

# DERECHOS DEL MENOR, RELACIONES FAMILIARES Y POTESTADES PUBLICAS PARA LA PROTECCION DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN CATALUÑA (\*)

JOSEP FERRER RIBA  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad Pompeu Fabra

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: LA LEGISLACION CATALANA RELATIVA A LA PROTECCION DE MENORES (LINEAS GENERALES). 1. *La Ley 11/1985*. 2. *La Ley 12/1988*. 3. *La Ley 37/1991*. 4. *La Ley 8/1995*. II. LOS DERECHOS E INTERESES DEL MENOR. 1. *La enunciación de los derechos del niño y del adolescente*. 2. *La efectividad de los derechos del menor: su ejercicio y las garantías de su observancia*. A) El ejercicio por el menor de sus derechos. B) Garantías de la observancia de los derechos del menor: "el interés superior del niño y del adolescente" y su determinación. C) Los derechos de información, expresión, audiencia y acceso a la Administración. III. LAS RELACIONES DE FAMILIA DEL MENOR. 1. *La primacía de la responsabilidad familiar en la crianza y formación del menor*. A) Las potestades familiares y la modulación de su contenido por los derechos del menor. B) Las medidas de asistencia pública en el ejercicio de las responsabilidades familiares. 2. *Los límites de la libertad privada en el ejercicio de los potestades familiares: los presupuestos de la intervención pública*. A) La intervención judicial. B) La intervención administrativa. IV. LA PROTECCION PUBLICA DE LOS MENORES EN CATALUÑA. 1. *La asunción de las funciones tutelares por la entidad pública*. 2. *La adopción de medidas de protección*. A) El objeto y gradación de las medidas. B) La redefinición del acogimiento simple.

---

(\*) Este trabajo ha contado con financiación del Proyecto PB90-0496 de la CICYT. Agradezco a Encarna ROCA y Joan EGEE los materiales y bibliografía que me han facilitado para su realización.

## I. INTRODUCCION: LA LEGISLACION CATALANA RELATIVA A LA PROTECCION DE MENORES (LINEAS GENERALES)

Tras la aprobación de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Generalitat asumió en 1981 los servicios que prestaba el Estado en materia de protección de menores (1). Luego, en varias etapas a lo largo de la última década, el Parlamento de Cataluña emprendió una considerable acción legislativa en este terreno, encaminada a fijar los presupuestos, objeto y procedimiento de la protección de menores y a organizar la prestación de los servicios que incumben a las Administraciones catalanas y los que han tomado a su cargo instituciones privadas colaboradoras.

Siguiendo un orden cronológico, las leyes que han versado sobre la protección de menores en Cataluña han sido la 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores (2); la 12/1988, de 21 de noviembre, de modificación de la anterior (3); la 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (en adelante, LPMA) (4); y la 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la 37/1991 antes citada (en adelante, LAPNA) (5). Al margen de ello, el Parlamento ha dictado una copiosa legislación sectorial con referencias directas o tangenciales a menores (por ejemplo, en sede de educación, sanidad, servicios sociales, consumo, asociacionismo), y asimismo el Gobierno catalán ha aprobado diversas disposiciones reglamentarias, que complementan aspectos de las leyes antes citadas, especialmente de orden organizativo (6).

(1) Vid. R.D. 1292/1981, de 5 de junio, por el que se traspasan tales servicios (BOE, n.º 158, de 3 de julio). Su prestación se asigna, originariamente, a la Dirección General de Protección y Tutela de Menores del Departamento de Justicia de la Generalitat, según el D. 168/1981, de 8 de julio (DOGC, n.º 141, de 10 de julio).

(2) Vid. DOGC, n.º 556, de 28 de junio; BOE, n.º 185, de 3 de agosto.

(3) Vid. DOGC, n.º 1072, de 23 de noviembre; BOE, n.º 295, de 9 de diciembre.

(4) Vid. DOGC, n.º 1542, de 17 de enero de 1992; BOE, n.º 45, de 21 de febrero de 1992.

(5) Vid. DOGC, n.º 2083, de 27 de julio; BOE, n.º 207, de 30 de agosto. Vid. asimismo el Acuerdo de 21 de septiembre de 1995, por el cual se establece la redacción armónica de la misma Ley (DOGC, n.º 2.111, de 6 de octubre). Este Acuerdo fue adoptado en aplicación del art. 105 del Reglamento del Parlamento Catalán, el cual permitió que el Pleno de la Cámara sometiera a votación el dictamen de la Comisión de Política Social y pudieran enmendarse así algunos errores cometidos durante la tramitación parlamentaria del Proyecto.

(6) Vid. Decreto 162/1986, de 9 de mayo, de desarrollo de la Ley 11/1985 (vigente en la parte no derogada por la Ley 37/1991) (DOGC, n.º 700, de 16 de junio); Decreto 338/1986, de 18 de noviembre, de regulación de la atención a la infancia y adolescencia con alto riesgo social (DOGC, n.º 780, de 19 de diciembre); Decreto 332/1988, de 21 de

La acción legislativa de la que son exponente las cuatro disposiciones citadas se ha caracterizado por una superposición progresiva de estratos normativos con derogación o desplazamiento parcial de los previamente asentados. Esta técnica, defectuosa aun sin prejuzgar la bondad de sus resultados, ha sido probablemente fruto de múltiples factores: una cierta dosis de improvisación, una loable voluntad de reajustar el marco legal a la experiencia administrativa acumulada, la sobrevenida de alteraciones en la estructura orgánica del ejecutivo catalán y quizás también el aprovechamiento de períodos de bonanza política para adentrarse en terrenos competencialmente no explorados con anterioridad. Veámoslo sumariamente siguiendo un orden cronológico.

### 1. La Ley 11/1985

La Ley de 1985 sigue la orientación tradicional de la protección de menores como una potestad administrativa (art. 1: "*La Generalitat... ejerce la protección de los menores...*") encaminada a la prevención y tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil y a la asunción de funciones tutelares respecto de los menores en situación de defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o de otras funciones tutelares (art. 2). No se contempla al menor en general, como sujeto en una posición personal y social necesitada de protección, sino al menor infractor, al menor en situación de alto riesgo para delinquir o al menor desamparado. Se parte así de un entendimiento restringido de la expresión "*protección de menores*" (Preámbulo, párrafo 4.º) que excluye de su ámbito al menor no infractor cuando los mecanismos para su guarda contemplados por la ley (patria potestad, tutela, guarda de hecho) operan adecuadamente y su conducta no deja prever un elevado riesgo de delincuencia.

Aun en esta tesitura tradicional, el enfoque de la ley es moderno. Basta confrontar los principios rectores que deben inspirar la protección de menores en Cataluña (Título II de la ley) con la legislación estatal vigente en aquel entonces. La ley sustituye los antiguos criterios de beneficencia en que se basaba la protección a la infancia por una concepción postconstitucional de servicio público, en el cual priman el respeto a los derechos y garantías individuales del menor (art. 10), la primacía del medio natural o de las condiciones que se

---

noviembre, de reasignación de competencias en materia de protección de menores (DOGC, n.º 1072, de 23 de noviembre); Decreto 237/1995, de 11 de julio, de reestructuración de la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social (DOGC, n.º 2096, de 1 de septiembre).

aproximen a un medio familiar normal en la ejecución de las medidas frente a la anterior preponderancia de la medida de internamiento (art. 12), el derecho a la enseñanza y a los servicios sanitarios, sociales o de ocio necesarios para el desarrollo físico e intelectual del menor (arts. 14 a 16) y el derecho de éste a comunicarse con sus allegados y guardadores (art. 18), entre otros principios. La ley desarrolla también el contenido de las tres facetas, que como se ha dicho, se entienden comprendidas en la protección de menores: el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil (Título IV), su prevención (Título V), y la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación (Título VI).

En lo que aquí nos interesa, este último Título —como veremos, hoy derogado— presuponía, para la adopción de medidas administrativas, que el menor estuviera abandonado o fuera víctima de la actuación de los padres y guardadores *y que la autoridad judicial hubiera acordado la intervención*, habiendo de actuar la Administración tal como aquélla hubiera dispuesto (art. 54). A continuación, perfilaba las medidas que podía adoptar la Administración: en primer lugar, las medidas previas a la intervención judicial, esto es, el diagnóstico del menor (art. 55) y la atención inmediata y transitoria en un centro de acogida (art. 56); en segundo término, las acordadas por el juez, esto es, las constitutivas de atención continuada (art. 57), entre las que destacaban la de vigilancia protectora a cargo de un delegado de asistencia al menor (art. 58) y el acogimiento familiar por tiempo indeterminado hasta el retorno del menor a su familia de origen o hasta su adopción (art. 59) (7). Esta última medida, funcionalmente encaminada a la reintegración del menor a su entorno familiar de procedencia o a la adopción, era objeto de regulación unitaria sin que se precisara su procedimiento de constitución, su duración, sus causas de cesación y, principalmente, los criterios y procedimientos que determinarían su encauzamiento hacia el retorno del menor a su familia o hacia su adopción (8).

El soporte competencial para dictar esta ley se hallaba —según declaración del legislador en el Preámbulo de la misma— en el art. 9.28

---

(7) Para un análisis detallado del Título VI de la ley, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, "La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de 13 de juny de protecció de menors. L'acolliment (Comentari al Títol VI)", *RJC*, 1987, pp. 301 y ss.

(8) Para estas carencias en la regulación del acogimiento en la Ley de 1985 y la necesidad de distinguir claramente entre dos tipos de acogimiento con sus propios requisitos y efectos, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1989, pp. 66 y ss.

del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el cual reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de “*Instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria*”. La doctrina catalana puso de relieve la presencia de elementos civiles en la Ley 11/1985 (en ella se regulaban medidas de protección con relevancia institucional civil), los cuales quedarían amparados tanto por una interpretación extensiva del concepto de “instituciones públicas”, como, en su caso, por el art. 9.2 del propio Estatuto, que reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat, en términos ciertamente no pacíficos, en sede de Derecho civil catalán (9).

Finalmente, como se ha apuntado ya, la ley ubicaba el ejercicio de las competencias administrativas en el Departamento de Justicia de la Generalitat (arts. 1, 7, 21 y concordantes), y admitía una amplia delegación de funciones en los entes locales, especialmente para funciones de asistencia primaria (arts. 4 y 5), así como la colaboración —perfilada borrosamente— de instituciones privadas dedicadas a la protección de menores (art. 6).

## 2. La Ley 12/1988

Es precisamente esta última vertiente, la organizativa, la que sufre modificación en virtud de la ley de 1988. Esta, en su artículo único, derogó las referencias que la Ley 11/1985 contenía al Departamento de Justicia como asignatario de las competencias administrativas sobre protección de menores. Con la consiguiente deslegalización se hacía factible, en el contexto de una contemporánea reestructuración orgánica del Gobierno catalán, la asunción de parte de las mismas (en concreto, las de protección de los menores desamparados o en situación de alto riesgo) por el Departamento, de nueva creación, de Bienestar Social (10).

(9) Así, Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció de menors a Catalunya*, cit., pp. 11 y ss.

(10) *Vid.*, en ejecución de la reforma legal, el D. 332/1988, de 21 de noviembre, de reasignación de competencias en materia de protección de menores (DOGC, n.º 1072, de 23 de noviembre). Las competencias vinculadas al tratamiento y prevención de la delincuencia infantil y juvenil se asignan a la que pasa a denominarse Dirección General de Justicia Juvenil, en el Departamento de Justicia, y las vinculadas a la tutela de los menores desamparados se asignan a la Dirección General de Atención a la Infancia, en el Departamento de Bienestar Social (Dirección General creada por D. 258/1988, de 19 de septiembre, y dotada de competencias por el D. 332/1988 antes citado y el D. 380/1988, de 1 de diciembre). Según se dispone en este último, la Dirección General de Atención a la Infancia asume también la competencia sobre asistencia y servicios sociales a menores que había venido desempeñando el Departamento de Sanidad. Para un examen circunstanciado de estos vaivenes organizativos, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció*, cit., pp. 17 y ss.

El Preámbulo de la ley aduce también la necesidad de la reforma a raíz de la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. En lo que aquí concierne, esta última introdujo, como es sabido, la tutela *ope legis* de los menores en situación de desamparo. El legislador estatal atribuía dicha tutela, así como la guarda del menor en aquellos supuestos de imposibilidad temporal para su ejercicio por sus padres o guardadores, a la “entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores” (art. 172.1 y 2 Cc). En esta línea, la Generalitat aprovechó su reestructuración administrativa para hacer explícita la asunción de las funciones que el Cc le asignaba e intentar desvanecer las dudas a que la reforma estatal de un año antes había dado lugar. Lo hizo, en la medida de lo posible, por medio de los Decretos 332 y 380/1988, los cuales pusieron en práctica la deslegalización auspiciada por la Ley 12/1988 (11). En cualquier caso, la reacción de fondo a las novedades que había traído consigo la ley estatal no culminará hasta más tarde, con la Ley 37/1991.

### 3. La Ley 37/1991

A grandes trazos, la ley de 1991 cumple un doble objetivo. En primer lugar, segrega, dentro de la protección de menores, la potestad propiamente protectora (la actuación respecto del menor desamparado) de la potestad reformadora (la actuación respecto del menor infractor), lo que se lleva a cabo con una regulación *ex novo* de la primera y la consiguiente derogación del Título VI de la ley de 1985. En segundo lugar, a modo de desembocadura deseable de las medidas de protección cuando no es posible la permanencia o reintegración del menor a su entorno familiar, regula la adopción. De ello resulta una ley de claro cuño civil. A diferencia de su predecesora de 1985, la ley de 1991 no menciona el título competencia al

---

(11) En concreto, con la reforma estatal de 1987 surge la duda de la aplicación de la tutela *ope legis* del art. 172.1 Cc en Cataluña, dada la discrepancia entre este precepto y el art. 54 de la Ley catalana 11/1985, que presuponía la resolución judicial previa. Fruto de estas vacilaciones fueron el D. 343/1987, de 3 de diciembre (DOGC, n.º 928, de 16 de diciembre), y la Orden del Departamento de Justicia de 14 de marzo de 1988 (DOGC, n.º 971, de 28 de marzo), que parecían contravenir a lo dispuesto por la ley autonómica. De nuevo, para más detalles, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció*, cit., pp. 57 y ss.

amparo del cual se dicta. El contenido de la ley, sin embargo, no deja lugar a dudas, y su Preámbulo no se recata en exteriorizar su "carácter primordialmente civil". Debe considerarse, pues, dictada al amparo del art. 9.2 EAC y, en ciertos aspectos, del art. 9.28 del mismo Estatuto.

En su contenido, el Capítulo I de la Ley 37/1991 (*"De la protección de los menores desamparados"*) actualiza y expande el contenido normativo del Título VI de la Ley 11/1985, aprovechando la experiencia administrativa acumulada y asumiendo algunas novedades incorporadas al Cc tras la promulgación de la Ley estatal 21/1987. Respecto de esta última, intenta también expresarse con mayor precisión conceptual y mejor trabadura dogmática. A mi modo de ver, las modificaciones más relevantes respecto a la precedente Ley catalana 11/1985 y respecto a la Ley estatal 21/1987 se pueden sintetizar en tres bloques de cuestiones:

— *El tipo de intervención pública y su objeto: la asunción de funciones tutelares por la entidad pública.* Como es sabido, la ley estatal de 1987 incorpora al Cc la tutela automática de la entidad pública respecto de los menores desamparados (art. 172.1 Cc). Es también conocida la controversia interpretativa que ha levantado este precepto, criticado por su descoordinación con el resto del sistema y, en concreto, su imprecisión respecto al carácter ordinario o extraordinario de dicha tutela, el procedimiento de su constitución y su repercusión en los regímenes ordinarios de protección (patria potestad y tutela) (12). La ley catalana asume, en la dirección de la ley de reforma del Cc, el principio de legitimación administrativa para la intervención (sin necesidad de previa decisión judicial) y, frente a la regulación estatal, intenta expresarse con mayor precisión: la intervención pública es consecuencia de una previa resolución administrativa en la que se declara el desamparo del menor (art. 3.1 LPMA); ésta puede ser revisada por el juez a instancia de las personas legitimadas (art. 2.6 LPMA); comporta la asunción automática de las funciones tutelares (art. 3.1 LPMA) e implica la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida (art. 3.2 LPMA).

---

(12) La práctica totalidad de la doctrina que ha estudiado la reforma de 1987 hace hincapié en estos puntos. Por citar los más recientes estudios globales, que explicitan los términos de la polémica, *vid.* Pedro DE PABLO CONTRERAS, en Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 36 y ss.; y Carmen GONZALEZ LEON, *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, 1995, pp. 37-38, 321 y ss.

— *El alcance práctico de la asunción de funciones tutelares por la entidad pública: las medidas de protección.* ¿En qué se traduce esta asunción de funciones tutelares? Hay unanimidad doctrinal en señalar que la tutela de la entidad pública no es completamente equivalente, en su contenido de deberes y derechos, a la tutela constituida conforme a las reglas ordinarias. Para confirmarlo, el Cc contiene una amalgama de datos relativamente inconexos: el principio de reintegración familiar (art. 172.4), que obliga a funcionalizar el ejercicio de la tutela con vistas a conseguirla; el reconocimiento de que la tutela comprende la guarda del menor, la cual puede ser ejercida por el director del establecimiento o por las personas que reciban a aquél en acogimiento (art. 172.3 Cc); en consonancia con lo anterior, la compatibilidad de la tutela con una eventual medida de acogimiento del menor por una o más personas (art. 173 Cc); y finalmente, la posibilidad de adoptar otras medidas de protección que puede promover el Fiscal, a quien incumbe la superior vigilancia de la tutela, ante el juez (art. 174.1 Cc).

Frente a ello, la ley catalana vertebró la asunción de funciones tutelares entorno a la adopción de medidas de protección (art. 2.1 LPMA), incluyendo una relación de las mismas a mi juicio mejor graduada que en el Cc: así, incluye explícitamente y con carácter preferencial la posibilidad de aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar (art. 5.1.1.<sup>a</sup> y 5.3. LPMA) y si lo anterior no es posible, establece la preferencia de medidas que supongan la convivencia del menor en un entorno familiar sobre la medida de estancia en un centro público o privado colaborador, a la que se denomina acogimiento en institución (art. 5.1.2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> y art. 12 LPMA). Distingue también entre acogimiento simple y preadoptivo —de lo que trato luego— y permite, en una razonable configuración abierta, que se puedan adoptar otras medidas de carácter asistencial, educativo o terapéutico (art. 5.1.5.<sup>a</sup> LPMA). Finalmente, realza el papel de la entidad pública en la toma de las mismas: las medidas son objeto de resolución administrativa que puede ser revisada por el juez a instancia de los familiares o tutor legitimados (art. 7 LPMA) y del Fiscal si se trata de una medida que comporte separación de la familia (art. 6.1. LPMA).

— *La distinción entre acogimiento simple y preadoptivo.* En la línea de ajustar al máximo la configuración de las medidas de protección a sus objetivos, el legislador catalán introduce la distinción entre el acogimiento simple (con dos modalidades: en familia y en establecimiento) y el preadoptivo. El acogimiento simple en familia procede cuando se vislumbra como factible el reintegro del menor a su familia natural (art. 10.3 LPMA). El acogimiento en institución, concebido como un

último recurso, tendrá lugar cuando no haya sido posible —aun dándose sus requisitos— o aconsejable el acogimiento familiar, sea simple o preadoptivo (art. 12 LPMA). El acogimiento preadoptivo, como indica su nombre y recalca la ley, es un paso previo a la adopción (art. 13.1 LPMA). La distinción —que no hace el art. 173 Cc— es loable, ya que los requisitos de una y otra modalidad son en parte diversos. Divergen, por razones fácilmente comprensibles, los criterios de selección de la persona o familia acogedora, el reconocimiento o no de derechos de visita a la familia de procedencia, la oportunidad de remunerar o no a los acogedores, y especialmente, los trámites para su constitución (así, en el acogimiento simple en familia no se requiere el consentimiento de los padres, salvo que el desamparo se haya debido a fuerza mayor de carácter transitorio: art. 11.2 LPMA).

El Capítulo II de la ley regula la adopción. La normativa catalana es en buena medida tributaria de la estatal contenida en el Cc, en la redacción dada al mismo por la Ley 21/1987, y prescindiré en este trabajo de un examen pormenorizado de la misma. La desviación que considero más relevante es la exigencia, en Cataluña, de haberse llevado a cabo un acogimiento preadoptivo antes de proceder a la adopción, salvo en los casos de que el adoptado fuera hijo del cónyuge o de la persona de sexo distinto con quien el adoptante conviviera maritalmente de manera estable, que fuera huérfano y pariente del adoptante en tercer grado de consanguinidad o afinidad, que estuviera bajo tutela del adoptante o adoptantes o que se tratara de un mayor de edad o un menor emancipado, y éste hubiera convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido catorce años (13) (art. 19 LPMA). Con ello se sigue la recomendación de organizaciones internacionales, en el sentido de proceder a la adopción sólo tras haber sido el menor confiado al cuidado de los adoptantes durante un período suficientemente largo, como para que la autoridad competente pueda razonablemente apreciar las relaciones que se establecerían entre ellos si la adopción fuera concedida. Por contra, en el derecho estatal el acogimiento familiar facilita la adopción (en la

---

(13) La adopción del mayor de edad o del menor emancipado estaba contenida en el apartado 2 que ha pasado a ser el 3, tras la reforma introducida por la Ley 8/1995, del art. 19 de la LPMA, y por tanto fuera de la relación —contenida en el apartado 1— de excepciones a la exigencia de previo acogimiento preadoptivo. Aun así, creo que en el caso de adopción de un mayor de edad o un menor emancipado tampoco era exigible el previo acogimiento, por cuanto este requisito se imponía sólo respecto de la adopción de menores (art. 19.1: *“Sólo podrán ser adoptados los menores no emancipados que se encuentran en situación de acogimiento preadoptivo, salvo...”*).

medida en que, transcurrido un año desde su constitución, evita la necesidad de propuesta administrativa previa: art. 176.2.3.º Cc) pero no lo exige, regulándose como “figura previa, no imprescindible, pero que se espera se utilice con frecuencia” (Preámbulo a la Ley 21/1987) (14).

El Capítulo III, finalmente, contiene las disposiciones comunes a la protección de menores y la adopción. Se regula con mayor precisión que en 1985 el estatuto de las instituciones colaboradoras de integración familiar (art. 32 LPMA), la competencia jurisdiccional, el deber de reserva en las actuaciones y la facultad de solicitar datos biogénéticos.

#### 4. La Ley 8/1995

La Ley 8/1995, de atención y protección de los niños y los adolescentes, pretende responder a las necesidades de protección y asistencia de los menores en general, por su mera condición de tales. En cumplimiento del mandato constitucional impuesto a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos (art. 39 CE), el legislador catalán ha fijado, por medio de esta ley, las líneas directivas de una política pública de infancia. Esta política se orienta en diversas direcciones, en su mayoría ya reguladas adecuadamente con anterioridad (por ejemplo, la protección de menores desamparados, la prevención y tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, la tipificación como infracción y la sanción de conductas lesivas de los intereses de los menores, la prestación de servicios sociales de diversa índole, etc.), por lo que la ley abusa de redundancias y remisiones a la legalidad vigente, en claro detrimento del principio de innovación del ordenamiento que se supone debe tener la actividad legislativa. En esta misma línea de crítica a su técnica legislativa destaca el exceso de normas meramente programáticas, de una loable sensibilidad hacia la problemática de la infancia pero sin eficacia vinculante alguna.

En síntesis, las líneas-fuerza de la ley son la siguientes:

— *El reconocimiento de derechos del niño y del adolescente y la prevalencia del interés de éstos en las decisiones que les afectan.* En primer término, antes de precisar los instrumentos de protección de los derechos del

---

(14) Para esta distinción entre la legislación catalana y la contenida en el Cc, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, en Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 93 y ss.

menor, la ley proclama algunos de ellos, reproduciendo, adecuando a un destinatario infantil y juvenil o complementando las declaraciones de derechos efectuadas en la Constitución o en disposiciones internacionales ratificadas por España, en especial, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York a 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (15). Luego (*infra*, II.1) trato del alcance de tal declaración así como del principio de prevalencia del interés superior del menor en las decisiones que le afectan (art. 3 LAPNA).

— *La primacía de la responsabilidad familiar en la crianza y formación de los menores y el consiguiente principio de subsidiariedad de la intervención pública.* La política pública de infancia se enmarca en el reconocimiento de la primacía de los padres u otros guardadores en lo relativo a la crianza y formación de los menores y, por tanto, en el principio de subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos (arts. 17 y 20 LAPNA). Aun no siendo una ley orientada a innovar la configuración de las relaciones jurídico-familiares en que es parte un menor, la necesidad de respetar y proteger los derechos de éste, de tomar en cuenta sus opiniones y atender a sus intereses obliga a redefinir las relaciones de derecho de familia entre el menor y sus padres o guardadores (para más detalles, *infra*, III).

— *La protección pública de los derechos del menor mediante la tipificación de las infracciones a los mismos y el ejercicio de la potestad sancionadora.* La Ley 8/1995 es una ley que impone a los agentes sociales determinadas conductas y prohíbe otras. La infracción de tales deberes o prohibiciones es objeto de sanción. El legislador ha optado así por encauzar la protección de los derechos e intereses de los menores frente a agresiones de terceros (e incluso frente a su lesión por titulares de potestades familiares) por vía de la potestad administrativa de policía tipificando tales conductas como infracciones administrativas e imponiendo sanciones (arts. 58 a 65 LAPNA). De hecho, no es un recurso novedoso pues diversas leyes sectoriales ya habían establecido con anterioridad regímenes sancionadores a los cuales la LAPNA se remite (Disp. Ad. 6.<sup>a</sup>).

— *La asistencia al menor y a las personas a las que incumbe su protección mediante el establecimiento de prestaciones públicas.* Finalmente, la Ley 8/1995 es una ley reguladora de servicios públicos. La protección inte-

---

(15) BOE, n.º 313, de 31 de diciembre. Para un análisis y comentario de su contenido., *vid.* M.<sup>a</sup> Isabel ALVAREZ VELEZ, *La protección de los derechos del niño (en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español)*, Madrid, 1994, pp. 99 y ss.

gral de la familia y de los hijos pasa, en un Estado social, por una amplia oferta asistencial pública. En esta dirección, la ley que comento reconoce el derecho a la prestación pública de servicios sanitarios (arts. 25 a 27 LAPNA) y educativos (arts. 28 a 31 LAPNA) y regula la función administrativa asistencial y de fomento (arts. 50 a 57). Sin embargo, el carácter prestacional de la ley debe considerarse en gran medida diluido por la inconcreción de las prestaciones, lo que impide considerarlas objeto de derechos subjetivos accionables, así como por el abuso de normas monitorias (16), que todo lo más desembocan en la apelación a una prioridad presupuestaria (arts. 16 LAPNA). Así, la efectividad del objetivo legal de "fijar un sistema general catalán de asistencia del niño y del adolescente" pasa por su deseable concreción en los planes administrativos de apoyo a la familia o a la infancia y juventud.

Con la promulgación de la ley, dice el Preámbulo, se trata de ejecutar, de acuerdo con la competencia de Cataluña en esta materia, los títulos competenciales reconocidos por el Estatuto de Autonomía. No se precisa más. Al tratarse de una ley con pretensiones de globalidad y cruzar transversalmente múltiples ámbitos sectoriales, creo que la Ley 8/1995 pone en juego los títulos competenciales propios de tales ámbitos (por ejemplo, educación, sanidad, publicidad, espectáculos, defensa del consumidor, deportes y ocio, juventud). Pero además tiene puntos de apoyo en títulos más generalistas, en particular los contenidos en los arts. 9.2 (derecho civil), 9.25 (asistencia social) y 9.28 (instituciones públicas de protección y tutela de menores) del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La enunciación de los derechos del menor condiciona, como veremos luego, el contenido y ejercicio de la potestad de los padres u otras potestades tutelares privadas, el contenido de determinadas decisiones jurídico-familiares que los padres o en su defecto la autoridad judicial deben adoptar, y asimismo el alcance de las funciones protectora y asistencial que las Administraciones catalanas asumen respecto de los menores. Entendiendo que la ley persigue ese tipo de trascendencia (y creo que es así, a tenor de los arts. 3, 11, 17 y 20, como más descollantes), la declaración de los derechos del niño y del adolescente tiene un claro engarce con las competencias legislativas de la Generalitat en sede de derecho civil, instituciones de protección de menores y asistencia social.

---

(16) La terminología es reveladora: corresponde a la Administración "velar por" (arts. 9, 17.3, 28.3, 36.4, 40 y 45), "promover" (arts. 13, 23 y 48), "favorecer" (arts. 13 y 57.2), "fomentar" (arts. 14, 32.5, 49, 50, 51, 54, 56 y 57.1), "procurar" (arts. 16, 27 y 36.5), "potenciar" (art. 27), "emprender programas" (art. 53).

La Ley 8/1995 también modifica la Ley 37/1991 en tres aspectos:

— En primer lugar, se persigue una cierta redefinición del acogimiento simple tendente a extender su aplicación. Hasta ahora, esta medida se concebía como un mecanismo de sustitución *provisional* del núcleo familiar natural del menor (arts. 5.1.2.º LPMA, en su redacción de 1991), y en consecuencia debían facilitarse las relaciones entre el menor y su familia de procedencia a fin de favorecer la reintegración a ésta (art. 9.3 LPMA, en su redacción de 1991). A partir de la reforma legal, de manera explícita, el acogimiento simple puede constituirse también en casos en que no sea presumible la reintegración del menor al núcleo familiar de origen pero no pueda procederse a un acogimiento preadoptivo (art. 9.1 LPMA, en su redacción de 1995). Por ello, la facilitación de la relación con la familia de origen se hace depender de la posibilidad de reintegración del menor a ésta (art. 9.3 LPMA, en su redacción de 1995). Esta más extensa funcionalidad del acogimiento simple se completa con la admisibilidad de la adopción del acogido en forma simple por la persona o personas acogedoras cuando no sea previsible el retorno de aquél a su familia (art. 19.2 LPMA en su redacción de 1995). Así, constatada la imposibilidad de reintegración, la entidad pública podrá formular propuesta de adopción en favor de los acogedores, sin la dilación derivada de la constitución de un segundo acogimiento, esta vez preadoptivo (17).

— En segundo lugar, se regula la adopción de menores originarios del extranjero, estableciendo sus condiciones así como la intervención de la Administración catalana en la misma (art. 31 bis LPMA). Con esta regulación se pretende garantizar que la adopción se produzca en consideración al interés superior del adoptado, con respeto a sus derechos y evitando el tráfico de niños. Las garantías que se prevén y el alcance de la intervención pública se inspiran en las disposiciones del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 y ratificado por España por Instrumento de 18 de julio de 1995 (18).

Precisamente la ratificación de este Convenio y su incorporación al ordenamiento interno español condiciona, pienso, la virtualidad de la norma catalana. Habrá que distinguir entre la adopción de menores

---

(17) En relación con esta reforma de la adopción, debe señalarse que durante el *iter legis* cayó, por inadvertencia, la norma que regulaba la adopción del mayor de edad y del menor emancipado (antiguo art. 19.2 LPMA, que se expresaba en términos parecidos a los del art. 175.2 Cc). El Acuerdo de 21 de septiembre de 1995, citado en nota 5, subsanó el error y repuso dicha norma como apartado 3 del art. 19.

(18) BOE, n.º 182, de 1 de agosto.

originarios de Estados parte en el Convenio y la adopción de los que no lo son y, dentro de estas últimas, la adopción realizada en el Estado de origen y la realizada en Cataluña. Las primeras (adopciones de menores originarios de Estados parte en el Convenio, tanto si se realizan en el Estado de origen como en el de recepción) se van a regir por el Convenio (19). En cuanto a las segundas (las adopciones de menores originarios de Estados que no sean parte del Convenio) regirá lo siguiente: a las realizadas en el país de origen se les debe aplicar el art. 9.5 Cc en su párrafo 4.º, de acuerdo con la interpretación del cual la eficacia en España de tal adopción va a quedar subordinada al control de la competencia de la autoridad de origen y a la verificación de la ley aplicada (20); por contra, a las realizadas en Cataluña, en virtud de la remisión del art. 9.5 Cc en su párrafo 1.º a la *lex fori*, les será de aplicación lo dispuesto en el art. 31 bis LPMA (21).

— En tercer lugar, en cumplimiento de lo dispuesto por la Disp. Ad. 3.ª LPMA, se tipifican las infracciones a la Ley 37/1991 y se regula el régimen sancionador de las mismas (adición de los arts. 36 a 42 LPMA).

En los epígrafes que siguen, analizo con brevedad algunos aspectos de estas leyes —en particular, de la Ley 37/1991 y la Ley 8/1995— que me parecen relevantes en la definición —central en un Derecho familiar moderno— de la posición de los menores en la vida familiar y social (Parte II: derechos e intereses del menor), del marco de relación entre los menores y las personas que tienen encomendadas responsabilidades de crianza y formación sobre los mismos (Parte III: relaciones de familia del menor), así como de las situaciones en que los poderes públicos pueden intervenir para protegerlos y el alcance con que pueden hacerlo (Parte IV: potestades públicas de protección del menor).

---

(19) De acuerdo con las declaraciones 1 y 2 del Instrumento de ratificación del Convenio, las 17 Comunidades Autónomas son autoridad central a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones que el Convenio impone a España y de certificar la conformidad con el Convenio de las adopciones internacionales realizadas en España. Así pues, las funciones que la Generalitat ejerce en tales adopciones son las previstas en el Convenio y adicionalmente, en tanto sean compatibles con ellas, las previstas en la ley catalana.

(20) Cf. Nuria BOUZA VIDAL, en Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pp. 466-469.

(21) En tales casos, cobra sentido el apartado 2 del art. 31 bis LPMA según el cual en defecto de convenio internacional la Generalitat sólo tramita las adopciones de menores originarios de países en los que quede suficientemente garantizado el respeto a los principios y normas de la adopción internacional (esto es, los principios y normas del propio artículo). En suma, lo que hace el artículo es extender las garantías del Convenio de La Haya a las adopciones de menores procedentes de países no firmantes del mismo cuando la adopción se lleva a cabo en Cataluña.

## II. LOS DERECHOS E INTERESES DEL MENOR

### 1. *La enunciación de los derechos del niño y del adolescente*

Aunque su terminología no siempre es precisa ni del todo coherente, la Ley 8/1995 se presenta, en parte, como una ley de protección pública de derechos (22). El legislador, sin embargo, no se limita a regular mecanismos de protección sino que enuncia, de forma dispersa, una pluralidad de derechos del niño y del adolescente, asumiendo así la orientación declarativa de derechos de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 antes mencionada.

Con variedad de fórmulas, la ley proclama el derecho de los niños y los adolescentes a una crianza y formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad (art. 5); el derecho a ser protegidos frente a malos tratos (art. 6); el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 7); el derecho a ser protegidos frente a la explotación económica y laboral (art. 8); el derecho a la protección de su honor, intimidad y propia imagen (art. 9); el derecho al ejercicio —cabe pensar que por sí mismos— de sus derechos civiles y políticos (art. 10); el derecho a buscar, recibir y elaborar información, así como a expresar sus opiniones, a ser oídos en los procedimientos administrativos y judiciales en los que estén directamente implicados y a dirigirse por sí mismos a las Administraciones públicas respecto a todas las cuestiones referidas a su crianza y formación (art. 11); el derecho a constituir asociaciones, a ser miembros de ellas y participar en las mismas (art. 12); el derecho a vivir con sus padres y, en caso de no convivencia, a mantener el contacto directo con ellos (art. 18); el derecho a ser protegidos frente a situaciones de desamparo (art. 19); el derecho a la protección y promoción de su salud y a determinadas formas de atención sanitaria (arts. 25 a 27 y 55); el derecho a recibir la enseñanza básica y determinadas modalidades de formación y asistencia educativa y profesional de acuerdo con sus necesidades (arts. 28 a 31); el derecho a recibir una formación integral en su tiempo de ocio, así como al descanso, al juego, a actividades recreativas y a la práctica del

---

(22) En esta dirección, cf. su Preámbulo: “Se trata, pues, de fijar un sistema general catalán de asistencia del niño y del adolescente y de protección de sus derechos” (párrafo 1.º); “la presente ley pretende... posibilitar la actuación de la Administración Pública para garantizar el respeto de sus derechos [del niño y del adolescente]” (párrafo 2.º); cf. también el art. 1: “La presente ley tiene por objeto la atención y protección de los niños y los adolescentes... para garantizar el ejercicio de sus derechos” o el art. 4.2: “Los poderes públicos deben garantizar el respeto de los derechos del niño y el adolescente.”

deporte (art. 32); y el derecho a conocer su medio natural y su entorno urbano (arts. 48 y 49).

Uno se pregunta inmediatamente sobre la oportunidad de esta declaración minuciosa de derechos, atendido el hecho de que algunos de ellos se solapan abiertamente con normas constitucionales y que la gran mayoría se extrae de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, hoy parte del ordenamiento interno español. Debe recordarse que bastantes normas de ésta son mandatos dirigidos a los Estados y requieren una implementación legislativa, como admite el art. 4 al disponer que “*los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*” (23). La tendencia renovadora del derecho de la infancia y de la familia en muchos países a raíz de la aprobación de la Convención de Nueva York, en el sentido pautado por ella, confirmaría esta apreciación (24).

Con todo, la principal razón para justificar el reconocimiento de derechos del niño y del adolescente radica, en mi opinión, en las peculiares consecuencias que se derivan de tal reconocimiento. Ser titular de derechos de la personalidad significa, para el menor, algo distinto

---

(23) El tema de la aplicación directa de la Convención como norma declarativa de derechos directamente exigibles ante los tribunales internos es polémico. La formulación de los preceptos es ambigua: algunos de ellos reconocen directamente derechos del niño (por ejemplo, arts. 7, 13, 16 y 20), pero en su mayoría se redactan dirigidos a los Estados parte, los cuales se comprometen a reconocer tales derechos, a adoptar medidas de protección de los mismos, velar por su aplicación, etc. Ello ha llevado a negar la aplicación directa de la Convención en algunos países, como Francia (sentencias de la primera Sala civil de la *Cour de Cassation*, de 10 de marzo de 1993 y 2 de junio de 1993), y Alemania (Declaración del Gobierno en el instrumento de ratificación, apartado I). Tales decisiones han sido doctrinalmente criticadas: por ejemplo, en Francia, Marie-Claire RONDEAU-RIVIER, “La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation: un traité mis hors jeu”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, *Chronique*, pp. 203 y ss.; en Alemania, Christian ULLMANN, “Die UNO-Kinderrechtskonvention und das innerstaatliche Recht”, *FamRZ*, 1992, Heft 8, pp. 892 y ss.

(24) También la Comunidad Europea es sensible a esta necesidad de implementación, como demuestra la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 (DOCE, n.º C 241/67, de 21 de septiembre de 1992) en la que se pide a la Comisión que presente un proyecto de Carta comunitaria de los derechos del niño que basándose en el Convenio de las Naciones Unidas cree instrumentos comunitarios específicos y que contenga los principios mínimos que figuran en la propia resolución. Estos principios se formulan, en su mayoría, como derechos del niño, de los que éste deberá gozar de acuerdo con las modalidades que establezcan las legislaciones nacionales y los principios del Derecho comunitario. La alusión de la Ley catalana 8/1995, en su art. 4.1, a una Carta europea de los derechos del niño debe entenderse hecha a esta resolución del Parlamento Europeo.

de lo que significa para la persona mayor de edad plenamente capaz. Para ésta, en sintonía con la concepción de Savigny —a su vez, apoyada en la ética kantiana—, un derecho es un poder jurídico ejercitable autónomamente frente a otros para satisfacer su interés; dicho en otros términos, es un ámbito en el que puede ejercer su libertad moral. En cambio, para un menor, que por su condición personal está impedido —al menos mientras no posee la suficiente capacidad natural— o cuanto menos limitado para hacer valer sus derechos, éstos aparecen *prima facie*, en la concepción de Jhering, como intereses que otros deben respetar o en su caso procurar y que están dotados, para el caso de ser desconocidos o vulnerados, de mecanismos de protección ajenos en buena medida al impulso de su titular (25).

El reconocimiento de los derechos del menor, a mi modo de ver, opera en ambas direcciones, según el tipo de derechos de que se trate:

— Por un lado, supone fijar un sistema de valores que otros (la familia, los poderes públicos, los agentes sociales) deben acatar, por activa o por pasiva, según corresponda (26). Ello afecta a los titulares de potestades familiares, cuyos poderes-deberes quedan redefinidos en la medida en que deben tener como objetivo hacer efectivos los valores proclamados como derechos y han de inspirarse, en su ejercicio, en el interés superior del menor (art. 3 LAPNA), y también afecta a los poderes públicos, en la medida en que algunos derechos encuentran su despliegue en una actuación pública. Puesto que los derechos no son tales si no gozan de una protección que permita hacerlos efectivos, el reconocimiento de los derechos del menor va acompañado de poderes para imponerlos: la facultad de los padres o guardadores de reclamar por cuenta del menor su cumplimiento frente a la Administración, en los

---

(25) La dualidad poder-interés en la concepción de los derechos es una polémica clásica en el derecho civil. Planteada originariamente alrededor de los derechos patrimoniales, los pasajes clásicos son Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1973 (reimpresión anastática de la 1.ª ed. de 1840), t. II, § 60, p. 2; y Rudolph von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Scientia Verlag, Aalen, 1968, 9.ª ed. (reimpresión anastática de la 5.ª ed. de 1906; la primera edición es de 1865), t. III, sección 1.ª § 60, pp. 332 a 336. Precisamente, el cambio de polaridad en el derecho subjetivo de la voluntad al interés se argumenta por Jhering al filo de su deseo de dar una explicación satisfactoria a las titularidades jurídicas de los menores e incapaces.

(26) Esta dimensión institucional de los derechos como sistema axiológico —que translativamente me recuerda la que tienen los derechos fundamentales y que tanto incide en su *Drittwirkung*— queda sugerida en el Preámbulo de la Ley 8/1995, párrafo 4.º: “Dicha intervención [la de las administraciones públicas] será justificada cuando no sea posible garantizar un marco legal suficiente, que puede denominarse ‘derecho del menor’, para proteger a los niños y los adolescentes en la efectividad de sus derechos.”

casos en que ésta los haya lesionado; la facultad de los poderes públicos (Administración o Poder judicial, según el caso) para supervisar y en su caso subrogarse en la posición de los padres o guardadores si éstos incurren en mal uso o dejación de sus responsabilidades. Estas garantías —a falta de aptitud del propio titular del derecho para su defensa— son las que atribuyen al derecho su condición de tal.

— Por otro lado, el reconocimiento de derechos supone facilitar al menor, en la medida de sus capacidades, ámbitos de libertad en que pueda manifestar —y en el límite, hacer prevalecer— lo que él considera sus intereses. Los arts. 10, 11 y 12 LAPNA son ejemplos de derechos dotados de esta virtualidad liberadora, que intenta superar la visión tutelar tradicional (cfr. *infra*, II § 2 a).

Las implicaciones teóricas que el reconocimiento de derechos del niño o del adolescente tiene —y que me he limitado a insinuar toscamente— han dado lugar a un vivo debate jurídico-filosófico (27), en curso desde la década de los setenta y estimulado tras la Convención de 1989. Entrar a fondo en él desborda mi competencia y el objeto de este trabajo. Por ello, lo sacaré a colación muy de paso y sólo en la medida de su utilidad inmediata para el planteamiento de las relaciones entre los menores, sus familias y los poderes públicos, desde una óptica privatista.

## 2. La efectividad de los derechos del menor: su ejercicio y las garantías de su observancia

Más allá de su proclamación, uno de los objetivos fundamentales de la Ley 8/1995 es garantizar la efectividad de los derechos del niño y del adolescente o, como se indica en su Preámbulo, fijar un sistema general de protección de los mismos. No se pone el acento en la protección del niño o el adolescente (pese al inciso inicial del art. 1 LAPNA) (28), sino en la protección de sus derechos o en la garantía de su ejercicio. Podrá decirse que, a fin de cuentas, el resultado será el mismo, pero el matiz diferencial es importante. Cuando un derecho

---

(27) A título de introducción en este debate, me he servido de los trabajos contenidos en Michael FREEMAN, y Philip VEERMAN (eds.), *The Ideologies of Children's Rights International Studies in Human Rights* (vol. 23), Dordrecht/Boston/London, 1992, y Philip ALSTON, et al. (eds.), *Children, Rights and the Law*, New York, 1992.

(28) El art. 1 LAPNA dice: "La presente ley tiene por objeto la atención y protección de los niños y los adolescentes que residen o se hallan transitoriamente en el territorio de Cataluña, para garantizar el ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral en los ámbitos familiar y social."

puede, por su naturaleza o por disposición legal, ser ejercitado por el propio menor, se está permitiendo a éste efectuar un juicio sobre su propio interés, que no tiene por qué coincidir con el que haría la comunidad. En esa concreta situación, la protección pública del menor — pese a la afirmación, paternalista, del primer inciso del art. 1 LAPNA— está fuera de lugar (29).

Examino a continuación cómo garantiza el legislador catalán la efectividad de los derechos del menor. Normalmente, un derecho deviene efectivo con su ejercicio frente a quien, estando obligado, lo desconoce o incumple. También tratándose de derechos del menor hay que considerar la posibilidad de que se reconozca a éste legitimación para ejercitar algunos derechos por sí mismo, o sea, de que se admita la autoprotección del interés por el titular del derecho. Con todo, ello no será lo más frecuente. Habida cuenta de la peculiar funcionalización de muchos de los derechos del menor (orientados a promover su crianza, formación, desarrollo de su personalidad) el ejercicio por su titular pasa a un segundo plano y su efectividad depende de que se articulen mecanismos para que sean satisfechos por las personas a quienes obligan. La ley exige a éstos que ponderen, como principio inspirador de su actuación, el interés superior del menor, y protege el derecho en cuestión de varias maneras: precisando los criterios de determinación de ese interés, permitiendo la revisión de tal determinación, y legitimando a la Administración para ponerse en el lugar de los responsables inmediatos de su observancia, si se detectan situaciones de mal uso de esa responsabilidad. De entre los criterios para averiguar qué hay que entender como “interés superior del menor” cobra particular relieve —como puente de enlace entre la autodeterminación y el paternalismo— el derecho del menor a informar y ser informado, a expresar su opinión y a dirigirse a la Administración pública (art. 11 LAPNA). Veamos separadamente estas cuestiones.

---

(29) El doble enfoque que adopta el art. 1 (protección de los niños y adolescentes; protección o garantía de sus derechos), aunque poco preciso —ya que la protección de los derechos parece consecuencial respecto de la protección de la persona— refleja la distinción que hay entre lo que John EEKELAAR llama una “*welfarist relationship*” (relación paternalista, en la que la persona protectora define el interés de la persona protegida) y una “*rights-based relationship*” (relación basada en derechos, en la que el titular del derecho define su interés ejercitando aquél). Vid. John EEKELAAR, “Families and Children: From Welfarism to Rights”, en Christopher Mc CRUDDEN, Gerald CHAMBERS (eds.), *Individual Rights and the Law in Britain*, The Law Society, New York, 1994, p. 301.

## A) El ejercicio por el menor de sus derechos

Si el libre desarrollo de la personalidad es fundamento de nuestro orden político (art. 10.1 CE), el ordenamiento debe legitimar a toda persona para ejercer (o, en su caso, reclamar) por sí misma los derechos preordenados a esa maduración personal, en tanto ello sea compatible con su aptitud para el discernimiento. Esta idea tiene eco en la Ley 8/1995, al regular algunos derechos personalísimos del menor y al establecer el principio de ejercicio por el propio menor de los derechos civiles y políticos, salvando los límites fijados por la legislación vigente.

Son derechos personalísimos del menor los reconocidos en el art. 11 LAPNA, esto es, sucintamente, los derechos de información, expresión, audiencia y acceso a la Administración (*vid., infra*, II § 2 c). Por ello, la norma hace hincapié repetidamente en la edad y condiciones de madurez de su titular. Son derechos que se tienen en la medida en que se está en situación personal para ejercerlos y que generan en las demás personas un deber de tolerancia o de cooperación activa a su satisfacción. Lo mismo ocurre con el derecho a constituir asociaciones infantiles y juveniles, a ser miembros de ellas (y, en especial, a ser miembros de organizaciones juveniles de partidos políticos y sindicatos) y a participar activamente en las mismas (art. 12 LAPNA), derechos que se tienen de conformidad con las propias condiciones de madurez.

Establece también la ley, como he apuntado, el principio de ejercitabilidad autónoma de los derechos políticos y civiles. La redacción del art. 10 (30), tiene algo de tautológica: más que del derecho a ejercitar derechos lo propio sería hablar de la facultad de ejercicio de ciertos derechos por su propio titular. La norma es también inconcreta en su objeto: ¿qué se entiende por ejercicio de los derechos civiles y políticos? La facultad de ejercitar los derechos civiles no debe interpretarse como capacidad de obrar general (incluyendo así la capacidad de ejercicio de derechos patrimoniales), en el sentido en que se usa esa expresión en las leyes civiles (31). Más bien creo que, de acuerdo con los criterios sobre interpretación del art. 4 LAPNA y con los antecedentes de

---

(30) Art. 10 LAPNA: *“Los niños y los adolescentes tienen derecho a ejercitar los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente.”*

(31) Por ejemplo, por seguir con la legislación civil catalana, *vid.* art. 18.1 LPMA: *“Para poder adoptar se requiere: a) estar en pleno ejercicio de los derechos civiles”,* art. 20.1.1.º de la Ley de tutela e instituciones tutelares: *No pueden ser tutores: 1. Los que no están en pleno ejercicio de sus derechos civiles.*

la norma (32), la expresión “derechos civiles y políticos” debe referirse a los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (33). Ello debe permitir, en mi parecer, el ejercicio por el menor de derechos que en ocasiones pueden revelarse como conflictivos frente a las potestades de los padres o guardadores, como el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18 del Pacto), el derecho a la libertad de expresión, comprendiendo éste el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (art. 19.2 del Pacto), o el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 17.1 del Pacto), derecho este último que deberá cohonestarse con la responsabilidad de los padres o guardadores respecto de la crianza y formación del menor y en tal medida podrá ser limitado. Esta interpretación del art. 10 LAPNA se acomoda, por lo demás, al mandato legal de permitir a los menores realizar por sí mismos los actos relativos a los derechos de la personalidad (art. 162.1 Cc y 51 a de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares —LTIT—) (34).

B) Garantías de la observancia de los derechos del menor:  
“el interés superior del niño y del adolescente” y su determinación

Como he dicho, los derechos del menor condicionan el contenido y modo de ejercicio de las potestades familiares y de las actuaciones públicas que atañen a aquél. En una declaración de amplio alcance, el art. 3 LAPNA dispone que el interés superior del niño y del adolescente inspire las actuaciones y decisiones, públicas o privadas, que les afecten (35). La declaración no es nueva. La relevancia del interés

---

(32) El antecedente inmediato de la norma es el punto 12 de la Resolución 194/III del Parlamento de Cataluña, sobre los derechos de la infancia, adoptada por la Comisión de justicia, derecho y seguridad ciudadana el 7 de marzo de 1991 (BOPC, n.º 248, de 18 de marzo), punto que dice textualmente: “L’infant té dret a exercir drets civils i polítics tan aviat com es pugui formar un judici propi i sense més limitacions que les disposicions legals necessàries per a protegir les llibertats fonamentals dels altres.” La pregunta que podría entonces formularse es ¿y por qué no los derechos económicos, sociales y culturales?

(33) BOE, n.º 103, de 30 de abril de 1977.

(34) DOGC, n.º 1543, de 20 de enero de 1992. BOE, n.º 47, de 24 de febrero de 1992.

(35) Art. 3 LAPNA: “El interés superior del niño y el adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y las decisiones y actuaciones que les conciernen adopta-

superior del menor era ya con anterioridad a la Ley 8/1995 un principio recurrente en el derecho familiar español y catalán, tanto en las decisiones privadas, como en las judiciales o en las que debían tomar las instituciones de protección de menores (36). Ahora, si acaso, el principio gana generalidad.

Son destinatarios del mandato legal los titulares de potestades privadas sobre los menores, las instituciones de protección de menores (públicas o privadas colaboradoras), las Administraciones públicas en general y los órganos del poder judicial, todos ellos cuando adopten decisiones o realicen actuaciones que conciernan a los menores. Según a quién se dirija la norma, su efectividad va a ser distinta:

— Para los primeros (padres, tutores, guardadores) y para las segundas (entidades protectoras), en cuanto tienen responsabilidades principales o subsidiarias de crianza y formación, la norma impone que *en el cumplimiento de estas responsabilidades* se atengan al conjunto de valores al que remite la noción de “interés superior del niño y del adolescente”, interés que, en mi parecer, ha de definirse a partir del catálogo legal de los derechos de éstos (37). Aparte, habrá otras decisiones —no directamente integrantes de sus funciones tuitivas— que también podrán concernir al menor (por ejemplo, decisiones sobre la fijación del domicilio familiar, sobre determinación y levantamiento de cargas familiares). En tales casos, el interés del menor debe jugar un papel distinto: en tanto no constituye el objeto directo de la decisión, lo importante es que sea ponderado en conjunción con la autonomía decisoria de los padres o guardadores y que lo finalmente acordado no entre en colisión sustancial con el mismo (38).

---

*das y llevadas a cabo por los padres, tutores o guardadores, las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerles y asistirles o por la autoridad judicial o administrativa. Para la determinación de dicho interés debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social.”*

(36) *Vid.* ciñéndonos al derecho catalán, los arts. 21 y 30 LPMA en cuanto a la adopción; arts. 2.1, 12, 14 y 15.1 LTIT en cuanto a la tutela; art. 92 LTIT en cuanto a la guarda de hecho; arts. 5.1, 10.4, 13.2, 14.2 y 17.2 LPMA en cuanto a la protección de menores.

(37) La relevancia que se concede a los derechos del menor se denota en esta extensión del respeto a la primacía de su interés en las relaciones de familia. El art. 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989, norma paralela al art. 3 LAPNA, excluye de su ámbito subjetivo a padres o guardadores. En derecho comparado, la Sección 1 (*Welfare of the child*) de la *Children Act* británica de 1989 limita la aplicación del *welfare principle* a los tribunales, y ha sido la doctrina quien ha confirmado su vigencia para los familiares y Administraciones: cf. S. M. CRÉTNEY, J. M. MASSON, *Principles of Family Law*, Londres, 1990 (5.ª ed.), p. 519.

(38) La doctrina alemana debate, a propósito de las medidas de protección de menores que puede tomar el Tribunal de tutelas, este problema de fronteras entre el

— Para las Administraciones en general, la norma habrá de incidir en sus actuaciones en materia de asistencia y servicios sociales (por ejemplo, en la configuración de sus prestaciones hacia los menores) y en el ejercicio de otras funciones de protección (39) (por ejemplo, la potestad sancionadora frente a terceros).

— En cuanto a la autoridad judicial, el principio contenido en el art. 3 LAPNA ha de vincular en la toma de decisiones que conciernan a los menores en aquellos procedimientos, sea de jurisdicción contenciosa o voluntaria, que tengan por objeto la patria potestad; la separación, divorcio o nulidad del matrimonio; la tutela; la protección de menores desamparados (declaración de desamparo y adopción de medidas); la reclamación de alimentos; la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva. También, fuera de la órbita civil, regirá en los procedimientos que se sigan ante los Juzgados de Menores. En general, tanto la legislación del Estado como la catalana se han ido ajustando ya a este principio, y no hace falta, por sabido, traer a colación las numerosas disposiciones que imponen al juez la obligación de resolver en interés del menor. La jurisprudencia, por su parte, remacha muchas decisiones con el argumento, *ex abundantia*, de que está resolviendo en interés del menor (40).

Esta evidencia de que el interés del menor se usa a menudo como argumento comodín es, hasta cierto punto, preocupante. ¿Qué peso específico debe tener el interés del menor en las actuaciones y resoluciones judiciales? La ley ordena que sea “principio inspirador” de la decisión. Quizás habría que distinguir: en algunas decisiones, el interés será la única consideración atendible (cuando las actuaciones tengan por objeto la asignación o el cumplimiento de las funciones tuiti-

---

interés del niño y lo que se considera “derecho de la personalidad” de los padres a llevar su estilo de vida. GERNHUBER-COESTERWALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, München, 1994, (4.ª ed.), IX § 57, p. 903, proponen la distinción entre las conductas que afectan directamente e indirectamente al niño.

(39) En este sentido, puede verse, en Alemania, el § 9 *Sozialgesetzbuch VIII* (el libro VIII del Código de Derecho social, que contiene la *Kinder-und Jugendhilfegesetz*, de 1990, Ley de asistencia a la infancia y adolescencia; en adelante, la cito SGB VIII KJHG), que señala los criterios que deben ser tenidos en cuenta en la configuración de las prestaciones y el cumplimiento de las funciones que incumben a las entidades de asistencia al menor.

(40) A título de muestra, en la reciente jurisprudencia de instancia en Cataluña, *vid.* los autos de la Audiencia de Barcelona de 11 de octubre de 1990 (*RJC*, Sección de Jurisprudencia, 1991, p. 58), 23 de enero de 1991 (*RJC*, 1991, p. 375), 20 de marzo de 1991 (*RJC*, 1991, p. 730), 24 de mayo de 1991 (*RJC*, 1991, p. 1000), 19 de octubre de 1991 (*RJC*, 1992, p. 84), 19 de noviembre de 1991 (*RJC*, 1992, p. 371), 30 de septiembre de 1992 (*RJC*, 1993, p. 102).

vas) (41); en otros casos, sin embargo, su relevancia "inspiradora" no debe llevar necesariamente al sacrificio de otros intereses concurrentes. Al juzgador le incumbirá a veces la delicada función de ponderar los intereses en juego para tomar una decisión respetuosa con los del menor, pero sin lesionar los de las otras partes implicadas. Debe tenerse en cuenta, además, que la ley es a veces rígida en la composición de los intereses, obstaculizando la autonomía jurisdiccional (42).

A estas dificultades en la aplicación práctica de la norma se añade el problema central de determinar en qué consiste, en cada caso, el interés del menor. Este es un tema muy espinoso, que constituye la piedra de toque de la idea misma de "los derechos del menor". Así, si se apuesta por una posición voluntarista (derechos como poderes o ámbitos de libertad) es esencial que, en el proceso de determinación de los intereses del menor, afloren sus deseos y opiniones actuales o hipotéticos (43). La ley catalana intenta trazar un compromiso entre autonomía y protección, al indicar que habrá que tener en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones del menor y su individualidad en el marco familiar y social. La toma en consideración de las manifestacio-

---

(41) Cf., limitando el principio a este tipo de resoluciones, Section 1 *Children Act*, 1989, según la cual debe prestarse consideración primordial al bienestar del menor cuando el juez toma una decisión relativa a la crianza y formación (*upbringing*) del menor o a la administración de su patrimonio (incluyendo la aplicación de los rendimientos del mismo).

(42) Dos ejemplos: en sede de determinación de la filiación la composición de intereses está prefijada por la ley, que establece hasta qué punto prevalece el principio de verdad biológica o el de *favor filii* (ello no significa que no pueda ponderarse el interés del hijo, por ejemplo, en materia de prueba, pero el margen de discrecionalidad judicial será menor); en sede de tutela, al imponer obligatoriamente al juez que nombre tutor al que sus padres hayan designado en testamento (art. 11 LTIT) también se priva a éste de la autónoma apreciación del interés del menor. En este último caso, como también en la exclusión de eficacia de determinadas prohibiciones para ser tutor si así lo han ordenado los padres (art. 20.2 LTIT), la composición legal de los intereses en juego (interés de los padres fallecidos *vs.* interés del hijo) me parece muy poco respetuosa con el interés superior del menor y creo que el juez, en aplicación del art. 3 LAPNA, podría desconocerla mediante resolución motivada.

(43) Cf. John EEKELAAR, "The importance of thinking that children have rights", en Philip ALSTON *et al.*, *Children, Rights, and the Law*, cit., pp. 228-229. Si el punto de partida de una teoría de los derechos es que se puedan hacer demandas y se puedan tomar en consideración, los derechos del niño han de tener su raíz en "*hearing what children say*". Pero cuando el niño, por su falta de discernimiento, nada puede decir, EEKELAAR intenta salvar esta concepción teórica echando mano de un juicio hipotético (el deber del adulto sólo refleja un correlativo derecho del niño si se puede suponer que éste —debidamente informado y con pleno discernimiento— habría querido que tales deberes fueran ejercidos). Mas ahí el aparato teórico voluntarista queda en una ficción y se entra, en realidad, en la concepción de los derechos como intereses.

nes del propio menor son una concesión al valor “autonomía” y debe conectarse, como medio para su efectividad, con el art. 11 de la misma ley (y, en las decisiones de la Administración que puedan afectar a niños y adolescentes como colectivos sociales, con el art. 12). Pero ello no excluye otros criterios de determinación, que quedarán al arbitrio judicial (44). Es éste un campo, en suma, minado por la casuística y por los obstáculos para la revisión judicial de las consideradas “cuestiones de hecho” (45).

### C) Los derechos de información, expresión, audiencia y acceso a la Administración

El art. 11 LAPNA es una pieza básica en el engranaje legal, en tanto da cabida en el proceso de determinación de los intereses del menor a la percepción subjetiva de los mismos por parte de éste, en la medida de su madurez. Para ello, la norma articula diversos derechos:

— *El derecho de buscar, elaborar y recibir información* (art. 11.1). Procede del listado de derechos de la Convención de las Naciones Unidas (46). Lo tiene y lo puede ejercitar el menor *erga omnes*, pero adquiere especial sentido en el ámbito familiar. Concebido así en términos genéricos, su reconocimiento ha de ponerse en conexión con el designio legal de garantizar al menor el libre desarrollo de su personalidad.

---

(44) Ahí la *Children Act* británica de 1989 facilita algo las cosas al juzgador al fijar, para determinadas actuaciones, una *check-list* (Section 1, n.º 3), en la que se incluyen los deseos y sentimientos del niño; las necesidades físicas, emocionales y educativas; los probables efectos en él de un cambio de circunstancias; determinadas condiciones personales; el daño que ha sufrido o que corre riesgo de padecer; la aptitud de los padres o personas para las que las actuaciones son relevantes; las potestades de las que dispone el juez. Para el comentario, *vid.* S. M. CRETNEY, J. M. MASSON, *Principles of Family Law*, cit., pp. 528-535. En el derecho español, respecto de los criterios para apreciar este interés en el proceso que ha de llevar a la adopción del menor, *vid.* Miguel Angel PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 224-227.

(45) Para esta crítica, en el derecho inglés, S. M. CRETNEY, J. M. MASSON, *op. ult. cit.*, pp. 536-538. En el argumento de la “cuestión de hecho” no revisable en amparo se escudó la STC 260/1994, de 3 de octubre, que comento más adelante (nota 73) para rechazar el recurso presentado por la Administración frente a una resolución judicial, que a su vez había revocado una previa declaración administrativa de desamparo de menores.

(46) *Vid.* art. 13 de la Convención. Se considera parte del derecho a la libertad de expresión, e incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. La idea de “difundir”, tratándose de información, es mucho más apropiada que la de “elaborar” que recoge la ley catalana.

— *El derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan* (art. 11.2). También procede de la Convención de 1989 (47). El menor es titular de la libertad de expresión (y no sólo en los asuntos que le atañen) como cualquier persona, y puede ejercerla en la medida de su capacidad natural. Así, para que tenga alguna virtualidad, este apartado ha de leerse en clave de relaciones de patria potestad, tutela o guarda. La expresión de sus opiniones habrá de contribuir a que los responsables de su crianza puedan formarse un juicio sobre sus intereses (art. 3).

— *El derecho a ser informado de sus derechos* (art. 11.3, primer inciso). La LAPNA se inspira aquí, como en los derechos que siguen, en la legislación alemana de asistencia a la infancia y a la adolescencia (*Kinder-und Jugendhilfegesetz-KJHG*) como Libro VIII (48). Para el legislador alemán el derecho debía servir en situaciones de conflicto entre los padres o guardadores y los menores, en las cuales es probable que éstos no llegaran a tener conocimiento de sus derechos. Mas nada impide que, en el contexto catalán, la norma opere también en aquellas situaciones en las que el menor tenga algún derecho frente a la Administración pública. Ser informado de los propios derechos no significa, necesariamente, poder ejercerlos por uno mismo: pueden serlo en algún caso (*vid. supra*, II § 2.a), pero lo habitual será la actuación a través de los representantes legales o de la entidad pública protectora (de ahí que se facilite al máximo el derecho de acceso a la Administración).

— *El derecho a ser oído en procedimientos administrativos y judiciales* (art. 11.3 segundo inciso). Es un derecho de índole procedimental, que debe permitir al menor manifestar sus opiniones en los procedimientos administrativos o judiciales en los que esté directamente implicado y que conduzcan a una decisión que le afecte en la esfera personal, familiar o social. El derecho de audiencia está recogido en la Convención de las Naciones Unidas; viene siendo objeto de consideración y desarrollo en los trabajos preliminares del Proyecto de Convención europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, promovida por el Consejo de Europa; figura en la resolución del Parlamento europeo sobre la Carta europea de los derechos del niño, y asimismo ha dado lugar a la modificación de diversas legislaciones nacionales (49).

(47) *Vid.* art. 12.1 de la Convención. El derecho a expresar su opinión está conectado, en la Convención, con el derecho de audiencia en procedimientos judiciales o administrativos.

(48) Cf. § 8.1 2 Satz SGB VIII-KJHG. En cuanto a su finalidad, *vid.* Manfred HINZ, en *Münchener Kommentar BGB*, t. 8 (*Familienrecht II*), München, 1992 (3.ª ed.), § 8 SGB VIII KJHG, Rn 5, p. 1631.

(49) Cf. art. 12.2 de la Convención y punto 8.14 de la resolución A3-0172/92 del Parlamento europeo. En derecho comparado, he analizado el modelo alemán (§ 8.1 1

El legislador catalán, dentro de sus competencias, se ha ido ajustando a esta norma, siguiendo la pauta de oír al menor de más de doce años y, por lo general, también al de menos si tuviera suficiente conocimiento y fuera posible (arts. 5.4 y 25 c LPMA, 18.1 LTIT) (50). La necesidad de ser oído no excluye, obviamente, algún tipo de participación más cualificada de acuerdo con las leyes. Basta recordar que el menor de más de doce años debe consentir el acogimiento preadoptivo (art. 14.1 LPMA) y la adopción (art. 23 LPMA).

Se discute el tipo de procedimientos en los que debe ser oído el menor, la manera en que este derecho se ejerce y la posición procesal que aquél ocupa. Para lo primero, hay que poner en relación el art. 11 con el art. 3: en todo procedimiento en que el interés del menor aparezca como principio inspirador, éste deberá ser oído. En cuanto a lo demás, sería recomendable la adaptación de las normas de procedimiento. Para botón de muestra puede verse la reforma del derecho francés: al margen de los casos en que la ley prevea su intervención, el menor puede, en cualquier procedimiento que le concierna, pedir al juez que se le oiga; la petición es aformal y sólo puede ser denegada con motivación especial; puede realizarse en cualquier momento procesal, incluso por vez primera en fase de apelación; será oído por el juez u otra persona que éste designe; puede comparecer solo, acompañado de un abogado o de una persona de su confianza; finalmente, la audiencia no le confiere la calidad de parte procesal (51).

— *El derecho a dirigirse a las Administraciones públicas encargadas de la protección y asistencia de menores* (arts. 11.4 y 11.6). En su redacción

---

Satz SGB VIII-KJHG) y el francés (art. 388.1 Cc, redactado de acuerdo con el art. 53 de la Loi, n.º 93-22, du 8 janvier 1993, modifiant le code civil relatif à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JO du 9 janvier).

(50) La LTIT es en general demasiado restrictiva. El art. 18 excluye de audiencia, en la constitución de la tutela, al menor de doce años y, en cuanto al que supera esta edad, exige cumulativamente el requisito de la madurez. No contempla expresamente derechos de audiencia del tutelado en el curso del ejercicio de las funciones tutelares (salvo para el supuesto del art. 48.2) ni para el nombramiento de defensor judicial. El art. 11 LAPNA viene a remediar estas carencias.

(51) *Vid.* la Loi, n.º 93-22 antes citada (en cuanto a la adición al Cc del art. 388.1) y el Décret, n.º 93-1091, du 16 septembre 1993, fixant certaines modalités d'application de la loi n.º 93-22, JO du 17 septembre), por el que se adiciona el Code de procédure civile con un nuevo Título dedicado a la audiencia del menor. Uno de los aspectos polémicos de la reforma es el de las condiciones de ejercicio de este derecho, y en concreto, la asistencia del menor por otra persona. El Code acoge, a elección del menor, las dos posibles vías de asistencia (aparte de la posibilidad de comparecer solo): el *défenseur d'enfant*, como persona de confianza, y *l'avocat d'enfant*, como asesor jurídico. Sobre esta cuestión, *vid.* Yves BENHAMOU, "Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant", *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, *Chronique*, p. 103.

general, este derecho se endereza a favorecer la efectividad de los sistemas públicos de protección (52). Tendrá cobertura, en tanto el objetivo del menor sea pedir protección (a la que tiene derecho), en el art. 30 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El apartado 6 del art. 11 regula una modalidad singular de este derecho de acceso, cuyo ejercicio se lleva a cabo sin conocimiento de los padres, tutores o guardadores, y que tiene lugar por motivos de urgencia o situación de conflicto y en la medida en que la comunicación con aquellas personas pudiera frustrar la finalidad pretendida. Así redactada, la norma es una mera especificación redundante —aunque cualificada por las circunstancias— del art. 11.4. Su razón de ser estriba de nuevo en la importación —en este caso espuria— del derecho alemán. El § 8.3 SGB VIII KJHG permite a los menores recibir asesoramiento (“können beraten werden”) sin conocimiento de sus padres o guardadores en las situaciones que han sido luego transcritas por la ley catalana. La norma, pues, tiene una sustancialidad propia de la que carece su remedo catalán. La *ratio* del precepto es garantizar el derecho de reserva (*Schweigerecht*) de aquellas personas que cumplen funciones o ejercen profesiones en las que deban aconsejar a los menores; a tenor del mismo, los padres o guardadores no pueden enervar tal reserva con su derecho a ser informados de las cosas importantes que le pasan al menor, a fin de poder ejercer debidamente sus responsabilidades. El derecho se pretende operativo para situaciones de grave conflicto generacional, en las que falta la confianza para informar y dejarse aconsejar por los padres acerca de problemas personales del menor (embarazo, drogadicción, etc.) o de problemas que tienen su raíz precisamente en la mala relación familiar; casos, en suma, en que es aconsejable para el interés del menor que los padres o guardadores no tengan —al menos en un estadio inicial— conocimiento de los hechos (53).

---

(52) Este derecho se corresponde con § 8.2 SGB VIII KJHG; comentándolo en el sentido apuntado en el texto, *vid.* Manfred HINZ, en *MünchKomm*, cit. § 8 SGB VIII KJHG Rn 4, p. 1633.

(53) *Vid.* Michael COESTER, “Die Bedeutung des Kinder-und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht”, *FamRZ*, 3 (1991), p. 258; Manfred HINZ, *op. et loc. ult. cit.*, Rn 5-6, p. 1634. La cuestión fue debatida por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 59, 360/384) a raíz de la información recibida y el asesoramiento prestado por un responsable educativo sin conocimiento de los padres del menor. El tribunal admitió la restricción del derecho de los padres a ser informados, entendiéndolo que no había mengua del precepto constitucional que les garantiza su primacía en la formación de los hijos.

### III. LAS RELACIONES DE FAMILIA DEL MENOR

Dejando a salvo la preeminencia de los derechos del menor, la ley reconoce y obliga a los poderes públicos a respetar los derechos de los padres u otros guardadores. Así, una constante de la legislación catalana de protección de menores, reafirmada por la Ley 8/1995, es la primacía de la familia en las responsabilidades derivadas de la crianza y formación de los menores. *“La Ley parte de la premisa que la familia es el núcleo básico de la sociedad y, por consiguiente, reconoce con carácter principal la actuación privada de los progenitores y guardadores legales”* (Preámbulo a LAPNA, párrafo 4). Esta primacía familiar (54) tiene dos vertientes. En primer lugar, está el principio de precedencia del entorno familiar *propio*, que se refleja en la responsabilidad primordial de los padres o los guardadores del menor (art. 17 LAPNA) y, cuando se trata de un menor desamparado, en la preferencia de las medidas de protección sin separarlo de *su* familia, o cuando esto no sea posible, de reintegrarlo a *su* familia (art. 5.3 LPMA). El derecho de los menores a vivir con sus padres (art. 18.1 LAPNA) apuntala este primer principio. En segundo lugar, ya en sede de protección pública de menores, rige el principio de prevalencia de las medidas de protección que provean al menor de *un* entorno familiar estable para su crianza y formación —aunque no sea el suyo de origen— sobre las que comporten su internamiento (arts. 10.1 y 12.1 LPMA). Las medidas de acogimiento familiar serían expresión de este otro principio. En los dos epígrafes que siguen me ocupo del primero de estos principios, el de la responsabilidad de los padres o guardadores, visto, en su contenido y sus límites, bajo el prisma de las leyes catalanas.

#### 1. La primacía de la responsabilidad familiar en la crianza y formación del menor

Como he dicho, esta primacía se declara en el art. 17.1 LAPNA (55), que recoge lo previsto por el art. 18.1 de la Convención

---

(54) El concepto de familia o relación familiar que maneja la Ley 8/1995 remite a un concepto sociológico que no presupone necesariamente vínculos de parentesco entre las personas implicadas. El tutor u otros guardadores del menor no tienen por qué ser parientes de éste, pero el ejercicio de los deberes de guarda dará lugar, habitualmente, a la formación de un entorno familiar.

(55) Art. 17.1: *“La responsabilidad primordial de la crianza y formación del menor corresponde al padre y a la madre o a las personas cuya guarda tienen atribuida, de acuerdo con lo que dispone la legislación vigente.”*

de las Naciones Unidas. La norma, dirigida a los poderes públicos, impone el respeto a las decisiones autónomas de los padres y guardadores en todo lo que afecta a la crianza y formación de los menores y reconoce, con ello, un principio de subsidiariedad de la intervención pública (Preámbulo a LAPNA, párrafo 4.º) (56). El límite de este deber de respeto lo trazan los derechos del menor, en cuya protección pueden y deben intervenir los órganos administrativos y judiciales.

El ordenamiento habilita varias técnicas para dotar de efectividad a las responsabilidades familiares. El instrumento por excelencia son las potestades privadas del derecho de familia, definidas en Cataluña por normas de derecho estatal (patria potestad) y de derecho civil propio (tutela, defensor judicial). Tanto unas como otras deben reexaminarse a la luz del reconocimiento de los derechos del menor y la preeminencia de su superior interés. En segundo término, el legislador catalán también ha establecido medidas de asistencia pública conducentes a facilitar su correcto ejercicio.

#### A) Las potestades familiares y la modulación de su contenido por los derechos del menor

La responsabilidad primordial de la crianza y formación del menor, dice el art. 17.1 LAPNA, incumbe al padre y a la madre o a las personas que tengan atribuida la guarda del menor. La norma debe leerse, como he dicho, como una garantía de libertad frente a injerencias públicas: expresa un derecho a ejercer las responsabilidades que se mencionan en él. De ahí que importe precisar quiénes, además de los padres, pueden invocarlo. A mi modo de ver, son guardadores, en el concepto legal: el tutor (arts. 1 y 48.1 LTIT), el defensor judicial (que en Cataluña, según los arts. 86 b, c, y 87.2 LTIT, puede ejercer la guarda), el guardador que excepcionalmente puede nombrar el juez (art. 103.1 Cc), así como las personas que reciben a un menor en acogimiento (arts. 10.2 y 15 LPMA).

---

(56) El tema de la primacía de los padres u otros guardadores frente al Estado y su trascendencia en el derecho de familia ha sido muy estudiado en Alemania, donde tal primacía tiene rango constitucional (art. 6 GG). *Vid.* a partir de su plasmación en la legislación de asistencia al niño y al adolescente, Michael COESTER, "Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes", cit., p. 254; JANS-HAPPE-SAURBIER, *Kinder- und Jugendhilferecht*, Köln, 1993 (3. Lief.), Erl. § 1, art. 1 KJHG, Abs. 2.; Manfred HINZ, en *MünchKommn*, cit., Vor § 1 SGB VIII KJHG, Rn 18, pp. 1611-1612, § 1 SGB VIII KJHG *in totum*.

Entre ellos, sin embargo, hay diferencias sustanciales. El poder de los padres proviene directamente de la ley (art. 154 Cc). El del tutor y el del defensor judicial, en cambio, provienen del juez, el cual constituye el régimen de protección (arts. 18.1 y 86 LTIT) y establece los términos en que se ejercen las funciones tutelares (art. 2.1 LTIT) (57). El guardador designado por el juez también ejerce sus funciones bajo la autoridad de éste (art. 103.1 Cc). Y, finalmente, los acogedores ejercen las suyas bajo la supervisión, el asesoramiento e incluso, en el acogimiento simple, la ayuda de la entidad pública (arts. 10.2 y 15 LAPNA). Con ello quiero indicar que la “responsabilidad primordial” de estos guardadores viene graduada por la fuente de su potestad y sólo en la medida de ésta podrán invocar su autonomía (58). Tampoco alcanza la garantía del art. 17.1 LAPNA al guardador de hecho, por las razones que luego señalaré al interpretar el art. 2.2 LPMA (*vid., infra*, III, § 2, b).

Hablo en el epígrafe de “modulación del contenido” de las potestades familiares por razón del reconocimiento de los derechos del menor. No puedo reexaminar aquí con detalle la regulación vigente de los regímenes privados de protección y su compatibilidad con lo que va siendo el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia. Este, como he dicho más arriba, se mueve entre dos vectores básicos: la fijación de un sistema de valores que sea respetado, a modo de principio inspirador, y la asignación de ámbitos de libertad en los que el menor pueda manifestar su interés y, en última instancia, autorresponsabilizarse de sus decisiones.

Tanto el derecho estatal como el catalán respetan el primero de esos vectores (el de la efectución de los intereses del menor por medio de otro) al establecer que las funciones protectoras se ejercitarán en beneficio del menor, de acuerdo con su personalidad y dándole

---

(57) En Cataluña, con todo, debe tenerse en cuenta la prioridad incontestable de los padres en la designación de la persona del tutor y en la configuración del organismo tutelar (arts. 5 a 10 LTIT), lo que, pese a su constitución judicial, permite remitir a veces el origen y contenido de la potestad tutelar a la familia.

(58) En el acogimiento, por ejemplo, la autonomía de los guardadores está sustancialmente limitada. La guarda del menor puede cesar, entre otras causas, a petición de parte (si el acogimiento es preadoptivo y el menor tiene más de doce años), por resolución judicial o por acuerdo de la entidad pública (arts. 16 y 17 LPMA). La ley legitima al Fiscal para instar al juez la modificación o suspensión de la medida (art. 6.1) y sin duda puede modificarla o suspenderla también la entidad pública por sí misma, legítima en todo momento para adoptar las medidas que convengan al interés del menor (art. 5 LPMA). En tales casos, los acogedores no pueden aducir, creo, su “responsabilidad primordial” para la crianza y formación del menor, pues tal responsabilidad la tenían en la medida limitada en que la entidad pública se la había otorgado; lo que sí podrán es impugnar la medida adoptada si la creen no ajustada a derecho (arts. 7 y 8 LPMA).

ocasión de ser oído (arts. 154 Cc, art. 2 LTIT) (59). En este sentido, pues, hay consonancia con lo establecido en los arts. 3 y 11 LAPNA, aunque también es verdad que la posición del menor, incluso cuando deciden sus padres o guardadores, podría reforzarse dándole un papel más activo (60).

Más controvertido aparece, en conexión con la regulación de las potestades privadas, el tránsito de esa primera dimensión de los derechos del menor a la segunda (la relativa a la autodeterminación de sus intereses), en la cual tienen su sede muchos temas polémicos, como el derecho a realizar opciones en materia educativa, a decidir sobre la propia formación ético-religiosa, a seguir o no tratamientos sanitarios y disponer sobre el propio cuerpo, a mantener trato social con las personas que uno elige, etc. El derecho catalán, a propósito de la tutela, aporta algunos datos de interés. En concreto, hay un dato restrictivo (art. 50 LTIT: el deber de obediencia del tutelado), un dato expansivo (art. 51 LTIT: la exclusión de representación legal para realizar actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo disposición en contra, y para realizar aquellos actos que, de conformidad con las leyes y sus condiciones de madurez, el tutelado pueda realizar por sí mismo), y un dato de compromiso (art. 55 LTIT: la necesidad de recabar autorización judicial para que el tutor pueda tomar las decisiones relativas a educación y formación en las que el menor de más de doce años haya manifestado una opinión diversa). En mi parecer, el primero (la obediencia) cede ante el segundo (la libertad personal dentro de un orden) y el tercero constituye una explicitación limitativa de esta libertad (en lo educativo y formativo, el menor no decide, pero se le garantiza una vía para que su interés sea especialmente ponderado, esto es, el recurso al juez). En términos generales, por tanto, salvo especificación legal, es determinante la interpretación del concepto de los derechos de la personalidad (art. 51 a LTIT), para la cual no puede prescindirse del catálogo de derechos recogido por la LAPNA.

En estas situaciones en las que está en juego la autonomía del menor sobre su persona, diría, de modo tentativo, que el posible conflicto debe enjuiciarse:

---

(59) El art. 2.2 LTIT establece un deber de información a cargo de los titulares de las funciones de guarda, del cual puede desprenderse lógicamente, aunque no se diga, un derecho del tutelado a expresar su opinión.

(60) Cf. § 1626.2 BGB, según el cual los padres debatirán las cuestiones relativas a la potestad con el hijo, en la medida en que se considere apropiado de acuerdo con sus condiciones de madurez, y se esforzarán por ponerse de acuerdo.

— Sobre bases casuísticas: la pluralidad de criterios que coadyuvan a determinar el interés del menor *ex art.* 3 LAPNA también deben coadyuvar, en su caso, a determinar cuándo puede decidir por sí mismo.

— Atendiendo al criterio de evolución dinámica de las relaciones entre el titular de la potestad y el menor (61). Las potestades no deben terminar como empiezan: lo deseable, tratándose de derechos de la personalidad (cuyo ejercicio no plantea, por lo común, las dificultades en el tráfico que acarrea el ejercicio de los derechos patrimoniales), es que las potestades evolucionen desde la total subrogación en las decisiones hasta una mera facultad de supervisión.

— Recordando que las potestades privadas tienen como objetivo último capacitar a la persona para autodeterminarse (62). Por ello, si queda acreditado que el menor tiene la suficiente madurez (63) como para tomar la decisión, la potestad debe quedar inoperante y la decisión del menor prevalecer. Este es el criterio que se va imponiendo en derecho comparado (64), que asoma en la LTIT —aunque restringido por la exigencia de que la actuación del menor se realice “de conformi-

---

(61) Tesis central de John EEKELAAR, en “The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination”, *Int. J. Law and the Family*, 8 (1994), pp. 47 y ss.

(62) Así, en GERNHUNBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch*, cit., VII, § 57, p. 881.

(63) Ese es el nudo gordiano de la cuestión que, de retorno, nos devuelve a la casuística. Me resulta especialmente atractiva la distinción dworkiana entre intereses experienciales (*experiential interests*) e intereses críticos (*critical interests*), realizada a raíz de otro conflicto básico entre autodeterminación (en este caso, de pasado) y paternalismo: las decisiones de índole personal que afectan a personas incapacitadas o en fase de enfermedad terminal. Ronald DWORKIN, *Life’s dominion (An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom)*, New York, 1993, pp. 199-208, (hay traducción castellana, Barcelona, 1994), viene a distinguir entre intereses que expresan apetencias —y se reflejan en decisiones utilitarias, de efecto poco duradero— e intereses que expresan aspiraciones vitales, valores que van estructurando una vida. Cuando alguien toma decisiones en la esfera personal de otro (incapacitado, enfermo terminal, etc.), tendría que respetar, en la medida en que se hayan manifestado, estos intereses críticos. Aunque la problemática que rodea la infancia es otra, la distinción también rige: el niño manifiesta rápidamente intereses experienciales y sólo a partir de la adolescencia va formando sus intereses críticos. En tanto están directamente engarzados con el desarrollo integral de la personalidad, las decisiones del menor sobre este tipo de intereses — educación, creencias, relaciones de trato social, asunción de la maternidad, etc.—, no deberían ser cuestionadas.

(64) Cf. la jurisprudencia alemana en esta dirección, en GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch*, cit., VII § 57, pp. 883-884. En el Reino Unido, es *leading case* al respecto *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 (HL); para el comentario, *vid.* M. CRETNEY, J. M. MASSON, *Principles*, cit., pp. 470-474.

dad con las leyes" (art. 51) y que podría adoptar plenamente en un futuro próximo el derecho catalán (65).

## B) Las medidas de asistencia pública en el ejercicio de las responsabilidades familiares

Los poderes públicos no sólo tienen que respetar la precedencia de la responsabilidad familiar en la crianza y formación de los menores sino que la tienen que procurar. A este efecto, con una finalidad claramente preventiva, la Ley 8/1995 pone a la Administración en el deber de prestar determinados servicios y adoptar medidas que faciliten a los padres o guardadores el ejercicio de sus responsabilidades y eviten en la medida de lo posible su ulterior intervención protectora. Estas obligaciones se modelan a partir de la *Kinder-und Jugendhilfegesetz* alemana de 1990. Inspiración germánica no significa, sin embargo, justiciabilidad germánica. En general, la KJHG —una ley, no un reglamento— es mucho más precisa en el contenido de los deberes de asistencia que asume la Administración, la persona que puede reclamar su cumplimiento y el momento a partir del cual puede hacerlo (66). Dado que en el ámbito catalán estas normas requieren en todo caso despliegue administrativo, es ocioso especular sobre cuál pueda ser su contenido.

En concreto, la LAPNA impone a la Administración los siguientes deberes:

— La puesta a disposición de los padres, tutores o guardadores de medios de información y formación adecuados para ayudarles a cumplir sus responsabilidades (art. 17.3 LAPNA). Las normas alemanas que sirven de referencia a este artículo (§ § 18 y 28 SGB VIII-KJHG) distinguen entre el asesoramiento en el ejercicio de la guarda (por ejemplo, reclamaciones de alimentos, ejercicio de derechos de custo-

(65) Cf. art. 93 del Anteproyecto del Código de Familia: "*Els pares, tenint en compte la maduresa i el grau de coneixement del menor, han de respectar la seva autonomia amb relació a les decisions que pugui prendre per ell mateix.*"

(66) El esmero por la efectividad de las normas se trasluce en dos técnicas: en el hecho de que algunas normas tengan una doble redacción, de vigencia consecutiva, dando mayor o menor discrecionalidad a la Administración (*Kann- y Soll Vorschriften*); así como el uso de preceptos con redacciones de transición (*Übergangsvorschriften*) durante un período de tiempo predeterminado. Ambas técnicas permiten la acomodación de la Administración a las exigencias financieras que se derivan de implementar el precepto en su redacción definitiva más exigente. Cf. JANS-HAPPE-SAURBIER, *Kinder-und Jugendhilferecht*, cit., A-14.

dia, preparación de acciones de reclamación de filiación) y el asesoramiento en las tareas de educación y formación de los menores propiamente dicha.

— La extensión a los tutores y guardadores de los sistemas de prestaciones sociales existentes dirigidas a los padres, para favorecer el cumplimiento de sus responsabilidades (art. 17.4 LAPNA). Aquí la norma no establece ninguna prestación nueva, sino que extiende las existentes a otros beneficiarios. La remisión del precepto al Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre (67), no arroja ninguna luz sobre el contenido de tales prestaciones, pues éste se limita a fijar las áreas de actuación del Sistema Catalán de Servicios Sociales y remite la regulación del derecho al acceso a los servicios a una norma reglamentaria (68).

— El asesoramiento de los tutores y guardadores en las situaciones de crisis familiar (art. 17.4 LAPNA). Inspirado en el § 17 SGB VIII-KJHG, su redacción es defectuosa al restringir tales medidas a tutores y guardadores, cuando las situaciones de crisis familiar aparecen con tanta o mayor frecuencia en las relaciones paterno-filiales. Se trata de medidas dirigidas a restaurar la armonía conyugal, superar crisis familiares y, en caso de separación o de divorcio, crear las condiciones para que la responsabilidad de los padres (en el caso catalán, los tutores y guardadores) en la crianza de los hijos se ejerza en la forma más beneficiosa para éstos (69).

— La adopción, en favor de los padres, tutores y guardadores, de medidas de educación y prevención dirigidas a facilitarles su tarea de formación y protección (art. 23 LAPNA) (70).

---

(67) El Decreto legislativo 17/1994, de 16 de noviembre (DOGC, n.º 1997, de 13 de enero de 1995) refunde varias disposiciones en materia de asistencia y servicios sociales.

(68) La KJHG, en un prurito de precisión, distingue entre las medidas de promoción de la educación (*Förderung der Erziehung*: § 16) y de ayuda a la educación (*Hilfe zur Erziehung*: § 27). Las primeras van encaminadas a favorecer la integración familiar, el ocio familiar, las actividades vecinales, etc.; las segundas son medidas terapéuticas y pedagógicas.

(69) Cf., para el comentario, Manfred HINZ, en *MunchKomm*, cit. § 17 SGB VIII-KJHG, p. 1644 y ss. La norma no sólo ofrece asesoramiento sino también asistencia (*Unterstützung*) de profesionales para que las partes lleguen a acuerdos (convenio regulador) beneficiosos para el interés del menor.

(70) Cf. § 14 SGB VIII-KJHG, como medida dirigida básicamente a ayudar a los padres y guardadores a proteger al menor de influencias nocivas (drogas, sectas, etc.).

## 2. *Los límites de la libertad privada en el ejercicio de las potestades familiares: los presupuestos de la intervención pública*

Un tema crucial en la definición del campo de acción de los responsables familiares y los poderes públicos, cuando de la crianza y formación de los menores se trata, es el de la fijación del umbral tras el cual queda legitimada la intromisión pública en lo que hasta entonces era un asunto primordialmente privado. Abandonamos ya por tanto el campo de lo preventivo y de lo que puede ser libremente aceptado por los padres u otros guardadores. Trazan este umbral más allá del cual está la coacción algunas de las normas que regulan la patria potestad, la tutela y demás instituciones tutelares y la protección pública de menores. La apreciación de estas situaciones críticas —y consiguiente toma de decisiones— corresponde, según los casos, a la autoridad administrativa o judicial.

### A) *La intervención judicial*

Aparte de la competencia para revisar las actuaciones protectoras de la entidad pública (arts. 2.6, 6.1 y 8 LPMA) o para ejecutarlas, si hay oposición (art. 4 LPMA), la autoridad judicial está legitimada para fiscalizar los regímenes ordinarios de protección (patria potestad y tutela) y, en algún caso, para acordar medidas cuando las funciones tutelares han sido atribuidas a la entidad pública de protección de menores (en concreto, el acogimiento preadoptivo, cuando los padres o el tutor no hayan prestado su asentimiento al mismo, en los términos del art. 14 LAPNA).

En sede de patria potestad, al margen de ejercer sus funciones ordinarias de mediación entre los padres y de supervisión (por ejemplo, autorización de actos), el juez puede adoptar decisiones que pugnan con la autonomía parental. Las situaciones que permiten al juez inmiscuirse en el ejercicio normal de la patria potestad en detrimento de la autonomía de sus titulares se recogen en los arts. 158, 167 y 170 Cc, en cuyo análisis no voy a entrar. Los presupuestos de la intervención judicial son el incumplimiento de los deberes de la potestad (art. 158 1.º para el deber de alimentos y 170 para todos los deberes en general) o la voluntad de evitar al menor perjuicios actuales o previsibles (arts. 158.2 y 3 y 167). El objetivo de la actuación judicial varía: va desde la posibilidad de dictar las disposiciones apropiadas (disposiciones inconcretas en el art. 158 y más perfiladas en el art. 167) hasta la privación de la potestad (art. 170).

La tutela, por su parte, ha sido tradicionalmente un régimen de protección más intervenido que la potestad de los padres. Por de pronto, su constitución es judicial (art. 18.1 LTIT). En su configuración normal, la LTIT prevé que el juez pueda establecer *ab limine* medidas de vigilancia, control y garantía (arts. 15 y 23.1), que pueda modificarlas y dictar otras en el curso de la tutela (arts. 23.2 y 28) y que deba autorizar diversos actos del tutor (arts. 55, 61 y 62 LTIT). Con todo, el juez asume en la legislación catalana un papel menos activo en la supervisión del tutor que en el Cc. La ley catalana no contempla la facultad del juez de exigir información al tutor sobre la situación del menor en cualquier momento ni establece la obligación del tutor de informar al juez anualmente sobre la situación del menor y de rendirle cuenta de su administración (cf. arts. 233 y 269.4 Cc, en contraste con el art. 40 LTIT, según el cual las cuentas anuales se presentan al juez encargado del Registro Civil con finalidad de depósito). La razón de tal diferencia estriba en la presencia, en la tutela catalana, de un cargo privado de fiscalización: el protutor. Este es quien examina las cuentas y pone en conocimiento del juez el incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del tutor (art. 71 LTIT). El protutor viene así a "privatizar" parte de las funciones de vigilancia que, en la tutela del Cc, se encomiendan al Ministerio Fiscal (art. 232 Cc). Es criticable, en este contexto, que las funciones y medidas de supervisión se decanten acentuadamente hacia la gestión patrimonial, como denotan los arts. 28 y 72 LTIT, y el hecho de que el nombramiento de protutor no sea obligatorio si el tutelado no tiene patrimonio (art. 70 LTIT).

Todo lo anterior atañe a la posición del juez en el ejercicio ordinario de la tutela. Al margen de ello, éste también puede reaccionar frente a las situaciones de deficiente ejercicio, en términos paralelos a los vistos en la patria potestad. Aunque no se diga expresamente, creo que puede dictar medidas puntuales para apartar al menor tutelado de peligros, evitarle perjuicios o corregir deficiencias en el ejercicio de la tutela (71) y, desde luego, puede

---

(71) La LTIT sólo habla de medidas de vigilancia o control (arts. 15 y 28), por lo que podría parecer dudoso que el juez pudiera subrogarse en la posición del tutor y tomar decisiones relativas a la guarda del menor por su cuenta, incluso desvirtuando las tomadas en su caso por el tutor. A tenor de la literalidad de la ley, ante un incumplimiento sólo cabe la remoción, salvo que se trate de una parálisis transitoria, caso en el cual lo procedente será nombrar un defensor judicial (art. 86 c LTIT). En cuanto a los incumplimientos, me inclino, al menos en situaciones en que la remoción aparezca como un remedio desproporcionado, por admitir que el juez pueda dictar medidas

removerlo para los casos de incumplimiento de sus deberes como tutor, de inhabilidad sobrevenida o de ineptitud para el ejercicio de la tutela (art. 29 LTIT).

## B) La intervención administrativa

El presupuesto de la intervención administrativa es el desamparo del menor (72). En Cataluña, toda actuación administrativa de protección de los menores que suponga inmiscuirse, poco o mucho, en las responsabilidades de crianza y formación de éstos, ha de pasar por el filtro de la declaración motivada del desamparo, salvo que la actuación se produzca a instancia de los propios responsables familiares, en cuyo caso el desamparo —que en este caso también se da— resulta de la solicitud de aquéllos (art. 9 LPMA). Esta vertebración de todo tipo de injerencia alrededor de un concepto unitario es discutible, en tanto que somete a un mismo régimen de apreciación y confiere en apariencia un mismo grado de reproche a situaciones muy divergentes entre sí (73). Es significativo que el Proyecto de ley estatal de protección jurí-

---

correctoras (en la línea del art. 158 Cc). El Proyecto de Ley estatal de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código civil (BOCG, n.º 117.1, Serie A, Congreso, 16 de mayo de 1995) contiene una propuesta de adición de un segundo párrafo al art. 216 Cc en esta dirección.

(72) Prescindo aquí de la intervención administrativa respecto de los menores que presenten una conducta que haga prever un elevado riesgo de comisión de infracciones penales (funciones de prevención de la delincuencia infantil y juvenil), que consiste en la adopción de medidas con el consentimiento de los representantes legales del menor (*vid.* arts. 47 a 53 de la Ley 11/1985).

(73) Se suscitó esta cuestión en la STC 260/1994, de 3 de octubre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por la Generalitat contra diversos Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 1992. El juez penal instó la intervención administrativa ante la situación de riesgo para la salud física y mental de un grupo de menores, cuyos padres eran miembros de la secta "Niños de Dios". La oposición de los padres fue estimada por la Audiencia y la entidad pública recurrió alegando infracción del derecho constitucional de los menores a la educación. El Tribunal rechazó el amparo. En lo que aquí interesa, la Sala declaró que *"con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalitat no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho"* (FJ 2). En contra, con opinión que a la vista de los textos legales comparto, el Voto Particular de José Vicente GIMENO SENDRA: *"A la luz del ordenamiento vigente (arts. 54 de la Ley catalana 11/1985 y 88 del Decreto catalán 162/1986 en relación con los arts. 172.1 y*

dica del menor gire alrededor de la distinción entre diversos títulos de intervención. En concreto, su filosofía consiste en desvincular de la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela *ope legis* otras posibles actuaciones administrativas en situaciones de riesgo y de no escolarización (74). Hoy por hoy, sin embargo, el único título de intervención coactiva es el desamparo (75), que puede dar lugar a medidas protectoras de muy diversa intensidad.

Interpretando el art. 2.2 LPMA (76), éste se produce cuando se da cualquiera de las siguientes situaciones:

— *Falta de las personas* a las que corresponde por ley el ejercicio de la guarda del menor (77). Lo determinante en este supuesto es que no haya personas que tengan el deber actual de guardar al menor, esto es, que falten los padres (o, de haberlos, estén privados de la patria potestad o del ejercicio de la guarda), que tampoco haya tutor (porque no sea ha constituido la tutela o porque el cargo de tutor esté vacante) e interinamente tampoco se haya designado un defensor judicial con funciones de guarda (78).

— *Imposibilidad o ineptitud grave* de las personas a las que corresponde por ley el ejercicio de la guarda. Hay también desamparo

---

209 del Código civil) y con la sola salvedad del proceso penal, dicha medida (el aseguramiento de la escolarización) exige ineludiblemente la previa declaración judicial del abandono.”

(74) Vid. arts. 1, 2, 5, 6 y 7 del Proyecto.

(75) En Cataluña, incluso la asunción de la guarda a petición de los padres o guardadores (art. 9 LPMA) se conceptúa como un desamparo en el que la solicitud de éstos sustituye la declaración del mismo por resolución formal.

(76) El art. 2.2. LPMA dice: “Se considera que el menor está desamparado:

a) Cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor.

b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

c) Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga.”

(77) Vid. también art. 20 LAPNA.

(78) Desde una perspectiva teórica, se ha planteado también si hay desamparo por defecto (y lo mismo vale para la imposibilidad, incumplimiento de deberes, etc.), de los acogedores a quienes la entidad pública hubiera confiado la guarda del menor. En tales casos, puede haber desamparo de hecho, pero no en el sentido del art. 2 (desamparo como presupuesto de intervención administrativa), porque se habrá llegado a este estado de cosas precisamente en el curso de una intervención pública. Lo procedente será no declarar de nuevo el desamparo del menor, sino dictar nuevas medidas protectoras. En este sentido, *vid.* Joan ÈGEA FERNANDEZ, *La protecció de menors*, cit., p. 42; y Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios*, cit., p. 44.

cuando, aun habiendo alguna de las personas referidas en el párrafo anterior, no pueden ejercer la guarda (imposibilidad) o se hallan en situación de ejercerla con grave peligro para el menor (riesgo). Ambos supuestos, la imposibilidad y la ineptitud medida por un riesgo grave, son situaciones de hecho que operan con independencia de su imputabilidad, de su duración y de su repercusión sobre la situación actual del menor.

— *Ejercicio deficiente* de los deberes legales de protección derivados de la guarda (79). El desamparo se produce también cuando los guardadores legales incumplen sus deberes de protección o los ejercitan de forma inadecuada. La norma es explícita en lo tocante al hecho de que basta cualquier forma de incumplimiento o ejercicio inadecuado; no tiene que producirse necesariamente una infracción grave. Aunque se piense que esta interpretación puede dar pie a una praxis demasiado intrusiva, la sostengo por cuanto el interés primordial del menor no admite actitudes acomodaticias, y porque el ejercicio de las funciones tutelares y la adopción de medidas protectoras debe estar presidido por el principio de proporcionalidad de la intervención. Siempre que quepa remedio, ante un incumplimiento puntual hay que declarar el desamparo y acordar una medida protectora puntual (80).

Añade el precepto dos supuestos cualificados por el resultado: la carencia para el menor de los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad (art. 2.2.b, *in fine*) y la presencia de signos de malos tratos, abuso sexual, explotación o conductas análogas (art. 2.2.c). Ambos aparecen inequívocamente tratados como supuestos autónomos: no son —a diferencia de lo que ocurre en el Cc— requisitos cumulativos de resultado que deban concurrir con la falta, imposibilidad o incumplimiento de los deberes de guarda (81). Pero, en tanto que autónomos —como, insisto, los presenta la norma— son de virtualidad engañosa. El primero de ellos (la carencia de los elementos básicos para el desarrollo de la personalidad) presupone, necesariamente,

---

(79) El art. 17.3 LAPNA habla de “*mal uso de las facultades de los padres o de las facultades atribuidas a otras personas que los cuiden*”.

(80) En estos casos, con todo, hay que recordar la competencia concurrente del juez (por ejemplo, en sede de patria potestad, a través del art. 158 Cc). La intervención administrativa, comparativamente, ofrece rapidez. La declaración de desamparo y la medida de protección podrán impugnarse, pero ésta tendrá eficacia inmediata (art. 8 LPMA).

(81) Sobre los requisitos acumulativos de causa y resultado en la definición del desamparo en el art. 172 Cc, *vid.* Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios*, cit., pp. 40-45.

defecto, imposibilidad o ejercicio deficiente de la guarda legal. Todo lo más, su presencia en el art. 2.2.b) facilita la apreciación del desamparo por la Administración, que no deberá probar un nexo causal entre la falta de estos elementos básicos y una acción u omisión imputable a los padres para justificar su intervención. El segundo de ellos (los malos tratos) no puede, creo, operar autónomamente como determinante de la apreciación del desamparo, sino que debe ponerse en contacto con una situación de defecto, imposibilidad, ejercicio en condiciones de riesgo o ejercicio deficiente de la guarda (y, en este sentido, habría sido preferible otra redacción). La constatación de malos tratos tiene un valor indiciario respecto de la existencia de anomalías en la función de guarda (sea porque el guardador los haya podido causar o no los haya impedido), pero cabe por hipótesis que hayan sido causados por tercero sin que los guardadores hayan podido evitarlos. En tal caso, la declaración de desamparo no tendría utilidad alguna.

La configuración legal del desamparo en Cataluña lo hace compatible con la existencia de una guarda de hecho (82). A diferencia del Cc, en cuya interpretación no entro (83), el dato de la desprotección material del menor no es requisito *sine qua non* de la situación legal de desamparo (84). Este se produce porque faltan o están impedidas las personas a las que *por ley* corresponde el ejercicio de la guarda o cuando se incumplen o se cumplen mal deberes de protección establecidos por las leyes (85). Ello basta. No es impedimento

---

(82) Respecto al derecho catalán, Encarna ROCA TRIAS, sin pronunciarse directamente, considera que la entidad pública aprecia la situación de hecho que provoca la desasistencia moral y material del menor: cf. Lluís PUIG I FERRIOL, Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I (*Part General. Obligacions i contractes. Drets reals. Persona i família*). Valencia, 1995 (4.ª ed. refundida), p. 520.

(83) La doctrina sostiene mayoritariamente la improcedencia de la declaración de desamparo en caso de que haya una guarda de hecho. Cf. Sergio LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, pp. 50-51; Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció*, cit. p. 40; Miguel Angel PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 84, nota 108; y Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios*, cit., p. 44, nota 27.

(84) En este punto, discrepa el texto de la ley del Preámbulo de la misma, que concibe el desamparo como una situación de hecho en la que faltan los elementos básicos para el desarrollo de la personalidad, con independencia de la causa. Apunta la existencia de notas de suavización del objetivismo en el texto del art. 2 LPMA, aun defendiendo una concepción globalmente objetiva, Carmen GONZALEZ LEON, *El abandono de menores en el Código Civil*, Barcelona, 1995, pp. 99-105.

(85) Siguiendo aquí la distinción entre un modelo institucional de protección de menores constituido por los regímenes legales de protección —patria potestad, tutela— y un modelo funcional —el de las instituciones asistenciales de protección— que se apoya en la efectiva falta de asistencia al menor (tal como propone Carlos MARTINEZ

que otra persona se subrogue de hecho en tales deberes. La única primacía que debe respetar la Administración es la de los guardadores legales. A partir de ahí, el interés superior del niño decide. Precisamente para proteger ese interés, la Administración puede decretar el desamparo (que se ha producido en relación a aquellos que tenían el deber legal de amparar) y dictar las medidas oportunas. Obviamente, la presencia de un guardador de hecho no debe ser irrelevante. La entidad pública podrá valorar la oportunidad de que siga custodiando al menor, si ello es lo que conviene al interés de éste, pero lo hará como acogedor, bajo supervisión y asesoramiento (y eventualmente ayuda) de la entidad pública. La declaración de desamparo no debe ocasionar el "trasiego de niños" (86), pero debe permitir a la Administración adoptar la medida más conveniente (que puede ser la permanencia con el guardador o no: por ejemplo, si el menor es adoptable, la Administración debe actuar con criterios de prioridad —art. 14.2 LPMA— que pueden colisionar con los deseos de un guardador de hecho). Además, hay que recordar que la guarda de hecho se perfila en la LTIT como una situación transitoria (art. 91). Si no cabe constituir la tutela, porque el menor está sujeto a patria potestad y los padres no han sido privados de la misma, la intervención administrativa es la única vía para no eternizar una situación precaria (87). Sólo en el caso en que quepa la tutela ordinaria, puede la Administración, habiendo un guardador de hecho que asista adecuadamente al menor, instar del juez la constitución de la tutela (art. 17 LTIT) en vez de decretar el desamparo.

---

DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)", *ADC XLV-IV* (1992), pp. 1476 y ss.) podría decirse que el derecho catalán no abandona la perspectiva institucional en la configuración del sistema público de protección de menores para convertirse, como parece ocurrir en el Cc, en un puro remedio funcional.

(86) Este peligro es advertido por Pedro DE PABLO CONTRERAS, en "Comentario a la STC 298/1993, de 18 de octubre de 1993", *CCJC*, n.º 34, pp. 82 ss.. En el caso, se declara el desamparo de un menor en situación de guarda de hecho formalizada notarialmente. En el proceso, que se plantea en términos de indefensión, no se suscita la cuestión que aquí nos ocupa.

(87) Pensando posiblemente en estas situaciones en que interesa legalizar una guarda de hecho asimilándola en sus efectos a una tutela, el Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Cc introduce la figura del acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen (art. 173 bis 2.º Cc).

## IV. LA PROTECCION PUBLICA DE LOS MENORES EN CATALUÑA

El título más inmediato de intervención administrativa para la protección de menores es el que se funda en la apreciación del desamparo de éstos y la consiguiente asunción por la entidad pública de las funciones tutelares. Este tipo de protección es, además, un derecho del menor (art. 19 LAPNA), cuyo cumplimiento efectivo respecto de los menores que se hallen en Cataluña, asume, como un deber propio, la Administración autonómica catalana (art. 1 LPMA, arts. 17.3 y 20 LAPNA). En los epígrafes que sigo trato algunos aspectos de este ejercicio de una potestad administrativa en el interior de una relación familiar previa (si la había) sujeta al derecho privado.

Pero aunque sea de paso, debo recordar que la Administración dispone de otros mecanismos de protección, que no alteran el contenido de la relación familiar (y por ello no requieren apreciación de desamparo). En primer lugar, la prestación de servicios, algunos dirigidos a los propios menores, otros a los miembros de su familia. He comentado más arriba, a cuento de algunos de ellos (las medidas de refuerzo de las potestades familiares) que la ley los menciona de manera imprecisa y deshilvanada, y que su efectividad va a depender de la voluntad política y capacidad financiera de la Administración.

En segundo lugar, la potestad sancionadora. El legislador ha sido consciente de que los derechos del menor, como sistema de valores, pueden ser agredidos en la vida social. Una de las maneras de procurar su observancia, cuando ello ocurre, es tipificar y sancionar las conductas infractoras, tal como hacen, con técnica legislativa poco depurada los arts. 58 a 65 LAPNA (88). La potestad sancionadora se pretende disuasoria de estas conductas y tiene así un efecto reflejo en la protección de los derechos del menor. Lo más sorprendente —y más censurable— es recurrir también a esta técnica para conminar al cumplimiento de deberes familiares. Así, se sancionan con amonestación o multa las infracciones al deber de escolarizar el menor (no gestionar la plaza escolar, no procurar que el menor asista al centro o impedirlo son conductas sancionadas *ex art.* 59.1.b y c y 59.2.c). Ello contradice el espíritu de la ley: asistir a los padres para que cumplan sus responsabilidades y, si las incumplen, asumir las funciones tutelares en la medida necesaria. Además, al producirse por regla general estos hechos en el seno de la familia carentes de recursos económicos, va a ser inútil.

---

(88) La deficiente técnica legislativa se aprecia en la ubicación de algunas infracciones, como la del art. 59.1.a), que debería figurar en el listado de las que corresponden a la Ley 37/1991.

### 1. La asunción de las funciones tutelares por la entidad pública

De acuerdo con la ley (art. 2.4 LPMA) la apreciación del desamparo corresponde al organismo competente de la Generalitat, el cual dicta una resolución motivada que es comunicada al fiscal en el plazo máximo de dos días y notificada a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hayan convivido con el menor, a fin de que puedan impugnarla ante el juez si la consideran improcedente (art. 2.6 LPMA) (89). A pesar de la dicción literal, creo que también el juez puede apreciar el desamparo —como hacía de acuerdo con la ley de 1985— si lo constata en el curso de cualquier actuación o resulta de alguna resolución que dicte y no cabe remediarlo mediante los instrumentos que el propio juez tiene a su alcance (por ejemplo, remueve al tutor y nadie se presta a asumir el cargo); haciéndolo, pone a la Administración en situación de cumplir con su deber de proteger al menor (90).

Son efectos consecuentes de la declaración del desamparo la asunción automática de las funciones tutelares sobre el menor, la suspensión de las potestades privadas y la adopción de medidas de protección (arts. 3 y 5 LPMA). La asunción de las funciones tutelares y correlativa suspensión de la potestad familiar es la respuesta del Derecho catalán a los cabos sueltos que dejó la reforma del Cc en 1987 en cuanto a la caracterización de la tutela *ope legis* de la entidad pública y a su compatibilidad o no con el mantenimiento por los padres o guardadores de algunos de sus poderes.

Originariamente, en 1985, el sistema catalán era —por respeto a la legalidad vigente— judicialista (*vid. supra*, I, § 1 y § 3), tanto por su impulso (art. 54 Ley 11/1985: “Cuando la autoridad judicial decida inter-

---

(89) La indefinición del Cc en lo tocante a la apreciación del desamparo y las vías de oposición al mismo es enmendada por el Proyecto de Ley de protección jurídica del menor, con una propuesta de redacción del art. 172 Cc en la que se incluye un inciso similar —y aún más garantista— al del art. 2.4 LPMA.

(90) La llamada del juez a la intervención administrativa rige sin duda en sede de tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil (cf. Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, y Ley catalana 11/1985, de protección de menores, en sus arts. 24 y ss.), pero también ha de caber en aplicación, por ejemplo, de los arts. 103.1 y 158 Cc (cf. Etelvina VALLADARES RASCON, “Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción”, *Poder Judicial*, 9, 1988, p. 35) y en otras situaciones (por ejemplo, remoción del tutor y falta de persona que se preste a asumir la tutela), aunque el curso normal de los hechos será que se anticipe la Administración y luego, si acaso, intervenga el juez (incluso a instancia de la Administración: art. 6.2 LPMA). Tema distinto es la fijación del régimen y las medidas de protección: salvo que la ley apodere para ello al juez, corresponderá decidirlo a la Administración.

venir”), como por el alcance de la intervención (ibídem: “y en la forma que disponga [la autoridad judicial]”) y por la condición en que quedaban las potestades familiares (art. 20 Ley 13/1985: “La protección de los niños y los adolescentes [...] no eximirá de sus obligaciones a los padres y guardadores, siempre que no hayan sido explícitamente suspendidas o restringidas por la autoridad judicial correspondiente”).

En 1991, como hemos visto, el derecho catalán hace suya la filosofía administrativizante del Cc. Frente a la contundente e imprecisa dicción del art. 172 Cc, la Ley 37/1991 encomienda a la Administración una tutela-función que se manifiesta compatible —ante la convicción de que no se pueden dismantelar las potestades familiares por decisión administrativa— con el mantenimiento de la patria potestad o la tutela (si las hubiera). Mas, advirtiendo la colisión entre el ejercicio de las funciones tutelares públicas y el ejercicio de unas potestades aún existentes, declara la suspensión de estas últimas por ministerio de la ley (91). Estas vías de compromiso, obsequiosas con la buena dogmática (92), no son absolutamente convincentes. Por un lado, sigue sin quedar claro hasta dónde llega y qué normas rigen la asunción de las funciones tutelares; por otro lado, la suspensión de las potestades privadas puede resultar a veces un expediente demasiado rígido para compaginarse con la plasticidad de las medidas de protección.

Para averiguar en qué consisten y qué extensión tienen las funciones tutelares, la doctrina remite al marco institucional de la tutela-régimen, como postulan los arts. 14 y 32 LTIT. Es especialmente significativo este último (en el capítulo sobre “Ejercicio de la tutela”), en tanto denota que las funciones tutelares que ejercita la entidad pública son las que regula la propia ley de la tutela (arts. 32 a 62 LTIT). De ello se extraería una doble conclusión, que discutiré luego brevemente: 1) que correspondería a la entidad pública el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de las facultades integrantes de la guarda y de la administración patrimonial, en toda su extensión (art. 48 LTIT) (93); y 2) que esta actuación habría de ajustarse a las reglas que rigen la tutela ordinaria.

---

(91) Para entender las claves de la reforma de 1991, explicitadas como propuestas de política legislativa luego incorporadas a la ley, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció de menors*, cit., pp. 48 y ss., y 86 y ss.

(92) Y que podrían en parte hacer fortuna en el Cc, si prospera su reforma de acuerdo con el Proyecto de Ley de protección del menor (el art. 172.1 incluye una declaración de suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria).

(93) Así, Encarna ROCA, en Lluís PUIG I FERRIOL, Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions*, vol. I, cit., p. 522, considera que la función tutelar consiste en el ejercicio de la guarda y custodia del menor y que por tanto su contenido coincide con el de la tutela ordinaria (no se pronuncia respecto de la gestión patrimonial).

La primera conclusión se reafirma con otras normas de la LPMA. De acuerdo con el art. 9 LPMA, cuando la entidad pública interviene a solicitud de los padres y guardadores por causa de fuerza mayor de carácter transitorio aquélla sólo ejercita la guarda. Si en tales casos se dice que ejercita sólo la guarda, es porque en los demás asume también el resto de funciones tutelares, singularmente la administración patrimonial. Al mismo resultado se llega si se mira la asunción de las funciones tutelares desde la otra cara de la moneda, esto es, la suspensión de las potestades privadas: si la patria potestad o la tutela ordinaria están en suspenso, el conjunto de sus poderes-deberes incumbe a la Administración. Precisamente, la ausencia de este dato en el Cc permite a la doctrina que estudia el art. 172 y concordantes del Código especular con más fundamento sobre el verdadero alcance de la tutela pública. De hecho, las exposiciones más elaboradas del tema apuntan hacia una configuración más moldeable de las funciones tutelares (94).

En Cataluña los textos legales son lo bastante claros como para sostener que el contenido de las funciones tutelares es la protección personal y patrimonial en toda su extensión. La conclusión, sin embargo, es insatisfactoria, porque casa mal con el hecho de que las funciones tutelares se ejercen a través de medidas de protección y de que éstas se caracterizan por su flexibilidad. Hay que recordar que la tutela administrativa tiene una teleología distinta de la tutela ordinaria: se trata, es verdad, de velar por la adecuada crianza y formación del menor, pero ello ha de hacerse con vistas a restablecer el ejercicio responsable de tales deberes por la familia propia del menor, a reintegrarlo a la misma cuando sea posible o a procurarle un nuevo núcleo familiar. La protección pública ha de quedar necesariamente condicionada por estos objetivos, que a su vez se instrumentan con medidas tuitivas. Por otra parte, el principio de primacía de la responsabilidad familiar exige que

---

(94) Así, Miguel Angel PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 88-99, se decanta por limitar la tutela al contenido personal de la guarda; igualmente, M.<sup>a</sup> Pilar FERRER VANRELL, "El acogimiento familiar en la Ley 11/1987", *ADC*, XLVI (1993), pp. 179-181; Pedro DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios*, cit., pp. 50-62, afina más en la misma dirección, argumentando con brillantez que la intervención pública es fruto del ejercicio de una potestad administrativa que pone al menor en una relación de especial sujeción, con menoscabo de las relaciones, situaciones o posiciones jurídicas ordinarias de los afectados pero sólo en la medida en que lo exija el ejercicio de la potestad pública. En contra, sosteniendo el efecto de suspensión de las potestades familiares, Joan EGEA FERNANDEZ, "La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)", *Derecho privado y Constitución*, 5 (1995), p. 273.

las medidas sean proporcionadas a sus objetivos (esto es, a la protección efectiva del menor) y que se orienten prioritariamente a la atención del menor en su familia (art. 5.3. LPMA). La suspensión de las potestades familiares será contraria, a veces, a esa proporcionalidad: no es congruente, por ejemplo, que las medidas de atención del menor en su propia familia (art. 5.1.1.<sup>a</sup>) hayan de conllevar la suspensión de las potestades (derechos-deberes) de las personas con las que el menor seguirá conviviendo (95); incluso cuando hay separación del entorno familiar pero es posible la reintegración posterior al mismo no parece sensato —aun respetando la autonomía de la familia acogedora en el ejercicio de la guarda— excluir completamente a los padres —que tienen derechos de contacto con el menor— de participar en algunas funciones. El principio de proporcionalidad, que tiene base legal, debe prevalecer sobre una interpretación rigorista del efecto suspensivo de las potestades familiares (96).

Por ello, aun forzando los datos normativos, pienso que las funciones tutelares deben abarcar aquellos deberes y facultades que el despliegue efectivo de las medidas de protección requiera, pero no más. No debe presuponerse, pues, que la declaración de desamparo, por ella misma, invista al organismo público con las facultades de administración patrimonial, si de las circunstancias de hecho no se revela causa para desposeer de ellas a los padres o guardadores legales (97). También debería hacerse una interpretación del art. 3.2 LPMA conforme con la anterior conclusión y limitar el efecto suspensivo a las facultades y deberes incompatibles con el alcance real de las funciones tutelares (98). En este punto concreto, me parece preferible el sistema

---

(95) Salvo que entendiéramos el concepto de familia en el art. 5.1.1.<sup>a</sup> LPMA como familia extensa (hermanos, abuelos, tíos, etc.), prescindiendo de los padres. Ciertamente, ese caso puede darse (y lo procedente será aplicar la medida de acogimiento simple si no cabe constituir la tutela), pero no hay razón para que no se pueda dictar una medida de atención en la propia familia conviviendo el menor con sus padres.

(96) Cf., por ejemplo, el caso enjuiciado por la STC 260/1994, de 3 de octubre, antes citada. En lo que ahora me interesa, es significativo el hecho de que la Generalitat “ante la favorable evolución de los menores a raíz de su escolarización instara al juez la reposición de la mera guarda en favor de los padres y se limitara a ejercer el seguimiento de su proceso de adaptación. Ahí, a mi modo de ver, la suspensión *ope legis* de la patria potestad cedió ante la reposición de la función de guarda por el juez.

(97) Es obvio que la asignación de las facultades de administración patrimonial no va a tener casi nunca relevancia práctica, dada la indigencia de la gran mayoría de menores desamparados, pero ello no priva de valor al principio.

(98) Por ello, aun sin terciar en el debate en torno a la caracterización de las relaciones de tutela a que da lugar el art. 172 Cc, comparto la idea de su elasticidad y correlativo efecto comprimente de las potestades privadas defendida por Pedro DE PABLO

por el que se regía la ley de 1985, el cual, en sintonía con los Decretos de 1948 y su inspiración judicialista, daba margen para distinguir entre los derechos sobre la persona y sobre el patrimonio, y para restringir las obligaciones de padres y guardadores sin desplazarlas completamente (por ejemplo, decretando una suspensión limitada de los derechos de guarda y educación) (99). *De lege ferenda*, otra opción sería la de limitar la declaración de desamparo a incumplimientos generales y graves, y facultar a la Administración para realizar intervenciones menos incisivas con una base jurídica distinta (100).

La segunda conclusión que había dejado pendiente de comentario es la suposición de que el ejercicio de funciones tutelares por la Administración ha de ajustarse a las reglas de la tutela ordinaria. Creo, por mi parte, que las normas a aplicar están condicionadas por la extensión de tales funciones. No cabe sin más remitirse a la tutela ordinaria, porque muchas de sus previsiones dan por supuesta una tutela privada familiar (101). En la medida en que la autoridad administrativa deba cumplir deberes coincidentes con los de un tutor ordinario, le serán de aplicación las normas del régimen general. Ello ocurrirá, creo, si asume la adminis-

---

CONTRERAS, *Comentarios*, cit., p. 51, y CCJC, 34 (1994), pp. 84-85. En el derecho comparado es perceptible también esta orientación. En Alemania, los §§ 1666, 1666a y 1667 BGB distinguen entre las situaciones de amenaza para la persona y para el patrimonio, de manera que el tribunal de tutelas pueda adoptar medidas específicas para cada caso; la guarda de la persona sólo puede ser privada en su integridad cuando otras medidas se hayan revelado inútiles o insuficientes para desvirtuar el peligro. En el Reino Unido, en los procedimientos que se siguen por razón de desamparo (Section 31, *Children Act*, 1989), el tribunal puede dictar una *care order*, de acuerdo con la cual corresponderá a la autoridad local determinar, si lo cree necesario, en qué medida el titular de la potestad de guarda podrá seguir ejerciendo su responsabilidad (Section 33.3.b); también puede dictar una *supervision order*, a fin de poner al menor bajo la vigilancia de un asistente social, obviamente sin detrimento de la guarda legal. La tendencia, pues, es a dejar que sea el propio contenido de la medida (o la decisión de la autoridad que la ha de ejecutar) el que determine hasta qué punto las potestades familiares quedan comprimidas.

(99) Cf. Joan EGEA FERNANDEZ, *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985*, cit., pp. 33-36.

(100) Es la opción que sigue el Proyecto estatal tantas veces citado. A su tenor, la autoridad pública competente puede adoptar las medidas necesarias para la escolarización del menor (art. 2.3) y medidas de seguimiento de su evolución familiar en situaciones de riesgo (art. 5) sin pasar por el previo desamparo.

(101) Las normas sobre constitución judicial de la tutela, con su añadidura de control de las causas de inhabilidad, alegación y admisión de excusas, la facultad de remoción del tutor, el ejercicio de la tutela por una pluralidad de tutores, etc., son normas operativas en una relación de tutela privada. En contra, por lo que se refiere a la constitución judicial y sus garantías, *vid.* Carmen GONZALEZ LEON, *El abandono de menores*, cit., pp. 328-331.

tración patrimonial, en cuyo ejercicio deberá sujetarse a las obligaciones de inventario (art. 24 LTIT), solicitud de autorización judicial para realizar determinados actos (art. 62 LTIT) y presentación y rendición de cuentas (arts. 40 y 44 LTIT). En cambio, las obligaciones de índole personal habrán de ser cumplidas por la Administración (en caso de acogimiento en institución, por el director de la misma, por delegación: art. 12.5 LPMA) o por las personas acogedoras, en los términos que fijen las propias medidas o en su defecto la ley. En estos casos, la supervisión debe seguir lo dictado por la propia legislación de protección de menores (vigilancia del fiscal, vigilancia de la entidad pública sobre los acogedores, revisión por el juez de las medidas) y no los de la tutela ordinaria.

## 2. La adopción de medidas de protección

El ejercicio de las funciones tutelares se lleva a cabo mediante medidas de protección. Estas son adoptadas por la entidad pública (art. 2.1. LPMA), comunicadas al fiscal si comportan separación de la familia (art. 6.1 LPMA), notificadas a los padres, al tutor, a los guardadores o a los familiares que últimamente hubieran convivido con el menor (art. 8) y revisadas, en caso de impugnación, por el juez (arts. 6.1 y 8 LPMA). Su ejecución corresponde a la propia entidad pública, salvo que lo impidan los padres, tutores o guardadores, en cuyo caso aquélla habrá de acudir al juez (art. 4 LPMA). En cuanto a su contenido, el art. 5 LPMA contiene un listado ordenado que termina con una fórmula abierta que permite la adopción de cualquier medida aconsejable, de carácter asistencial, educativo o terapéutico, en atención a las circunstancias del menor. Voy a centrar mi comentario en dos puntos en los que la reforma de 1995 ha tenido alguna incidencia: el objeto y la determinación de las medidas en general y la redefinición parcial de la medida de acogimiento simple (102).

### A) El objeto y gradación de las medidas

La amplitud de contenido de las medidas no significa discrecionalidad en su adopción. Lo demuestra el hecho de que deban acordarse

---

(102) Para un estudio global de las medidas, *vid.* Lluís PUIG I FERRIOL, Encarna ROCA I TRIAS, *Institucions*, vol. I, cit., pp. 522-535. También en lo tocante a las medidas, para el tránsito de la legislación de 1985 a la de 1991, tomando en cuenta la reforma del Cc de 1987, *vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, *La protecció de menors*, cit., pp. 63 y ss.

teniendo en cuenta el interés del menor (art. 5.1. LPMA) y que la ley establezca criterios de procedencia de determinadas medidas y de preferencia (103) entre ellas (arts. 5.3, 10.1, 10.3, 12 y 13.1 LPMA). A ello cabría añadir, creo, la vigencia de un principio de mínima intervención, para el que da pie el art. 17 de la Ley 8/1995 al imponer el respeto a la autonomía de padres y guardadores, siempre que ello no pugne con el interés del menor. Así, las medidas deberán ser necesarias para remediar la situación de desamparo, adecuadas a este fin y proporcionadas al mismo (104).

En primer lugar, habrá que preferir las que comporten atención en la propia familia (art. 5.3 LPMA). Entre éstas, el art. 5.1.1.<sup>a</sup> se refiere a las de ayuda (“ayudas de apoyo psicosocial, de índole personal o económica”), aunque también van a caber otras (por ejemplo, las de seguimiento). Estas medidas deben ser distinguidas de las que puede adoptar la Administración catalana en ejercicio de su función asistencial, de acuerdo con la LAPNA u otras normas sectoriales (*vid. supra*, III, § 1 b). De acuerdo con el espíritu preventivo de la intervención pública, primero habrá que adoptar medidas de apoyo al menor o a su familia para evitar el desamparo; y si a pesar de ello éste se produce, habrá que volver a adoptar, siempre que puedan tener eficacia, más medidas de apoyo a la familia —manteniendo al menor dentro de ella (y, en mi opinión, bajo la guarda de los padres o tutores)— a fin de refuncionalizarla. Cabe, incluso, que unas y otras medidas tengan idéntico contenido; en el primer caso, serán voluntarias, y en el segundo, coactivas y muy posiblemente supervisadas en su ejecución (art. 4 LPMA).

Si las medidas de atención en la familia no pueden ser adoptadas, no son efectivas o no son oportunas, la ley dispone que se tomen otras que comporten separación del menor de la misma, si bien también impone a la entidad pública que pondere, en primer término, la posibilidad de reintegración familiar del menor. De ser ello posible, habrá que adoptar la medida de acogimiento simple.

## B) La redefinición del acogimiento simple

La medida de acogimiento simple es expresión de una doble prevalencia: la prevalencia del principio de reintegración del menor a su

(103) Aparte de las preferencias explícitas, puede considerarse que en la enumeración del art. 5 LPMA hay también una ordenación jerárquica de las medidas.

(104) En cuanto al principio de mínima intervención (que en Alemania vendría propiciado por su presencia constitucional) y las tres notas que apunto, *vid. GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Lehrbuch, cit., IX § 57, pp. 901-902.*

familia de procedencia, siempre que ello sea posible, sobre su adopción y consiguiente integración en una nueva familia (*ex arts. 10 y 13 LPMA*), y la prevalencia de la crianza y formación del menor en un entorno familiar sobre su internamiento en una institución (*ex arts. 10 y 12 LPMA*). En estrecha vinculación con el principio de reintegración, se declara el carácter transitorio de la medida (*art. 11.1 LPMA*: no puede durar más de un año, si bien caben prórrogas) y se establece —en la redacción de 1991— el deber de facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural a fin de poder favorecer su reintegro en ésta (*art. 10.3 LPMA*). No se explicita en la ley otra prevalencia, dentro del acogimiento simple, que también debe resultar del principio de reintegración: que, dentro del respeto al interés superior del menor, será preferible el acogimiento por algún miembro de la propia familia (acogimiento en familia extensa) sobre el acogimiento en familia ajena (105). Si el menor puede ser asistido debidamente por algún miembro de su familia, en ejercicio de los criterios de selección del *art. 10.4 LPMA* (que recoge entre ellos el de “la situación familiar” del menor), aquél deberá ser propuesto como acogedor. Esta debería ser, además, la desembocadura natural de las situaciones de guarda de hecho, cuando por no estar los padres privados de la patria potestad no se pueda constituir la tutela.

En Cataluña, el acogimiento simple se constituye siempre por resolución del organismo competente (*art. 11.1 LPMA*). No debe ser consentido por el menor. Debe oírsele, en los términos del *art. 5.4 LPMA*, y su opinión contribuirá a formar el juicio del órgano administrativo. Tampoco deben consentirlo o asentirlo los padres o el tutor, salvo en el caso de que el desamparo proviniera de su solicitud, de acuerdo con el *art. 9 (art. 11.2 LPMA)*. Este rasgo diferencial respecto del Cc es especialmente importante para entender la modificación de la medida de acogimiento simple en la ley de 1995. La necesidad de consentimiento de los padres, se ha dicho, era criticada por los técnicos que prestan sus servicios en las entidades públicas o colaboradoras, en tanto daba lugar —por la falta usual de dicho consentimiento y la lentitud de la subsiguiente formalización judicial— a una prolongación indeseable del internamiento de menores en centros (106). Prescindiendo del con-

---

(105) La distinción entre el acogimiento en familia extensa y en familia ajena no ha trascendido a la LPMA, pero en la práctica se da, fruto de distintas circunstancias de hecho en que se puede encontrar el menor. Tanto es así que tiene reflejo a nivel organizativo (*vid. arts. 6 y 11 del Decreto 237/1995, de 11 de julio, de reestructuración de la Dirección General de Atención a la Infancia*).

(106) En este sentido, Joan EGEA FERNANDEZ, *Comentarios*, cit., p. 99.

sentimiento de padres o tutor se gana en prontitud, sin menoscabo sustancial de las garantías: la medida les será notificada y podrán impugnarla judicialmente, pero tendrá eficacia inmediata (arts. 7 y 8 LPMA).

La reforma de la Ley 37/1991 por la 8/1995 refuerza el principio de prevalencia del acogimiento simple en familia sobre el internamiento, al precisar que aquél “debe aplicarse cuando se prevea que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia será transitoria o cuando, aun habiendo los requisitos para la acogida preadoptiva, ésta no hubiese podido constituirse”. Aunque presentada como novedad, esta última opción podía desprenderse ya con anterioridad del texto originario de la ley haciendo una interpretación finalística de sus preceptos. No por ser viable la adopción había que penalizar al menor con el internamiento si no se podía constituir por cualquier razón el acogimiento preadoptivo y sí en cambio el simple: el acogimiento — del tipo que sea— siempre es preferible al internamiento (art. 12 LPMA) (107).

La reforma, sin embargo, lleva esta idea más allá, porque permite ajustar la medida de acogimiento simple, en su eficacia, a las reglas del preadoptivo. Así, deja de considerar al acogimiento simple como una medida necesariamente encaminada a la reintegración familiar (art. 5.1.2.<sup>a</sup>: “La acogida simple del menor por una persona o una familia que puedan sustituir, provisionalmente o *definitivamente*, a su núcleo familiar”), deja de considerar los derechos de relación con la familia de origen como algo esencial a esta medida (art. 10.3: “deben facilitarse las relaciones entre el menor y su familia natural *cuando sea posible su reintegro en ésta*, a fin de poder favorecerlo”) y, como colofón, la convierte en una vía de acceso directo a la adopción del menor por parte de los acogedores, una vez se ha acreditado la irrecuperabilidad de la situación (art. 19.2).

Esta modificación de los efectos del acogimiento simple aparece como razonable cuando un menor, cuya situación se vislumbra inicialmente como recuperable (y por ello se confía a ese tipo de medida) deja de serlo con posterioridad. En tal caso, en vez de tener que constituir un segundo acogimiento, la nueva redacción legal va a permitir acceder directamente a la adopción, siempre que efectivamente se acredite el cambio de las circunstancias y la persona o personas acogedoras sean idóneas como adoptantes. Los acogedores y el menor han estado conviviendo, se ha podido valorar su recíproca

---

(107) Así, también Joan EGEA FERNANDEZ, *op. ult. cit.*, p. 96.

adaptación y la positiva integración del menor en el nuevo medio familiar, y por ello no parece oportuno tener que demorar más las cosas.

Dando un paso más, la reforma también va a facilitar la adopción de aquellos menores cuya recuperabilidad aparezca inicialmente como dudosa. Los técnicos de la Administración van a proponer que se adopte la medida de acogimiento simple y no arriesgarse a constituir un acogimiento preadoptivo que pueda ser dejado sin efecto por el juez o por la propia Administración de confirmarse las expectativas, inicialmente dudosas, de reintegración familiar. Si éstas, en cambio, no se confirman, podrá pasarse sin más a la adopción.

Por último, es fácilmente imaginable que la medida de acogimiento simple vaya a ser usada también respecto de menores que se hallen en situación de adoptabilidad en el momento de acordarse la medida. Y no sólo porque el acogimiento preadoptivo no haya sido posible (art. 10.1 LPMA, en su nueva redacción), sino también cuando lo sea, debido a las importantes ventajas de aquel primer tipo de acogimiento. En efecto, si un menor adoptable es confiado en acogimiento simple a personas que encajen en el perfil de futuros adoptantes —atendiendo a los criterios de prioridad que exige la ley para el acogimiento preadoptivo (art. 14.2 LPMA)—, la medida se adoptará siempre por la Administración (la constitución del acogimiento simple nunca es judicial), no se requerirá el asentimiento de los padres para su constitución (art. 11 LPMA) y, aunque éstos la impugnen judicialmente, la medida seguirá su curso. Confirmada en su caso por el juez, y si todo marcha bien entre el menor y sus acogedores, la Administración va a formular propuesta de adopción en favor de éstos.

Con ello, los terrenos naturales de aplicación de las dos modalidades de acogimiento cambian sustancialmente. En la práctica, aventuro, el acogimiento preadoptivo va a reservarse para aquellas situaciones en las que no sea previsible la oposición de los padres o del tutor (porque no los hay o porque han hecho abandono de sus derechos y deberes como tales). En los demás casos, cuando la contradicción sea previsible, se va a optar por acudir al acogimiento simple. Si se intenta un preadoptivo y resulta fallido (téngase en cuenta la fragilidad del mismo: art. 17.2 LPMA), el quebranto es mucho mayor, pues en el ínterin se han incurrido costes de tiempo (de importancia vital, tratándose de menores) a fin de recabar el plázet judicial previo. En suma, pues, tendremos que distinguir entre tres tipos de acogimientos simples: por familia extensa, por familia

ajena con vistas a la reintegración (que podrá ser voluntario o “profesional” remunerado) (108), y por familia candidata a la adopción.

Queda, por último, la cuestión de las garantías. La modificación de la Ley 37/1991 erosiona el marco de garantías para la adopción que ésta preveía en su redacción inicial. En caso de oposición de los padres o tutores no privados de su potestad, la adopción requería un doble filtro judicial, porque tanto el acogimiento preadoptivo como la adopción habían de constituirse por el juez. Tras la reforma, se puede prescindir del primero de esos filtros. No veo en ello un detrimento decisivo de la posición de los padres o el tutor —que mantienen incólumes sus posibilidades de defensa, pues podrán ser oídos en el procedimiento de adopción, aunque estén incurso en causa de privación de su potestad (art. 25 a LPMA)— y en cambio me parece una decisión altamente beneficiosa para el menor, si se tiene en cuenta que las decisiones relativas a su condición personal son extraordinariamente sensibles al factor tiempo. Con todo, en la adopción proveniente de acogimiento simple, habrá que tener presente dos cosas:

— En su tramitación la entidad pública habrá de justificar con toda precisión que no conviene al interés del menor o no es posible la reintegración de éste a su familia, porque, en su caso, se dan las circunstancias previstas en el art. 13 (art. 19.2 LPMA). La propuesta previa de la entidad pública (de la que no puede prescindirse, aunque el acogimiento haya durado más de un año, *ex art. 22.2 a contrario*) deberá ser explícita al respecto, y el juez, además de las circunstancias que previene el art. 1829 LEC, tendrá que valorar también esa irrecuperabilidad del menor.

— No podrá prescindirse, en su tramitación, del asentimiento de los padres del menor que mantengan su potestad y no se hallen incurso en causa de privación de la misma, contra lo que podría desprenderse de la remisión del art. 24.1.b) LPMA al art. 19.2 de la misma. La exclusión del asentimiento de los padres en los casos del art. 19.2 procede de la redacción originaria de la ley, de acuerdo con la cual este apartado contemplaba la adopción del mayor de edad o menor emancipado que hubiese estado conviviendo ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de los catorce años. Tras la reforma de 1995, la

---

(108) La Dirección General de la Infancia está emprendiendo programas de acogimiento remunerado a fin de buscar una salida familiar a menores que, en otro caso, permanecerían en internamiento. El programa se dirige a personas de mediana edad, con hijos propios, capacidad pedagógica, estabilidad personal, familiar y laboral, etc., a las que se puede compensar económicamente por los gastos que conlleva la guarda (*vid. por ejemplo, El País*, edición de Barcelona, 3 de septiembre de 1995).

remisión al art. 19.2, que se ha dejado intacta, cambia de sentido. El efecto excluyente del asentimiento de los padres es manifiestamente irrazonable y parece atribuible, a la vista de los antecedentes parlamentarios, a un desliz del legislador (109).

---

(109) En el Proyecto de Ley remitido al Parlamento (BOPC, n.º 293, de 16 de enero de 1995) el apartado que recogía la posibilidad de adoptar a un menor acogido en forma simple era situado como apartado 2 del art. 19 —tal como finalmente ha quedado— y desplazaba a un lugar posterior los antiguos apartados 2 y 3 (que pasaban a ser 3 y 4). Sin embargo, la remisión originaria del art. 24.1 b) LPMA al artículo 19.2 no fue alterada. Durante la tramitación del Proyecto, sin que se hubiera presentado enmienda de supresión al antiguo apartado 2 (apartado 3 del proyecto), éste quedó fuera, por inadvertencia, del texto aprobado en el Dictamen de la Ponencia de la Comisión de Política Social (para las enmiendas y el texto del Dictamen, *vid.* BOPC, n.º 340, de 16 de junio de 1995, pp. 22.400 y 22.444). El error fue subsanado por medio del Acuerdo de 21 de septiembre de 1995 (citado en la nota 5), pero esta subsanación no alcanzó a la remisión del art. 24.1 b) al art. 19.2, al tratarse de un error (cabe pensar) que procedía del Proyecto remitido a la Cámara, no de un lapsus de tramitación.

