

El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor

BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA
Fiscal del Tribunal Supremo

El Ministerio Fiscal es una institución que históricamente ha presentado perfiles ambiguos, tanto en su perfil institucional como en el significado y contenido de sus funciones. Todo ello ofrece a quienes a él se acercan un particular atractivo, estimulando los esfuerzos de construcción doctrinal y concediendo amplios márgenes de flexibilidad a la hora de diseñar sus líneas de funcionamiento. Podría decirse que los perfiles inacabados a que nos referimos posibilitan una cierta actividad creadora y delimitadora de sus contornos, tanto en el plano legislativo como en la práctica diaria de las fiscalías.

Centrados en esta perspectiva podemos afirmar que a grandes rasgos su evolución histórica ha oscilado, partiendo de la defensa de los intereses patrimoniales del Fisco en la edad media y concluyendo con un promotor fiscal decimonónico al que se le encomienda la tutela de los intereses públicos en el proceso penal. Pero ya desde Juan II, que creó la figura del procurador o promotor civil, el Ministerio Fiscal —dentro de este marco del interés público o general— ha asumido la protección de los intereses de las personas especialmente desprotegidas o indefensas. Se trata de atender a las necesidades de las personas y de los colectivos que tienen singulares dificultades para acceder, en régimen de igualdad con los demás ciudadanos, al ejercicio de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico. Las primeras referencias históricas son a personas individuales que padecen estas situaciones por sus deficiencias personales (menores e incapaces).

En los tiempos más recientes, los fiscales desempeñan estas funciones tuitivas respecto de personas y colectividades desamparadas y discriminadas en relación con las normas jurídicas vigentes por diversas circunstancias, que no se reducen sólo al clásico concepto de incapacidad de obrar. Muestra en ellas el M.F. una faz de hondos contenidos humanos y sociales que supone una ruptura con el clásico modelo tradicional de acusador penal, con el que se le ha venido identificando, y lo acerca a esa magis-

tratura de amparo en la que algunos han querido glosar estas intervenciones protectoras. Quizá una breve reseña de las líneas históricas evolutivas ayude a comprender los hitos y el alcance de este fenómeno en lo que al tema de nuestra intervención se refiere.

A finales del siglo XIX, en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil, se atribuyó al M.F. legitimación activa y pasiva en diversos procedimientos atinentes a menores de edad e incapaces sobre todo en el marco de la tutela, convirtiéndolo el Estatuto orgánico de 1926 —en su art. 2, apartado 5º— en defensor y representante de aquéllos cuando carecían de la oportuna representación legal. Obsérvese que a partir de este último, ya no se cumplían sólo funciones de dictamen imparcial en los correspondientes procesos, sino que se ejercía la defensa activa de los intereses de los menores a quienes nos referiremos en exclusividad en las siguientes líneas. Ha de precisarse, sin embargo, que en esta primera fase de la evolución el M.F. defiende el interés del menor sólo en relación con determinadas materias de Derecho civil de familia y fundamentalmente en el ámbito de los procedimientos judiciales. En las reformas legales posteriores, de entre las que podemos citar las de la patria potestad y tutela de 1981 y 1983, se incrementan las intervenciones del fiscal en el contexto apuntado. El art. 124 de la Constitución de 1978 supuso un nuevo enfoque en el régimen de atribución de competencias al M.F. en relación con la materia estudiada, pues junto al concepto de interés público aparece diferenciadamente el de los intereses sociales de cuya satisfacción también se le responsabiliza. El Estatuto orgánico del M.F. de 1981, en sus arts. 3 y 4, le confiere las tradicionales funciones de representación y defensa de los que carecen de representación legal y le atribuye, asimismo, facultades extraprocesales de pertenencia e integración en organismos tutelares sin olvidar que, en su art. 5 y con carácter general, se le concede la posibilidad de tramitar sus propios procedimientos en la sede de la fiscalía.

Con el fundamento del precepto constitucional reseñado, es la Ley 21/87 de reforma de la adopción la que aporta mayores innovaciones. Los nuevos arts. 174 y 232 del C.c., con la atribución a los fiscales de las funciones de vigilancia de la tutela ordinaria así como de la llamada tutela automática, guarda y acogimiento de menores, les obligan e impulsan a intervenir en defensa de los intereses del menor ante las entidades públicas de protección de menores, con modos de actuación que rebasan su tradicional tarea de postulación jurídica ante los tribunales. Las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado y la actividad diaria de las fiscalías configuran un nuevo modelo de fiscal más ajustado al espíritu del art. 124 de la CE, antes comentado. Ya no se trata sólo de asistir a actuaciones judiciales y examinar autos. La tarea de despacho cede paso a otra que exige estar en contacto permanente y directo con las entidades y servicios administrativos y con sus técnicos y dirigentes, visitar centros y establecimientos, conocer las realidades asistenciales y, sobre todo, al menor necesitado de protección y a su familia.

El proceso evolutivo que resumimos lleva al M.F. a intervenir defendiendo los intereses de los menores no sólo con modos de actuación diferentes, sino en ramas del Derecho alejadas sistemáticamente del Derecho civil de familia. La Ley Orgánica 4/92 Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores —en el art. 15, regla 2ª— atribuye al M.F. la defensa de los derechos y el cuidado de la integridad física y moral del menor de 16 años y mayor de 12 autor de delitos y faltas, y

en las reglas 4ª y sigs. se regula la instrucción del expediente que corre a su cargo. En el proceso y ante el Derecho penal de adultos, al M.F. no sólo se le encomienda de modo genérico la defensa de los intereses de los menores, sujetos pasivos de las infracciones penales respecto de los que puede solicitar las medidas de protección del art. 13 de la LECr, sino que de modo específico se le confiere, en el art 233 del C.p. de 1995, el deber de velar por tales intereses, instando de la autoridad competente las medidas pertinentes de custodia y protección cuando son víctimas de alguno de los delitos contra los derechos y deberes familiares de los arts. 223 y sigs. Pero es en la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor donde la expansión de las funciones del M.F. en la materia estudiada adquiere un último y significativo impulso al que nos referiremos mas adelante. Baste decir que además de otras importantes novedades de las que nos ocuparemos, el art. 10.2 b) le atribuye legitimación para ejercitar acciones en el ámbito del Derecho administrativo de protección de menores.

Los datos expuestos ilustran el proceso histórico objeto de nuestro comentario. De intervenciones aisladas ante los tribunales en sede de capacidad de obrar, se ha pasado a concebir al M.F. como defensor real de los intereses de los menores en los distintos sectores del ordenamiento jurídico que les afectan, con actuaciones no sólo procesales sino de vigilancia, investigación, gestión, postulación y requerimiento ante las autoridades administrativas y personas y entidades de todo género.

Hecha esta aproximación al ámbito jurídico y procedimental y a las razones por las que el M.F. asume la defensa de los intereses de los menores, conviene quizá reflexionar acerca de cuál puede ser el papel o aportación institucional que le incumbe desde esta perspectiva global que hemos adoptado. Entendemos que no puede ser otro que impulsar criterios unitarios y coordinados de respuesta entre los diversos órganos judiciales y administrativos que se ocupan del menor en situaciones de riesgo o desamparo. Los preceptos que se aplican para resolver los conflictos que padece el menor, en estos casos, están ubicados en distintos lugares del ordenamiento aunque muestran indudables relaciones normativas, como ocurre con las que tienen lugar entre el art. 103.1.2 y el art.172.2 del C.c., o entre el art. 173 del C.c. y el art. 17.3 de la LO 4/92, de contenidos prácticamente idénticos. De todos modos, la entidad administrativa y cada uno de los órganos judiciales que intervienen para aplicar las normas que son de su competencia, actúan con criterios propios y desconectados. La realidad es bien distinta, y en ella las cuestiones que aparecen diversificadas en su tratamiento jurídico y decisorio muestran una íntima relación cuando manejamos los datos fácticos de los menores desprotegidos y de sus familias. No es infrecuente que el menor desamparado sometido a las medidas protectoras de los arts. 172 y 173 del C.c. sea hijo de padres sujetos a un proceso de separación o divorcio en el que pueden adoptarse (arts. 92 y 103.1 del C.c.) resoluciones contradictorias con aquéllas. Tampoco lo es que a consecuencia del desamparo o en su contexto, surjan actuaciones delincuenciales del menor o que aquél vaya unido a conductas delictivas de los padres o guardadores, pudiendo adoptarse en el procedimiento de reforma (art. 17.3 LO 4/92) o en el correspondiente proceso penal (arts. 13 LECr y 46 C.p.) medidas opuestas a las decretadas en el proceso matrimonial y de desamparo antes citados. Todo lo anterior genera, en definitiva, tratamientos contradictorios y discontinuos de los problemas del menor con riesgo de perjudicarle y de no resolver sus problemas.

Ante hipótesis como las expuestas, corresponde al M.F. impulsar criterios unitarios y coordinados de respuesta entre los diversos órganos judiciales y administrativos que puedan abordar los problemas de la infancia y juventud desamparadas. Esta tarea se realiza en la medida en que lo permiten los escasos medios con que se cuenta en las Fiscalías de Menores. Las modificaciones legislativas de la LO 1/96 han avanzado en esta línea, con la reforma del art. 158 inciso último del C.c. y disposición vigésima. *De lege ferenda* sería necesario dar nuevos pasos en esta dirección atribuyendo, por ejemplo, de forma explícita al juez del desamparo la competencia exclusiva y preferente para adoptar medidas protectoras respecto de los menores que se hallen en esta situación.

Examinado cuál es el papel institucional del M.F. en la defensa del interés del menor y el ámbito en qué actúa, debemos adentrarnos en los problemas atinentes al valor jurídico y contenidos del principio del interés del menor o *favor minoris* en que aquél se plasma, ahondando en quiénes son sus definidores y qué funciones competen al M.F. en este punto.

El principio *tout pour l'enfant*, del interés del menor o *favor minoris*, se encuentra recogido en los textos internacionales que se ocupan de la protección de menores. Ha encontrado también sanción expresa en las recientes reformas legales en Derecho de familia y, de manera muy particular, en las Leyes 21/87 y LO 1/96. Se trata de un concepto jurídico relativamente indeterminado, que algún autor ha calificado como verdadera causa y finalidad de todos los actos y negocios amparados en los cuerpos normativos que venimos comentando, sin el cual carecen de validez. Es uno de los principios inspiradores no sólo del Derecho civil de familia, sino de todas las normas que se ocupan de los menores en el sentido antes expuesto, y criterio hermenéutico de primer orden para descubrir su más profundo significado.

Esta concepción se ha plasmado con claridad en el art. 2 de la LO 1/96. La ubicación del precepto en el capítulo 1º "ámbito y principios generales" del título I "De los derechos de los menores" abona tal entendimiento. Aun cuando se diga en el referido artículo "en la aplicación de la presente Ley...", su vocación de generalidad hace que debamos ponderar el *favor minoris* en todos los cuerpos normativos sea cual fuere su naturaleza penal, civil, procesal, administrativa o laboral en los que esté en juego, se afecten, o disciplinen de algún modo los derechos de los menores, las actuaciones de todo orden en situaciones de desprotección social y las instituciones de protección de menores. A ello obliga la interpretación sistemática que venimos proponiendo que lleva a extender el ámbito del art. 2 al menos a las materias normativas a que se refieren los títulos I y II de la Ley. Por otra parte, debe puntualizarse que el mencionado precepto establece una primacía "del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir". Se trata de una importante novedad legislativa la formulación en tales términos del principio, atribuyéndole una prioridad expresa.

En las reformas legales posconstitucionales y a partir de la de la Ley 11/81 el interés del menor se plasmó en diversas normas del Derecho de familia, ampliándose su número en la Ley 21/87, y así nos lo encontramos, entre otros, en los arts. 170, 172.4 173.3, 176.1 y 180.2 C.c. En estos preceptos, con fórmulas más o menos terminantes,

no había, sin embargo, criterios decisivos —al menos con la suficiente claridad— de los conflictos que pueden plantearse al concurrir el interés de los menores con otros intereses igualmente legítimos. El art. 2 de la LO 1/96 establece una norma de solución de estos conflictos dando la primacía, en todo caso, a las necesidades o intereses de los menores. El conflicto o concurso a que se refiere el artículo no es sólo el que se produce con los intereses privados de los padres, tutores, familiares u otros particulares, sino el que tiene lugar también con los intereses públicos objeto de protección legal. La primacía, por otra parte, no se otorga sólo al menor como sujeto individual en las normas sobre todo civiles que así lo consideran, sino también a los menores como colectividad en preceptos del Derecho público que adoptan esta perspectiva. El texto legal del art. 2 "interés superior de los menores..." así parece indicarlo. Finalmente, ha de añadirse en este apartado relativo a la eficacia del *favor minoris*, que vincula: al legislador, al menos al de inferior rango, en el momento en que efectúa las pertinentes valoraciones normativas; al juez, cuando aplica las correspondientes normas; a las entidades públicas que se ocupan y gestionan las cuestiones atinentes al ámbito protector antes reseñado; y a los sujetos privados, modalizando el ejercicio de las facultades tuitivas que les asisten sobre los menores.

Estudiado el valor jurídico del principio, es momento de ocuparse como anunciábamos, de cuál es su contenido material, quiénes lo concretan o definen y qué intervención tiene en todo ello el M.F. Comentábamos con anterioridad que nos hallábamos ante un concepto jurídico relativamente indeterminado. Como todos los de su especie necesita procesos complementarios de valoración y exige una ponderación detallada de todas las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes. En ella no se puede operar con reglas válidas para todos los casos. Así no puede decirse terminantemente que el interés por el futuro deba prevalecer sobre el del presente, ni siquiera el moral sobre el económico, ni que la permanencia en la propia familia haya de priorizarse siempre respecto de la salida del núcleo familiar, como se ha encargado de precisar el art. 172.4 del C.c. modificado por la LO 1/96.

En el difícil proceso de individualización del interés del menor en torno al que reflexionamos, podemos establecer concreciones o definiciones normativas surgidas de la LO 1/96. Hay, en efecto, en ella contenidos normativamente prefijados y de ahí que habláramos de relativa indeterminación en el concepto legal. Los artículos que van del 3 al 11 ofrecen, sin duda, componentes delimitadores del *favor minoris* con validez para todos los casos en que se cuestione y que han de enmarcarse en el libre desarrollo de la personalidad a que alude el art. 10 de la CE. A pesar de ello, las dosis de concreción son altas y la solución del problema ha de constreñirse a la precisión de quiénes son los sujetos públicos o privados definidores de este interés, y qué ámbito es el que debe ocupar cada uno.

Podemos establecer una prioridad no sólo temporal y fáctica, sino también jurídica a la hora de ocuparnos de los protagonistas de la definición y decisión sobre lo que interesa al menor. En primer lugar, debe reconocérsele capacidad definitoria a él mismo sobre su propio interés. Ya el art. 162.1 del C.c. introducido por la Ley 11/81, manejó el principio de autonomía decisoria, y la Ley 21/87 otorgó importantes facultades al menor de 12 años para consentir o no la constitución del acogimiento y adopción, sin posible intervención judicial de control acerca de estas decisiones (arts. 173.2

y 177.1 Cc.). La LO 1/96 ha plasmado importantes avances en esta dirección en los arts. 3 al 9, reguladores de los derechos del menor que suponen, sin duda, el reconocimiento de un importante ámbito para concretar sus intereses. El art. 2.2 —que prescribe una interpretación restrictiva de las limitaciones en su capacidad de obrar— supone además, desde mi punto de vista, considerar que la voluntad del menor es la primera fuente delimitadora de los referidos intereses, actuando las demás personas y entidades sólo de forma subsidiaria cuando por su falta de capacidad no está en condiciones de decidir.

En el orden que venimos estableciendo deben situarse, en segundo lugar, a los padres y, en su caso, a los tutores y guardadores. Las decisiones sobre lo que interesa al menor las adoptan en el ejercicio de las facultades tuitivas de los arts. 154, 269 y concordantes del C.c. El art. 39.1 de la CE obliga a la protección de un necesario ámbito de privacidad para lo que se decida en la vida familiar y restringir a límites razonables y someter a un adecuado sistema de garantías las intervenciones e interferencias públicas que se produzcan en ella. A este espíritu responden los nuevos arts. 172.1, 4 y 6 del C.c., que fueron reformados, y el art. 15 y las disposiciones adicionales 1ª y 3ª de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

Cuando los padres o guardadores no quieren o no pueden decidir en interés del menor (a los supuestos de imposibilidad o incumplimiento se refiere el art. 172 del C.c., regulador de la tutela y guarda públicas), actúan —en el escalonamiento subsidiario que proponemos— las entidades públicas de protección de menores. Éstas son las mejor dotadas para atender las necesidades de los menores desamparados y desprotegidos. La inmediatez, celeridad, contacto con las realidades sociales, seguimiento y tratamiento de las mismas, organización y valoración de los recursos existentes son características necesarias de la solución de los problemas que se halla en el modo de actuar de los Servicios administrativos de Bienestar Social. El protagonismo de los entes públicos fue propiciado por las importantes facultades que en materia de guarda, acogimiento y adopción les confirió la Ley 21/87 y ha sido potenciado por la LO 1/96 en sus arts. 12.1, 14, 16 y 17. La atribución de competencias a las CCAA, que llevó a cabo la Ley del 11-11-87 y que respeta y protege la disposición final 21ª, ha sido un notable acierto. Las entidades autonómicas, que en sus estatutos ostentan los correlativos títulos competenciales, son además las mejor preparadas por su proximidad al ciudadano para abordar los problemas de la infancia desamparada y subvenir a sus carencias. La legislación referida y las nuevas atribuciones han constituido, sin duda, un impulso importante en las tareas colectivas de protección de menores.

La última intervención corresponde, indudablemente, a los órganos judiciales. Sus funciones de definición del interés del menor han de quedar limitadas a las situaciones de conflicto. En este sentido, debe resaltarse el saludable proceso de desjudicialización que se observa en las últimas reformas legislativas, singularmente en la ya mentada Ley 21/87. Resumiendo con expresiones gráficas lo que hasta ahora venimos razonando, podríamos decir que, en definitiva, el menor decide y conforma él mismo su propio interés. Cuando no es capaz de hacerlo, las decisiones las adoptan sus padres y si éstos no quieren o no pueden intervienen las entidades públicas, haciéndolo el juez sólo en caso de conflicto.

Expuesto lo referente a los sujetos definidores de los intereses del menor y conforme al guión antes trazado, hay que preguntarse seguidamente qué funciones toca desempeñar al M.F. en este punto. Estimo que han de reconducirse a la búsqueda del respeto por el ámbito que es propio de cada uno de aquéllos y al equilibrio y armonía que, justamente en interés del menor, ha de reinar entre las esferas decisorias de éste, su familia, la entidad pública y el juez. El M.F. se encuentra en una posición idónea para estos cometidos. Por sus facultades de vigilancia, y control de la actuación de los entes públicos a que antes aludíamos, ha de trabajar en estrecho contacto con ellos y con la problemática de la infancia desamparada y de los servicios sociales. Por otra parte, está legitimado para entablar acciones ante los tribunales, interviniendo habitualmente en la vida forense y con la posibilidad de hacer llegar a ella los planteamientos asistenciales para consolidarlos jurídicamente o disgregar de ellos. En todo caso, actuando con las miras de lo que conviene al menor, cuyos intereses le están encomendados como antes exponíamos y velando por el ámbito decisorio de él y de su familia, el art. 124 de la CE le obliga a actuar con imparcialidad, presupuesto necesario para lograr el equilibrio de funciones y reparto de papeles a que nos referimos.

Razonábamos que el *favor minoris* es un concepto jurídico relativamente indeterminado. Su propia estructura conduce al M.F. a no actuar en esta materia con sujeción al principio de estricta legalidad. A la hora de interpretar y decidir sobre lo que interesa al menor, de desempeñar las funciones expuestas y de ejercitar o no acciones, ha de efectuar valoraciones acerca de las realidades, medios, futuro y conveniencias que están en la órbita del principio jurídico de la oportunidad. Ha de tenerse en cuenta, para terminar este apartado, que las soluciones y tratamiento de los problemas de la infancia desprotegida no son unívocos. Las diversas ópticas y sensibilidades asistenciales, científicas y culturales pueden conducir a planteamientos diversos y a veces contrapuestos, entre el enfoque de los órganos judiciales y administrativos y la visión del problema que asume el propio menor y su familia. El M.F., por las razones expresadas con anterioridad, puede incidir aquí en su papel de equilibrio entre los distintos sujetos, procurando que se opere con una mentalidad abierta, promoviendo un diálogo e intercambio de información continuos entre instituciones y personas.

Para finalizar vamos a ocuparnos, de modo específico y en el marco de estas jornadas, de las funciones que se atribuyen al M.F. en la LO 1/96. Su exposición somera nos servirá para matizar y completar, con argumentos normativos concretos, las reflexiones anteriores.

Desde esta última perspectiva, han de señalarse las funciones previstas en los reformados arts. 174 y 232 del C.c. Junto a las medidas de vigilancia judicial de la tutela del art. 233, en redacción dada por la Ley 13/83 del 24 de octubre, el art. 232 confiere al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de la tutela y sus vicisitudes, y la facultad de exigir al tutor, en cualquier momento, un informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración. Son, como se ve, funciones, las del M.F., que van más allá de sus intervenciones en los procesos tutelares, para articularse en un seguimiento judicial y extrajudicial del funcionamiento real y efectivo de la tutela. La norma en sede de tutela ordinaria alcanza no sólo a las tutelas de menores, sino también a las de los demás casos de incapacidad de obrar.

La modificación del art. 174 confirió al Ministerio Fiscal competencias más restringidas, por una parte, al referirse sólo a menores de edad y, por otra, más amplias, al no limitarse a la vigilancia de funciones tutelares y extenderse a instituciones como la guarda y acogimiento que no siempre presuponen aquéllas. El ámbito de ambas normas —arts. 174 y 232— es, pues, distinto, ya que la tutela a que se refiere el art. 174 es la automática o *ministerio legis* del art. 172 y no la regulada en los arts. 222 y sigs., pese a la necesaria aplicación de algunas prescripciones contenidas en estos últimos preceptos. Hay argumentos, por tanto, para sostener que la vigilancia del ejercicio de las facultades a que aluden los arts. 172 y 173 corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal y no a la autoridad judicial, en concordancia con el espíritu de desjudicialización que presidió la reforma operada por la Ley 21/87. Aun cuando postuláramos la aplicación supletoria del art. 233 del C.c., habría que hacer dos matizaciones:

a) Al Ministerio Fiscal le compete en exclusiva la vigilancia de las situaciones a que se refieren los arts. 172 y 173, cuando todavía no han superado la fase de actuaciones por los entes públicos de las competencias que al respecto le competen y no ha habido intervención judicial integradora o de control.

b) La vigilancia permanente y material, el seguimiento continuo del quehacer del ente público corresponde, en todo caso, al Ministerio Fiscal y el establecimiento de medidas genéricas, en tal sentido, a la autoridad judicial (art. 233).

El contenido de la mentada vigilancia ha de poseer la máxima amplitud y referirse no sólo a la remisión de información sobre los ingresos y la formalización de los acogimientos como literalmente establece el art. 174, sino a todas las incidencias relativas a la declaración de desamparo y asunción, ejercicio y cese de la tutela, guarda y acogimiento a que se refiere implícitamente el art. 174.1 y 3. Pero no sólo se trata de misiones de observación y seguimiento.

El art. 174.2 confiere legitimación para instar del juez las medidas de protección que estime necesarias. Ha de concederse también la máxima amplitud a esta legitimación. Así el Ministerio Fiscal podrá instar la asunción, modificación y cese de las medidas de protección reguladas en los arts. 172 y 173 del Código civil —dando pie a esta hermenéutica la rúbrica del capítulo 5, título VII del Libro I C.c.—, y de las demás acciones para las que está legitimado en defensa de los intereses del menor como las de los arts. 158, 170, 203, 248, etc., del Código civil.

La LO 1/96 ha avanzado en la progresiva asunción de competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. La exposición de motivos expresamente se refiere a que en el texto legal "aparece reforzada la intervención del Ministerio Fiscal, siguiendo la tendencia iniciada en la Ley 21/87...". Debe comenzar por decirse que la ha extendido a ámbitos en los que su actuación no contaba con legitimación expresa.

Así, el art. 4 tras tipificar de modo abierto las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor realizadas a través de los medios de comunicación —bastando que sean contrarias a sus intereses—, confiere al Ministerio Fiscal, una legitimación con contornos de enorme amplitud. Así puede:

a) Actuar de oficio o por conocimiento o denuncia de cualquier interesado.

- b) Accionar aun cuando haya consentimiento del menor y sus representantes legales.
- c) Instar medidas cautelares y sentencia condenatoria sin limitación en la pretensión, que puede incluir la indemnización de perjuicios causados.

Por su parte, el art. 5.5 atribuye al Ministerio Fiscal el ejercicio de acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita. Por tal, hay que entender en esta materia —pese a lo incorrecto de la redacción— la aludida en el n° 4 del art. 5, y que puede ser objeto de normas especiales. Una exégesis de acuerdo con el espíritu informador de la reforma debería llevar a reputar por tal, la que se contiene en mensajes o en programación dirigidos a menores a través de cualquier medio de comunicación y que contenga imágenes, ideas o expresiones de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejan un trato degradante o sexista, o perjudican moral o físicamente a los menores.

En esta misma línea de proteger al menor frente a las manipulaciones externas, el art. 7.2 atribuye al Ministerio Fiscal legitimación para promover medidas jurídicas de protección frente a la pertenencia del menor o de sus padres a una asociación que impida o perjudique el desarrollo integral de aquél, pudiéndose dirigir cualquier interesado a las fiscalías para denunciar los hechos.

La norma concebida para defender a los menores de la utilización y explotación de sectas que deforman su personalidad, tiene asimismo una considerable amplitud, pues:

a) Puede tratarse de cualquier tipo de asociación sea cual fuere su finalidad y carácter oficial o real.

b) No es preciso contar con el consentimiento de los padres que pueden pertenecer a la referida asociación.

c) No es necesario que el menor esté formalmente integrado en ella, bastando que lo estén sus progenitores.

d) Sólo se exige un perjuicio o impedimento al desarrollo integral del menor a consecuencia de la referida pertenencia. Las medidas jurídicas de protección son, sin duda, las de los arts. 172, 173 bis del C.c. (arts. 18 y 19 de la Ley) y estimo que también las del art. 17. Nada se opone a que el Ministerio Fiscal ejercite las demás acciones para las que está legitimado en el C.c. y en la LEC (arts. 158, 170 C.c., etc.).

De entre las novedosas funciones del Ministerio Fiscal hay que aludir, aunque sólo sea someramente, a las que se le reconocen en los procedimientos de medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de los modificados arts. 1901 y sigs. de la LEC. Aunque no se le confiere legitimación activa, el fiscal es parte necesaria en el procedimiento, según el art. 1902. Está legitimado para solicitar medidas provisionales (art. 1903) e interviene en la comparecencia del art. 1905, pudiendo formular cuantas alegaciones y peticiones de prueba estime pertinentes en el marco del art. 1907 y, en general, deducir las pretensiones que considere oportunas en defensa de los derechos del menor.

Finalmente, entre las nuevas atribuciones que al Ministerio Fiscal se le conceden en la LO 1/96, hay que resaltar por su generalidad y amplitud la regulada en el art. 10.2 b). En él, se atribuye al menor la posibilidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos para que aquél

promueva las acciones oportunas. Repárese en que el legislador habla de situaciones sin el calificativo de jurídicas, con lo que se comprenderán todos los impedimentos materiales en el ejercicio de los derechos del menor. Éstos son los de los artículos 3 al 9 de la Ley y "las acciones oportunas", en el contexto de amplitud que una vez más posee la norma junto con notables dosis de inconcreción, habrá que referirlas al sector concreto del ordenamiento en que se produce el atentado al derecho del menor.

Nos centramos, por último, en las modificaciones de la LO 1/96 en torno a las funciones que al Ministerio Fiscal competen en relación a la tutela, guarda y acogimiento de menores. El art. 174 del C.c. presenta una nueva redacción en su párrafo segundo, manteniéndose los anteriores 1º y 3º.

En realidad, la reforma se limita a explicitar y clarificar, con sentido omnicomprendivo, las funciones de vigilancia del Ministerio Fiscal que ya estaban implícitas en los anteriores 1º y 3º. Ahora expresamente se comprende, entre las obligaciones de la entidad pública, la de comunicar al Ministerio Fiscal las resoluciones administrativas y los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos de los arts. 172 y 173, así como cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. La exhaustividad del legislador se pone de manifiesto en las demás modificaciones concordantes con ésta. Así en el art. 172 C.c., que reitera la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la declaración de desamparo y la variación en el ejercicio de la guarda, y en el art. 173.7, donde se prescribe la remisión del juez del documento de formalización del acogimiento. El art. 21.4 de la Ley impone expresamente al Ministerio Fiscal, por su parte y en consonancia con lo prescrito de modo genérico en el art. 4 EOMF, deberes de vigilancia de los centros de acogida de menores. Junto a la vigilancia, la disposición adicional 3ª de la LO 1/96 también impone al Ministerio Fiscal —en relación con los procedimientos de jurisdicción voluntaria de los títulos IX y X— deberes de asesoramiento sobre los derechos y modos de presentar las solicitudes. Dada la nueva redacción del art. 216 del C.c. hay base para entender que tales deberes no son propios sólo de la tutela ordinaria de menores y demás personas con incapacidad de obrar, sino también de la tutela, guarda y acogimiento de los arts. 172 y 173.

El art. 232 no ha sufrido modificación. Habrá de completarse tanto él como el art. 174, sin embargo, con el art. 23 de la Ley que establece la obligación de llevar en la fiscalía un Índice de Tutelas de Menores. Se trata de cuestiones organizativas impropias —como la de la obligación semestral de comprobación del art. 174.2— de una norma con rango de Ley. Hay que resaltar además que los arts. reformados 158 y 216 del C.c. y la disposición adicional 3ª consagran facultades de actuación de oficio en el juez y en el fiscal, y la posibilidad de acordar en todo momento medidas de protección del menor, con lo que el matiz diferencial entre las facultades de vigilancia judiciales y fiscales debe reconducirse al carácter material y permanente de las primeras desde el principio, y a la estructuración genérica de las segundas en sede de control o complemento de las actuaciones administrativas.

Añadir que pese a la bondad de las progresivas atribuciones de deberes y funciones al Ministerio Fiscal en esta materia y a su conformidad con el perfil institucional de defensor de personas y colectivos especialmente desprotegidos, lo cierto es que no ha

habido una correlativa asignación de medios materiales y personales. Las Fiscalías de Menores se mueven en una situación de máxima precariedad en proporción a las numerosas competencias que el ordenamiento les confiere y funcionan únicamente a base del esfuerzo y la dedicación de los que las integran.

Una última reflexión quizá sirva, en todo caso, para centrar las cuestiones tratadas en sus justos términos. Con ser muy importantes las intervenciones de los diversos sujetos que toman parte en el proceso de atención a los menores, y en concreto del M.F. al que nos hemos referido en estas líneas, la solución a sus problemas no es posible sin una decidida participación de la sociedad. En primer lugar, es precisa la sensibilización social ante las situaciones de indefensión del menor a la que se refiere expresamente, como principio rector de la actuación de los poderes públicos, el art 11. 2b) de la LO 1/96. Pero no basta con ella, sino que es necesario comprometerse con actuaciones concretas. La Ley que estudiamos, en esta línea, impone en el art. 13 el deber de denunciar las situaciones de riesgo y desamparo del menor y la de la falta de escolarización de éste. Con el mismo espíritu que late en el referido art. 11, han de promoverse las actuaciones de colaboración de los particulares a través de la iniciativa privada y el régimen de voluntariado, de los que se ocupa la legislación administrativa estatal y autonómica de bienestar social. De este modo son los propios ciudadanos quienes definen también y conforman el interés del menor. Aunque se haya dicho con reiteración, no está de más recordar que, en definitiva, el futuro de la sociedad depende de cómo se trate a los menores de edad que son sus miembros más desvalidos y desamparados.