

**ALGUNOS ASPECTOS DEL DESAMPARO DE MENORES
EN LA LEY EXTREMEÑA 4/94, DE 10 DE NOVIEMBRE,
DE PROTECCIÓN DE MENORES**

Por D.^a MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO
*Profesora Titular de Derecho civil, Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura*

* Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación n.º IPR98B018 denominado *Estudios sobre el Derecho extremeño*, dirigido por el Catedrático de Derecho Civil Dr. D. Luis Felipe Ragel Sánchez, concedido por la Consejería de Educación y Juventud de la Junta de Extremadura y el Fondo Social Europeo, dentro del marco de los programas del I Plan Regional de Investigación y Desarrollo Tecnológico de Extremadura.

SUMARIO

- I. EL MARCO COMPETENCIAL DE LA PROTECCIÓN DE MENORES
- II. EL DESAMPARO DE MENORES
 1. **Definición legal de desamparo**
 2. **Las situaciones de desamparo**
 3. **El criterio determinante de la situación de desamparo**
 4. **Alcance de la fórmula residual**
- III. LA TUTELA *EX LEGE*
 1. **Singularidades que la caracterizan frente a la tutela ordinaria**
 2. **Naturaleza jurídica de la tutela *ex lege***
 3. **Contenido y alcance de la tutela *ex lege*: su incidencia en la patria potestad y en la tutela ordinaria**
 4. **La problemática de su inscripción en el Registro Civil**
- IV. LA GUARDA ADMINISTRATIVA: SUS RASGOS CARACTERÍSTICOS

I. EL MARCO COMPETENCIAL DE LA PROTECCIÓN DE MENORES

La mayoría de las instituciones propias del Derecho de familia han sufrido una evolución al compás de los distintos sistemas imperantes en cada momento histórico, pero ninguna ha sido tan acusada como la experimentada, desde una perspectiva general, en materia de protección de menores, y, en particular, en los mecanismos arbitrados para obtenerla¹.

Prueba de ello es que hasta la década de los ochenta no se incorporó al articulado del Código civil el régimen jurídico asistencial y protector de los menores, lo que se justifica, como ha hecho notar algún autor², en que las instituciones en él contempladas, como la patria potestad y la tutela, estaban más orientadas a suplir su capacidad de obrar y atender la administración de sus bienes, que a procurarles la necesaria asistencia moral y material. Así se justifica que la legislación específica de protección de menores, iniciada con la Ley de 12 de agosto de 1904 y su Reglamento de 24 de enero de 1908, surja al margen del Código civil, estando, en lo esencial, recogida, hasta la entrada en vigor de la Ley de 11 de noviembre de 1987, en el Decreto de 2 de julio de 1948³, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Legislación sobre protección de menores, y en el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores⁴.

¹ De la evolución de los intereses que han prevalecido en los distintos momentos en la adopción se ha ocupado Moreno Quesada, «La composición de intereses en juego en la adopción durante la vigencia del Código civil», *Centenario del Código civil*, vol. II, 1990, Madrid, 1513 y ss.

² De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172 del Código civil», *Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 46. La misma idea aparece reflejada en Feliú Rey, *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 37, al indicar, a propósito de la tutela asistencial instaurada con la reforma del 87, que su fin esencial no es tanto suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella, como atender las necesidades básicas (materiales y morales) cuando las personas obligadas por la Ley a ello no pueden satisfacerlas.

³ La figura del protector social se implantó en el Decreto de 2 de junio de 1944, siendo posteriormente refundida en el Decreto de 2 de julio de 1948. Tampoco puede ser soslayado el Decreto de 23 de noviembre de 1940, de protección a los huérfanos de la revolución y la guerra. Y otro tanto hay que decir de la Ley de 20 de diciembre de 1952, cuyo art. 28 concedía funciones tutelares a las Juntas provinciales del Patronato de Protección de la Mujer sobre huérfanos menores de edad.

⁴ Como ha hecho notar Tolivar Alas, «Aspectos jurídico administrativos de la protección de menores», *Revista de la Administración Pública*, n.º 124, 1991, pág. 50 y nota 26, los Tribunales Tutelares de Menores estaban inicialmente adscritos a una sección de la Obra de Protección de Menores. Tenían carácter provincial, amén de un órgano de apelación, y entre sus atribuciones se encuentra la protección por malos tratos en la guarda o educación, la infracción del Código penal y leyes especiales, la competencia sobre menores prostituidos, vagos, vagabundos y otras conductas reflejadas en el muy modificado art. 584 del Código penal. Pero al generalizarse la idea de sustituir dichos tribunales por jueces unipersonales remunerados, se facilitó la plena jurisdiccionalización de los Juzgados de Menores, operada por la Ley Orgánica del Poder judicial, de 1 de julio de 1985.

En este proceso evolutivo la Constitución española representa un verdadero hito histórico en la materia, tanto por haber sancionado en el art. 39, entre los principios rectores de la política social y económica, el principio de protección de los menores⁵, como por haber establecido para hacer viable el Estado de las Autonomías, un reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, otorgando a éstas, en el art. 148.1.20, la posibilidad de asumir la competencia exclusiva en materia de asistencia social. En consonancia con esta declaración de exclusividad, así se ha recogido por todos los Estatutos de Autonomía, aunque esta recepción ha sido, en un principio, diversa, por cuanto algunas Comunidades Autónomas, junto a la competencia exclusiva y genérica en la citada materia, incorporaron otras fórmulas competenciales concretas, relativas a la protección y tutela de los menores⁶, lo cual hizo temer, al menos inicialmente, que dichas Comunidades Autónomas se atribuían, un *plus* vinculado a competencias de normación civil, no susceptible, por consiguiente, de ser asumido por los Estatutos de Autonomía diferida, al presuponer un mayor contenido competencial⁷.

Pero esta interpretación cesó tan pronto como se transfirieron los medios personales y materiales de la Obra de Protección de Menores a las Comunidades Autónomas, las cuales comenzaron a ejercer las funciones que anteriormente a ella competían⁸, y, lo que es no menos importante, a legislar en la materia, en

⁵ En efecto, en esta disposición se impone a los poderes públicos el deber de asegurar a los menores una protección integral, que deberá hacerse, por lo que a la infancia se refiere, conforme a lo previsto en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por unanimidad por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, ha marcado una nueva filosofía en relación con el menor. Constituye, y así lo ha hecho notar Díaz Barrado, *Código sobre protección internacional de la infancia*, Madrid, 1998, págs. 27 y 32, el primer instrumento jurídico convencional dotado de fuerza vinculante en el que, de una manera global y genérica, se reconoce el conjunto de los derechos de los niños y se establecen mecanismos de protección al efecto. Aparte de otras funciones, cumple la *de señalar las directrices en el marco de las cuales se debe proceder a la adopción de nuevos instrumentos jurídicos, razón por la que el Convenio bien se podría calificar, sólo en este sentido, como un Convenio-Marco referido al conjunto de los derechos del niño.*

Por lo que respecta a la incidencia del mentado principio en el Derecho civil, en el sentir de Martínez de Aguirre, «La protección jurídico civil de la persona por razón de la menor edad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. IV, fasc. XLV, 1992, pág. 1397, *la adaptación constitucional del Derecho civil, en punto a la protección de menores e incapaces, en el aspecto que aquí interesa, no precisa (ni excluye) intervenciones específicas del legislador para llevarla a cabo, tanto por tratarse de principios formulados muy genéricamente, como por abarcar su ámbito de aplicación materias bien alejadas del Derecho civil.*

⁶ Así acontecía, entre otros, con el Estatuto del País Vasco, en cuyo art. 10.12 y 14, contemplaba separadamente la genérica asistencia social y la concreta protección de menores. Otro tanto cabe decir de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen foral de Navarra, en cuyo art. 44.17, 18 y 23 contemplaba la dualidad de títulos competenciales. Y lo mismo se aprecia en el art. 9.25 y 28 del Estatuto de Cataluña, y en el art. 13.22 y 23 del Estatuto de Andalucía. Sin embargo, en la redacción originaria de los Estatutos de régimen ordinario, excepción hecha del de Castilla La Mancha y Baleares, sólo se contemplaba la asunción de competencias en materia de asistencia social.

⁷ Así, Tolivar Alas, «Aspectos jurídico-administrativos...», *op. cit.*, págs. 51 y 52, nota 28.

⁸ Aparte de constatarse en los distintos Reales Decretos sobre transferencias de competencias, es ésta una afirmación indiscutida en la doctrina. *Vid.* De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172 del Código civil», *op. cit.*, pág. 63, y Rebolledo Varela, «Comentario a la Disposición Adicional primera

un principio a través de la legislación sobre servicios sociales⁹, y más tarde mediante las normas reguladoras de la protección de menores¹⁰. Además, no podemos ignorar que a la tendencia apuntada se han ido sumando cuantas Comunidades Autónomas inicialmente derivaban el tratamiento administrativo de la protección de menores, de la competencia exclusiva que tenían atribuida en materia de asistencia social, como lo corrobora el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, con la reforma introducida por L.O. 4/1999, de 8 de enero, al haber asumido, en su art. 30.20, la competencia exclusiva en materia de *protección y tutela de menores*. Otro tanto cabe decir del Estatuto de Autonomía de Extremadura, habida cuenta de que tras la modificación operada por la L.O. 12/1999, de 6 de mayo, ha asumido la exclusividad en el art. 7.1.32 en materia de *instituciones públicas de protección y tutela de menores, de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado*, con cuya fórmula, no obstante, está convirtiendo lo que, según su denominación, es una competencia exclusiva, en una competencia de desarrollo legislativo, y que como tal sólo permite legislar en el marco de las reglas fijadas por el Estado¹¹.

de la Ley 21/87, de 11 de noviembre», *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 354.

⁹ En Extremadura se dictó la Ley 5/1987, de 23 de abril, de servicios sociales, en cuyo art. 9 se creó el Servicio especializado de atención a la familia, infancia, adolescencia y juventud, el cual *desarrollará actuaciones encaminadas a la protección y favorecimiento de la convivencia familiar en prevención de situaciones de marginación. Se procurará, siempre que sea posible, no desarraigar al niño o al joven del medio familiar y local en el que viven*.

Hará labores de detección de malos tratos, abusos, explotación y falta de atención hacia los niños y jóvenes, integrándolos si fuere necesario en otros medios adecuados, ofreciéndoles Centros de Acogida temporal o indefinida a niños o jóvenes que hayan quedado sin hogar, sufran deterioro familiar, o no posean medios económicos suficientes y centros de día infantiles, de apoyo o sustitución a la familia. Asimismo, en situaciones de abandono o semiabandono se buscará la sustitución de la familia por familias en adopción o acogimiento.

¹⁰ Hemos de advertir que la legislación específica en sede de protección de menores, excepción hecha de Cataluña que en 1985 promulgó una ley en este ámbito, se produce a raíz de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, teniendo, en la actualidad casi todas las Comunidades Autónomas su propia Ley. En Cataluña, la mentada Ley de 1985 fue derogada por la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción. Además de ésta, en el ámbito catalán se ha dictado la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, y, finalmente, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre. En Aragón, se ha dictado la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, así como el Decreto 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la anterior. En Valencia, lo contempla la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia. En Asturias, la materia se regula en la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor. En Baleares, está la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados. En Murcia, se regula en Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia. En Galicia, se ha dictado el Decreto 112/1995, de 31 de marzo. En la Comunidad Autónoma de Madrid, la disciplina se regula en Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia. En Canarias, está la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores. En la Rioja, se regula en la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor. En Andalucía, es la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor. Obviamente, no podíamos eludir en este listado referencial, aunque sea objeto de este trabajo, la Ley extremeña 4/1994, de 10 de noviembre, de protección de menores.

¹¹ *Id.* De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 67.

De todo lo cual se infiere que, el ejercicio de las funciones que en sede de protección de menores corresponden a las Comunidades Autónomas, no siempre ha tenido su origen, en un único y nítido fundamento constitucional y estatutario, sino más bien en el desarrollo pragmático y no conflictivo de un reparto competencial con sus respectivas transferencias, como lo acreditan los Reales Decretos por los que las mismas se han llevado a efecto¹².

En este contexto se promulga la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en sede de adopción, la cual otorgó el principal protagonismo en la materia a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de menores, al conferirles la tutela automática de los menores desamparados; lo que equivalía a atribuir a las Comunidades Autónomas la responsabilidad plena en la aplicación y puesta en funcionamiento de los principales postulados de la Ley¹³.

Pero si bien es cierto que muchas de sus dudas y ambigüedades, como aconteció, entre otras, con la relativa a la indeterminación de los órganos que habrán de asumir tales competencias, se fueron despejando, por la vía de los hechos, conforme se iba produciendo el correspondiente desenvolvimiento legislativo en la materia¹⁴, no lo es menos que al final se han propiciado soluciones legislativas muy dispares, en temas de capital importancia, que dificultan cualquier intento de conciliación.

Por ello, la intención pretendida por el legislador, siquiera fuera de forma sesgada, de introducir una cierta unificación en una materia en la que todas las Comunidades Autónomas habían asumido competencias, produjo, finalmente, un resultado distinto del perseguido¹⁵. Consciente del estado de la cuestión, el legisla-

¹² En similares términos, Rebolledo Varela, «Comentario a la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre», *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 353.

¹³ Es ésta una afirmación indiscutida en la doctrina, como puede observarse, entre otros, en Toli-var Alas, «Aspectos jurídico administrativos...», *op. cit.*, pág. 51, nota 28, a quien sigue Rebolledo Varela, «Comentario a la Disposición Adicional primera...», *op. cit.*, pág. 354, nota 20.

¹⁴ Sin ningún ánimo de exhaustividad, cabe señalar que en el País Vasco, el art. 10 de la Ley 6/1982, de 20 de mayo, ha atribuido la competencia en materia de protección menores a las Diputaciones Forales, que ejercerán sus funciones a través del Departamento de Bienestar Social. En Castilla y León, el art. 2 del Decreto 57/1988, de 7 de abril, se la ha atribuido a la Consejería de Cultura y Bienestar Social, que ejercerá sus funciones a través de los Jefes del Servicio Territorial de Bienestar Social. En Cataluña, el art. 2 del Decreto 332/1988, de 21 de noviembre, al Departamento de Bienestar Social. En Aragón, el art. 24.1 y 2 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre se la atribuye a la Administración de la Comunidad Autónoma, que ejercerá sus funciones a través del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo. También en la legislación específica sobre protección de menores se determina quien es el órgano competente en la materia. Así lo ha contemplado el legislador extremeño en el art. 1 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, atribuyéndosela a la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social.

¹⁵ *Vid.* De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172 del Código civil», *op. cit.*, págs. 62, 63, 68 a 70, y nota 87. Este autor ha descrito con tal rigor la finalidad perseguida por el legislador, que no podemos eludir la reproducción de sus palabras. En efecto, la por él denominada, *civilización* de

dor estatal ha sentido la necesidad de proceder a su reforma a fin de superar las deficiencias y colmar cuantas lagunas hicieron correr ríos de tinta, lo cual ha tenido lugar a través de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En este contexto normativo, se dicta la Ley extremeña 4/1994, de 10 de noviembre, de protección de menores, la cual se concibe como una ley de desarrollo normativo, dictada al amparo de la legislación estatal, tal y como se admite en su Exposición de Motivos, lo que hace que se desvanezca el recelo que pudiera suscitar el que Comunidades Autónomas como la extremeña en la que, excepción hecha del Fuero del Baylío, no existe Derecho foral, puedan legislar sobre la mentada tutela, especialmente si, como todo parece indicar, la misma se configura como una institución perteneciente al Derecho civil¹⁶. Concedor de esta limitación¹⁷, el legislador extremeño parece haber considerado indisponible el contenido esencial del art. 172 del Cc., como lo acredita el hecho de haberse limitado a realizar, en no pocos aspectos, una labor exegética del mismo, sin incluir pronunciamientos sobre el alcance que la tutela automática despliega en la patria potestad y en la tutela ordinaria; cuestión que habría de resolver más tarde el legislador estatal del 96. En vista de lo cual se puede afirmar, sin la menor sombra de duda, que es una ley respetuosa con la regulación contenida en el Código civil, hasta el punto de transponer en algunos aspectos sus términos, y en otros, remitirse a él, sin que falten cuestiones en las que destaca por su mayor precisión, como acontece con el tratamiento del desamparo, aunque en otras presenta un mayor grado de equívocidad, del que da buena muestra la figura de la guarda¹⁸. Con todo, su régimen jurídico habrá de ser inte-

la figura administrativa de la protección o tutela de menores, la introdujo el legislador, no *por razón de técnica jurídica*, ni guiado por la convicción de que el Derecho civil sea la sede donde encuentre mejor acomodo la regulación de esta peculiar tutela. Por el contrario, las razones de su decisión fueron puramente pragmáticas (y hasta espurias): se trataba simplemente de procurar, de un modo oblicuo, una cierta unificación legislativa en todo el territorio del Estado en una materia en que todas las Comunidades Autónomas habían asumido competencias.

¹⁶ Vid. en el mismo sentido De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172 del Código civil», *op. cit.*, pág. 67. Sin embargo, la cuestión estaría exenta de trascendencia desde la perspectiva de los autores que, como Ragel Sánchez (*Nociones de Derecho civil*, Figueroa, Cáceres, 1999, pág. 28), deducen de la legislación de las Comunidades Autónomas sobre materias incluidas en el ámbito del Derecho civil (urbanismo, cajas de ahorro, protección de menores, fundaciones, etc.), que *cada Comunidad Autónoma, tuviera o no Derecho foral en el momento de promulgarse la Constitución, tiene su Derecho civil propio; y como esto es indiscutible, ahora sí pueden desarrollarlo, del mismo modo que las Comunidades Autónomas que tenían Derecho foral o especial en el momento de promulgación de la Constitución. Somos conscientes de que estamos proponiendo una interpretación amplísima de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil, pero ésta es la tendencia que venimos observando en la legislación autonómica, que va superponiéndose cada vez más a los Derechos forales, que van perdiendo fuerza gradualmente ante el empuje de las fuerzas más jóvenes de las normas autonómicas.*

¹⁷ Lo confirman también, en la actualidad, los términos en que aparece formulada la declaración de exclusividad en materia de protección y tutela de menores en el Estatuto de Autonomía, como se ha indicado en el texto momentos atrás.

¹⁸ Semejante parece ser el caso de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, aun cuando existen atisbos de solución en relación con la incidencia que la tutela ex

grado, en cuantos puntos nuestra legislación ofrece lagunas, con las disposiciones del Código civil, cuya aplicación supletoria, en cuanto Derecho estatal, está sancionada en el art. 149.3 de nuestra Carta Magna.

II. EL DESAMPARO DE MENORES

Los desajustes y disfunciones que se generan en la mayoría de las familias no presentan entidad suficiente como para provocar la intervención de la Administración. Incluso, hay supuestos en los que, aun siendo ésta necesaria, su actuación reviste simplemente carácter preventivo, tendente a impedir que situaciones de carencia o dificultad puedan conducir al desamparo del menor. Por ello, sólo los supuestos más graves, que pongan en peligro el desarrollo normal del menor, en cualquiera de sus esferas, deben incardinarse en la definición de desamparo¹⁹, la cual está caracterizada, *prima facie*, por el incumplimiento de lo que, en puridad, constituye el contenido personal de la patria potestad, habida cuenta de que la misma ha de estar siempre ordenada al beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad²⁰.

Prueba de ello es que uno de los principios rectores que debe informar la actuación de la Junta de Extremadura en materia de protección de menores, es el denominado en el art. 3.b de la Ley, *principio de permanencia en el entorno familiar, siempre que sea posible y las circunstancias no lo desaconsejaren*, del que es una aplicación concreta el art. 14 del mismo texto legal, desde el momento en que arbitra un conjunto de medidas de carácter preventivo, de muy variada índole, dirigido a las familias biológicas, tendente a impedir que situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor y que favorezcan su permanencia en el entorno familiar. El cumplimiento de este objetivo está encomendado al Servicio Especializado de atención a la familia, infancia, adolescencia y Juventud, pues, no, en vano, ha de procurar evitar el desarraigo del menor del medio

lege había de desplegar en la patria potestad y en la tutela ordinaria, al disponer, en su art. 8 que la Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la vigente *Compilación de Derecho civil de Aragón*.

A distinta fundamentación parece responder, en cambio, la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, la cual, en el sentir de Llebaria Samper, «El desamparo de menores en el Derecho catalán», *Tribunal*, n.º 2, 1992, págs. 13 y ss., contiene una regulación más coherente y técnica que la del Código civil, aunque las soluciones de éste no han dejado de ser tenidas en cuenta; a pesar de lo cual estima que su régimen jurídico no puede ser explicado como derivación o desarrollo del Código civil, sino como consecuencia del ejercicio por la Comunidad de sus competencias.

¹⁹ Esta idea, a pesar de la indefinición del Código civil, ya fue esgrimida por Vargas Cabrera, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fasc. II, 1991, págs. 623 y 624.

²⁰ Con sumo acierto y rigor ha incidido en este aspecto teleológico de la patria potestad Díez Picazo, «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 8. En parecidos términos, Sancho Rebullida, *El nuevo régimen de la familia*, vol. IV, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 35.

familiar y local en el que vive. De hecho, se concibe como un servicio orientado a desarrollar actuaciones de protección y favorecimiento de la convivencia familiar y prevención de las situaciones de marginación. Entre sus recursos se encuentran los Centros de día infantiles, a los que se considera, en el Decreto 81/1994, de 31 de mayo, modificado por el Decreto 48/1995, de 2 de mayo, reguladores del procedimiento de ingreso en los mismos, como medidas de apoyo a las familias que no posean suficientes recursos económicos. A la misma idea responden las ayudas para la integración en situaciones de emergencia social, reguladas por el Decreto 66/1990, de 31 de julio²¹, el cual ha sido objeto de sucesivas reformas, entre las cuales destaca la introducida por el Decreto 2/1997, de 9 de enero, al incluir, de forma explícita, entre los perceptores de las citadas ayudas a los menores de dieciséis años que procedan de situaciones de desprotección y/o desamparo. A ellas hay que añadir las consistentes en prestaciones de tipo psicológico y educativo, estando todas ordenadas a procurar al menor un marco familiar adecuado.

Pero el mentado principio está subordinado al, denominado por la ley, *superior principio de prevalencia, en todo momento, del interés del menor sobre cualquier otro concurrente*, el cual es elevado a la categoría de fuente inspiradora de cualquier solución que haya de adoptarse en relación con el menor, individualmente considerado. De este modo la Ley ha venido a otorgar la razón a quienes elevaban dicho interés a la categoría de derecho esencial del menor, relegando a la permanencia, o, a la reinserción familiar, a la condición de meras consecuencias derivadas del auténtico principio²².

Se trata de un concepto jurídico abstracto e indeterminado, pero determinable en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias fácticas concurrentes; razón por la cual se configura como un concepto contingente y variable en función de *la persona y de sus condiciones o situaciones, con las que*, según se ha llegado a afirmar, *mantiene una relación dialéctica*²³. Es un concepto que está ordenado al desarrollo libre e integral de la personalidad del menor, a la supremacía de todo cuanto le beneficia más allá de los gustos, apetencias y caprichos de sus padres, tutores y guardadores; de ahí que comprenda su tutela frente a cuantas situaciones degradan su dignidad humana²⁴. Así se justifica que en situacio-

²¹ Su última modificación ha tenido lugar en virtud del Decreto 14/1998, de 10 de febrero.

²² Así, Llebaria Samper, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 152 y ss. Para otros autores, como Pérez Álvarez (*La nueva adopción*, Madrid, 1989, pág. 127) y De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 86), el principio de reinserción, y, por ende, *el mandato que impone el art. 172.4 vincula a la entidad pública competente, al Ministerio fiscal y a la autoridad judicial*; lo que equivale a otorgar a la norma que lo sanciona carácter imperativo.

²³ Varela García, «Comentarios a la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, n.º 12, 1997, págs. 261 y ss.

²⁴ En semejantes términos, aunque con mayor amplitud, ha descrito cuantos aspectos contribuyen a configurar el concepto de interés del menor, Alonso Pérez, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, n.º 2, pág. 24.

nes de malos tratos, abusos sexuales, explotación, abandono y cualquier otra conducta vejatoria, la Junta de Extremadura, atendida la gravedad del caso, pueda llegar a extraer al menor de su núcleo familiar, en cuyo supuesto su interés o beneficio será, en consonancia con cuanto llevamos expuesto, el criterio determinante en la adopción de la concreta medida protectora²⁵.

1. DEFINICIÓN LEGAL DE DESAMPARO

El Código civil define el desamparo en el art. 172.2 como la situación *que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material*. En cambio, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley extremeña *en los términos del Código civil, se consideran desamparo de menores aquellas situaciones de desprotección que puedan constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor*.

Desde el punto de vista técnico-jurídico se aprecia en la disposición transcrita, en la que no se agota el contenido conceptual, una técnica poco depurada, ya que adolece, no de muchas, pero sí de serias imperfecciones técnicas, sólo apreciables desde la perspectiva que reporta un análisis teleológico y sistemático de la institución. De hecho, son razones de oportunidad y de sistematicidad las que imponen el recurso a la técnica de las remisiones con el objeto de llenar el contenido normativo de la materia de que se trate, incorporando a la propia Ley el de la norma objeto de remisión; de ahí que su utilización sólo tenga sentido cuando exista la mentada carencia, que dejará de serlo por efecto de la remisión²⁶. Apartándose de este modo de proceder, so pretexto de limitarse a la aplicación y puesta en funcionamiento de los principales postulados de la legislación estatal, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley²⁷, el legislador extremeño remite al Código civil en orden a la búsqueda de la definición de desamparo para, a renglón seguido, abundar él mismo en ella. La cuestión no tendría mayor transcendencia si la operación realizada diera como resultado una simple transposición de sus términos y no la constatación de que huelga la referencia. Y ello, porque es más precisa y completa la definición aportada por

²⁵ En el mismo sentido, De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 86.

²⁶ De la dualidad de técnicas de remisiones existentes: la estática o *per relationem* y la dinámica, parece, a todas luces evidente, que el legislador se ha referido a esta última, la cual tiene lugar cuando se incorpora el contenido que el ordenamiento de remisión tiene en cualquier momento, incluidas las eventuales reformas. *Vid.* Salvador Coderch, «La Disposición final 3.ª de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas», *Anuario de Derecho Civil*, tomo 37, fasc. IV, 1984, pág. 988.

²⁷ *La entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (...), tuvo por finalidad adecuar la legislación a la realidad y a la función social que deben cumplir las instituciones y medidas de protección de menores, encomendando a las Entidades Públicas competentes en esta materia y dentro de su ámbito territorial, la aplicación y puesta en funcionamiento de los principales postulados de esta novedosa legislación. En este marco normativo, la Junta de Extremadura ha venido desarrollando las funciones que en materia de protección de menores tiene encomendadas (...).*

nuestro legislador, habida cuenta de que ha descendido de lo abstracto y general, a lo particular y concreto, cerrando el círculo conceptual con la referencia a una fórmula residual que, lejos de restar valor, contribuye a clarificar el sentido de la definición, por cuanto en ella se encuentra el elemento determinante de la situación de desamparo; aunque paradójicamente sea en este punto en el que nuestro legislador enlaza con la indefinición que informa el desamparo en el Código civil, con la diferencia, como se acaba de indicar, de que en Derecho extremo existen criterios que permiten precisarlo más allá de sus perfiles mínimos. Buena prueba de ello es que la declaración de desamparo se hace depender de la idea de grave riesgo para la personalidad del menor, y para evitar el notable elemento de arbitrariedad que su determinación comporta, se ha objetivado en casos concretos, mediante el establecimiento de un listado abierto, impidiendo que puedan escapar a la definición auténticas situaciones de desprotección para el menor. Desde esta perspectiva se puede afirmar que la intención y teleología de la Ley han sido encomiables, aunque no lo ha sido tanto su realización concreta.

2. LAS SITUACIONES DE DESAMPARO

A tenor de lo dispuesto en el art. 6 *se consideran situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa, las siguientes:*

- a) *el abandono voluntario del menor,*
- b) *la existencia de malos tratos físicos o psíquicos,*
- c) *el trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho, que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación,*
- d) *la drogadicción o el alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial, de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de éstos,*
- e) *los abusos sexuales por parte de los miembros de la unidad familiar o de terceros con el consentimiento de éstos,*
- f) *la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución,*
- g) *cualquier otra situación de desprotección que traiga su causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad o de los deberes de protección establecidos por las Leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral o material.*

Desde el punto de vista técnico jurídico se han combinado, al menos en apariencia, una dualidad de técnicas: causalista, una, y teleológica o de resultado, la otra, pero ambas sujetas a ponderación por la Administración. Aunque esto representa una novedad frente a la legislación estatal, en contra de lo que a simple vista pudiera parecer, su incorporación no ha respondido tanto al deseo de satisfacer a quienes se lamentaban en las postrimerías de la década de los ochenta

ta, a propósito de la fórmula literal recogida en el art. 172 del Cc., de que la misma impediría la valoración de las causas, intenciones y motivaciones de quienes propician la situación de desamparo²⁸, como a la necesidad de determinar hasta qué punto y en qué medida, la concreta situación de desprotección incide grave y negativamente en el desarrollo normal de la personalidad del menor, por ser lo que, en puridad, se debe valorar, teniendo siempre en cuenta su interés. Lo que, en suma, equivale a negar automaticidad a la causa concurrente.

La cuestión no podía ser de otra manera, ya que objeto de protección no son los padres ni el tutor, sino el menor desasistido. Ahora bien, cuando al Ministerio Fiscal se le notifique la declaración de desamparo podrá instar judicialmente las medidas de protección que estime oportunas, entre las cuales se halla la privación de la patria potestad. Pero esto es independiente de la declaración de desamparo propiamente dicha, aunque en ella pueda tener su origen²⁹. De donde se colige que desde la perspectiva del que provoca el desamparo, la influencia de la causa generadora de dicha situación se manifiesta *a posteriori*.

Las causas enunciadas en el citado art. 6 surgen como consecuencia de comportamientos caracterizados por la agresividad y violencia, el desequilibrio, el trastorno de las conductas, o la explotación en muchas de sus manifestaciones, y en general, por la omisión total, si no de afectos en todos los casos, sí de las atenciones necesarias que el menor requiere para el pleno desarrollo de su personalidad. Dichas situaciones revisten tal gravedad, que no arrojan duda alguna acerca de la incidencia que negativamente despliegan en el desarrollo físico, psíquico o social, del menor que las padece. Así acontece con el abandono, los malos tratos, los abusos sexuales, la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, pues, son actos concluyentes que le privan de la necesaria asistencia moral y material, al tiempo que degradan su dignidad humana; razón por la cual impiden el desarrollo integral de la personalidad del menor. De hecho, privan al menor, de una u otra forma, de no pocos derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos en nuestra Carta Magna. Así sucede con la dig-

²⁸ Así se manifestó Ruiz-Rico Ruiz («La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, n.º 2, 1988, pág. 63), al señalar que *con la expresión «de hecho» se dispone la necesidad de atender a datos puramente externos, sin entrar a valorar causas ni intenciones (manifestadas o no en actos concluyentes, que, en mi opinión son los que de verdad hay que valorar), de manera que la insolvencia, el paro o la enfermedad no pueden teóricamente ser tomados en consideración a estos efectos, si no hay solicitud de guarda (172-2). Ciertamente la razón de ser del «hecho» consiste en procurar encontrar una solución rápida e inmediata a los menores que han sido abandonados o desasistidos por sus padres o tutores de una manera voluntaria, pero el resultado es que se perjudica indirectamente a quien no tiene culpa de su infortunio.*

²⁹ Los efectos de la declaración de desamparo aparecen en la actualidad nítidamente descritos en el párrafo 3.º del art. 172.2 del Código civil, concretándose en la suspensión, que no privación, de la patria potestad, con la salvedad que la propia disposición establece en lo concerniente a los actos de contenido patrimonial. Pero nada impide que, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 158.3 y 170.1 del Código civil, los padres puedan ser privados judicialmente de la patria potestad, lo cual habrá de hacerse en el correspondiente procedimiento judicial, sin que la producción de este efecto pueda derivar de la simple declaración de desamparo. Así adquiere sentido el hecho de que la Entidad Pública competente esté obligada a promover la tutela ordinaria.

nidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, sancionado en el art. 10.1. Del mismo modo acontece con el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que puedan ser sometidos a tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes, los cuales están reconocidos en el art. 15. Otro tanto cabe decir del derecho a la educación, sancionado en el art. 27³⁰. Y en un sentido más amplio y omnicomprendivo de cuantos se acaban de exponer, está el derecho a recibir asistencia de todo orden, en correlación con el deber que a este respecto impone a los padres el art. 39.3³¹.

Que ello es así lo corrobora la fórmula residual del art. 6 de la Ley extremeña omnicomprendiva de cualquier otra situación de desprotección que traiga su causa en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes. Por tales se entienden los comprendidos en el art. 154 del Cc., cuales son el deber de tenerlos en su compañía, de alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, y, en definitiva, el deber de velar por ellos, que al traducirse en el otorgamiento de toda clase de atenciones y cuidados, materiales y morales, viene a aglutinar el contenido de los restantes enunciados recogidos en la mentada disposición, los cuales también se imponen en el art. 269.1 y 2, al tutor, excepción hecha del de convivencia³². Por esta razón no le menciona explícitamente el mentado art. 6 entre los sujetos que pueden provocar el desamparo, lo cual está, por lo demás, en sintonía con el desorden seguido en este ámbito, ya que el sujeto activo tan pronto lo refiere a los padres y guardadores de hecho, como lo extiende y generaliza a los miembros de la unidad familiar, sin que por ello falten situaciones caracterizadas por la ausencia de alusión al sujeto concreto que puede provocarlo, como acontece con la figura del tutor.

3. EL CRITERIO DETERMINANTE DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

La Ley extremeña no deja de estar impregnada de ambigüedades, que suscitan numerosas dudas, por cuanto entremezcla situaciones debidas a comportamientos voluntarios, con otras en las que está ausente la intencionalidad de las conductas. En la que hemos dado en denominar fórmula residual no contempla, al menos, en apariencia, a diferencia de lo que acontece en la legislación estatal, los casos de imposible ejercicio de los deberes de protección, pero paradójicamente alude a alguno de estos supuestos en el desarrollo casuístico. Cita

³⁰ En relación con la supuesta vulneración del derecho a la educación, a los efectos de la declaración de desamparo, *vid.* la Sentencia n.º 260/1994, dictada por el Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1994.

³¹ Con este planteamiento coincide Feliú Rey, *Comentarios a la Ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 29 y 30.

³² Díez Picazo, «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 3 y ss. La misma idea reitera con Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 7.ª ed., reimpresión 1998, pág. 292.

el abandono voluntario del menor, pero no contempla el abandono forzoso. Y, finalmente, reserva la figura de la guarda para los casos en que lo soliciten quienes tienen potestad sobre el menor, acreditando la imposibilidad de poder atenderlo. ¿Quiere ello decir que se han extraído del concepto de desamparo los supuestos de imposible ejercicio, por más que en éstos haya de mediar solicitud de los padres o del tutor? ¿Cómo se cohonestan en el marco de la Ley estas aparentes contradicciones?

Para dar una adecuada y justa respuesta a la cuestión planteada hemos de comenzar por determinar la función que cumple y el alcance que despliega la llamada fórmula residual, coincidente, en gran medida, con la definición contenida en el art. 172.1 del Cc., conforme a la redacción que le otorgó la reforma de 1987³³, de la que, no obstante, se separa en dos cuestiones. La primera se cifra en que la ley extremeña, en consonancia con el criterio causalista, habla de causa y no de hecho para referirse a la situación que genera el desamparo. La segunda, más relevante que la anterior, se caracteriza, como ya se ha apuntado, por la ausencia de referencia a los supuestos de imposible ejercicio.

Al incluir nuestro legislador entre las situaciones de desamparo cualquier otra situación de desprotección que traiga su causa en el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las Leyes, siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral y material, está impidiendo que puedan escapar a la definición verdaderas situaciones de desprotección; razón por la cual la hemos otorgado ese carácter residual. Pero, además, está poniendo nítidamente de manifiesto que, aunque dichas situaciones se producen por la concurrencia acumulativa de dos presupuestos: uno causal (incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección) y otro de

³³ Como ha señalado De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 41), su tenor literal respondió a una fórmula transaccional asumida por el Congreso de los Diputados por una solución de compromiso, en la que se aglutinó el contenido de la enmienda n.º 7, presentada por el Grupo parlamentario Vasco, y la n.º 37, presentada por el Grupo parlamentario Socialista. La primera estaba inspirada en la añeja regulación del abandono, de forma que no sólo consideraba irrelevante la causa voluntaria o involuntaria que lo generara, sino que, además, atribuía al juez la competencia para la declaración de dicha situación, transcurridos treinta días desde que la misma se hubiera producido. En efecto, según su tenor, *se considerará abandonado el menor no emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente, bastando para que se de la misma que hayan transcurrido treinta días sin que nadie, padre o tutor del menor, se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren la voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el mencionado plazo.* La segunda, en cambio, no se pronunciaba ni sobre la necesidad de intervención judicial, ni establecía duración alguna para que dicha situación fuera apreciada, pues, se limitaba a considerar como *situación de desamparo aquella en la que se produce incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece en favor de los menores.* El resultado de la fusión de ambas se tradujo en la fórmula definitiva contenida en el art. 172.1 del Código civil, tomándose de la primera enmienda los casos de imposible ejercicio y la exigencia de un resultado final. En ello reside, también, el hecho de que en la actualidad no se contemple la existencia de plazo alguno para que sea apreciado el desamparo.

resultado (falta de asistencia, moral y material)³⁴, el elemento determinante está constituido por la inasistencia del menor, como se infiere del tenor literal de la citada disposición: *siempre que ello incida en la privación de la necesaria asistencia moral y material*. Luego, no todo incumplimiento equivale a desamparo, sino que es necesario que se produzca ese concreto resultado. Por ello, a pesar de que el legislador extremeño pretendió alejarse de la idea objetivadora que presidió la reforma del Código civil, como lo corrobora el hecho de haber otorgado relevancia a las causas y a la valoración de las mismas, finalmente ha incurrido en la misma tendencia, al contraer el desamparo a la producción de un resultado específico de inasistencia³⁵.

Sin embargo, en el apartado c) del art. 6, el legislador se ha limitado a invocar el trastorno mental grave como causa que impide el adecuado ejercicio de la patria potestad sin vincularlo a la producción de resultado alguno. El tenor coincide, en esencia, con el dictado de la causa recogida en la fórmula residual, pero, como se sabe, ésta adicionalmente requiere la producción de un resultado, cual es que la causa se traduzca en la correspondiente falta de asistencia moral y material ¿Quiere ello decir que concurrente alguna de las causas tipificadas como situaciones de desamparo en el art. 6, ha de hacerse abstracción del resultado, o, por el contrario, ha de mediar entre ambos un nexo causal en los mismos términos que en la fórmula residual?

La solución ha de pasar necesariamente por la consideración de que las situaciones tipificadas en la Ley no actúan automáticamente, sino que están sujetas a valoración por la Administración, la cual habrá de apreciar si la causa concurrente en cada caso concreto entraña grave riesgo para el normal desarrollo de la personalidad del menor, ya que en esta idea se fundamenta la definición de desamparo³⁶. Con ella conecta directamente la falta de asistencia moral y material de la que habla la fórmula residual, hasta el punto de representar una aplicación o manifestación concreta del indeterminado y genérico concepto de grave riesgo. Así justificamos al comienzo de esta exposición el hecho de que el legislador haya procedido a objetivarlo en casos concretos mediante el establecimiento de un listado abierto. Obviamente, la Ley en el caso reseñado refiere el trastorno mental grave, impeditivo del adecuado ejercicio de los deberes de protección a los titulares de la patria potestad y al guardador. Pero la misma se expresa en términos de disyunción, de donde se infiere, *a contrario sensu*, que

³⁴ En opinión de De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, págs. 40 y 43), *el requisito causal y el de resultado se presentan como acumulativos, habiendo de concurrir ambos para que tenga lugar el hecho en que consiste la situación de desamparo*.

³⁵ Vid. Vargas Cabrera, «El desamparo de menores...», *op. cit.*, pág. 628.

³⁶ Y es que, en nuestra modesta opinión, la valoración de las situaciones de desamparo no tiene por objeto evitar un perjuicio a los padres que no tienen culpa de su infortunio, sino determinar, en el caso concreto, hasta qué punto y en qué medida afectan las circunstancias fácticas concurrentes al desarrollo integral de la personalidad del menor. Prueba de ello es que el beneficio de los hijos y el respeto de su personalidad constituyen los pilares en los que se fundamenta esta legislación protectora.

no estará desamparado el menor cuyos padres padezcan un trastorno mental grave, si está debidamente atendido por un guardador³⁷.

De donde se colige que no se puede desligar la causa del resultado, pues, si así fuera se llegaría a la extrema conclusión de considerar desamparados a los menores realmente asistidos por terceras personas, y sinceramente, no creemos que haya sido ésta la intención del legislador³⁸. Por ello, a pesar de la literalidad del precepto, en este ámbito interesa más el resultado final, concretado en la efectiva falta de asistencia moral y material, de la que habla la fórmula residual, que la causa que la propicia³⁹. Así se infiere de la regulación que el art. 15 hace de la guarda administrativa, por cuanto precisa, aparte de la concurrencia de otras circunstancias ineludibles, la no menos importante de que quienes tengan potestad sobre el menor acrediten la imposibilidad temporal de atenderlo. Sería inicu pensar que la inasistencia, aunque justificada, se tomara en consideración ante una medida más tenue, y, por ende, dotada de menor intensidad, como acontece con la guarda, y que, por el contrario, fuera irrelevante a los efectos de la declaración del desamparo, a la que es consustancial la tutela automática, de la que se derivan consecuencias jurídicas más severas⁴⁰.

En consecuencia, la falta de asistencia moral o material, equivalente a la expresión constitucional del art. 39.3 *asistencia de todo orden*, deberá concurrir, merced a una interpretación correctora del art. 6, en todas y cada una de las situaciones

³⁷ Desde distinta perspectiva, De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 44, nota 27), llega a la misma conclusión manifestada en el texto, al señalar que *en cuanto al requisito causal del desamparo, la guarda de hecho no puede ser considerada; lo que no ocurre, en cambio, en cuanto a su requisito de resultado. De este modo, si, a consecuencia de una guarda de hecho, el menor no está privado de la necesaria asistencia moral y material, no hay desamparo; y si, por el contrario, aquél está privado, pese a tener un guardador de hecho, de tal asistencia, hay desamparo: mas, en este último caso, y en términos jurídicos estrictos, el indicado resultado ha de considerarse consecuente al incumplimiento, o al imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, no del guardador de hecho -que no los tiene-, sino de los padres del menor, de su tutor o -en el caso excepcional en que ello es posible- de quienes lo tuvieran en acogimiento.*

³⁸ Que no existe situación de desamparo, a pesar del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la Leyes, si el menor recibe atención, aunque sea de personas distintas de quienes ostentan la patria potestad o la tutela, constituye una afirmación indiscutida. *Vid.*, entre otros, Martínez de Aguirre, «La protección...», *op. cit.*, pág. 1479; Arce y Flórez-Valdés, «El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987», *R.G.L.J.*, noviembre, 1987, pág. 752; con sumo rigor lo ha descrito Pérez Álvarez, *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, pág. 83, al señalar que *es preciso distinguir entre lo que, propiamente, constituye el desamparo, y lo que más bien, representa el ámbito, así como las causas que pueden motivarlo. Vid.*, además, Valladares Rascón, «La tutela de los menores...», *op. cit.*, pág. 2045, y Ballesteros de los Ríos, *El desamparo*, *op. cit.*, págs. 30 y 31.

³⁹ En parecidos términos, Martínez de Aguirre («La protección...», *op. cit.*, pág. 1479) ha señalado que *pese a lo que pudiera hacer suponer la dicción literal del precepto, interesa más el resultado -la efectiva falta de asistencia moral y material-, que las causas que lo han motivado -y más específicamente, que la imputabilidad del desamparo a quien ostenta la guarda legal*

⁴⁰ *Vid.* en el mismo sentido Vargas Cabrera («El desamparo...», *op. cit.*, págs. 634 y 635) y Ruiz-Rico Ruiz («La tutela «ex lege»...», *op. cit.*, págs. 62 y 63), aunque este autor sólo ha conectado el concepto de desamparo con el de guarda a propósito de las notas que separan a ambas instituciones en las situaciones limítrofes.

de desamparo, estén o no enunciadas en la citada disposición. Sólo así encuentra sentido el que el legislador extremeño haya descendiendo de lo abstracto y general, a lo particular y concreto, cerrando el círculo conceptual con la referencia a una fórmula residual, que lejos de restar valor, contribuye a clarificar el sentido de la definición, por cuanto en ella se encuentra el elemento determinante de la situación de desamparo, aunque será la Administración la que haya de ponderar en cada caso concreto, a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes, si estamos ante un eventual perjuicio, o ante un resultado actual.

4. ALCANCE DE LA FÓRMULA RESIDUAL

Una vez aclarado que la falta de asistencia moral y material constituye el elemento determinante de la situación de desamparo, aún nos queda por resolver la cuestión planteada, casi al comienzo de estas páginas, cual es la relativa a si están excluidos del concepto de desamparo los supuestos de inasistencia que tengan su origen en causas justificadas, como acontece, por ejemplo, con el abandono involuntario, a propósito del cual guarda absoluto silencio el legislador ¿Quiere ello decir que el supuesto cae fuera del desamparo, estando abocado a la guarda administrativa por constituir su presupuesto causal? ¿Cómo se cohesta este vacío con el desarrollo casuístico del art. 6, entre cuyas causas se incluyen situaciones debidas a impedimentos forzosos, como acontece con el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el adecuado ejercicio de los deberes de protección?

En el sentir de algunos autores, con las expresiones incumplimiento e inadecuado ejercicio se está evocando la idea de culpabilidad, razón por la cual otorgan un tratamiento jurídico diferenciado a los incumplimientos culpables y a los forzosos o impeditivos⁴¹, aunque otros autores prefieren hablar de la existencia de una dualidad de tipos de desamparo en función de la causa que lo haya provocado⁴². Pero si la asistencia legalmente requerida es la que objetivamente el menor necesita, y no la que los padres, tutores o guardadores estén obligados a prestarle, en el ejemplo citado el menor estará desamparado, como lo estará también el huérfano menor de edad que no tenga tutor ni guardador, aunque en este último caso el desamparo surja como consecuencia de la inexistencia de los deberes de protección por carecer de titulares⁴³. A este resultado conduce la

⁴¹ Así, Vargas Cabrera, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fasc. II, 1991, págs. 628 y 634 y ss.

⁴² En este sentido resuelve Valladares Rascón («La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, pág. 2048), porque aunque parte de la consideración de que el desamparo es independiente de la causa que lo produce, finalmente admite que *en ciertos casos, sí es relevante la causa de desamparo ya que, según se trate de una u otra, se producirán distintos efectos. Como señalaba en mi trabajo, antes citado, en mi opinión, ello conlleva la existencia de dos clases de desamparo, deducibles del art. 172, apartados 1 y 2, al atribuir a la entidad pública, en un supuesto, la tutela del menor, y en el otro, sólo la guarda.*

⁴³ *Vid.* en el mismo sentido De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172», *op. cit.*, págs. 44 y 45.

fórmula residual, en la que tendrán cabida los incumplimientos y abandonos forzosos, como lo corrobora la teleología de la ley, la cual está dictada para otorgar protección urgente al menor y no para imponer sanción alguna, sin perjuicio del tratamiento penal que corresponda a las conductas delictivas; razón por la cual el desamparo no debe ser interpretado en términos de culpabilidad, ya que su declaración tiene unas características distintas a las medidas limitadoras de la patria potestad⁴⁴, aunque uno de sus principales efectos sea, conforme a lo dispuesto en el art. 172.3 del Cc., la suspensión de la patria potestad, o en su caso, de la tutela ordinaria.

En consecuencia, no parece que exista margen en el orden civil para la graduación de la responsabilidad de los titulares de las potestades tuitivas a efectos de la declaración del desamparo, ni, correlativamente, han de excluirse de la definición los supuestos de imposible ejercicio de los deberes de protección, los cuales están incluidos en la amplia y genérica expresión incumplimiento⁴⁵. Además, lo contrario podría situar en peor condición al menor que no tiene padres ni persona alguna que cuide de él, que a aquél otro que ha sido voluntariamente abandonado ¿En qué situación quedaría el primero si a nadie se puede imputar responsabilidad alguna? Ninguna duda hay de que existe desamparo en ambos casos, como también lo habrá cuando la causa impeditiva sea, por ejemplo, el trastorno mental o el alcoholismo del guardador, legal o de hecho, del menor.

La cuestión no podía ser de otra manera, dada la amplitud conceptual acogida por nuestro legislador. Así ha venido a confirmarlo la Audiencia Provincial de Badajoz, en el auto dictado por la Sección 2.^a, el 15 de abril de 1996, al resolver que el desamparo *no precisa la carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino que basta con que, aun existiendo dichas personas, como en el caso ahora examinado, las mismas estén imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección, o se revele el mismo como inadecuado, colocando al menor en una situación de falta de la necesaria asistencia material y espiritual. Y en cualquier caso ha de decirse una vez más que lo que ha de prevalecer en esta materia es exclusivamente el interés del menor, por encima de cualquier otra consideración, aunque con frecuencia el primar este interés pueda generar graves consecuencias en orden a los vínculos biológicos de origen*⁴⁶.

⁴⁴ Vid. en este sentido Ballesteros de los Ríos, *El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 63.

⁴⁵ Como ha indicado Llebaria Samper (*La tutela automática*, op. cit., págs. 50 y 51), *está claro que tanto un imposible como un inadecuado ejercicio de tales deberes, implica un incumplimiento de los mismos; pero lo que ha pretendido el legislador con ello es desarraigarlo de un posible «animus»*. De la misma opinión es Pérez Álvarez (*La nueva adopción*, op. cit., pág. 85), quien considera que *no obsta a la apreciación del desamparo el hecho de que las causas que lo motivaran procedieran de un incumplimiento de los deberes inherentes a la guarda, o de una circunstancia de la que no fuera responsable el guardador del menor pero que imposibilitara el ejercicio de las funciones que conlleva la guarda de menores*.

⁴⁶ Sentencia de la A.P. de Badajoz de 15 de abril de 1996, *Revista General del Derecho*, 1996, n.º 624, págs. 10895 a 10897.

Lo que sí puede y debe graduar la Administración es la gravedad de la situación en la que el menor se encuentra, y, en función de ella, adoptar la correspondiente medida protectora. Así se infiere de la relación existente entre el art. 5, en el que el grave riesgo es considerado presupuesto ineludible en toda situación de desamparo, y el art. 12.3, en el que se reserva la adopción de medidas cautelares al tiempo de la declaración, únicamente para los casos de grave riesgo para la integridad física o psíquica del menor que lo padece. Por ello, lo que pudiera parecer *a priori* una contradicción *in terminis*, y, por ende, un desliz de gran calado, no hace sino confirmar la idea de que a situaciones jurídicas diversas corresponden tratamientos jurídicos diferenciados. Así se justifica el hecho de que, aun cuando el desamparo siempre concluye con la asunción de la tutela automática sobre el menor por parte de la Entidad Pública, las medidas protectoras no se adoptarán al mismo tiempo, ni serán siempre las mismas. Todo depende de la situación en la que se halle el menor.

Cuestión distinta es que, con anterioridad al inicio del procedimiento tendente a la declaración del desamparo, o en el curso del mismo en el trámite de audiencia⁴⁷, los padres o el tutor, soliciten, concurriendo una causa impositiva, la guarda del menor a cargo de la Entidad Pública, a partir de cuyo trámite habrán de solventarse los casos limítrofes entre las situaciones de desamparo y las que dan lugar a la guarda administrativa. Ello habrá de hacerse, en la línea apuntada por algún autor, atendiendo al interés del menor, a su entorno familiar y a la acotada durabilidad de la causa subyacente⁴⁸. Sólo en este contexto se podría llegar a afirmar que las causas determinantes de la constitución de la guarda representan límites a las situaciones de desamparo⁴⁹.

En vista de lo cual se puede concluir, conforme a la interpretación correctora propuesta, que el legislador extremeño ha sancionado un sistema híbrido en el que, tomándose en consideración la situación en la que se halla el menor que padece el desamparo, precisa para que el mismo sea declarado por la Consejería de Bienestar Social, que el menor esté desasistido en cualquiera de los órdenes que afectan al libre desarrollo de su personalidad, y, en función de la gravedad de la situación, arbitrará la correspondiente medida protectora.

⁴⁷ El trámite de audiencia, además de estar previsto en el párrafo 2.º del art. 8 de la Ley, viene exigido en el art. 9.2 de la Convención sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, la cual fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, al establecer que: *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1.º del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

Pero se solicite o no la guarda administrativa, ha de respetarse el trámite de audiencia con el objeto de que sean oídos los padres o el tutor. Ahora bien, a pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha denegado el amparo solicitado en cuantos recursos se le han planteado al hilo de esta cuestión. A este respecto puede verse el comentario realizado por De Pablo Contreras a la Sentencia 298/1993 del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 1993, recurso de amparo n.º 1888/1992, *Cuadernos Cívicos de Jurisprudencia Civil*, n.º 34, 1994, págs. 75 y ss. *Vid.* también el Comentario de Méndez Pérez en la *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 2, Barcelona, 1994, págs. 207 y ss.

⁴⁸ Llebaria Samper, *Tutela automática*, *op. cit.*, pág. 52.

⁴⁹ *Vid.* Feliú Rey, *Comentarios a la ley de adopción*, *op. cit.*, pág. 46.

Ahora bien, según el art. 9 de la Ley la declaración de desamparo debe ser comunicada al Ministerio Fiscal, a los efectos que procedan. Es a partir de este momento cuando ha de tomarse en consideración la imputabilidad del desamparo, de forma que cuando haya tenido su origen en perturbaciones dolosas o culposamente graves, el Ministerio Fiscal deberá instar judicialmente la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, en aplicación de lo dispuesto en el art. 174 y 158.3 del Cc., en relación, de un lado, con el art. 170.1, y, de otro, con los arts. 247 y 250, todos ellos del mismo texto legal.

Pero con independencia de lo anterior, que de producirse habrá de solventarse en el correspondiente procedimiento judicial, civil o penal, en función de la causa que lo hubiera motivado, lo cierto es que la declaración de desamparo siempre se lleva a efecto con la pertinente resolución administrativa y siempre supone la asunción automática de la tutela por la Entidad Pública, con la consiguiente suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria preexistente. Estos efectos se desencadenan *ope legis*, por la simple concurrencia de su presupuesto causal, y, por ende, sin intervención judicial alguna. Con ello se pone de manifiesto que una cosa es el procedimiento administrativo tendente a la declaración de desamparo, y, otra muy distinta, aunque pueda tener su origen en él, el procedimiento judicial tendente a la privación de la patria potestad o a la remoción de la tutela.

III. LA TUTELA *EX LEGE* DE LA ENTIDAD PÚBLICA

De la tutela *ex lege* se ocupa el art. 9 de la Ley, a tenor del cual la declaración de desamparo comportará necesariamente la asunción de la tutela automática del menor por la Junta de Extremadura. Se concibe, por tanto, como un efecto consustancial a la declaración de desamparo; razón por la cual se la puede configurar como una institución de cariz asistencial con la que se trata de remediar, de manera urgente, las necesidades morales y materiales de los menores desamparados. Por ello, desde el punto de vista teleológico se puede afirmar, sin que exista la menor sombra de duda, que esta figura responde, no tanto a la necesidad de suplir la capacidad de obrar de quienes por razón de la minoría de edad carecen de ella, como al deber de otorgarles una inmediata y rápida asistencia⁵⁰. De aquí derivan una serie de singularidades que la tornan en una tutela especial⁵¹, y, por ende, alejada, en no pocos aspectos, de la tutela ordinaria; de ahí que las reglas generales sólo sean aplicables en la medida en que resulten compatibles con su propia configuración jurídica, aunque des-

⁵⁰ En el mismo sentido, Feliú Rey, *Comentarios a la Ley de adopción, op. cit.*, pág. 37.

⁵¹ Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia, op. cit.*, pág. 53), ha sido uno de los primeros autores en tildarla de especial, habida cuenta de los caracteres peculiares en ella concurrentes. La misma concepción sigue Ballesteros de los Ríos, *El desamparo de menores y la tutela automática, op. cit.*, pág. 299.

de el punto de vista sistemático encuentre su sede adecuada en el Código civil en el Capítulo II, del Título X, del Libro I, como lo corroboran los arts. 222-4 y 239-1.

1. SINGULARIDADES QUE LA CARACTERIZAN FRENTE A LA TUTELA ORDINARIA

La tutela *ex lege* presenta como primer rasgo característico el que no está sujeta a formalidad alguna en su constitución, puesto que no tiene su origen en una resolución judicial, sino que, según el art. 239 del Cc., se impone por ministerio de la ley, de donde deriva tanto su carácter automático como su indistinta denominación como tutela *ex lege* o automática; expresiones con las que se evoca tanto el origen de su delación, como la aformalidad en su constitución. De hecho, la simple concurrencia de su presupuesto causal, representado por la declaración de desamparo, la hace surgir a la vida del Derecho. Aquí reside una de las razones por las cuales ha sido observada con cierto disfavor por la doctrina, hasta el punto de haberse llegado a afirmar que con ella se ha introducido una suerte de tutela no judicialista, instaurando un sistema en el que retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial, en favor de una relativa omnipresencia de los entes públicos⁵². Pero, a decir verdad, su implantación obedece a la necesidad de evitar los perjuicios que podrían derivarse de la rigidez del sistema judicial, de ahí que no hayan faltado quienes consideran un acierto que se haya sustituido la lenta e ineficaz intervención judicial por la más ágil y rápida que lleva a cabo la Entidad Pública⁵³.

Ello está en íntima conexión con otro de sus rasgos característicos, puesto que se trata de una tutela pública o administrativa, cuya titularidad sólo puede ser ostentada por el organismo que en el correspondiente territorio tenga encomendada la protección de menores. En Extremadura corresponde a la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social, la cual está sujeta, no obstante, al control o superior vigilancia del Ministerio Fiscal, sirviendo de contrapeso al supuesto y eventual omnímodo poder de la Administración.

Ahora bien, lejos de gozar de una vocación de permanencia, está caracterizada por las notas de provisionalidad y transitoriedad, las cuales son una consecuencia necesaria del principio de reinserción familiar del menor, al que debe

⁵² Así, Ruiz-Rico Ruiz («La tutela ex lege...», *op. cit.*, pág. 60), a quien sigue Feliú Rey (*Comentarios a la Ley de adopción, op. cit.*, pág. 21).

Más severas son las críticas de Ramos Sánchez («Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/87, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1989, 2, pág. 996), a quien sigue Rodríguez Sol («La protección y el acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, 1993, I, pág. 1101), pues consideran que la Ley del 87 adolece de inconstitucionalidad, dadas las competencias que atribuyó a las Entidades Públicas, señaladamente por la incidencia que la declaración de desamparo, y consiguiente asunción de la tutela *ex lege*, despliegan en el ámbito de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

⁵³ Martínez de Aguirre, «La protección jurídico-civil de la persona...», *op. cit.*, pág. 1478.

ordenar su actividad la Administración. Por ello, sólo se mantendrá en la medida en que subsista el presupuesto causal que la dio vida, y se extinguirá, conforme a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley, tan pronto como la Entidad Pública promueva la constitución de la tutela ordinaria. En ello ha pretendido justificar, algún autor, la subsidiariedad de la tutela *ex lege* frente a la tutela ordinaria⁵⁴. Pero esto no sólo supone confundir celeridad temporal con preferencia jurídica⁵⁵, sino que también, y lo que es peor aún, equivale a privarla de la automaticidad que la caracteriza. De donde se colige que el sentido del art. 11 de la Ley, cuyo equivalente se encuentra en el párrafo segundo del art. 239 del Cc., no puede ser otro que confirmar las singularidades de la tutela automática⁵⁶. De lo contrario, carecería de sentido que se impusiera a la Entidad Pública la obligación de promover la tutela ordinaria, con cuya expresión lingüística el legislador extremeño ha venido a reafirmar el aspecto diferencial existente entre ambas. Para ello es preciso que existan personas que por su relación con el menor o por otras circunstancias puedan asumirla en su beneficio. Lo cual, lejos de ser una alternativa al principio de inserción en la propia familia, viene a ser una manifestación concreta del mismo, pues, al ponerse el acento en la existencia de personas que tengan relación con el menor se está evocando a los familiares, parientes y allegados, propiciando, consiguientemente, su inserción, si no en el medio familiar, sí al menos, en el entorno local y social en el que vive⁵⁷. Se trata, por consiguiente, de buscar una solución más estable para la situación del menor. Por otra parte, no debemos olvidar que aunque el tutor no está obligado a vivir con el tutelado el párrafo segundo del art. 234 del Cc. recomienda, en beneficio del menor, que el mismo se integre en la vida familiar de aquél. Y, por último, siempre cabrá el recurso a la adopción con la que será integrado en una nueva familia. De donde se infiere que la tutela *ex lege* es una solución urgente y provisional dictada para situaciones de desamparo.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TUTELA *EX LEGE*

La indeterminación normativa de que ha sido objeto la tutela *ex lege* ha dado lugar a una inagotable fuente de discusión, hasta el punto de suscitar un mar de dudas que ha hecho correr ríos de tinta en los últimos años. Prueba de ello es que aún no existe una tendencia nítidamente consolidada ni en lo que respecta a la determinación de su naturaleza jurídica, ni en lo referente a la delimitación de su concreto contenido. Ambos aspectos han sido normalmente ana-

⁵⁴ Así, Rodríguez Sol, «La protección y el acogimiento...», *op. cit.*, pág. 1103, en cuya opinión, es subsidiaria de la tutela normal, como se desprende del art. 239 del Código civil.

⁵⁵ Llebaria Samper, *Tutela automática*, *op. cit.*, pág. 26.

⁵⁶ En parecidos términos, De Pablo Contreras, «Comentario al art. 239», *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 312.

⁵⁷ En el mismo sentido, De Pablo Contreras («Comentario al art. 239», *op. cit.*, pág. 313). En cambio, Martínez de Aguirre («La protección jurídica civil de la persona...», *op. cit.*, pág. 1490, nota 288) lo contempla más como una alternativa al principio de inserción familiar.

lizados de forma conjunta, por estar mutuamente implicados y ser el resultado de una concreta toma de posición acerca de la incidencia que la figura despliega en la patria potestad y en la tutela ordinaria; sin que por esta razón hayan faltado quienes han apelado a la intervención judicial, si no previa, sí *a posteriori*, con el objeto de arbitrar una solución tendente a impedir los eventuales desajustes que su implantación desencadenaba en el sistema. A esta línea de opinión responde la concepción de Ruiz-Rico Ruiz, pues, tras considerar incompatible la tutela *ex lege* con la patria potestad, estimaba que la privación de esta última no podía ser definitiva en tanto no hubiera una decisión judicial de privación⁵⁸. Por distinta vía ha llegado al mismo resultado Llebaria Samper, dado que aun cuando admite la compatibilidad entre tutela automática y patria potestad, atribuye al Ministerio Fiscal, al amparo del art. 174, la obligación de promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que hasta entonces recaían sobre el menor desamparado, de forma que, si la resolución judicial desestima la privación de la patria potestad, habrá que entender que nunca ha existido tutela de la entidad pese a reconocer que ésta haya temporalmente cuidado o guardado al menor. Habrá sido, a lo sumo, una guarda legal, pero nunca una tutela incapaz de subsistir con la vigencia constante de la patria potestad. En caso contrario, habrá existido tutela automática desde el momento en que la entidad guardó al menor⁵⁹.

Pero esta posición sólo se podría aceptar desde una visión retrospectiva de la situación si, tras la declaración de desamparo, con todos los efectos consustanciales a la misma, los padres o el tutor impugnan la resolución administrativa ante la jurisdicción civil, en aplicación de lo dispuesto en el art. 172.6 del Cc., y el art. 8.2 de la Ley extremeña. Además, no hay que confundir el procedimiento arbitrado para dictar la declaración de desamparo, con el legalmente previsto para la privación de la patria potestad. Prueba de ello es que la resolución administrativa no necesita ser confirmada judicialmente para desplegar *ab initio* todos sus efectos. Cuestión distinta es que con base en la imputabilidad del desamparo se pueda instar judicialmente la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, puesto que no son aspectos incompatibles, como lo prueba la incidencia que la privación, y no la mera suspensión, tendría en el contenido de la tutela *ex lege*. Por lo demás, el severo y riguroso planteamiento de Ruiz-Rico Ruiz y de Llebaria Samper no se puede admitir en el contexto normativo actual, dado que el desamparo no entraña en sí mismo la privación de la patria potestad ni la remoción de la tutela, sino tan sólo la suspensión de una y otra en los términos que más tarde se verán.

Descartada en la actualidad la exigencia de intervención judicial para que la declaración de desamparo despliegue en plenitud todos sus efectos en lo que

⁵⁸ Ruiz-Rico Ruiz, «La tutela ex lege...», *op. cit.*, pág. 66. Próximo a esta concepción está Caballero González, «La tutela de los menores en situación de desamparado», *La Ley*, n.º 1980, martes 31 de mayo, 1988, págs. 2 y 3.

⁵⁹ Llebaria Samper, *Tutela automática*, *op. cit.*, pág. 35.

respecta a la asunción de la *tutela ex lege*, y, como consecuencia de ella, en lo concerniente a la situación jurídica resultante para la patria potestad y la tutela ordinaria, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, propiamente dicha, la tesis dominante en la doctrina está representada por la opinión de cuantos autores consideran que se trata de una verdadera tutela de Derecho privado, integrada en la sistemática que el Código civil dedica a la tutela ordinaria, sin perjuicio del reconocimiento de las peculiaridades que la misma presenta, y que la elevan a la categoría de tutela especial; por lo que admiten la aplicación parcial del régimen jurídico general. Siendo ello así, han considerado que la tutela *ex lege* desemboca en la privación de la patria potestad⁶⁰.

Distinta postura es la seguida por Pérez Álvarez, en cuya opinión se trata de una potestad pública, que obedece a la administrativización de la función tutelar de los Tribunales Tutelares de menores, la cual estaba limitada a la guarda y educación de la persona del menor, por lo que se excluía de dicho ámbito cualquier intervención de carácter patrimonial. Sobre la base de este precedente otorga a la tutela el significado de protección de menores, identificándola exclusivamente con el contenido personal de la patria potestad; razón por la cual estima que la tutela en sí misma no comporta la extinción de la patria potestad o de la tutela anteriormente existente. Y, desde esta perspectiva la define como *una técnica o título que habilita a la Administración para intervenir por propia iniciativa en los supuestos en que detecta que un menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral y material*⁶¹. Esta concepción desemboca en la identificación de la tutela automática con la guarda administrativa, por más que se pretenda diferenciarlas sobre la base de escuetos datos objetivos. Es más, si tras la reforma de 1996, el art. 172.3 del Cc. deslinda la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores, de la guarda asumida como función de la tutela por ministerio de la Ley, es porque las funciones de la tutela no se agotan con ella. De donde se colige que la tutela representa un *plus* adicional, por pequeño que sea. El problema reside, no obstante, en la determinación del alcance de la misma, lo que nos sitúa ante la problemática de su contenido, de la que acto seguido nos ocuparemos.

Como postura que podríamos denominar ecléptica, en cuanto que representa una síntesis de las dos anteriores, aunque está mucho más próxima a la última expuesta, está la tesis sostenida por De Pablo Contreras, por cuanto partiendo

⁶⁰ Con ligeras variantes siguen esta concepción, entre otros, Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia, op. cit.*, pág. 53), a quien se debe la paternidad de la concepción que la tilda de especial; Feliú Rey, *Comentarios a la Ley de adopción, op. cit.*, pág. 24; Valladares Rascón, «La tutela de los menores...», *op. cit.*, pág. 2049; Rodríguez Sol, «La protección...», *op. cit.*, pág. 1103. Podríamos considerar una variable la postura seguida por Martínez de Aguirre («La protección jurídico civil...», *op. cit.*, págs. 1478 y 1479 y 1488), en cuya opinión se trata, sólo en apariencia, de una tutela en sentido estricto, por lo que habría que considerar extinguida la patria potestad y la tutela anteriormente existente; aunque, reconoce que es *extraordinaria y especialísima*. Por la suspensión de la patria potestad se decanta Ballesteros de los Ríos, *El desamparo y la tutela, op. cit.*, págs. 240, 245, y 262 y ss.

⁶¹ Pérez Álvarez, *La nueva adopción, op. cit.*, págs. 90 a 97.

de la consideración de que la tutela automática es una potestad administrativa, reconoce que al estar orientada al cumplimiento de una concreta finalidad, cual es atender al menor desasistido, tendrá como contenido posible el de la tutela civil ordinaria. Sin embargo, rechaza que sea incompatible con la patria potestad, habida cuenta de que no constituye una potestad familiar de Derecho privado⁶².

Pero lo verdaderamente sorprendente es que algunos autores continúen hoy en día negando su origen legal, su carácter automático y afirmando la necesidad de que se constituya por resolución judicial⁶³, cuando las Comunidades Autónomas han dejado nítidamente sentado a qué órgano compete la declaración de desamparo. Buena prueba de ello nos lo aporta la legislación extremeña, en cuyo art. 8.1 atribuye dicha competencia a la Consejería de Bienestar Social, y en el art. 9 explícitamente se refiere a la asunción automática de la tutela por la Junta de Extremadura como consecuencia de la declaración de desamparo. Cuestión distinta, y a todas luces compleja, es la relativa a la incidencia que esta tutela especial despliega en el ámbito de la patria potestad y de la tutela ordinaria. Sólo a través de la determinación de esta cuestión se puede concretar su verdadero alcance y contenido. Prueba de ello es que la tutela automática abarcará tantas facultades como sean detraídas del contenido de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

3. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA TUTELA *EX LEGE*: SU INCIDENCIA EN LA PATRIA EN LA PATRIA POTESTAD Y EN LA TUTELA ORDINARIA

A tenor de lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 172.1 del Cc., *la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*. En el decir de algunos autores, se trata de una fórmula ambigua, equívoca y desafortunada, que deja en la penumbra, si está excluyendo del ámbito de la suspensión las potestades que los padres tienen sobre el patrimonio del menor, o, por el contrario, está proclamando que los actos no son nulos si se demuestra que le benefician⁶⁴. En concreto, han optado por la última alternativa Díez Picazo y Gullón Ballesteros, los cuales consideran que el legislador no ha hecho sino reiterar el régimen previsto en el art. 304 del Cc. para el guardador de hecho⁶⁵. Esta interpretación tiene que tener como ineludible presupuesto la ausencia de reconocimiento de cualquier poder de representación de los padres sobre el menor. Desde esta perspectiva y hasta aquí, en principio, su

⁶² De Pablo Contreras, «Comentario al art. 172», *op. cit.*, págs. 36 a 40, 51, 54 y 58.

⁶³ Esta concepción es seguida por González León, *El abandono*, *op. cit.*, págs. 327 y espec. 355 a 360. Otro tanto cabe decir de Vargas Cabrera, «El desamparo...», *op. cit.*, págs. 655 y ss.

⁶⁴ Dicho planteamiento ha sido magistralmente expuesto por Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, 7.^a ed., Madrid, 1997, pág. 308.

⁶⁵ Díez Picazo y Gullón Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, *op. cit.*, pág. 308.

situación jurídica no distaría de la que ostenta el guardador de hecho. Sin embargo, el legislador no ha reproducido el régimen jurídico aplicable a este último, aunque pudiera existir un cierto parecido y hasta se pudiera justificar esta medida en la necesidad de sustraer al tutelado del régimen resultante de la aplicación de otras figuras similares, como el mandato y la gestión de negocios ajenos, por ser más perjudiciales para él. Prueba de ello es que el art. 172.1.3, literalmente establece que dichos actos serán válidos, lo que determina la imposibilidad de impugnarlos para todos los que estén implicados en él. No se trata, por consiguiente, de una excepcional eficacia de actos inicialmente anómalos o irregulares, como acontece con los realizados por el guardador de hecho que, por carecer de poder de representación, deberían ser nulos, conforme a lo dispuesto en el art. 1.259.1 del Cc., pero atendido el interés que se desea proteger, el legislador los sanciona con la anulabilidad cuando los mismos le perjudiquen⁶⁶.

En consecuencia, el art. 172.1.3 está reconociendo el poder de representación de los padres en el orden patrimonial cuando su actuación beneficie al menor, lo cual no es sino una manifestación concreta de la exigencia contenida en el art. 154.2 del Cc., según el cual la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad. Con ello el legislador del 96, no sólo ha venido a dar la razón a quienes han defendido que la tutela *ex lege* únicamente provoca la suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria, sino que, además, ha contribuido a despejar el significado, sentido y alcance que ha de otorgarse a la citada suspensión, por más que se pretenda ver en ella una nueva dosis de confusión. Prueba de ello es que el inciso final viene a delimitar positivamente el contenido del enunciado principal, según el cual la tutela *ex lege* entraña, mientras la misma subsista, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, pero no de su titularidad, operándose una suerte de desmembración entre ambas, con la complejidad que ello consigo lleva⁶⁷. De acuerdo con esta construcción, las competencias y responsabilidades que integran el contenido de la patria potestad deberían recaer sobre la tutela *ex lege*, al estar relacionadas con su ejercicio, mientras que los padres o el tutor ordinario conservarían la mera titularidad; a propósito de la cual se ha llegado a afirmar que constituye un estado latente en el que el titular ostenta fundamentalmente cargas y muy escasas facultades o competencias⁶⁸. Pero al decretarse la validez de los actos de contenido patrimonial realizados en representación del menor cuando los mismos le beneficien, la reforma ha venido a confirmar que los padres

⁶⁶ Claramente lo ha puesto de manifiesto Bercovitz Rodríguez Cano («Comentario a los arts. 303 a 306 del Código civil», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 790), al señalar que *normalmente no se impugna un acto que ha resultado beneficioso (...)*, y, *precisamente, si la anulabilidad es especialmente eficaz es porque en su regulación general no es necesario probar la existencia de perjuicio alguno para ejercer la acción.*

⁶⁷ Acertadamente ha distinguido entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad Ballesteros de los Ríos, *El desamparo y Tutela automática*, *op. cit.*, págs. 262 y ss.

⁶⁸ Así lo ha señalado Bercovitz Rodríguez Cano, «Comentario al art. 154 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1044 y 1045.

conservan las facultades de representación en el orden patrimonial, las cuales están correlativamente excluidas del ámbito de la tutela *ex lege*. Así lo ha entendido, también, la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución dictada el 22 de junio de 1996, según la cual *habida cuenta de que, únicamente la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre los menores por lo que a la privación total o parcial de la patria potestad se refiere (cfr. art. 170 C.c.), hay que concluir que la suspensión a que hace referencia el art. 172 del Cc. es consecuencia del hecho del desamparo, o lo que es igual, se declara el desamparo precisamente porque no están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión, en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado (cfr. art. 172.1.III C.c.)*⁶⁹.

Por consiguiente, la tutela *ex lege* no se extiende a la representación del menor en el orden patrimonial⁷⁰, salvo que la misma no coexista con la patria potestad o la tutela, por tratarse, por ejemplo, de menores huérfanos, de expósitos o por haber sido los padres privados de ella en causa civil o criminal después de la declaración de desamparo, en cuyo caso la tutela *ex lege* abarcará el contenido íntegro de la patria potestad, comprendiendo, además de la guarda, la representación legal del menor tanto en el orden personal⁷¹ como en el patrimonial. De donde se infiere que su contenido es ambulatorio, contingente y variable en función de la coordinada expuesta⁷². En vista de lo cual se puede concluir que estamos ante una tutela asistencial e institucional, en cuanto que recae en una entidad pública con personalidad jurídica, impuesta como remedio urgente con el objeto de evitar perjuicios por dilaciones indebidas, que hacen de ella una tutela especial a la que no serán aplicables, entre otras, las normas sobre delación del cargo de tutor, con la incidencia que ello despliega en orden a la problemática de su inscripción, dado su origen legal y su automaticidad. Está explícitamente excluida en el párrafo segundo del art. 260 del Cc., de la, hasta ahora, discutida obligación de prestar fianza⁷³. Otro tanto cabe decir de la obligación de informar anualmente al juez sobre la situación del patrimonio de los tutela-

⁶⁹ Resolución de la D.G.R.N. de 22 de junio de 1996, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 42, 1996, págs. 1145 y ss.

⁷⁰ Ballesteros de los Ríos (*El desamparo y la tutela automática*, *op. cit.*, págs. 294 y 319) condiciona la extensión de la representación en el orden patrimonial a la tutela *ex lege*, al factor de que los actos de contenido patrimonial realizados por los padres no beneficien al menor, lo que equivale a determinar en cada caso concreto si existe el citado perjuicio.

⁷¹ Como la representación legal del menor en el orden personal corresponde a la Entidad Pública, cuando éste quiera emanciparse deberá seguirse la vía del beneficio de la mayor edad, y no la de la concesión de los que ejercen la patria potestad. Si el menor tuviera que ser intervenido quirúrgicamente, sería la Entidad Pública quien habría de prestar el consentimiento.

⁷² Desde distinta perspectiva, De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, págs. 59 a 61) ha atribuido a la tutela *ex lege* un contenido variable, que, según los casos, podría llegar a coincidir con el mayor contenido posible de la tutela ordinaria.

⁷³ No excluya de esta obligación a la entidad pública, entre otros, De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 59); Feliú Rey (*Comentarios a la ley de adopción*, *op. cit.*, pág. 25) entendía que sólo debía prestarse *cuando, además de la tutela, la entidad pública asuma la guarda del menor*, aunque reconoce que la misma puede ser exigida judicialmente a instancias del Ministerio Fiscal.

dos, contenida en el número cuatro del art. 269 del Cc., habida cuenta de que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 174.2 del mismo texto legal, el Ministerio Fiscal deberá comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promover ante el juez las medidas de protección que estime necesarias⁷⁴. Y, dado el carácter asistencial de la función que realiza la Entidad Pública, no tendrá derecho a retribución alguna. En cuanto al resto de las disposiciones contenidas en sede de tutela, entiendo que al mediar tantos aspectos diferenciales entre la tutela automática y la ordinaria, sólo serán aplicables en la medida en que se adapten a su propia configuración jurídica⁷⁵.

Por lo demás, corresponde al Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 174 del Cc., la superior vigilancia de la tutela *ex lege*, la comprobación, al menos semestralmente, de la situación del menor, así como instar las medidas de protección que estime necesarias.

4. LA PROBLEMÁTICA DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Entre las múltiples y variadas dudas que suscita el estudio de la tutela *ex lege*, ocupa un lugar destacado la relativa a si es o no susceptible de inscripción en el Registro Civil, tanto la asunción de la tutela automática por la Junta de Extremadura, como la correlativa y consiguiente suspensión de la patria potestad, y en su caso, de la tutela ordinaria anteriormente existente, pues nada establecen al respecto ni la Ley extremeña ni el Código civil. Esta cuestión reviste capital importancia y exige que precisemos hasta qué punto se puede supeditar el reconocimiento de efectos jurídicos de la figura frente a terceros a la respuesta otorgada a la cuestión planteada, y si, a su vez, ésta requiere la toma de posiciones sobre su naturaleza jurídica.

Si a tenor de lo dispuesto en los arts. 23 de la Ley del Registro Civil, y 81 y 286-1 de su Reglamento, las resoluciones administrativas tienen la consideración de documento auténtico, en cuanto documento público, a los efectos de la inscripción⁷⁶, el origen del problema, y por ende, de la cuestión planteada, no puede cifrarse, como ha pretendido algún autor, en el carácter administrativo de la

⁷⁴ En el mismo sentido, Feliú Rey, *Comentarios al Código civil*, *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁵ De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 58) excluye la aplicación analógica de las normas relativas al ejercicio de la tutela. Considera que las mismas se aplicarán *per relationem*.

⁷⁶ De Pablo Contreras («Comentario al art. 172 del Código civil», *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 74), con base en el citado argumento considera imprescindible la inscripción de la tutela *ex lege*, y consiguientemente, estima que *si el menor estuviere sometido a la patria potestad, parece habrá de extenderse, al margen de la inscripción de nacimiento, nota de referencia a la inscripción de la tutela de la Entidad Pública, conforme previene para los casos de alteración de la patria potestad a consecuencia de un hecho inscribible separadamente, el párrafo tercero del art. 180 R.Rc. Y, si el menor estuviere sometido a tutela ordinaria, aunque ésta no se extinga a causa de la tutela de la Entidad Pública, habrá de practicarse la nota al margen de la inscripción de aquélla a que se refiere el tercer párrafo del art. 288 R.Rc. En los restantes casos -esto es, cuando el contenido de la tutela de la Entidad pública no coincide con el de la tutela ordinaria-, pienso que aquélla no puede causar un asiento principal de inscripción en*

resolución en que se declara el desamparo, del que es consecuencia ineludible la constitución *ope legis* de esta suerte de tutela⁷⁷. El interrogante surge, por el contrario, a propósito del sentido que ha de otorgarse al vacío legislativo existente en la materia, desde el momento en que la misma sólo se aborda desde la perspectiva de la tutela ordinaria, o propiamente dicha, como lo corrobora el art. 218 del Cc., al exigir, de forma explícita, la inscripción de la resolución judicial. Ahora bien, la laguna actualmente existente no siempre ha informado el estado de la cuestión, por lo que una adecuada y justa respuesta a la consideración apuntada necesariamente ha de pasar por el análisis del *iter* legislativo, en el que se concretan los precedentes de la institución, tanto en el orden civil como en el registral.

En efecto, la redacción del citado art. 218 del Cc. data de la reforma introducida por la Ley de 24 de octubre de 1983, reformadora de la tutela, la curatela y la guarda de menores o incapacitados, instaurándose con ella un sistema de corte judicialista en la materia, de lo que da buena prueba, aparte del mentado art. 218, el que pasaría a ser en aquel momento el art. 239 del mismo texto legal, al disponer, en relación con la tutela asistencial, que *si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento*⁷⁸. Con la redacción de esta nueva disposición, que se mantendrá vigente hasta la reforma de 1987, quedaba derogado el art. 212, el cual atribuía, desde la redacción originaria del Código civil, la tutela automática a los jefes de las casas de expósitos, respecto de menores acogidos y educados en ellas. Con ello

la sección 4.ª, pero sí que parece posible la práctica de una inscripción marginal en la sección 1.ª, como hecho que afecta a la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el art. 180 R.Rc. En cambio, no parece haber requisito en la legislación del Registro civil para hacer constar la eventual incidencia de la tutela administrativa en la tutela ordinaria preexistente, si tal fuere el caso. La misma opinión sigue Ballesteros de los Ríos (*El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas, op. cit.*, pág. 311), si bien adapta su planteamiento a su propia consideración en el tema relativo a la incidencia que la tutela *ex lege* despliega en la patria potestad y en la tutela ordinaria, puesto que a lo largo de su monografía deja nitidamente sentado, anticipándose al criterio establecido en la reforma del 96, que la tutela automática propicia la suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

⁷⁷ Para Ruiz-Rico Ruiz, J. M. («La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, n.º 2, 1988, pág. 67), el carácter administrativo de la resolución en la que consta este tipo de tutela, representa un serio impedimento para que quede expedito el camino de la inscripción, pues, considera que dada la exigencia implícita de la resolución judicial en el art. 283 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, difícilmente el Encargado del Registro admitirá la inscripción si no se acompaña una resolución judicial firme; razón por la cual concluye que la falta de inscripción conduce, en aplicación de lo dispuesto en el art. 218 del Código civil, a que *los terceros, incluidos los propios padres, no se vean afectados de ningún modo por la referida «tutela» del ente público, con lo que la virtualidad práctica de la misma sería nula.* Dicha postura ha sido seguida, con una ligera variante, por Rodríguez Sol («La protección y el acogimiento de menores en el Derecho español», *La Ley*, 1993, I, pág. 1103), desde el momento en que limita la inoponibilidad de la figura a los terceros de buena fe.

⁷⁸ De hecho, como ha señalado Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia*, vol. 3, Cuadernos Cívitas, Madrid, reimpresión 1990, pág. 92) al hilo del art. 239, *lo importante es destacar que se trata de una simple facultad del juez -podrá-; y que no guarda relación con los llamamientos del art. 234, cuya concurrencia en el supuesto es, por otra parte, poco probable.*

se alteró sustancialmente la configuración de la tutela asistencial, al eliminarse en el art. 239 la nota de la automaticidad. Aquí reside, precisamente, el punto álgido de la reforma del 83, pues, no en vano el derogado art. 212 constituye el antecedente del actual art. 172.1 del Cc.⁷⁹. Desde el punto de vista registral el art. 284.2 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, en consonancia con el carácter automático de la tutela asistencial, excluyó explícitamente de inscripción a las funciones tutelares de la Administración de los establecimientos de beneficencia hasta la entrada en vigor del R.D. 1917/1986, de 29 de agosto, por el que, aparte de otras muchas disposiciones, se derogó, en el punto que aquí interesa, el citado art. 284.2, con el objeto de adaptar la nueva configuración jurídica de la institución a las disposiciones registrales; sin que, por el contrario, haya sido objeto de ulteriores modificaciones tras la reforma de 1987, con la que queda plenamente restablecida la automaticidad de la figura.

En vista de cuanto ha sido expuesto se puede concluir que, si la referencia a la exclusión de inscripción de la tutela asistencial desaparece cuando se la priva del carácter automático, una vez restablecido el mismo, el silencio del legislador no puede sino interpretarse en un sentido contrario a la inscripción, dada la automaticidad de la tutela *ex lege*, de la que derivan las restantes notas diferenciales que la alejan de la tutela ordinaria o propiamente dicha⁸⁰. Pero sería deseable la incorporación de una nueva disposición en la que expresamente se determinara que la mentada tutela no está sujeta a inscripción, en consonancia con los términos del derogado art. 284.2 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, señaladamente si, como acontece en el caso que nos ocupa, la posibilidad de inscripción ha sido tajantemente descartada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución dictada el 22 de junio de 1996; razón por la cual representa un verdadero hito histórico en la materia. En efecto, tras adoptarse en ella una toma de posición sobre la naturaleza jurídica de la institución, ha contribuido a despejar cuantas dudas se pudieran plantear en torno a la posible aplicación analógica del art. 218 del Cc., al resolver, en consonancia con gran parte del planteamiento expuesto a lo largo de estas páginas, *que son estas notas de provisionalidad, la de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de la autoridad y la carencia de una mandato legal, las que llevan forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la ley, y por ende, lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es*

⁷⁹ Vid. en el mismo sentido Bercovitz Rodríguez Cano, «Comentario al art. 239», *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 347.

⁸⁰ Rodríguez Jordá («Las Entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática», *El régimen jurídico de la adopción*, Colección Aragón de Bienestar Social, Diputación General de Aragón de Aragón, Zaragoza, 1989, pág. 16) considera innecesaria la inscripción. Y aunque ésta es una de las alternativas que contempla Ballesteros de los Ríos, *El desamparo y la tutela automática*, *op. cit.*, págs. 310 y 311, y «Comentario a la resolución de la D.G.R.N. de 22 de junio de 1996», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 42, 1996, págs 1179 y 1180, con base en el pronunciamiento contenido en la resolución que comenta, finalmente se decanta por la tesis que propugna que la inscripción es imprescindible.

*decir, la suspensión de la patria potestad. Por consiguiente, si la tutela del art. 172 del Cc. no es inscribible difícilmente lo será lo que no es sino consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública, siendo contradictorio el admitir esta posibilidad sobre la base de lo establecido en el art. 284.1 del Reglamento del Registro Civil*⁸¹.

Pero el hecho de que no esté expedito el camino de la inscripción, no debe llevarnos necesariamente a concluir, como ha pretendido algún autor, que la eficacia de la tutela *ex lege* queda anulada en relación con los terceros, incluidos los propios padres⁸², por cuanto ello, no sólo equivale a otorgar a la inoponibilidad la categoría de principio general del Derecho, cuando en realidad no lo es⁸³, sino también, y lo que es no menos importante, supone ignorar que a falta de un conocimiento registral, que no puede haberlo al no ser susceptible de inscripción, está el conocimiento efectivo, al que se condiciona la oponibilidad de no pocos actos jurídicos. Por ello, en el ámbito de la inoponibilidad juega un papel decisivo la buena fe subjetiva, que se traduce en la idea de desconocimiento o ignorancia del acto o de la situación realmente existente y ¿bajo qué pretexto podría considerarse inoponible a los padres la declaración de desamparo y la consiguiente tutela *ex lege* cuando se les ha dado audiencia en el procedimiento y han sido informados del contenido de la resolución dictada al efecto, como previenen tanto el art. 172.1.I del Cc., como el art. 8.2 de la Ley extremeña?, más aún, ¿acaso merecen la consideración de terceros los padres, tutores y guardadores suspendidos en el ejercicio de sus respectivas potestades, si, como hemos visto, se ven afectados por la citada medida, al no ser la suspensión sino una consecuencia de la tutela *ex lege*? De hecho, no debemos olvidar que el principio *notoria non egent probatione*, aplicable a la prueba de las situaciones notorias, también lo es a su publicidad; razón por la cual, y así lo ha puesto de relieve Gordillo, *lo que es factiblemente cognoscible no necesita de la publicidad como medio de cognoscibilidad, si no único, sí al menos, especialmente privilegiado*⁸⁴. De donde se sigue que la resolución administrativa por la que se declara el

⁸¹ Resolución de la D.G.R.N. de 22 de junio de 1996, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 42, 1996, págs. 1145 y ss..

⁸² *Vid.* al respecto Ruiz-Rico Ruiz («La tutela «ex lege»...», *op. cit.*, pág. 67), al que sigue Rodríguez Sol («La protección...», *op. cit.*, pág. 1003), con la variante de limitar la inoponibilidad de la tutela automática a los terceros de buena fe.

⁸³ En efecto, ni de la Ley del Registro Civil ni del Código civil se infiere la consagración de un principio general de inoponibilidad de los actos no inscritos en el Registro civil, por lo que, dado su carácter excepcional, la misma no podrá actuar sin la existencia de una concreta norma en la que explícitamente se establezca dicha medida protectora. *Vid.* en este sentido Ragel Sánchez, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 137 y ss. También ha abundado en la cuestión Díez del Corral (*Lecciones prácticas de Derecho civil*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 3.ª ed., Madrid, 1993, pág. 17), en cuya opinión resulta *más que dudoso que pueda extraerse un principio general en el Registro Civil en el sentido de la inoponibilidad a terceros de todos los hechos inscribibles no inscritos. Dicho de otro modo, el principio hipotecario de que lo no inscrito no perjudica a tercero no juega en el ámbito civil más que en los casos excepcionales en los que el legislador así lo ha establecido.*

⁸⁴ Gordillo Cañas, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 1119. Si, como ha señalado este mismo autor,

desamparo, del que surgen los efectos consustanciales al mismo, habrá de considerarse oponible *erga omnes*, excepción hecha de los terceros de buena fe.

IV. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA

Desde el punto de vista terminológico la guarda es una expresión anfibológica, por cuanto con ella se describe tanto la institución protectora del menor legalmente prevista para los casos en que los padres o el tutor soliciten su separación provisional del entorno familiar, ante la concurrencia de alguna causa impositiva de asistencia, como una de sus modalidades de ejercicio, o más exactamente, como una de las formas de llevarla a efecto⁸⁵, hasta el punto de llegar a identificarse en el contexto de la ley extremeña con el internamiento, en cuanto concreta medida de protección⁸⁶.

Se trata, por tanto, de una expresión equívoca, impregnada de gran ambigüedad, que dificulta sobremanera su inteligencia, señaladamente si, como acontece en Derecho extremeño, se la relega, al menos, en apariencia, a la condición de simple medida tuitiva, de lo que da buena prueba su ubicación sistemática en el Capítulo II, del Título I, de la Ley, bajo la rúbrica *De las medidas de protección*. No obstante, realizando un riguroso y severo esfuerzo, y sin perder nunca de vista su interpretación sistemática, se puede llegar a la conclusión de que, finalmente, admite su carácter ambivalente. Así se desprende, de un lado, de lo dispuesto en el art. 15, en el cual se perfila como una figura de carácter preventivo, y, por ende, predicable, tan sólo, a tenor de lo dispuesto en el art. 10, de los menores no desamparados, y de otro, de lo ordenado en el art. 16.c) en el que se contempla como una de las concretas medidas de protección que la Junta de Extremadura podrá adoptar en los casos de declaración de desamparo. De donde se infiere que su significado concreto está en función de la finalidad perseguida en cada caso y del contexto en que sistemáticamente se ubique⁸⁷, lo que equivale a afirmar que, aun formando parte del contenido

en la pág. 1115, el Registro dedicado a la publicidad del estado civil, también afecta, y quizá de modo fundamental desde el punto de vista de los terceros, a cuestiones de carácter patrimonial, desde esta perspectiva se podría justificar la conveniencia de que la resolución se inscribiera en el Registro civil. Ahora bien, como no cesan totalmente las facultades representativas de los padres, y en su caso del tutor, sobre el menor desamparado, de permitirse la inscripción se podría conseguir un resultado distinto del perseguido, cual es propiciar una discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, con lo que huelgan las razones de certeza y de seguridad en el tráfico jurídico, que en cualquier otro caso podría justificar la tendencia a la inscripción de los actos en los registros públicos. Sin que, por último, puedan olvidarse cuantas razones se han esgrimido en el texto acerca de la singularidad que presenta la tutela *ex lege*.

⁸⁵ Vid. Egea Fernández, «Comentario al art. 173», *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 89 a 91, donde distingue entre lo que propiamente son los regímenes protectores de menores y lo que son las medidas de protección.

⁸⁶ Feliú Rey (*Comentarios a la Ley de adopción, op. cit.*, págs. 40 a 43) distingue una dualidad de acepciones del término guarda: una amplia, equivalente a medida de protección que engloba el internamiento y el acogimiento; y otra, estricta, que se identifica con el internamiento.

⁸⁷ En el mismo sentido, Llebaría Samper, *Tutela automática, op. cit.*, pág. 13.

de la tutela *ex lege*, en determinados casos, y concurriendo las circunstancias que al respecto establece el art. 15, la guarda adquiere plena autonomía⁸⁸.

Desde el punto de vista constitutivo, la ley extremeña sólo contempla una de sus modalidades, cual es la que estando sujeta al principio rogatorio, requiere la existencia de previa solicitud. No contempla, en cambio, la posibilidad de que sea constituida judicialmente, a la que sí se refiere el Código civil en el párrafo 4.º del art. 172.2, el cual será aplicable supletoriamente⁸⁹.

En cuanto institución protectora propiamente dicha, la ley la regula en el art. 15, a tenor del cual *igualmente, con carácter preventivo, la Consejería de Bienestar Social asumirá transitoriamente la guarda de los menores cuando quienes tengan potestad sobre los mismos lo soliciten y acrediten la imposibilidad temporal de atenderlos*.

Uno de los rasgos característicos de la figura es su falta de automaticidad⁹⁰, como lo corrobora el hecho de que la Entidad Pública no puede asumirla, por más que concurra la existencia de una causa impeditiva de asistencia al menor, si no media la correspondiente solicitud por parte de quienes tienen potestad⁹¹ sobre él.

⁸⁸ Méndez Pérez (*El acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 106 y 107) justifica el que no se haya regulado expresamente como figura autónoma, en el hecho de *que siendo la guarda una situación de hecho, las funciones inherentes a la misma resultan implícitas en todas las instituciones tendientes a la protección de menores no emancipados*. Pero el argumento no nos convence, habida cuenta de que en este caso la entidad pública la asume con independencia de la guarda que forma parte del contenido personal de la tutela, como bien ha hecho notar Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia, op. cit.*, pág. 54).

⁸⁹ Entre los casos en que la guarda se constituye por resolución judicial, Ruiz-Rico Ruiz («La tutela *ex lege*...», *op. cit.*, pág. 75) señala los siguientes: 1.º) La denegación por la Entidad Pública de la solicitud de guarda. 2.º) El previsto en el art. 103.1 del Código civil, a propósito de los desacuerdos surgidos entre los cónyuges en las medidas provisionales o provisionalísimas en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, considerando el juez que no es conveniente adjudicar su guarda a ninguno de los esposos. Más exhaustiva es la casuística recogida por Pérez Martín (*Adopción, acogimiento, op. cit.*, págs. 111-112), en cuya opinión los supuestos de constitución de este tipo de guarda no constituyen un listado cerrado. A los ya expuestos agrega, entre otros, el resultante de la aplicación de lo dispuesto en el art. 158.3 del C.c., a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, el recogido en el art. 299 bis, cuando un menor deba ser sometido a tutela en tanto no se resuelva sobre ello, o el derivado de la aplicación del art. 128 del C.c., puesto que el juez debe adoptar las medidas de protección oportunas mientras dure el procedimiento de impugnación de la filiación. Incluso, algunos autores, como Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia, op. cit.*, pág. 55), consideran que en el precepto se contiene una suerte de reserva legal en la que tendrán cabida otros supuestos a determinar en el futuro.

⁹⁰ Esta constituye una afirmación indiscutida en la doctrina. *Vid.* por todos Pérez Álvarez, *La nueva adopción, op. cit.*, pág. 105.

⁹¹ Aunque la doctrina no se pone de acuerdo acerca del significado y alcance del término potestad, a los efectos de la solicitud de la guarda, ni, consiguientemente, en lo concerniente a si está o no legitimado el guardador de hecho, consideramos que ha de excluirse porque, como ha hecho notar De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 78), *se trata, sencillamente, de una concreción -y una extensión expresa a los tutores- de la facultad que tienen los padres, en el ejercicio de su potestad, de recabar el auxilio de la autoridad (art. 154, último párrafo); en este caso, para cumplir los deberes de índole personal que la ley les impone*. También excluye al guardador de hecho Pérez Martín (*Adopción,*

Desde el punto de vista teleológico, se trata de procurar asistencia al menor cuando concurra una causa impeditiva. Aunque la Ley extremeña no ha determinado qué ha de entenderse por tal, el párrafo primero del art. 172.2 del Cc. exige la concurrencia de circunstancias graves, por lo que habrá que incluir, entre otras, la enfermedad grave, ya sea física o psíquica, y que no sea meramente pasajera, la ausencia prolongada de los padres motivada por razones laborales, por la privación de libertad, o por el reclutamiento forzoso⁹². Más difícil⁹³ y discutible es que la penuria económica pueda tener acomodo en el presupuesto causal, dada la vigencia del principio de permanencia en el entorno familiar, del que es una manifestación concreta la concesión de medidas de apoyo a la familia biológica, con el objeto de crear el marco familiar adecuado e impedir que el menor pueda ser separado de la misma⁹⁴. Pero en el análisis de esta cuestión tampoco se puede prescindir del aspecto teleológico, de forma que si la figura está orientada a impedir que situaciones de carencia desemboquen en el desamparo del menor, cuando las medidas de apoyo se revelen insuficientes

Acogimiento, Tutela, y otras Instituciones de protección de menores, Lex Nova, Valladolid, 2.^a ed., 1998, pág. 106), porque entiende que al asumir sus funciones de forma delegada, cuando no pueda continuar en el ejercicio de las mismas, serán los padres quienes hayan de hacerse cargo del menor, y si ello no es posible, lo que procederá será la declaración de desamparo. En sentido contrario se manifiesta Ruiz-Rico Ruiz («La tutela *ex lege*...», *op. cit.*, págs. 73 y 74). La misma opinión parece seguir Pérez Álvarez (*La nueva adopción*, *op. cit.*, pág. 100, nota 127), aunque admite que su legitimación concreta está en función del sentido que haya de otorgarse al término potestad.

Por lo demás, ha sido excluido de la legitimación activa el guardador de hecho en la Ley 4/1988, de 18 de marzo, del Menor, de la Comunidad Autónoma de la Rioja, como lo corrobora el párrafo segundo, del art. 58, en el que se ha efectuado un extenso y detallado enunciado de los sujetos legitimados, incluyendo a la madre, al padre, al tutor y a la tutora, sin que en modo alguno mencione al guardador

⁹² En el mismo sentido se manifiesta Pérez Martín, *Adopción, acogimiento*, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

⁹³ La dificultad deriva, de un lado, de la falta de tratamiento autónomo de la guarda, y, de otro, de la falta de sistematicidad de la Ley, hasta el punto de resultar, poco menos que imposible, determinar con exactitud si, cuando el art. 19 se refiere a la subsidiariedad de la guarda con respecto a las medidas de apoyo y al acogimiento, lo hace desde la perspectiva de la concreta medida protectora, que acaba identificando con el internamiento, o desde la perspectiva de la figura autónoma que ahora nos ocupa. Lo anterior es una nítida consecuencia de la equivocidad terminológica, a pesar de la cual, entiendo que la subsidiariedad de la que habla el art. 19 sólo es aplicable a la guarda como concreta medida protectora, o, más exactamente, como una de las modalidades de ejercicio de la guarda, cual es la que se identifica con el internamiento del menor en un Centro de Acogida. Lo contrario equivaldría a situar en relación de subsidiariedad dos conceptos distintos y diferenciados, puesto que una cosa es el régimen jurídico protector de menores, y otra, muy distinta, las medidas arbitradas para obtenerlo. *Vid.* Egea Fernández, «Comentario al art. 173», *op. cit.*, pág. 91.

⁹⁴ Pérez Álvarez, *La nueva adopción*, *op. cit.*, pág. 100, nota 129, sobre la base de la subsidiariedad que la guarda presenta en relación con las medidas de apoyo, ha excluido del presupuesto causal la penuria económica. Pero dadas las razones esgrimidas en la nota anterior, no consideramos precedente dicha solución.

En cambio, Ruiz-Rico Ruiz («La tutela *ex lege*...», *op. cit.*, pág. 62) la incluye abiertamente entre las causas impeditivas. Otro tanto sucede con Pérez Martín (*Adopción, acogimiento*, *op. cit.*, pág. 108), aun cuando no prescinde del alcance supletorio que la guarda presenta frente a las medidas de apoyo, por lo que llega a admitir que las mismas podrían revelarse insuficientes.

para erradicar la causa impeditiva del ejercicio de los deberes de protección, la Entidad Pública podrá asumir su guarda, cuando así lo exija el beneficio del menor a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes, entre las cuales se pueden citar los casos de chabolismo, desahucio de la vivienda familiar, indigencia absoluta de los padres, etc. De donde se colige que no se puede dar *a priori* una respuesta general, universalmente válida para todas las situaciones, ya que la solución puede variar en cada caso concreto en función del interés del menor.

De cuanto se lleva expuesto se infiere que las circunstancias que impiden la atención del menor deben concurrir en quienes tienen potestad sobre él. Pero ¿es posible incluir en el presupuesto causal los supuestos de imposible ejercicio de los deberes de protección que tengan su origen en circunstancias directamente concurrentes en el propio menor? Si en el elenco de situaciones de desamparo la Ley contempla en el art. 6.d) la drogadicción o el alcoholismo del menor, cuando sea consentido por sus padres, entiendo que, cuando a ellos nada se les pueda reprochar y medie la pertinente solicitud de guarda, la Entidad deberá hacerse cargo del menor, evitando, de esta forma el eventual desamparo del mismo. Y otro tanto cabría decir de las conductas rebeldes o inadaptadas que impidan el ejercicio de los deberes tuitivos⁹⁵.

Pero no basta con alegar la existencia del presupuesto causal, sino que es necesario acreditarlo. Esta exigencia se ha establecido con el objeto de impedir las conductas fraudulentas de aquellos padres que, manifestando un absoluto y prolongado desinterés por sus hijos, pretendan eludir la declaración de desamparo, a pretexto de encomendar su guarda a la Entidad pública.

Desde el punto de vista objetivo la guarda está configurada como una solución preventiva, temporal y transitoria, a la que se debe poner fin tan pronto como cese la causa que la propició. De hecho, lo normal es que concluya con el retorno del menor a su familia, de ahí que mientras la misma subsista resulte incompatible con la adopción, por lo que no se podrá constituir un acogimiento preadoptivo⁹⁶.

Pero hasta tal punto se ha acentuado el carácter temporal de la guarda que, cuando la prolongación o mantenimiento de la misma vaya en detrimento del interés del menor, la Entidad Pública podrá incoar el oportuno expediente de adopción de medidas de protección, tal y como se preve en el inciso final del art. 15. Ello tendrá lugar cuando la causa aún no haya cesado, entre otras circunstancias, porque se prolongue, por ejemplo, la enfermedad de los padres, aunque también es posible que aun habiendo desaparecido, los padres no soli-

⁹⁵ Este tipo de conductas han sido incluidas en el presupuesto causal, entre otros, por Pérez Martín (*Adopción, acogimiento, op. cit.*, págs. 108 y 109), quien lo admite cuando los padres *se ven en la imposibilidad de atenderlos convenientemente por sí mismos o desean ejercitar su ius corrigendi a través de la autoridad administrativa (art. 152, in fine del C.C.)*.

⁹⁶ En el mismo sentido, Pérez Álvarez, *La nueva adopción, op. cit.*, pág. 107.

citen la recuperación del menor. ¿Sería posible en tal hipótesis proceder a la declaración de desamparo, y consiguientemente asunción de la tutela *ex lege*? Aun cuando la Ley extremeña guarda absoluto silencio al respecto, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, habida cuenta de que la guarda sólo se justifica ante la concurrencia de una causa impeditiva, de modo que, una vez extinguida ésta, la Entidad Pública deberá declarar el desamparo, ya que la negativa de los padres al reinicio de la guarda que a ellos corresponde, entraña la inasistencia del menor⁹⁷. Así se ha establecido de manera expresa en el art. 13.4 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, sobre guarda y protección de menores de la Comunidad Autónoma de Baleares⁹⁸, y en el párrafo segundo, del art. 58 de la Ley 4/1988, de 18 de marzo, del Menor, de la Comunidad Autónoma de la Rioja, en el que se contempla como presupuesto causal determinante del inicio del expediente de desamparo, no sólo la negativa de los padres al reinicio de la guarda, sino también la persistencia del impedimento desencadenante de la guarda, pese a la solicitud de los padres de hacerse cargo del menor⁹⁹. Otro tanto sucederá cuando la causa impeditiva se haya tornado irreversible. De hecho, pudiera suceder que, residiendo la causa de la guarda en la enfermedad grave de los padres, éstos mueran en el curso de la misma, en cuyo caso, la Entidad Pública habrá de declarar el desamparo, y asumir la tutela *ex lege*, en tanto promueve, si es posible, la constitución de la tutela ordinaria, pues, de lo contrario, en ese *interin*, el menor estaría jurídicamente desprotegido, al carecer de persona que legalmente le represente y administre sus bienes, por más que esté bajo la guarda de la Entidad Pública.

Por ello, podemos afirmar, sin que exista la menor sombra de duda, que el menor sujeto a la guarda administrativa se encuentra en una situación interina, y, por ende, abocada a desaparecer, bien por el retorno a su familia si ha cesado la causa que la motivó, bien porque se constituya la tutela ordinaria, bien porque tenga lugar la asunción de la tutela *ex lege*, como consecuencia de la declaración de desamparo, a partir de la cual el menor estará en condiciones de adoptabilidad. Así adquiere sentido que el citado inciso final del art. 15, permita instar el oportuno expediente de adopción de medidas de protección, entre las cuales se incluye el acogimiento preadoptivo y la adopción.

Por lo que dice relación a las formalidades de entrega de la guarda, nada ha establecido la Ley, pero sí el Código civil, en el párrafo 2.º del art. 172.2, en el cual se exige que conste por escrito, en el que habrá de reflejarse que los

⁹⁷ Vid. En el mismo sentido Sancho Rebullida, *El nuevo régimen de la familia*, op. cit., pág. 55.

⁹⁸ Si desaparecidas las circunstancias objetivas que justificaron la resolución de guarda por el órgano competente, los padres no solicitaran la recuperación de la guarda podrá iniciarse el expediente de desamparo recogido en el art. 8 de la presente ley.

⁹⁹ Si, una vez desaparecidas las causas que dieron lugar a la constitución de la guarda temporal, la madre, padre, tutora o tutor no quisieran hacerse cargo del menor o si, no desaparecidas las causas que dieron lugar a la guarda la madre, padre, tutora o tutor, solicitaran hacerse cargo del menor, éste podrá ser declarado en desamparo si concurren las causas previstas en el art. 172 del Código civil.

padres han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo con su hijo, así como de la forma en que va a ejercerse dicha guarda por la Administración; razón por la cual cualquier variación en su forma de ejercicio deberá estar fundamentada y ser comunicada, tanto a los padres como al Ministerio Fiscal.

En lo que respecta a la extensión de la guarda, la misma se identifica única y exclusivamente con el contenido personal de la patria potestad, lo que no obsta para que los padres o el tutor puedan hacer determinadas recomendaciones en la solicitud relativas al cuidado o educación del menor¹⁰⁰. Con suma nitidez lo ha concretado el art. 54.2 de la Ley 4/1988, de 18 de marzo, de la Rioja, que copiado a la letra establece: *la guarda de un menor supone para quien la ejerce, la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integral*. Ahora bien, si entre los deberes que forman parte del contenido personal de la patria potestad se encuentra el deber de velar y alimentar a los hijos, y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 110 del Cc. esta obligación se impone a los padres, incluso, aunque hubieran sido privados de la patria potestad, ello significa que habrán de asumir y soportar los gastos derivados de la asunción de dichas obligaciones mientras sus hijos estén bajo el cuidado de la Entidad Pública, la cual tendrá acción para reclamarlos¹⁰¹, pero no podrá denegar la solicitud de guarda, a pretexto de la indigencia¹⁰², pues, de lo contrario, estaría condenando al menor a la situación de desamparo, que es la

¹⁰⁰ En parecidos términos, Pérez Martín, *Adopción, acogimiento*, op. cit., pág. 110. Mayor amplitud la otorga Sancho Rebullida (*El nuevo régimen de la familia*, op. cit., pág. 56), al considerar que, aunque se identifica con el contenido personal de la patria potestad, podría llegar a exceder de dicho ámbito, si los padres lo solicitan y la entidad lo acepta. La misma opinión sigue Pérez Álvarez, *La nueva adopción*, op. cit., pág. 106, nota 135.

¹⁰¹ Ni la Ley extremeña ni el Código civil resuelven la cuestión relativa al patrimonio que ha de soportar la asunción de estas obligaciones. La única alusión al tema se contiene en materia de acogimiento, en el art. 173.2 del Código civil, al exigir que conste en la formalización del documento, entre los deberes asumidos, a quien corresponde la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria, de donde se deduce, en el decir de Díez Picazo (*Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 7 ed., 1997, pág. 309), que la familia de acogida tiene las obligaciones y responsabilidades correspondientes al contenido de la patria potestad, pero no asume los gastos que las originan.

Como ya hiciera notar Egea Fernández («La tutela de menores a la ley catalana 11/1985, de 13 de juny de protecció de menors. L'acolliment», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 1987, pág. 330) a propósito del acogimiento, cuando los padres tengan medios suficientes habrán de ser ellos quienes los soporten, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 165 del Código civil. Así lo establecía la legislación estatal sobre protección de menores en los arts. 12 y 26.2 del Decreto de 1948 por el cual se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Si los padres carecen de recursos económicos, el patrimonio del menor habrá de soportar las cargas derivadas de su propia alimentación, en la medida en que lo permita. Y cuando sea insuficiente, la Administración deberá destinar ayudas a la familia acogedora para que puedan encargarse del acogimiento del menor, correspondiéndose con lo que en la actualidad se denominan acogimientos remunerados o compensados.

¹⁰² En la guarda a solicitud de los padres no procede la aplicación del art. 1.894 del Código civil, propuesta por Ballesteros de los Ríos (*El desamparo y la tutela automática*, op. cit., pág. 316), para los

que con esta medida se pretende evitar. Por tanto, en este caso debe primar la función asistencial. Aunque no podemos ignorar que la mayoría de las situaciones a ella conducentes afectan a personas marginadas, no sólo socialmente, sino también económicamente¹⁰³. Fuera de este supuesto, sería inicuo establecer un tratamiento diferencial atendiendo a la naturaleza administrativa o judicial del acto determinante de la constitución de la guarda¹⁰⁴.

casos de guarda asumida como función de la tutela *ex lege*, porque, aunque concurriera el ánimo de piedad en la Entidad Pública, no concurre la ausencia de conocimiento del obligado a prestar los alimentos, dado que está sujeta a la correspondiente solicitud. Incluso, en el caso por ella referido, tampoco se debe generalizar la respuesta, dado que en el procedimiento tendente a la declaración de desamparo ha de respetarse el trámite de audiencia a los padres, al tutor o al guardador. Y, en ambos casos, los padres han de ser informados de las responsabilidades que siguen manteniendo con respecto a sus hijos al tiempo de la entrega de la guarda, conforme al art. 172.2.2 del Código civil.

¹⁰³ De la misma opinión es Egea Fernández, «La tutela de menores..», *op. cit.*, pág. 330.

¹⁰⁴ De Pablo Contreras («Comentario al art. 172», *op. cit.*, pág. 77) efectúa un tratamiento dual, pues, considera que en la guarda asumida a solicitud de los padres, que es la que examinamos en el texto, serán éstos quienes deban de satisfacerlos, por lo que la Entidad Pública tendrá acción para reclamarlos, excepción hecha de los casos de insolvencia. En cambio, excluye la acción de reembolso cuando la guarda tenga su origen en una resolución judicial si la ley contempla dicho recurso, con independencia de la actuación de quienes tienen potestad sobre el menor.