

ministrativo que supone la defensa de la competencia. Más que incidir en la indiscutible huida del Derecho administrativo, sobre la que la doctrina ha centrado abundantes esfuerzos, debe explorarse también este nuevo intervencionismo administrativo sobre la estructura del mercado y la conducta de sus operadores, como han hecho ya CASES PALLARÉS o SORIANO GARCÍA. Este libro es un magnífico ejemplo de ello.

Carlos PADRÓS REIG
 Profesor Titular
 de Derecho Administrativo
 Universitat Autònoma de Barcelona

PALMA DEL TESO, Ángeles de: *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006.

La encomiable obra de la profesora de la Universidad de Barcelona Ángeles DE PALMA DEL TESO, merecidamente galardonada con el V Premio para trabajos de estudio e investigación sobre las Administraciones Públicas, acomete concienzudamente el análisis de la actuación administrativa en materia de protección de menores, ámbito eminentemente fronterizo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil en el que confluyen, junto al título competencial principal asumido en exclusiva por todos los Estatutos de Autonomía, otros tangenciales de la más diversa índole y en el que participan pluralidad de sujetos, tanto públicos como privados.

Comienza con el análisis de la naturaleza jurídica de la actuación administrativa en materia de protección de menores, especialmente de la tutela administrativa, respecto de la cual concluye, apodfeticamente, tras un pormenorizado repaso de la evolución histórica, su naturaleza administrativa, sorprendentemente controvertida por la poco meditada decisión del legislador estatal de introducir el instituto en el CC, por Ley 21/1987, de 11 de no-

viembre, al amparo del título competencial legislativo civil del artículo 149.1.8.º CE. No en vano, la protección pública de menores no es sino un servicio público de protección social que la Administración presta en cuanto poder público, aunque incida notoria y gravemente en las relaciones jurídico-privadas familiares. Es la *Administración Pública de Derecho Privado*, en expresión del TS. Continúa con la exposición del estatuto jurídico del menor y concluye con el estudio de las diversas situaciones de desprotección a que puede estar expuesto, en particular la situación de desamparo. El discurso expositivo es pragmático y dinámico, informado por una sensibilidad francamente excelsa hacia la problemática de la situación vital del menor y de su entorno sociofamiliar. Es por ello que la autora no pierde de vista jamás el principio capital que ha de regir en sede de protección de menores, el interés superior del menor. A la luz de este principio, describe, sistematiza e integra una dispersísima normativa estatal, autonómica e internacional, en ocasiones preocupantemente asimétrica, ayudándose de una cantidad ingente de jurisprudencia menor prolijamente analizada. Asimismo, sostiene la autora tesis, como la relativa a los menores emancipados o a la tutela civil, que, si bien refutables por un civilista, resultan holgadamente defendibles y, usualmente, más acordes con el principio del interés superior del menor.

Con toda probabilidad, la aportación de mayor calado de la obra sea la de haber destilado los dos principios a que ha de atemperarse la intervención administrativa, a saber; subsidiariedad progresiva y flexibilidad, que se erigen en parámetro de motivación, oposición y fiscalización de cualquier decisión administrativa que afecte a menores. Tres son las situaciones de desprotección que puede sufrir el menor; ordenadas en progresión ascendente merced a su grado de gravedad: la situación de riesgo, de dificultad social y de desamparo. La Administración debe prevenirlas, detectarlas y neutralizarlas a la mayor prontitud, ya que cuanto más temprana sea la detección, más eficaz y menos agresiva será la paliación, teniendo además presente que el menor tiene dere-

cho a la vida familiar, de suerte que, siempre que sea factible conjurar la situación de desprotección en el seno del entorno familiar, la Administración se abstendrá de declarar el desamparo. Sólo cuando el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material por cualquier causa (prescindiendo de interpretaciones literales férreas del art. 172.1 CC, como demuestra la autora), o ésta no venga garantizada por una relación jurídica estable (como acontece con la guarda de hecho), procederá la Administración a declarar el desamparo, asumiendo por ministerio de la ley la tutela y la guarda, la cual ejercerá por delegación en la familia de acogida o en el director del centro público o privado en que sea acogido el menor, quedando suspendidas la patria potestad o la tutela civil. Una vez asumida la tutela por la Administración afloran dos nuevos principios, el de reintegración familiar e, inoperante éste, el de integración familiar. La compleja articulación sucesiva de las distintas fases es brillantemente decantada por la autora, destacando su carácter contingente, flexible, dinámico y no necesariamente secuencial, y aseverando, asimismo, la primacía de la *función protectora* sobre la *función reformadora*, cuando no abiertamente represora.

Existen, asimismo, otra serie de principios rectores de la actuación administrativa que, aun no formalmente explicitados, están perennemente presentes en la obra. En primer lugar, el que podríamos denominar el principio de participación, merced al cual la Administración ha de dar voz a todos los agentes implicados, al propio menor, padres, tutores, familia de acogida, técnicos... a fin de consensuar una posible solución que, sólo por esta razón, será, presumiblemente, más eficaz. En segundo lugar, el principio de tecnificación, ya que gran parte del protagonismo gravita sobre los servicios técnicos (médicos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, educadores, pedagogos, etc.). La discrecionalidad que despliega la Administración en esta materia es eminentemente técnica; qué mejor motivación de la declaración de desamparo que un parte médico de lesiones que revele probable maltrato. Y, por último, los principios de

coordinación, cooperación y colaboración entre todas las instancias públicas implicadas: Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de menores, Administraciones competentes en materia de extranjería, Defensores del Menor, Ministerio Fiscal y entidades colaboradoras.

Otro tema peliagudo atañe al procedimiento administrativo de declaración de desamparo, laboriosamente reconstruido, cuya faceta garantista adquiere especial cariz en esta sede ya que tal declaración, expresa o presunta, gozará de fuerza ejecutiva, suficiente para remover profundamente la situación familiar y personal del menor y de sus allegados. Regulado por las respectivas leyes autonómicas atemperadas a los principios procedimentales de la LPC diverge, sin embargo, sustancialmente porque cada Autonomía, según adopte la perspectiva del menor o de sus padres o tutores, califica los efectos del procedimiento, respectivamente, de favorables o desfavorables, anudando las lógicas consecuencias en punto a la forma de iniciación y a los efectos de la inactividad administrativa. La autora se decanta por calificarlos de favorables y, coherentemente, deduce que el procedimiento podrá iniciarse así de oficio como a instancia de parte, jugando el silencio negativo, en el primer caso, y positivo, en el segundo (aquí con el objetivo de forzar la protección de los menores inmigrantes), *ex* artículos 44 y 43.2 LPC, respectivamente, salvo que la Ley disponga lo contrario respecto al segundo. Empero, algunas consecuencias pudieran, acaso, resultar excesivas. Piénsese que un procedimiento activado automáticamente por solicitud de parte puede concluir, por pura desidia administrativa, en la declaración de desamparo presunta, la asunción de la tutela administrativa y la suspensión de la patria potestad o la tutela civil, aunque aquélla sea de todo punto infundada, mientras que un procedimiento iniciado de oficio y que presupone la existencia de, al menos, indicios de desprotección concluye por silencio negativo. Ello se debe, a mi juicio, a que las singularidades de esta parcela de la actuación administrativa se acomodan defectuosamente al régimen general previsto en la LPC, máxime en

tanto en cuanto cohabitan también intereses encontrados del propio menor y, por ende, equiparados. El derecho del menor a la vida familiar impone no separarlo de su familia a menos que la necesidad de esta medida haya quedado debidamente comprobada, y nunca por mera parsimonia o indolencia de la Administración. Quizás fuere conveniente diseñar un procedimiento especial *ad hoc* amoldado a sus propios principios, pero ello exigiría alterar la correlación prevista en la LPC, amén de hallar el título competencial óptimo a favor del Estado u otro instrumento jurídico apto para homogeneizar criterios, habida cuenta de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la materia.

Otra de las peculiaridades destacables hace referencia a la declaración administrativa de desamparo, objeto de desmenzamiento exhaustivo en cuanto a su contenido y efectos. Se trata de un acto administrativo plenamente ejecutivo y ejecutorio que, sin embargo, no gana firmeza. El carácter flexible de la actuación administrativa en materia de protección de menores conlleva que las decisiones administrativas, cualesquiera, incluida la declaración de desamparo, deban ser revisadas por la Administración en cuanto advierta una alteración de las circunstancias que motivaron su adopción, puesto que la tutela administrativa se caracteriza por su provisionalidad. Consecuentemente, podrán ser impugnadas *sine die*, aunque se alzan voces reclamando la fijación de un plazo máximo de impugnación, pues la situación del menor, que necesita estabilidad para su adecuado desarrollo, no puede quedar indefinidamente a merced de que sus padres impugnen la declaración de desamparo. Postura ésta a la que, en cierto sentido, se adhiere la autora. A mi entender, sucederá que la propia provisionalidad de la tutela administrativa obliga a la Administración, cuando la situación adquiere un carácter indefinido e irreversible, a promover la inserción del menor en otra familia, sea la extensa, sea ajena, a través de la adopción o de la constitución de la tutela civil, si fuere posible, supuestos ambos en que quedará extinguida la tutela administrativa decayendo toda posibi-

lidad de oponerse a la declaración administrativa de desamparo; deberá procederse por los cauces civiles pertinentes, máxime en cuanto una y otra se constituyen judicialmente.

Esta cuestión se anuda con la del orden jurisdiccional competente para controlar la actuación de la Administración en materia de protección de menores. Debido a la alambicada distribución competencial, claramente expuesta por la autora, la jurisdicción civil es competente para conocer de las resoluciones administrativas *directamente protectoras* de menores, es decir, las dictadas con ocasión de una situación de riesgo, dificultad social o desamparo. Cualesquiera otras cuestiones serán de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que también se ha declarado competente para fiscalizar los defectos formales de aquellas resoluciones. Aunque ni siquiera una obra de tal empeño como la presente pueda agotar toda la problemática que el tema suscita, sería de suma ayuda, indudablemente, que la autora desarrollara su opinión acerca de ciertas cuestiones interesantes relativas al posible alcance del pronunciamiento judicial. Aludo a supuestos tales como si puede el juez declarar el desamparo desestimado por la Administración en sustitución de la misma o si puede, por ejemplo, condenar a la Administración a trasladar a un menor a otro centro o confiarlo a otra familia de acogida para facilitar el contacto con sus progenitores y si, en tal caso y en defecto de plazas vacantes, podría imponerle su creación, la construcción de nuevos centros o la suscripción de más convenios de colaboración... Parece obvio que la potestad autoorganizatoria de la Administración y la limitación de recursos se erigen en límites funcionales a la decisión judicial.

Quisiera concluir celebrando este riguroso estudio, no sólo imprescindible para cualquier aproximación doctrinal a la materia, sino también instrumento de trabajo inestimable para la práctica administrativa cotidiana.

Pilar PUÑET GÓMEZ
Becaria FPU del Ministerio
de Educación y Ciencia