución y periódica revisión de las medidas y actuaciones en curso.
- Coparticipación de las distintas Administraciones Públicas en el desarrollo de las acciones y programas.
- Establecimiento de un deber de comunicación y denuncia de cualquier situación de riesgo o posible desamparo de un menor. Obligación que compete especialmente a centros y servicios sociales, sanitarios y educativos.

Dentro de este ámbito de protección debería incluirse una **enumeración de los derechos especiales de los menores protegidos** entre los cuales se incluirían el derecho a ser protegido, a ser informado por la Administración responsable de las medidas y actuaciones a adoptar, su duración y contenido, a ser oído siempre que sea mayor de doce años o tenga madurez y capacidad suficientes, a su autonomía personal, a un plan de integración definitiva, segura y estable, al acceso prioritario a los recursos públicos, a la seguridad jurídica y emocional....

Asimismo, es preciso delimitar del modo mas concreto posible todas las situaciones de desprotección, disminuyendo la discrecionalidad administrativa en este ámbito. Así, se debe definir el concepto de **situación**

**de riesgo**, elaborando un catálogo que contribuya a acotarlas. La intervención administrativa ante estas situaciones de riesgo se centrará, primero en su valoración, segundo en su declaración y tercero, en la adopción de medidas para proceder a la eliminación, atenuación o compensación de los factores y circunstancias que obstaculicen el pleno ejercicio de los derechos del menor.

Para garantizar la seguridad jurídica, debería incluirse una regulación detallada de lo que se considera una situación de desamparo, su concepto así como del **procedimiento para su declaración y la adopción de medidas protectoras**. El ámbito procedimental se reserva, generalmente, a disposiciones reglamentarias pero, por los derechos que se ven afectados, y las consecuencias de esta actividad administrativa en el ámbito personal y familiar, es conveniente su tratamiento legal.

El procedimiento debe asignarse desde el primer momento a un técnico coordinador, que se prevea la existencia de un procedimiento de urgencia que de una respuesta inmediata a determinados supuestos, la exhaustividad de la investigación, la aplicación mínima del procedimiento de intromisión, la audiencia del menor cuando tenga madurez y capacidad suficientes y el establecimiento de un «plan de caso», su contenido, ejecución y revisión.

Por último, será preciso incluir una detallada regulación de las **medidas y actuaciones de protección** que se pueden adoptar, el **régimen general** que les es aplicable así como los **criterios generales** para su aplicación, que tratarán siempre de preservar la integración familiar, apoyar a la familia y evitar las separaciones o, si ésta se ha producido, procurar la reunificación siempre que los motivos que la provocaron hayan desaparecido.

Se promoverá el recurso a la guarda del menor, al acogimiento familiar, y el empleo del acogimiento residencial como recurso subsidiario en ausencia de otros más adecuados.

## 7. Concepto y actuaciones de menores en conflicto social

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, las CCAA únicamente poseen competencias en materia de ejecución material de las medidas adoptadas por sentencia firme por los Jueces de Menores.

Por lo tanto, la ley foral reguladora deberá limitarse a determinar los criterios de actuación de carácter complementario, instrumental o de apli-

cación de la normativa general, distinguiendo entre las medidas en medio abierto, privativas de libertad y *sustitutivas*. *En cualquier caso*, en la ejecución de las medidas deberá prevalecer el interés del menor infractor, el respeto a sus derechos y la finalidad educativa y reintegradora de las mismas.

## 8. Distribución de competencias y cooperación administrativas

Al tratarse de materias que implican la participación de diferentes Administraciones Públicas, sería imprescindible **distribuir las competencias y funciones entre la Administración Foral y las Entidades Locales**, para favorecer la cooperación, la colaboración administrativa y la coordinación interadministrativa y evitar la duplicidad de actuaciones y mejorar su eficacia.

También es conveniente fomentar la **iniciativa social** mediante el impulso de entidades colaboradoras de carácter privado –asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas debidamente registradas cuya finalidad sea la atención a menores- debidamente habilitadas.

## 5.4. La actuación del Gobierno de Navarra sobre la propuesta de elaboración de una Ley Foral del Menor.

En relación a esta propuesta al Parlamento de Navarra sobre la elaboración de una Ley Foral del Menor, el Grupo Socialista del Parlamento de Navarra presentó el 5 de mayo de 2004 una “**Proposición de Ley Foral de promoción, atención y protección a la infancia**”, que fue desestimada. (Finalmente no fue tomada en consideración por acuerdo de la Junta de Portavoces. de 24/05/04).

Por su parte, la entonces Consejera de Bienestar Social, Cultura y Deporte remitió el 5 de febrero de 2004 un escrito a la Defensora del Pueblo de Navarra “*en contestación a su escrito de fecha 24 de noviembre de 2003*” al que acompañaba un anteproyecto de Ley Foral de Protección del Menor elaborado por dicho Departamento. Sobre este Anteproyecto, no presentado aún en el Parlamento de Navarra al cierre de esta edición, la Consejera destaca como “**aspectos más importantes**” del mismo los siguientes:

*1º. Se dota de un marco legal desde el que proteger al menor, regulando un sistema de protección moderno y profesionalizado, en el que*

*se reconoce al menor, no solo como sujeto de derechos, sino como partícipe activo de los mismos.*

*2º. Se establece el objeto y las modalidades de atención a la infancia.*

*3º. Se determinan dos tipologías de sistemas en los que se encuadra el menor sujeto de esta Ley Foral: el sistema de protección, en el que tienen cabida los menores en situación de riesgo, los menores en situación de desamparo y los menores en situación de conflicto social.*

*Y el sistema de reforma, en el que tienen cabida los menores en situación de medida judicial penal.*

*4º. Se procede a una distribución de las competencias entre municipios y gobierno foral, acorde con la situación actual en la Comunidad Foral de Navarra.*

*5º. Se delimitan y señalan las modalidades de promoción de los derechos del menor; las actuaciones de prevención y las actuaciones de protección, así como las actuaciones específicas de reforma.*

*6º. Se regula el régimen de los centros de menores, destacando la primacía del ámbito educativo y socializador en el que nos movemos.*

*7º. Se dota al equipo técnico de un marco jurídico completo y actual, junto a un procedimiento claro y ordenado, para desarrollar su tarea de manera eficaz y eficiente.*

*8º. Se plantea el establecimiento de plazos concretos para las oposiciones a las resoluciones adoptadas por el Instituto de Bienestar Social, que van a proporcionar mayor seguridad jurídica a todos los implicados: menores, técnicos, familias, juzgados, etc.*

*Igualmente, se desarrolla de manera pormenorizada y exhaustiva el procedimiento para la declaración y ejecución de los desamparos, junto a la introducción de una nueva figura relativa a la solicitud de remoción del desamparo por la aparición de nuevas circunstancias, figura que viene a aclarar y ordenar la situación actual.*

*9º. Finalmente, como medida de protección específica del menor, se*

*promueve la regulación de un sistema sancionador frente a todas aquellas actuaciones contrarias a lo establecido en la Ley Foral de Protección del Menor.*

*El citado anteproyecto se ha enviado a cuantas instituciones, entidades y organizaciones tienen relación y/o trabajan en el ámbito del menor, a fin de que presenten cuantas alegaciones o sugerencias consideren oportunas”.*

Pendientes de las modificaciones que la tramitación parlamentaria puede introducir en el texto del anteproyecto de Ley, reproducimos su contenido entendiendo su utilidad para posibles consultas.



## 6. ACCIONES PREVISTAS POR EL GOBIERNO DE NAVARRA EN MATERIA DE INFANCIA: "PLAN DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN DIFICULTAD SOCIAL EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA"

El Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en Dificultad Social en la Comunidad foral de Navarra<sup>2</sup>, citado en la respuesta del Departamento de Bienestar Social a la Defensora del Pueblo de Navarra respecto a la elaboración de un protocolo sobre malos tratos, fue aprobado por el Gobierno el 19 de noviembre de 2001 y por la Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento de Navarra el 17 de septiembre de 2002. Este Plan, según se lee en su introducción, tiene su referencia más inmediata en el Plan de Apoyo a la Familia, que preveía su desarrollo. *“En definitiva –dice su introducción- se trata de dar respuestas y de responsabilizarse, en sentido amplio, de la protección de los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos no son respetados, padecen malos tratos, reciben un trato inadecuado y presentan dificultad social, de los que corren el riesgo de padecer otras situaciones y de diseñar e implantar programas comunitarios adecuados a las necesidades de manera individualizada.”*

El Consejero de Bienestar Social destacaba que este Plan *“se basa en un amplio conocimiento de la población afectada y de sus necesidades. En consecuencia, es un plan realista. Es un plan fundamentado técnica y profesionalmente, que ha sido elaborado por investigadores universitarios y técnicos de las Administraciones Públicas de Navarra. Ha sido aprobado por prácticamente la totalidad de los grupos del Parlamento de Navarra. Este apoyo mayoritario y el consenso con el que se ha aprobado el Plan le dota de una gran fortaleza y responde a la inquietud social existente”*.

---

<sup>2</sup> Plan de Atención a la Infancia y Adolescencia en Dificultad Social en la Comunidad Foral de Navarra. Gobierno de Navarra. Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud. 2002

Las líneas directrices del mencionado Plan articulan las actuaciones previstas por el mismo, en el siguiente sentido:

1. La perspectiva de las necesidades del niño/a
2. Estabilidad en las figuras parentales y en el entorno convivencial del niño/a
3. La prevención
4. La preservación familiar y las necesidades de apoyo y tratamiento de los padres/madres en dificultad social
5. Las necesidades de apoyo y tratamiento de los niños/jóvenes en dificultad social
6. Adopción de los recursos a las necesidades
7. Capacitación y estabilidad de los profesionales de la Protección Infantil
8. La Protección Infantil como “sistema”
9. Calidad y eficacia

Estas actuaciones persiguen los siguientes objetivos, descritos en el documento de referencia:

1. Mejorar la capacidad de detección temprana de las situaciones de dificultad social en el nivel de atención primaria de los servicios sociales y de otros sistemas de protección social
2. Mejorar la capacidad de intervención temprana de la atención primaria de servicios sociales mediante la implantación garantizada de:
  - a. Programas de prevención secundaria
  - b. Programas de intervención familiar para situaciones de desprotección infantil leve y moderada
3. Homogeneizar y mejorar la calidad de la investigación, valoración y toma de decisión en las situaciones de dificultad social en la atención primaria de servicios sociales

4. Incrementar la adecuación de los recursos propios y dependientes del Instituto Navarro de Bienestar Social a las necesidades de los niños/as y de sus familias, mediante la diversificación y la mejora del funcionamiento de los programas de
  - a. Intervención familiar especializada
  - b. Acogimiento familiar
  - c. Acogimiento residencial
  - d. Atención a jóvenes con medidas judiciales penales
5. Mejorar la articulación y coordinación entre los servicios sociales de atención primaria y el Instituto Navarro de Bienestar Social en las diferentes fases y tareas de la intervención en situaciones de dificultad social, y elaborar criterios homogéneos entre ambos niveles para las tomas de decisión en dichas situaciones
6. Mejorar la coordinación y potenciar la implicación de recursos de otros sistemas (Educación, Salud Mental, Policía, etc.) en las diferentes fases y procesos de intervención en situaciones de dificultad social

Los programas previstos por este Plan habrían de gestionarse entre 2002 y 2006 de acuerdo con el cronograma siguiente:

**Tabla 10**  
**Cronograma**  
**Plan de**  
**Atención a la**  
**Infancia en**  
**Dificultad**  
**Social**

	2002	2003	2004	2005	2006	
1. Elaboración de un "Manual de intervención en situaciones de dificultad social"	●					D. Gral. de Bienestar Social Inst. Navarro Bienestar Social Entidades Locales
2. Creación de Equipos especializados de Protección Infantil en los Centros de Servicios Sociales	●	●	●	●		Inst. Navarro Bienestar Social Entidades Locales
3. Sensibilización y Prevención Primaria	●	●	●	●	●	Entidades Locales Inst. Navarro Bienestar Social Dpto. de Salud
4. Detección de niñas y jóvenes en situación de dificultad social				●	●	Entidades Locales Inst. Navarro Bienestar Social Servicios Atención Primaria de otros Sistemas de Protección Social
5. Investigación, valoración y toma de decisión en situaciones de dificultad social en la atención primaria de servicios sociales	●	●	●	●	●	Entidades Locales Inst. Navarro Bienestar Social
6. Prevención secundaria e intervención familiar en la atención primaria de servicios sociales	●	●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarro Administración Pública Entidades Locales
7. Coordinación entre Servicios Sociales de Base, Centros de Servicios Sociales e Instituto Navarro de Bienestar Social. ■ Subprograma 7a. Proceso de derivación de casos. ■ Subprograma 7b. Proceso de intervención.		●	●	●	●	Entidades Locales Inst. Navarro Bienestar Social
8. Organización y procedimiento de intervención del Instituto Navarro de Bienestar Social	●	●				Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
9. Programa especializado de intervención familiar	●	●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
10. Programa de Acogimiento Familiar. ■ Subprograma 10a. Captación, formación, selección y valoración de familias acogedoras. ■ Subprograma 10b. Apoyo y seguimiento post-acogimiento.		●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social
11. Programa de Adopción. ■ Subprograma 11a. Valoración de familias solicitantes. ■ Subprograma 11b. Apoyo a la integración familiar y seguimiento post-adopción.		●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
12. Programa de Acogimiento residencial	●	●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
13. Programa de atención a niñas y jóvenes con medidas judiciales penales	●	●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
14. Coordinación entre el Instituto Navarro de Bienestar Social y los servicios sociales de atención primaria, y otros sistemas de protección		●	●	●	●	Inst. Navarro Bienestar Social Inst. Navarra Administración Pública
15. Desarrollo legislativo	●	●	●	●		D. Gral. de Bienestar Social Instituto Navarro de Bienestar Social
16. Desarrollo de infraestructuras	●	●	●	●	●	D. Gral. de Bienestar Social Entidades Locales
17. Evaluación continuada del Plan	●	●	●	●	●	D. Gral. de Bienestar Social Inst. Navarro Bienestar Social

De las acciones incluidas en este cronograma, la primera de ellas, el denominado "Manual de Intervención en situaciones de dificultad social", previsto para 2002, fue publicada en el año 2003 y remitida a esta Institución el 19 de enero de 2004.

## 6.1. Dotación económica

El Plan de Atención a la Infancia incluye una previsión sobre la dotación económica prevista para el desarrollo de los diferentes programas:

Descripción del área de actuación	2002	2003	2004	2005	2006
1. Elaboración de un manual de intervención en situaciones de dificultad social	18,0	18,0	0,0	0,0	0,0
2. Creación equipos especializados de protección infantil en los centros de servicios sociales	288,5	306,5	372,6	691,2	691,2
3. Sensibilización y prevención primaria	120,2	120,2	360,6	360,6	480,8
4. Detección de niños/as y jóvenes en situación de dificultad social	0,0	0,0	0,0	30,1	30,1
5. Investigación, valoración y toma de decisión en las situaciones de dificultad social en atención primaria de S.S.	60,1	60,1	60,1	60,1	60,1
6. Prevención secundaria e intervención familiar temprana en la atención primaria de Serv. Soc.	147,2	330,6	522,9	733,2	991,7
8. Organización y procedimiento de intervención INBS	63,1	78,1	132,2	132,2	126,2
9. Programa especializado de intervención familiar	304,7	336,6	396,7	456,8	456,8
10. Programa de acogimiento familiar	456,8	462,8	450,8	420,7	420,7
11. Programa de adopción	96,2	105,2	93,2	90,2	90,2
12. Programa de acogimiento residencial	3.521,9	3.524,9	3.524,9	3.521,9	3.521,7
13. Atención a niños/jóvenes con medidas judiciales penales	574,0	637,1	979,6	1.523,6	1.613,7
14. Coordinación en el el INBS y los S.S. de atención primaria y otros sistemas de protección	15,0	15,0	18,0	18,0	18,0
16. Infraestructuras	1.202,0	1.292,2	384,6	384,6	432,7
17. Evaluación continuada del Plan	30,1	30,1	30,1	30,1	30,1
<b>TOTALES</b>	<b>6.897,8</b>	<b>7.317,4</b>	<b>7.326,3</b>	<b>8.453,3</b>	<b>8.964,2</b>



## 7. EL MENOR EN EL PARLAMENTO DE NAVARRA

### LEYES FORALES

	Nº	FECHA
<i>Ley Foral 10/1991, de 16 de marzo, sobre prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad.</i>		
BON	43	05.04.1991
BOE	226	20.09.1991

### PLANES

<i>Plan de atención a la infancia y a la adolescencia en dificultad social en la Comunidad Foral de Navarra</i>			
Admisión a trámite	BOPN	122	04.12.2001
Aprobación por la Comisión de Asuntos Sociales	BOPN	95	15.10.2002

### RESOLUCIONES

<i>Resolución sobre la adopción de medidas tendentes a impedir la explotación de niños mediante mendicidad callejera</i>			
BOPN		15	25.03.1986

---

*Resolución en relación con el aniversario de la Convención de los Derechos del Niño/a.*

Diario Sesiones Pleno 18 05.02.1992

---

*Resolución por la que se insta al Gobierno de Navarra a elaborar una Ley de la Infancia*

BOPN 28 31.03.2000

---

*Resolución por la que se insta al Gobierno de Navarra a adoptar medidas par la atención de niños oncológicos*

BOPN 30 21.03.2002

---

*Resolución por la que el Parlamento de Navarra insta al Gobierno de Navarra a elaborar un protocolo de procedimientos de actuación en materia de malos tratos y abusos sexuales a menores*

BOPN 39 03.04.2003

---

*Resolución por la que el Parlamento de Navarra insta al Gobierno de Navarra a elaborar un protocolo de actuación sobre la atención y seguimiento de los casos de abusos sexuales o malos tratos a menores*

BOPN 39 03.04.2003

---

## **DECLARACIONES POLÍTICAS**

*Declaración Política sobre los niños en los conflictos armados*

Ratificación por el Pleno BOPN 83 29.10.1998

---

*Declaración Política de adhesión al Manifiesto con motivo del Día del Niño con cáncer*

Aprobación por la Junta de Portavoces BOPN 129 26.12.2001

---

---

*Declaración Política a favor del niño y de su futuro como adulto*

Aprobación por la Junta de Portavoces	BOPN	104	04.11.2002
---------------------------------------	------	-----	------------

---

---

**PREGUNTAS POR ESCRITO**

---

*Pregunta sobre el Concierto con los "Terciarios Capuchinos" en materia de tratamiento de menores con problemas de conducta*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite	BOPN	44	10.11.1993
Respuesta por escrito	BOPN	52	17.12.1993

---

*Pregunta en relación con salud mental infantil y juvenil*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite	BOPN	24	01.12.1995
Respuesta por escrito	BOPN	2	12.01.1996

---

*Pregunta sobre el módulo específico para menores impartido en la Granja Escuela de Aritz Berri (Ilundain)*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite	BOPN	73	10.11.1997
Respuesta por escrito	BOPN	56	22.07.1998

---

---

*Pregunta sobre los adolescentes acogidos bajo la protección del Gobierno de Navarra*

Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra (CDN)

Admisión a trámite	BOPN	68	14.12.1996
Respuesta por escrito	BOPN	14	28.02.1997

---

*Pregunta sobre los adolescentes acogidos bajo a protección del Gobierno de Navarra*

Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra (CDN)

Admisión a trámite	BOPN	25	14.04.1998
Respuesta por escrito	BOPN	33	03.05.1999

---

*Pregunta sobre la asistencia sanitaria a hijos de inmigrantes ilegales*

Grupo Parlamentario Mixto

Admisión a trámite	BOPN	7	08.02.1999
Respuesta por escrito	BOPN	57	15.06.1999

---

*Pregunta sobre la integración escolar de los niños inmigrantes*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite	BOPN	11	22.02.1999
Respuesta por escrito	BOPN	58	16.06.1999

---

---

*Pregunta sobre la venta y consumo de bebidas  
alcohólicas por menores*

*Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas  
de Navarra (CDN)*

Admisión a trámite	BOPN	28	20.12.1999
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	15	11.02.2000
-----------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre los menores de 18 años atendidos  
en la Red de Salud Mental*

*Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-  
Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)*

Admisión a trámite	BOPN	34	17.04.2000
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	63	10.08.2000
-----------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre los niños escolarizados afectados  
por discapacidad física que requieren tratamiento  
de fisioterapia*

*Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-  
Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)*

Admisión a trámite	BOPN	34	17.04.2000
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	63	10.08.2000
-----------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre el coste económico para la puesta  
en marcha de la Ley del Menor*

*Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-  
Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)*

Admisión a trámite	BOPN	10	07.02.2001
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	95	28.09.2001
-----------------------	------	----	------------

---

---

*Pregunta sobre las medidas a adoptar para la puesta en marcha de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*

Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra (CDN)

Admisión a trámite	BOPN	10	07.02.2001
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	104	17.10.2001
-----------------------	------	-----	------------

---

*Pregunta sobre las actuaciones en materia educativa con los niños sordos*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	40	10.04.2001
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	113	07.11.2001
-----------------------	------	-----	------------

---

*Pregunta sobre la recomendación de la Defensora del Pueblo relativa al tratamiento de los niños con discapacidad motórica que precisan rehabilitación*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	16	24.02.2003
--------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre el grado de cumplimiento de la resolución aprobada relativa a la atención de niños oncológicos*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	76	22.07.2002
--------------------	------	----	------------

Respuesta por escrito	BOPN	49	12.05.2003
-----------------------	------	----	------------

---

---

*Pregunta sobre la situación de los pacientes menores oncológicos*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite	BOPN	96	01.10.2001
Respuesta por escrito	BOPN	81	21.08.2002

---

*Pregunta sobre la administración de la vacuna antineumocócica a niños menores de 2 años*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	18	10.11.2003
Respuesta por escrito	BOPN	9	11.02.2004

---

*Pregunta sobre el control de la venta de alcohol en bares y discotecas*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	10	16.02.2004
--------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre las ayudas a los niños que reciben tratamiento con el método Peto*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	18	09.03.2004
--------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre los niños afectados por parálisis cerebral que reciben el tratamiento Bobath*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	18	09.03.2004
--------------------	------	----	------------

---

---

*Pregunta sobre el tratamiento de fisioterapia que reciben los niños afectados por parálisis cerebral que se incorporan al sistema educativo*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

---

Admisión a trámite	BOPN	18	09.03.2004
--------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre la gestión de las adopciones internacionales de la Asociación Nuevo Futuro*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

---

Admisión a trámite	BOPN	18	9.03.2004
--------------------	------	----	-----------

---

*Pregunta sobre las adopciones nacionales e internacionales*

Grupo Parlamentario Aralar

---

Admisión a trámite	BOPN	22	22.03.2004
--------------------	------	----	------------

---

*Pregunta sobre los programas de acogimiento de menores*

Grupo Parlamentario Aralar

---

Admisión a trámite	BOPN	22	22.03.2004
--------------------	------	----	------------

---

## **COMPARECENCIAS DEL GOBIERNO ANTE LAS COMISIONES**

---

*Comparecencia del Consejero de Bienestar Social, Deporte y Juventud ante la Comisión de Asuntos Sociales para informar sobre la aplicación de medidas penales a menores*

*Junta de Portavoces*

---

Fecha de comparecencia	29.09.2000
------------------------	------------

---

---

*Comparecencia del Consejero de Salud ante la Comisión de Sanidad para informar sobre el tratamiento de fisioterapia para los niños afectados de lesiones cerebrales*

*Junta de Portavoces*

Fecha de comparecencia 22.05.2002

---

### **SESIONES DE TRABAJO DE COMISIONES**

---

*Sesión de trabajo con representantes del colectivo de Asociaciones por la Integración Educativa para informar sobre la problemática de continuidad del proceso educativo para los niños de integración navarros*

**Junta de Portavoces**

Fecha de Comparecencia 28.06.1993

---

*Sesión de trabajo con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Colegio de Psicólogos para analizar las instituciones que trabajan con menores maltratados*

**Junta de Portavoces**

Fecha de Comparecencia 13.02.2003

---

### **SESIONES DE TRABAJO DE COMISIONES**

---

*Moción sobre la explotación de niños mediante mendicidad callejera*

Grupo Parlamentario Popular

Admisión a trámite BOPN 25.02.1986

Aprobación **BOPN** 18.03.1986

---

---

*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a elaborar una Ley de la Infancia*

Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra (CDN)

Admisión a trámite	BOPN	16	14.02.2000
Aprobación	BOPN	18	31.03.2000

---

*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a elaborar un Plan Regional de Educación y Atención a la Sexualidad Juvenil*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento de Navarra (SPN)

Admisión a trámite	BOPN	61	04.06.2001
Aprobación	BOPN	110	31.10.2001

---

*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a elaborar un protocolo de actuación sobre la atención y seguimiento de los casos de abusos sexuales o malos tratos a menores*

Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua (IUN-NEB)

Admisión a trámite		16	24.02.2003
Aprobación		39	03.04.2003

---

*Moción por la que se insta al Gobierno de Navarra a elaborar un protocolo de procedimientos de actuación en materia de malos tratos y abusos sexuales a menores*

Grupo Parlamentario Mixto

Admisión a trámite		16	24.02.2003
Aprobación		39	03.04.2003

---

## INICIATIVAS PARLAMENTARIAS RECHAZADAS, RETIRADAS O DECAIDAS.

### **PROPOSICIONES DE LEY FORAL**

---

*Proposición de Ley Foral de promoción, atención  
y protección a la infancia*

Grupo Parlamentario Socialistas del Parlamento  
de Navarra (PSN)

Proposición	BOPN	38	05.05.2004
No tomada en consideración	BOPN	46	31.05.2004

---

### **MOCIONES**

---

*Moción por la que el Parlamento de Navarra denuncia  
la utilización de menores en conflictos bélicos*

Grupo Parlamentario EA-PNV

Admisión a trámite	BOPN	29	18.03.2002
Retirada	BOPN	64	10.06.2002

---



## 8. REFERENCIAS LEGALES EN TORNO A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

### INICIATIVAS EXISTENTES

#### - Andalucía:

Ley 1/1998, de 20 de abril, sobre Derechos y atención de Menores  
(B.O.J.A. nº 53, de 12 de mayo de 1.998 -pág. 5.590-)  
(B.O.E. nº 150 de 24 de junio de 1.998 -pág. 20.689-)

#### - Castilla y León:

Ley 14/2002, de 25 de julio, sobre Promoción, atención y protección a la Infancia en Castilla y León.  
(B.O.C.L. nº 145, de 29 de julio de 2002 -suplemento, pág. 2-)  
(B.O.E. nº 197, de 17 de agosto de 2002 -pág. 30.657)







Porque somos vecinos a un pie de distancia del trabajo infantil, anteponemos la urgencia de la escolarización adecuada de todas las culturas que se afincan en nuestro mismo piso; porque todos los factores que hacen del SIDA una plaga infantil, urgimos la normalización de los servicios de pediatría sobre los que los ciudadanos se quejan en ocasiones; porque una tiza es una riqueza inesperada, recabamos de esos poderes públicos que nos representan una Ley navarra para los menores navarros, cercana a nuestras necesidades, en el afán de que se consolide lo que ya hemos avanzado desde aquella Convención de Ginebra.

Por una vez, esta edición pretende ser una piedra, la del Defensor del Pueblo de Navarra, en ese edificio que vamos construyendo desde la satisfacción del bienestar bien vivido y mejor entendido cuando le ponemos el calificativo de bienestar solidario.