

JULIETA MORENO-TORRES SÁNCHEZ  
Asesora Técnica del Servicio de  
Protección de Menores de Málaga  
Junta de Andalucía

## EL DESAMPARO DE MENORES

Prólogo  
ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN



Primera edición, 2005

© Julieta Moreno-Torres Sánchez - 2005  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL  
Carretera de Aoiz, kilómetro 3,5  
31486 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 2747/2005

ISBN 84-9767-550-9

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

*A mi familia. A mis compañeros y a todos los niños y niñas  
que han pasado por el Servicio de Menores de Málaga, sin  
los cuales nunca habría podido realizar este estudio*

MENOR\$A000

Monografías/Técnica (Bolsillo) 29-11-05 12:59:48

## Sumario

	<u>Página</u>
Prólogo .....	13
<b>CAPÍTULO I</b> <b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
<b>CAPÍTULO II</b> <b>EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE MENORES</b> .....	19
<b>CAPÍTULO III</b> <b>MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE MENORES ..</b>	25
<b>CAPÍTULO IV</b> <b>LA TUTELA PÚBLICA COMO INSTITUCIÓN TUTELAR RESIDUAL Y SUBSIDIARIA</b> .....	33
1. El carácter residual: la tutela pública como última alternativa .....	33
2. El carácter subsidiario: aplicable cuando no existen otras alternativas .....	37
3. Estudio del artículo 158.4 del Código Civil .....	38
3.1. Circunstancias en que se aplica .....	39
3.2. Estudio jurisprudencial. Supuestos de atribución judicial de la guarda y custodia en aplicación del artículo 158.4. Evitación del desamparo. ....	50

	<i>Página</i>
3.3. Atribución de facultades tutelares en aplicación del artículo 158. ....	57
3.4. Duración de la guarda sobre la base del artículo 158. ....	59
3.5. Intervención del Ministerio Fiscal en la guarda ex artículo 158. ....	60
3.6. Cauce procesal para la atribución de la guarda de menores a través del artículo 158 del Código Civil. ....	65
3.7. Disposiciones sobre alimentos en la aplicación del artículo 158. ....	66
4. La instrumentalización del desamparo en casos de acogimiento .....	68
5. Privación de patria potestad y nombramiento de tutor como alternativa a la tutela administrativa. ....	71
6. La incapacitación de los progenitores y nombramiento de tutor como alternativa al desamparo. ....	77
7. Aplicación del artículo 103.1 del Código Civil versus desamparo .....	78
8. La emancipación. ....	79
9. El defensor judicial .....	81
10. La Administración Pública como tutora ordinaria. ....	81
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>EL CARÁCTER OBJETIVO: SU RELACIÓN CON LA GUARDA DE HECHO .....</b>	
1. El carácter objetivo del desamparo .....	85
2. Concepto de guarda de hecho .....	88
3. Alternativas jurídicas de regularización de la situación legal de guarda de hecho: estudio jurisprudencial .....	95
3.1. Retorno con los padres biológicos o adoptivos ..	95
3.2. Reconocimiento judicial de la guarda de hecho, ex artículo 303 del Código Civil .....	96

	<i>Página</i>
3.3. Constitución judicial de la guarda ex artículo 158.4 del Código Civil .....	97
3.4. Privación de patria potestad y constitución de tutela. ....	102
3.5. Constitución de tutela en aplicación del artículo 239 del Código Civil .....	105
3.6. El acogimiento .....	119
3.7. Adopción .....	122
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>EL CARÁCTER AUTOMÁTICO Y PROVISIONAL: DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TRAS SU DECLARACIÓN .....</b>	
1. El carácter automático del desamparo .....	127
1.1. La caducidad del procedimiento de desamparo .....	133
2. El carácter provisional del desamparo .....	136
2.1. Tiempo de duración de la declaración de desamparo .....	137
2.1.1. Desamparo irreversible y definitivo en que no procede la reinserción .....	139
2.1.2. Desamparo temporal por causa involuntaria .....	148
2.1.3. Desamparo temporal por causa voluntaria .....	151
<b>CAPÍTULO VII</b>	
<b>CONCLUSIONES .....</b>	153
RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS ESTUDIADOS .....	155
BIBLIOGRAFÍA .....	159

MENOR\$A000

Monografías/Técnica (Bolsillo) 29-11-05 12:59:48

## *Prólogo*

Lo lógico, natural y deseable es que cada niño tenga un padre y una madre que ejerzan correctamente las funciones de la patria potestad, esto es, velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, alimentarlo y procurarle una formación integral. Sin embargo existen situaciones en las que lamentablemente ello no es así, y los padres no quieren, no pueden o no saben ejercer sus funciones colocando al menor en una situación de desprotección, ante la cual la sociedad no puede permanecer impasible.

Tres causas dan lugar a que un menor pueda ser declarado en desamparo:

– Inexistencia de personas que se ocupen de su guarda, bien por fallecimiento, declaración de ausencia, incapacidad o privación de la patria potestad de los padres sin que se nombre tutor.

– Incumplimiento total de los deberes de protección que las leyes imponen a los guardadores, esto es, cuando los padres no velan por los menores, no los cuidan ni alimentan y desatienden su educación, siendo indiferente que este incumplimiento sea consentido por los padres o venga motivado por una situación límite de los mismos (paro, enfermedad, infortunio, etc.).

– Cumplimiento parcial o inadecuado de los deberes de protección. Se produce cuando los padres a pesar de ocuparse de algunas funciones de protección, dejan desatendidos a los menores de otras, o en general cumplen sus obligaciones esporádicamente. Así, es posible que a pesar de que un menor esté en compañía de sus padres y éstos se ocupen de su alimentación, no reciba en cambio la educación moral y formación integral mínima que es deseable para su desarrollo.

Toda esta problemática es analizada minuciosamente en la presente obra, pero con una importante particularidad, se hace

por una persona que está en constante permanencia con estas tristes realidades. Su trabajo cotidiano se enmarca dentro de un equipo interdisciplinario formado por psicólogo, abogada y trabajadora social, adoptando decisiones sobre desamparo, guarda, acogimiento y adopción. Esta visión del problema permite a la autora analizar la institución del desamparo teniendo un perfecto conocimiento de la realidad social, que al final, como se indica en el artículo 3 del Código Civil, es uno de los parámetros más importantes para la interpretación y aplicación de las leyes.

La autora, Julieta Moreno-Torres Sánchez, desde el año 1992 pertenece al Cuerpo de Gestión Administrativa de la Junta de Andalucía y en el año 1999 se integra en el grupo A del Cuerpo de Administradores Generales de la Junta de Andalucía. Después de haber desempeñado diversas funciones en distintas Consejerías, desde hace seis años presta sus servicios como Asesora Técnica de Unidades Tutelares dentro del Servicio de Protección de Menores de Málaga. Dicha actividad la compagina con su labor investigadora habiendo realizado los cursos de doctorado en la UNED y publicado numerosos artículos en revistas especializadas en derecho de familia.

Después de una breve referencia histórica y legislativa sobre la protección de menores, se aborda el principio que, según la autora, debe presidir la intervención pública en materia de desamparo: se trata de una institución tutelar residual y subsidiaria. En efecto, sólo cuando no existan otras alternativas para el menor procederá que las entidades públicas le tutelen, ya que en otro caso pueden producirse consecuencias muy negativas para aquél, y buena prueba de ello son los casos reales que se citan. Por ello, analiza con detalle la aplicación del art. 158 del CC que permite al juez, bien de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de personas interesadas o del propio menor, adoptar medidas de protección sin necesidad de que intervenga la Administración pública. En otro apartado, se aborda con minuciosidad la privación de la patria potestad y el nombramiento de tutor como alternativa a la tutela administrativa.

La guarda de hecho y la declaración de desamparo siempre ha sido un tema muy discutido, ya que en ocasiones aun cuando

los padres no estén cumpliendo sus funciones existen otras personas que sí se ocupan del menor, cuestionándose en estos supuestos si realmente estamos o no ante una situación de desamparo. En esta obra se estudia todo lo relacionado con este tema ofreciéndose las soluciones más adecuadas para dar cobertura legal a la protección del menor, que pasan desde la constitución del acogimiento, de la tutela del art. 239 del CC o de una custodia vía art. 158 del CC. Incluso, va más allá cuestionándose la posible adopción del menor por los guardadores de hecho.

La última parte de la obra está destinada al estudio de la declaración de desamparo: su carácter automático, provisional o definitivo, la caducidad del procedimiento, etcétera.

Como la propia autora señala en las conclusiones, esta obra pretende poner en tela de juicio la realidad del sistema de protección de menores, incidiendo en los numerosos supuestos en los que se declara el desamparo en detrimento de otras figuras jurídicas que igualmente pueden ofrecer a los menores la protección que necesitan, siendo muy ilustrativa la expresión de que *“la Entidad pública es posiblemente el tutor con menos sensibilidad a que éstos pueden optar”*.

En resumen, esta obra no puede pasar desapercibida entre los juristas que nos dedicamos al derecho de familia ya que la visión práctica que ofrece de la institución y las soluciones que apunta, son un material imprescindible para el análisis jurídico de estas realidades.

Antonio-Javier Pérez Martín



## Introducción

El presente estudio tiene por objeto realizar una revisión de los caracteres que tradicionalmente se le han atribuido al instituto jurídico del desamparo.

Se procede en primer lugar a realizar una introducción histórica y legislativa sobre la protección de los menores, para entrar seguidamente en el fondo del asunto. Es habitual entre la doctrina y la jurisprudencia mencionar las cualidades de objetividad y provisionalidad, así como el automatismo de esta figura. Sin embargo, en cuanto se emprende un estudio de la realidad, a través de la jurisprudencia y del estudio de la aplicación práctica de la legislación, fácilmente se llega a la conclusión de que dichos caracteres distan mucho de ser tales. Se trata por tanto, de acercarse a la casuística y cuestionar los caracteres mencionados.

Igualmente se pretende poner en tela de juicio el abuso que en ocasiones se realiza de la figura de la tutela pública, en detrimento de soluciones prácticas que normalmente implican un mayor grado de protección y seguridad jurídica para el menor. Por ello se realiza un extenso estudio del artículo 158 del Código Civil y se analizan igualmente figuras como la privación de la patria potestad y la incapacitación de los progenitores, así como la aplicación de los artículos 103 y 239 del Código Civil.

Se aborda el estudio de la guarda de hecho con relación al desamparo, así las alternativas jurídicas que se pueden emplear en su regularización, presentando el sistema de protección como

un sistema vivo y articulado, que debe usarse en función de las necesidades del caso.

Por último se tratan las implicaciones que conlleva el hecho de que el desamparo sea una figura administrativa, sometida a un procedimiento administrativo, aplicada por la Administración, con relación a los perfiles de la figura que estudiamos.

## Evolución histórica de la protección de menores

La concepción teórica de lo que hoy en día se entiende por protección de menores, tiene unos antecedentes históricos en la regulación de instituciones tradicionales, como la tutela, la adopción o las figuras de protección penal (venta de menores, parricidio, abandono...), así como en la evolución de las medidas educativas.

En las sociedades antiguas no se reconoce a la infancia derecho alguno. El poder paterno acaba sólo cuando termina la vida del padre.

En Grecia, y sobre todo en Esparta, el niño es propiedad del Estado. Es conocido cómo al salir del seno de la madre, ésta había de presentarlo ante la Asamblea de Ancianos, y si éstos lo encontraban débil o mal constituido, contrahecho o enfermizo ordenaban que lo tiraran a un estanque, los Apostones, cercano a Esparta. El hijo sano se le deja a la madre hasta los siete años de edad, y entonces comienza un largo aprendizaje castrense. Son numerosos los pasajes que recogen lo común que era entre los griegos el abandono de los menores, y quizás estos sean los primeros datos con lo que se cuenta en la evolución de la protección de los mismos<sup>1</sup>.

Si en Grecia el Estado era el que asumía toda responsabilidad sobre los menores, en Roma lo hace el pater familias. Dicha potestad dura hasta la muerte de aquel que de ella está investido, el

---

1. RICO PÉREZ, F., en *La Protección de los Menores*, Editorial Montecorvo SA, Madrid 1980, ISBN 84-7.11-157-8, pg. 23 y ss.

cual puede venderlo o matarlo como a sus esclavos o su ganado, estando restringida únicamente por la opinión pública. Ello no quita que se prestara una atención muy cuidada a la educación de los mismos.

Dicha situación varió sustancialmente bajo el Imperio. Constantino mandó en el año 318 que si un padre mataba a su hijo, sufriera muerte parricida, esto es, fuera atado en un saco con una víbora, un gallo y un mono y se le arrojara así al agua para que se ahogara.

El derecho romano define la tutela como un poder o potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo<sup>2</sup>. Se trata por tanto de una forma de protección de menores, origen de la actual tutela regulada en el Código Civil. En derecho romano la patria potestad es concebida como un poder que se presenta en el propio poder del padre, entendido éste como dirigente del grupo familiar, esto es como paterfamilias. Realmente esta tutela sin embargo presentaba un carácter más patrimonialista que protector, ya que la institución está ligada a la del *heres* romano, a la muerte del pater familias, la familia romana se mantiene unida, en cuanto grupo y conjunto patrimonial, siendo el heres el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio. No existe sin embargo, en derecho romano una tutela pública en los términos en los que la entendemos en la actualidad, por la propia estructura de la familia.

El carácter pragmático de la cultura romana y griega les lleva al estudio de las ciencias prácticas, así la educación y el Derecho, y ello porque lo que pretendían era el perfeccionamiento del hombre desde su infancia, lo cual constituía una forma de protec-

---

2. SANZ MARTÍN, L. en *La Tutela del Código Civil y su antecedente histórico la Tutela Romana*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, ISBN 84-8155-353-0, pg. 27 y ss. Menciona la autora cómo en cuanto a los sujetos púberes, la ley romana hace una clara distinción entre el hombre y la mujer, pues mientras el varón *sui iuris* al alcanzar la pubertad deja de estar sometido a la tutela, la mujer al alcanzar ésta, deja igualmente de estar sometida a la *tutela impuberum*, para pasar a estar sometida a la tutela propia de su sexo, es decir a la *tutela mulierum*.

ción del menor, al conocer a través de las letras el respeto a la Ley<sup>3</sup>.

Si bien la influencia del derecho romano en la regulación de la patria potestad y la tutela es evidente aún en nuestros días, en consonancia con los tiempos modernos se han producido modificaciones que llegan al lenguaje, largamente adoptado de nuestros antecesores. Así la Ley 9/1998, de 15 julio, Código de Familia de Cataluña, en su exposición de motivos dice que el título VI de la misma, regula la «potestad» del padre y de la madre, denominación que sustituye la de «patria potestad», utilizando una terminología más adecuada a los tiempos y a la realidad actual, en que la titularidad y el ejercicio de esta potestad son normalmente compartidos por el padre y la madre.

El cristianismo introdujo un giro en la visión de la infancia. Los textos evangélicos se refieren al menor en términos de respeto a la personalidad de los menores<sup>4</sup>. En el derecho germánico existe además un cambio sustancial respecto del romano, ya que a contra de en éste, ya no existe una monarquía absoluta doméstica, sino que la autoridad reside en todos los varones capaces de tomar las armas sin importar la edad. Dicho derecho se refleja en nuestros fueros (Fuero Juzgo y Fuero Real), siendo el síntoma más claro de protección la prohibición de vender o matar al hijo, y castigándose con pena capital al padre que diera muerte al hijo.

Sin embargo las Partidas de Alfonso X el Sabio, vuelven a recoger la tradición del derecho romano. Al regular cómo deben los padres cuidar a sus hijos, ejemplifica tal deber refiriéndose al mundo animal: *si las bestias que no tienen razonable entendimiento, aman naturalmente y crían a sus hijos, mucho más lo deben hacer los hombres que tienen entendimiento y sentido sobre las cosas*<sup>5</sup>, imponiendo al padre y a la madre la obligación de criar a todos los hijos. La Partida IV de nuevo permite al padre vender o empeñar a los

3. RICO PÉREZ, F., *La Protección de los Menores*, ob. cit., pg. 24.

4. Hace referencia RICO PÉREZ, F., *La Protección de los Menores*, ob. cit., pg. 28, en concreto al evangelio según San Mateo, cuando refiere el texto «Dejad que los niños vengan a mí y no se lo impidáis, porque de tal es el Reino de los Cielos...».

5. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, «El abandono de menores, su regularización en el ámbito penal», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 45.

hijos, pero sólo estará legitimado en caso de extraordinaria pobreza.

A mediados del siglo XIV se realizaron varias reglamentaciones legales con relación a los castigos corporales, posiblemente para evitar el abuso de los mismos<sup>6</sup>. Posteriormente Carlos III da un fuerte impulso a las instalaciones de inclusa, estableciendo salas de maternidad vergonzosa y tornos. Pero es en el siglo XIX cuando se establece la enseñanza primaria con carácter universal, gratuita y obligatoria<sup>7</sup>.

FARIÑA, F.<sup>8</sup> sitúa a mediados del siglo XIX el inicio de la Protección de Menores. La pequeña Mary Ellen Wilson, estadounidense, fue víctima de un severo maltrato físico por parte de sus padres. Las circunstancias de esta menor fueron denunciadas sin éxito ante la policía, el abogado del distrito y ante diversas agencias protectoras. Al no existir, en aquel entonces, ninguna ley que amparara los derechos de los niños, no se pudieron iniciar acciones legales. Finalmente el caso pudo llevarse ante los tribunales, a través de la Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad hacia los animales, bajo el razonamiento de que si los animales estaban legalmente protegidos, y Mary Ellen, como humana, pertenecía al reino animal, los casos se podían equiparar. De manera tan sorprendente, en 1874, se ganaba en Estados Unidos el Primer caso de maltrato infantil.

A partir del siglo XX, y como se expone más adelante, por contra de lo ocurrido con el caso de Mary Ellen, surge una prolife-

- 
6. RICO PÉREZ, F., *La Protección de los Menores*, Ob. cit., pg. 32, comenta el autor cómo en esta época en ciertas escuelas inglesas estaba prohibido pegar a los niños, salvo en viernes.
  7. OCÓN DOMINGO, J., en «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 45 menciona cómo a partir de la segunda mitad del siglo XIX se produce un crecimiento paulatino de instituciones y del número de personas recluidas en ellas, debido, entre otras razones, al anormal crecimiento de los niños abandonados producido por el aumento del concubinato y de los matrimonios consuetudinarios que propiciaron la descristianización revolucionaria y la gran concentración urbana que originó el desarrollo industrial
  8. En *Psicología Jurídica al servicio del Menor*, coordinado por Francisca FARIÑA y Ramón ÁRCE, Editorial Cedecs, Barcelona 2000 ISBN 84-95027-94-1, pgs. 105 y ss.

ración de documentos convencionales y legales en los que se otorga teóricamente a los menores de la más alta protección<sup>9</sup>. Es necesario contemplar las instituciones del derecho desde una perspectiva histórica a fin de poder evaluar la situación actual. Tal como se expresa a través de este estudio muchos son los avances que se han hecho en nuestra legislación. Sin embargo la situación de los menores contemplada desde la óptica de los países desarrollados nada tiene que ver con los menos favorecidos. Prácticas de la antigüedad que pueden parecer auténticas barbaries siguen existiendo en multitud de culturas (ablación genital femenina, niñas vendidas y explotadas sexualmente, trabajo de menores...) <sup>10</sup>. Y lo peor de todo es que la pretendida protección de los menores en Europa tampoco es tal, ya que según datos de UNICEF, el 21% de los menores de la Unión Europea viven en una pobreza relativa o en el abuso.

Por último, antes de entrar en materia, hacer referencia a un dato relativo a la evolución de género que ha tenido la legislación de menores y de familia en general. Son ejemplos de ello el hecho arriba mencionado, de que en la legislación catalana se haya sustituido el término patria potestad por el de potestad a secas; o el artículo 8 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, que trata expresamente sobre la preparación para la paternidad.

- 
9. Aunque siguen existiendo excepciones a esta línea, como ocurre con la Ley británica que entra en vigor el 15 de enero de 2005, sobre el maltrato, que dispone que pegar a un niño hasta el punto de dejarle alguna marca es considerado a partir de hoy un delito en Inglaterra y Gales, según una controvertida ley que autoriza, no obstante, los bofetones moderados (<http://actualidad.terra.es/articulo/html/av2101700.htm>)
  10. <http://www.unicef.org/spanish/media/media.9482.html> UNICEF destaca cómo cada año, cientos de miles de niños y niñas de todo el mundo son víctimas de la explotación, el maltrato y la violencia. Son secuestrados de sus hogares y obligados a alistarse en los ejércitos. Son arrastrados a círculos de prostitución por redes de trata de personas. Se ven forzados a trabajar en condiciones de servidumbre u otras formas de esclavitud. Asimismo los datos sobre la pobreza son apabullantes: 600 millones de niños viven en la pobreza total.



## Marco jurídico de la protección de menores

La moderna regulación del derecho de protección de menores se puede situar en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (con su antecedente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos) que proclama la necesidad de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

En el ámbito comunitario destaca la Recomendación R(81)3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la acogida y educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años, de 23 enero 1981, que proclama unos principios en torno a la acogida de menores, resultando verdaderamente curioso que ponga el límite en los 8 años de edad<sup>11</sup>. E igualmente la Carta Europea de los Derechos del Niño, Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, que respecto de las medidas de protección indica que *Toda decisión familiar, administrativa o judicial en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses* (letra D, apartado 8.14).

Sin embargo, en el ámbito internacional, el instrumento más positivo y de mayor aplicación sobre protección de los derechos del niño ha sido la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de

---

11. *Es la familia, quien primero en casa reconocerá y valorará estos derechos. La familia vive en un entorno social del que debería obtener la ayuda necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. Esta ayuda no debe ser para desposeerla de sus responsabilidades propias frente al niño.*

1990. Dicha Convención ha sido ratificada por todos los Estados, con excepción de Estados Unidos y Senegal<sup>12</sup>. En efecto, esta Convención recoge que los niños son portadores de un conjunto de derechos cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna y respecto al tema que nos ocupa, se indica en su Preámbulo *que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*. Más adelante, se dice en su artículo 20.1 *que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*. Examinada la jurisprudencia española, destaca el hecho de que esta Convención sea citada por la mayoría de las sentencias, en concreto aludiendo a la cuestión del interés preferente del menor aludido en su artículo 3.

La Constitución Española estableció un estatuto jurídico del menor acorde con el vigente en cualquier estado democrático, señala ALONSO PÉREZ, M.<sup>13</sup>, posibilitando todas las reformas de derecho de familia. En su artículo 39 dispone que *los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo aseguran la protección integral de los hijos*, haciendo al menor titular de una serie de derechos fundamentales, reforzando su valoración como persona y el reconocimiento de una esfera jurídica inviolable.

Es necesario preguntarse cuándo empieza esa obligación estatal y cuándo termina. El preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>14</sup>, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil anun-

- 
12. El profesor Oliver Teo Degrelle, comisionado de los Programas de Urgencias de UNICEF, en el Congreso sobre Infancia y Calidad de Vida, celebrado en Sevilla en octubre de 2004, explica cómo la aplicación de la Convención ha sido el mejor instrumento para introducir cambios reales en países en vías de desarrollo. Es fácil convencer a países del tercer mundo de que es necesario vacunar a los niños, si admiten esto como parte del Convenio que han firmado, puede ser más fácil que admitan que los niños no deben empezar a trabajar hasta una cierta edad...
  13. «La Situación Jurídica del Menor en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, núm. 2/6-12 enero de 1997, cit., pg. 20.
  14. En adelante LO 1/1996.

cia esta ley como un marco de protección que vincula a todos los poderes públicos<sup>15</sup>.

Previamente ha habido varias importantes reformas del Código Civil que han ido abriendo puertas para llegar a la situación actual. Primero fue la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad.

Después se han promulgado, entre otras, las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela; la Ley 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; la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores; la 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 la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

De las Leyes citadas, la 21/1987, de 11 de noviembre, es la que, sin duda, ha introducido cambios más sustanciales en el ámbito de la protección del menor. A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo.

Por último señalar las recientes modificaciones del Código Civil, la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005 de modificación del Có-

15. Dice el preámbulo: *En este sentido —y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código—, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general.*

digo Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que sustituye los términos marido y mujer por el de cónyuges o consortes; y padre y madre por progenitores, adaptándose así a la nueva regulación del matrimonio integrado por dos personas de distinto sexo. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio formula un marco de protección más amplio para los menores al especificar las formas de ejercicio de la guarda y la obligación de los cónyuges de compartir responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

El texto de la nueva Constitución Europea se ha sumado a la línea legislativa en la que se pone la nota sobre la prioridad del interés del menor, así como su protección. Hasta ahora, con independencia de los programas comunitarios dedicados en exclusiva a los menores (por ejemplo el programa FORMENIM sobre Formación de Educadores de Menores Inmigrantes), los menores resultan invisibles en el derecho de la Unión. En la nueva Constitución, ya en la parte I, artículo I-1, al mencionar la creación de la Unión, en el artículo 3-I-4 se subraya el papel prioritario en las políticas de la Unión, de los derechos del niño<sup>16</sup>. Posteriormente, dentro del título II, el artículo II-84, lo dedica específicamente a los derechos del niño y menciona expresamente la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, así como el derecho a expresar su opinión, y ser oído, el interés del menor y el derecho a mantener relaciones personales con su madre y su padre<sup>17</sup>.

16. Dispone que en sus relaciones con el resto del mundo, *la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.*
17.
  1. *Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.*
  2. *En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.*
  3. *Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica a relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.*

Se plantea VARELA GARCÍA, C.<sup>18</sup>, que con toda esta normativa podemos hablar de autonomía legislativa en el Derecho sobre la Minoridad, frente a lo que había sido una constante histórica de establecer reglas especiales al Derecho Común, a título, incluso, de excepción.

El concepto de desamparo resulta demasiado vago y su aplicación práctica plantea demasiados problemas<sup>19</sup>. Sólo resulta clara su aplicación cuando consideramos supuestos extremos, por ejemplo el caso de un bebé recién nacido que encuentra la policía en un contenedor. Aquí no cabe ninguna duda de que la Entidad Pública ha de asumir su tutela, el menor no tiene a nadie. Pero desde ese supuesto hasta el más frecuente de todos cuál es la situación del menor que es criado por sus abuelos, haciendo dejación de sus funciones los padres, existen una multitud de posibilidades, que en atención a las circunstancias concretas del caso deberán ser resueltas de distintas formas.

Dado que la materia que nos ocupa está a medio camino entre el derecho civil y el derecho administrativo<sup>20</sup>, nos encontramos frecuentemente a Juzgados y Administración adoptando decisiones sobre los menores, no estando claro en ocasiones a quién corresponde dicha competencia<sup>21</sup>. Esta situación se plantea espe-

18. *Actualidad Civil*, núm. 12/17-23 de marzo de 1997, cit., pg. 262.
19. Destaca cómo prácticamente todos los grupos parlamentarios del Congreso presentaron enmiendas tratando de definir la nueva definición de desamparo, cuando se introdujo dicho término en nuestra legislación. La definición de desamparo hace pensar en la del antiguo abandono, ya suprimida. Cit. pg. 62 en «La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores», de RUIZ-RICO RUIZ, J. M. en *Actualidad Civil* núm. 2, semana 11-17 enero 1988.
20. LLEDÓ YAGUE, F. y HERRERA CAMPO, en *Sistema de Derecho de Familia*, R., Editorial Dykinson, Madrid, 2002, ISBN 84-8155-327-1, pg. 282, señala que «al estudiar esta materia hay que tener presente que concurren dos sistemas normativos, civil y administrativo, uno para la situación personal del menor y las personas interesadas, y el otro, para la regulación orgánica de la Administración y para el funcionamiento de los servicios sociales de responsabilidad pública», y pone como ejemplo la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, en que convergen normas de Derecho civil y de Derecho administrativo.
21. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004, la Audiencia se pronuncia sobre la guarda de una menor, habiendo dictado paralelamente el Juzgado una resolución de guarda judicial, a instancias del Ministerio Fiscal y la Entidad pública la resolución de guarda.

cialmente en dos supuestos: los menores adolescentes con problemas de conducta y en los casos de violencia intra familiar.

Además, debido a la actual división territorial del Estado y considerando que hay comunidades autónomas que tienen una regulación jurídica propia en la materia que nos ocupa, también es necesario plantearse si en todas se hace una interpretación uniforme de lo dispuesto genéricamente en la Constitución. SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M.<sup>22</sup>, señala que España no cuenta hoy en día con un único sistema de protección de menores y que cada Comunidad Autónoma ha ido desarrollando su propio sistema, que, en cualquier caso, cumple todos los requisitos exigidos por las disposiciones estatales e internacionales en este campo. Difiero de este criterio, sin embargo, ya que en ocasiones no se produce ese cumplimiento<sup>23</sup>.

La evolución de la intervención pública en el ámbito de la protección de menores es paralela a la mayor mención al interés del menor que se realiza por la legislación. La nueva concepción de la patria potestad, como menciona FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, F.<sup>24</sup>, «fruto de la crisis del autoritarismo y de la nueva valoración de la personalidad del menor sobre el que la ejerce, llevan a una interpretación finalista de ciertas instituciones clásicas (tutela,

---

22. En Psicología jurídica al Servicio del Menor, *La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*, ob. cit., pg. 190. Pese a ello, señala «existen algunas diferencias que, sin ser grandes, son significativas, en algunos aspectos concretos, debido, entre otros motivos, a: sus distintas posibilidades económicas, su mejor o peor dotación de infraestructuras y programas o su mayor o menor cualificación de los profesionales del sector y en algunas habría que añadir el apoyo que se les ha prestado a su labor desde las universidades, la iniciativa social sin ánimo de lucro, los ayuntamientos o las diputaciones...».

23. Como ejemplo el Decreto 282/2002, de Desamparo, Tutela y Guarda del Menor de Andalucía que en su artículo 40.3, regula un tipo de acogimiento, denominado temporal, que se constituye por la Entidad Pública, aún sin la anuencia de los padres, con familia extensa del menor, sin necesidad de presentar propuesta al Juzgado en los términos del artículo 173.3 del Código Civil, en tanto se estudia la idoneidad de la familia acogedora. Bien es cierto que evita la institucionalización del menor, pero también lo es que dicho reglamento es claramente ilegal en este aspecto por cuanto no cumple con lo dispuesto en la legislación superior; ello sin entrar en los perjuicios que implica el hecho de que posteriormente los acogedores pueden no ser declarados idóneos.

24. El interés del menor, Editorial Dykinson, 2000, ISBN84-8155-686-6 Madrid.

patria potestad, adopción...) e inspiran el espíritu de las nuevas instituciones familiares (acogimiento, guarda...). El interés del menor es considerado como un principio general del derecho, informador, por tanto del resto del ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 1.4 del Código Civil». Incluso se ha hablado de un estatuto propio de los menores de edad.

Si bien el giro que se ha efectuado por la legislación ha sido en términos generales positivo<sup>25</sup>, en el sentido de que se ha pasado de la nula intervención a la mayor protección del menor, asumida como potestad pública, hay que plantearse cuáles son los límites de dicho intervencionismo y en qué papel hemos puesto a nuestros menores. De un lado cuando los particulares se acercan a la Administración a fin de regularizar la situación jurídica de los pequeños con los que conviven, cuando éstos no son sus propios hijos, la intervención administrativa debe contemplar todo el elenco de posibilidades existentes, derivando a instancias judiciales lo que por ésta deba ser resuelto o aconsejando la no intervención, ni judicial ni administrativa, cuando ello sea lo más adecuado (son ya demasiadas las resoluciones de desamparo realizadas en situaciones de no privación y demasiadas las consecuencias derivadas de las mismas.) De otro hay que cuestionar hasta qué punto endiosar principios como el del interés del menor, supone llevar a nuestra sociedad a un punto anárquico en el que quien manda es el menor. Nada más hay que echar un vistazo rápido a la propia LO 1/1996 para comprobar que está llena de derechos pero que carece de deberes. Al menor esta ley no le obliga a nada. El resultado de esta política o gestión legislativa y

25. ARCE RAMÍREZ, E. en el artículo «Los menores extranjeros en situación de desamparo», publicado por la *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre de 1999, señala que hay que desterrar de una vez por todas la concepción de la atención de las necesidades de los menores como función prácticamente exclusiva de los titulares de la patria potestad o tutela, es decir inmersa en la más pura teoría privatista, con actuaciones públicas muy limitadas y enmarcadas en la idea de la beneficencia. ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA, en el artículo de Actualidad Civil, núm. 19, del 11 al 17 de mayo de 1998, «La entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», alude al hecho de que toda sociedad moderna debe tener como uno de sus objetivos principales el de garantizar la protección de los menores... lo cual requiere una adecuada organización de instituciones administrativas que trabajen en estrecha colaboración con jueces y fiscales.

su aplicación práctica no puede ser que centros de protección de menores se saturen de adolescentes con problemas de conducta<sup>26</sup>.

---

26. Sobre este aspecto se pronuncia ALONSO PÉREZ, M., en «La Situación Jurídica del Menor en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, núm. 2/6-12 enero de 1997, cit. pg. 1997, en que comenta que con lentitud secular se va logrando una gradual emancipación y en un estadio final en el que ahora estamos, se está consiguiendo una autonomía, en ocasiones excesiva y hasta revolucionaria. Por supuesto se refiere a los países inmersos en el Welfarestade (a los del llamado con orgullo lacerante «Primer mundo»). Para los innumerables del Tercer o Cuarto mundo, el menor sólo es víctima o mercancía, en todo caso, simples alieni iuris.

## La tutela pública como institución tutelar residual y subsidiaria

### 1. EL CARÁCTER RESIDUAL: LA TUTELA PÚBLICA COMO ÚLTIMA ALTERNATIVA

Al hablar de la tutela pública como residual hago referencia al hecho de que sólo se debe aplicar cuando no existan otras alternativas para el menor<sup>27</sup>, con base a lo que seguidamente se expone.

Destaca BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.<sup>28</sup>, los beneficios evidentes de que cuando nadie puede atender al menor, una persona jurídica pueda hacerlo. Esta posibilidad fue introducida, a través del artículo 242, en el Código Civil en la reforma de 1983. La mayor ventaja que aportan es su profesionalidad y su permanencia. Si a la persona jurídica le añadimos el atributo de pública, hay que mencionar también los medios económicos de que puede disponer.

Dos son los requisitos que exige el Código para que la persona jurídica pueda ser tutora: que no tenga finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de menores o incapaces.

---

27. LLEDÓ YAGUE, F. y HERRERA CAMPO, en *Sistema de Derecho de Familia*, ob. cit. pg. 283, señala que «cuando el menor carece de familia o teniéndola ésta no cumple este deber o no se encuentra en condiciones de poder cumplir, el Estado en virtud del principio constitucional de protección integral de los hijos como indudable exigencia social, debe instrumentar los medios precisos de protección respecto a los menores que se encuentran en esa situación».

28. *Las personas jurídicas tutoras*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, ISBN 84-9768-022-7, 2003, pgs. 11 y ss.

El artículo 234 del Código Civil hace mención a un orden o delación de la tutela ordinaria. En dicho orden se da prioridad a la voluntad del propio tutelado para luego dar paso a las personas que más relación mantienen con el mismo. No incluye dicho artículo mención alguna a las personas jurídicas como tutoras (salvo que lo mencione el propio tutelado o las disposiciones testamentarias del cónyuge o padres). La tutela de la persona jurídica se menciona posteriormente en el artículo 242. Y previamente a éste el artículo 239, en su párrafo 1º alude a que *la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a la que se refiere el artículo 172, indicado que sin embargo, si existen otras personas que por su relación u otras circunstancias pueden asumir la tutela con beneficio de éste, se procederá a nombrarlas tutor por las reglas ordinarias.*

La legislación autonómica refleja igualmente este papel residual de la tutela automática. Es especialmente claro el Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, que dispone en su artículo 19 que en el estudio de la aplicación de las medidas de protección, una de las primeras actuaciones será conocer si algún miembro de la familia del menor, o alguna persona vinculada a él, puede hacerse cargo del mismo, en este caso la Administración deberá promover el nombramiento de tutor<sup>29</sup>.

El ejercicio de la tutela de menores, por la Entidad Pública puede producirse en primer lugar por la aplicación del artículo 172.1 del Código Civil, dispone que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores. Cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas necesarias para su guarda...

---

29. Asimismo, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor Asturias regula, en su artículo 38 la promoción del nombramiento judicial de tutor, que dispone que *la Administración del Principado de Asturias promoverá, ante la autoridad judicial, el expediente de nombramiento de tutor, conforme a las reglas contenidas en los artículos 234 y siguientes del Código Civil, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria con beneficio para éste.*

En este caso no hay intervención judicial, asumiendo la Administración la tutela de forma automática y sin los requisitos de nombramiento y toma de posesión del cargo. Y en segundo lugar por el nombramiento como tutor por el juez en aplicación de la legislación más arriba mencionada. En este caso el nombramiento lo hace el juez y posteriormente habrá de comparecer el representante legal de la Entidad Pública a fin de tomar posesión del cargo<sup>30</sup>. Este supuesto se puede producir por varias vías:

- Supuesto en que la Entidad Pública haya decretado la tutela automática, y posteriormente haya iniciado la incapacitación del menor. Una vez determinada la incapacitación, el juez nombra tutor a la Entidad Pública en tanto el pupilo continúe siendo menor de edad. Por tanto la Entidad pasa de ser tutora ex artículo 172.1 a la tutela otorgada por el juez.

- También es posible que la Entidad pública haya asumido la tutela ex artículo 172 y posteriormente los progenitores sean declarados incapaces, o bien se les prive de patria potestad. En este caso si no existieren personas que se puedan hacer cargo del menor, la Entidad pública puede cumplir con el cargo de tutora por la vía ordinaria.

En este supuesto, se exigirá que la Entidad Pública cumpla con el requisito de formalización de inventario.

Hacer mención al carácter residual de la tutela pública tiene sentido por varios motivos:

1. Tal como se ha expuesto más arriba es la propia legislación civil la que sitúa a la Entidad Pública como último recurso tutelar para el menor necesitado.

2. Ha sido descrita por la doctrina la falta de sensibilidad que se observa en las personas jurídicas en general, y de la Entidad Pública en particular como tutoras. Señala GOLDSTEIN, J. I.<sup>31</sup> cómo

30. Así lo menciona Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO, en la ob. cit., pgs. 98 y ss. La autora alude a que «debe acudir el representante legal o persona designada por la entidad, debiendo acudir ante el juez para la aceptación y para prometer o jurar desempeñarlo bien y fielmente». A pesar de que existen opiniones doctrinales contrarias a la necesidad de aceptación del cargo, es amplia la jurisprudencia en las que se nombra a una persona jurídica como tutora y se ordena la citación de la misma para que acepte el cargo y jure o prometa que lo desempeñará de forma correcta.

31. En *Derecho, Infancia y Familia*, editorial Gedisa, Barcelona 2000, ISBN 84-7432-776-8, compiladora Mary BELOFF, cit. pg. 120.

el Estado como *parens patriae* es un instrumento demasiado tosco para convertirse en el sustituto adecuado de los padres de sangre, y añade que «el sistema jurídico no tiene ni los recursos ni la sensibilidad para responder a las necesidades y demandas cambiantes de un niño en crecimiento». Es evidente que el desempeño de la tutela por una persona física (en aplicación del artículo 234 del Código Civil que expresamente considera beneficiosa la integración del menor en la vida de familia del tutor) es más adecuado para el menor. Hay que considerar que en el artículo 174.4 del Código Civil se indica como principio esencial la reinserción en la propia familia. Una persona jurídica, y más una persona jurídica pública puede considerarse la antítesis a una familia. Nunca la Entidad Pública, formada a fin de cuentas por funcionarios que van variando con el paso del tiempo (en ocasiones casi sin conocer los casos de los menores que están bajo su tutela), ejercerá con el mismo celo que una persona física, la tutela del menor. Bien es cierto el papel esencial que desempeña esa tutela pública, y que no se discute aquí el importante rol que desempeñan las personas físicas que efectivamente ejercen su guarda (bien sean centros o pisos o acogedores), pero es evidente que hablamos tutores en el marco de macro organizaciones, que deben desempeñar su papel sólo en caso de que no existan otras personas que puedan ejercer la tutela y por el tiempo indispensable para ello.

3. Además de lo expuesto no se puede olvidar que los menores siempre deben tener a su alcance una persona que les represente de forma efectiva y que vele por sus derechos. Cuando la persona jurídica pública ejerce como tutora, al delegar la guarda en terceras personas, el menor queda distanciado de su tutor, no resultando siempre accesible para el mismo (por el volumen de trabajo y por la propia estructura del sistema). GOLDSTEIN<sup>32</sup> abunda en el tema y diserta sobre «la falta de capacidad para tratar los casos individuales con las consecuencias de tomar decisiones o para actuar deliberadamente con la velocidad necesaria conforme al sentido temporal de un niño. De manera similar, el niño no tiene la capacidad de responder a las reglas específicas de un juez (o de la Administración en el caso español) de la forma en que responde las demandas de las figuras paternas».

---

32. En *Derecho, Infancia y Familia*, ob. cit., pg. 120. Añade que «el proceso por el cual un niño convierte las expectativas externas, la orientación, el consejo, las exigencias y las prohibiciones en la capacidad de valerse y guiarse por sí mismo no funciona adecuadamente sin los lazos afectivos que existen con aquellos que los cuidan. El cambio en las circunstancias y en las necesidades de la vida de un niño son tratadas mejor por una familia en funcionamiento, por la decisión de la familia *en el momento*».

Por ello en el presente estudio se pretende abordar las distintas alternativas que existen cuando antes o después de declarado el desamparo el menor debe ser dotado de un tutor cercano que ejerza auténticas funciones parentales. Un ejemplo claro del tipo de decisiones en que debe actuar un tutor cercano sería el caso de una menor de 14 años que ha quedado embarazada y quiere abortar. Resulta paradójico que en caso de estar acogida y bajo la tutela de la Administración, sea a ésta en última instancia a quien se dirija el centro médico para pedir el consentimiento, en lugar de los acogedores con los que convive la menor todos los días.

## 2. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO: APLICABLE CUANDO NO EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS

Hablar de subsidiariedad implica pensar que sólo en el supuesto de que no existan otras alternativas, la Entidad pública asumirá la tutela de menores<sup>33</sup>. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., comenta el caso de la niña de Benamaurel (Granada), en un artículo titulado «¿Protección de menores versus protección de progenitores?». Pone la nota en el uso que se hace de la declaración de desamparo y destaca las consecuencias prácticas que conlleva una declaración de desamparo que pudiera ser desacertada. Cuando un menor está en situación de desamparo y se decide integrarlo en un núcleo familiar, la posibilidad de retorno con su familia biológica puede resultar muy complicada<sup>34</sup>.

33. Así lo manifiesta alguna legislación autonómica, como el artículo 8 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, que dispone que 1. *La actuación de los poderes públicos de Castilla-La Mancha tendrá carácter subsidiario respecto de la que corresponde a los padres, tutores o guardadores, como responsables de asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral del menor.*

34. *Actualidad Aranzadi*, marzo 2000, pgs. 11 y ss. Este caso así lo refleja, y el autor destaca que la situación de desamparo sólo puede declararse en circunstancias de extrema necesidad, no puede depender de meros criterios educativos. En este caso se pone de relieve los enormes costes que supone una decisión desacertada... «se ha llegado a una situación de imposible solución sin el sacrificio de las relaciones afectivas de la niña, de las relaciones afectivas de sus padres adoptivos o de las relaciones afectivas de su familia de acogimiento. Todos ellos merecen en principio respeto, y sin embargo, ello no podrá traducirse en su deseable satisfacción».

Resulta notoria la amplia intervención efectuada por la Administración en este ámbito. Con excepción de los supuestos en que de forma rápida y eficaz se debe realizar una separación del menor de su medio, existe un amplio elenco de alternativas con las que se debe jugar antes de adoptar a medida de desamparo<sup>35</sup>, además del hecho de que el desamparo no debe usarse nunca de forma instrumental. Asimismo una vez desamparado el menor, se debe dotar al menor de una tutela cercana e integradora con su realidad familiar que la tutela pública, en el plazo más breve posible. El hecho de que se aplique a la tutela automática las dos características arriba mencionadas, implica que la decisión sobre la mejor opción posible supone valorar todas las alternativas posibles.

Paso seguidamente a estudiar algunas de las figuras relacionadas con las medidas alternativas.

### 3. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 158.4 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 158 de Código Civil fue introducido en el mismo a raíz de la reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En la primera redacción se contemplaba la posibilidad de que el Juez dictara medidas con relación a alimentos y necesidades futuras del hijo; disposiciones para evitar perturbaciones en casos de cambio de titularidad de la guarda y *en general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*. Posteriormente la LO 1/1996 introdujo la novedad de que todas estas medidas, ya no cautelares, sino convenientes, *se pueden adoptar dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*. Por último la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, ha introducido un nuevo párrafo sobre

---

35. La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, titula su artículo 8, subsidiariedad de la intervención administrativa, y dispone en el mismo que *los padres y tutores tienen la obligación de ejercer responsablemente las funciones inherentes a la patria potestad o tutela, sin perjuicio de la actuación subsidiaria de la Administración del Principado de Asturias en los términos legalmente establecidos*.

sustracción de los hijos menores, y ha desplazado el contenido del apartado 3º al párrafo 4º.

En lo que a este estudio refiere, nos centraremos en la aplicación del actual párrafo cuarto del artículo 158. Como se ha expresado más arriba, desde la primera redacción de dicho artículo, no ha sufrido modificación alguna, constituyendo un concepto jurídicamente indeterminado de difícil aplicación e interpretación. La aplicación de este artículo plantea diversas cuestiones de aplicación práctica, que paso a analizar.

Tal como se desprende del estudio que se va a realizar, el artículo 158.4 ha supuesto la posibilidad práctica de evitar en muchas ocasiones la declaración de desamparo, dando soluciones alternativas y de lo más variopintas al caso concreto, debido sobre todo a la flexibilidad que permite su aplicación, dejando la tutela de la Administración como una medida aplicada en último lugar y de auténtico carácter residual.

### **3.1. CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE APLICA**

El apartado cuarto del artículo 158, ha resultado ser un auténtico cajón de sastre. Se utiliza por los Juzgado para cualquier cosa, algunos ejemplos de la volubilidad de dicho artículo son los siguientes:

La sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 15 de diciembre de 2001 ordena que por los padres de un menor se permita que un psiquiatra examine, y en su caso trate al mismo, con relación al proceso de inadaptación social que sufre, así como autoriza a la sección de protección e Infancia de la Junta de Castilla y León para mantener contacto con el menor y con los especialistas, a fin de mantener el conocer su situación y evitar una situación de desprotección. En este caso, si bien el menor está en riesgo, a través de la medida adoptada, se evita llegar al desamparo.

Por el auto de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2004, se revoca la resolución de primera instancia de 2 de febrero de 2004 (tan sólo 9 días después), prohibiendo, a instancias del Ministerio Fiscal, la salida del territorio nacional a

las hijas menores y a la madre con dirección a un país africano, en el que constituye práctica habitual la ablación genital femenina.

Son frecuentes también los casos en que se aplica con relación a incapaces, así el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 28 de enero de 2002, con relación al establecimiento de un régimen de visitas amplio a la madre del incapaz en el centro psiquiátrico o el de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de julio de 1999, en que se autoriza el aborto a una mujer incapaz que padece trastorno límite de la personalidad.

Sin embargo los supuestos más habituales de aplicación del artículo 158, son los de guarda y custodia de menores. Paso seguidamente a analizar dos supuestos de amplia aplicación del artículo 158: con relación a los procesos penales, así como en el frecuente caso de adolescentes con problemas de conducta.

Respecto de esta cuestión, en los antecedentes del artículo 158 del Código Civil, en la propuesta presentada por DIEZ-PICAZO en los trabajos prelegislativos del grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación<sup>36</sup>, se incluía un artículo con el núm. 159 que disponía: «Cuando la seguridad, la salud, la formación moral o la educación de un menor se encuentran en grave peligro y no se dan los requisitos necesarios para la privación de la patria potestad, podrá el juez a requerimiento del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor dictar las disposiciones que considere más adecuadas o confiar al menor a una persona o a un establecimiento de educación y asistencia». En derecho comparado, se alude expresamente a que las situaciones de peligro para el menor no sean causa suficiente de privación de patria potestad. Si no deben ser causa de privación... ¿tampoco deben serlo de suspensión de patria potestad, conforme al concepto de desamparo? Esto es, si según la información de que dispone el juez, el peligro puede dar lugar a la declaración de desamparo ¿debe reenviar el caso a la Administración para que sea ésta la que actúe, defendiendo al menor de un peligro a través de la tutela pública?

---

36. LINACERO DE LA FUENTE, M., en *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, ISBN 84-7111-399-6, 2001, cit. pg. 217, señala que los citados términos son muy similares a los previstos en el Code francés, el Código Civil portugués y el BGB.

Considero que dada la amplitud de situaciones que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 158.4, resulta esclarecedora en este punto de la exposición acudir a la realidad para dar soluciones concretas.

a) Procesos ante Juzgado de Instrucción o Penales:

El caso más frecuente es el de maltrato o abuso sexual. Es habitual que estas situaciones sean conocidas en origen a través de partes de esencia hospitalarios o a través de denuncias policiales. En ese momento el centro hospitalario o la policía, tiene la obligación de dar traslado urgente al Juzgado de guardia. De forma rápida habrá de estudiar en primer lugar si de la información aportada se deduce un peligro inminente para el menor. Si es así, puede ordenar el Juzgado de forma inmediata a la Administración que asuma la guarda del menor, en aplicación igualmente del artículo 172.2. Pero la realidad no funciona de esta manera. Son muchos los casos en que el Juzgado lo que hace es acudir a la Administración, comunicando que el menor puede encontrarse en situación de desamparo. Este es el caso de dos hermanas, presuntamente abusadas sexualmente por su padre. La madre dice desconocer que se han producido los abusos, pero a su vez el Juzgado tiene noticia de antecedentes del padre por abusos a menores, así como de sentencia de separación en que se adjudica la guarda y custodia a la madre, con régimen de visitas con el padre bajo su supervisión. La realidad es que los padres han continuado viviendo en el mismo domicilio y que por el forense se ha determinado la existencia de abusos. Como se puede comprobar quien tiene acceso a toda la información (policial, forense, antecedentes penales...) de una forma rápida es el Juzgado. Sin embargo en este supuesto, éste se limitó a enviar una comunicación a la Administración considerando que las menores podían estar en situación de desamparo. Puesto que la madre está inculpada penalmente como posible encubridora de los hechos, el padre ha sido encarcelado provisionalmente, dado que el Juzgado tiene acceso inmediato a la información forense, a la declaración de los imputados y demás documentación, considerando que no se debe revictimizar a las menores con entrevistas duplicadas por los forenses, el Juzgado y los servicios de protección de menores: con independencia de que posteriormente se considere que las meno-

res están en situación de desamparo, debe de ser el Juzgado quien determine si verdaderamente existe peligro o se debe evitar perjuicio para las menores permaneciendo en el domicilio o no, ordenando, en su caso, la guarda por la Entidad pública.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica<sup>37</sup> hace igualmente remisión expresa al artículo 158 del Código Civil. En el artículo 2.1 menciona que se dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad... sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil<sup>38</sup>. Hace referencia a una serie de medidas (vivienda familiar,

---

37. El artículo 153 del Código penal impone penas al disponer que *el que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*El artículo 173.2 del Código Penal señala que el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

38. La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de febrero de 2004, se pronuncia expresamente sobre el hecho de que si bien las medidas adoptadas en la orden de protección, son teóricamente impugnables en recurso de apelación, la realidad es que el plazo de vigencia de las mismas es sólo de 30 días, en que el Juez de Primera Instancia deberá

determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos) y termina aludiendo a cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, es decir reitera lo dispuesto en el artículo 158.4. Con ocasión de dictar la orden de protección el Juzgado podrá ordenar en su caso que el menor sea ingresado mediante guarda judicial, ex artículo 172.2 en un centro de protección. Entre otras medidas se podía aplicar a través de la orden de protección la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. De esta forma, el Juzgado, que es quien cuenta con más información adopta todas las medidas necesarias para la protección del menor, con independencia de que posteriormente se determine que existe situación de desamparo.

Con relación a las situaciones derivadas de violencia de género, la reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>39</sup>, establece la posibilidad de que el Juez ordene la suspensión de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores o la suspensión de visitas. A diferencia de la ley reguladora de la Orden de protección, la Ley 1/2004, sí menciona como medida específica la suspensión de la patria potestad. El Código Civil sólo utiliza este término con relación a la tutela pública, sin embargo en esta nueva ley se alude a suspensión que será aplicable únicamente respecto de uno de los progenitores. Será necesario ver en la aplicación que se haga por parte de los Juzgados y tribunales si los efectos de dicha suspensión son similares a los del desamparo

---

pronunciarse, al tratarse de un plazo perentorio cuyo no-cumplimiento produciría la grave consecuencia de la extinción de las medidas acordadas por el Juez de Instrucción. Por ello el recurso no tendría efectividad alguna. Señala el mismo auto que para que el Juez de guardia adopte alguna medida civil, es preciso que las mismas no hayan sido ya adoptadas previamente por la jurisdicción civil, sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

39. Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores. *El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.*

Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas. *El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes.*

o asimilables a la privación temporal de la patria potestad. Verdaderamente en los términos que está redactado se puede considerar que lo que se hace es dar al juez la potestad de dictar una resolución de efectos similares a la que dicta la Administración, con la única diferencia de que la guarda y custodia se le atribuye al otro progenitor. Además estas medidas no tienen simplemente una duración de 30 días, como ocurre en la orden de protección, sino que pueden resultar definitivas<sup>40</sup>. Se entiende que posteriormente se podrá iniciar procedimiento de privación de patria potestad.

b) Menores adolescentes.

Existe una pugna entre Juzgado, Fiscalía, progenitores y servicios de protección, en relación a quién debe adoptar medidas respecto a los menores adolescentes. Cuando empiezan a cometer pequeños actos delictivos, unidos al absentismo, las drogas, los problemas conductuales y a veces psiquiátricos, son varios los agentes implicados: la Fiscalía puede sugerir a la Administración que ingrese al menor en un centro a través del desamparo. En caso de que no se decrete el mismo, el fiscal puede acudir al juez a solicitar la aplicación del artículo 158.4, para el ingreso en centro del menor. Igualmente los padres, ante la desesperación de cómo atender a unos hijos adolescentes en auténtico conflicto, pueden solicitar la guarda a la Entidad pública, e incluso declarar que los abandonan.

Existe además un fenómeno cada vez más extendido que es el de los menores que agreden a los mayores y que provoca gran alarma social<sup>41</sup>. El artículo «Un fenómeno emergente, cuando el

---

40. Artículo 69 de la Ley Orgánica 1/2004 regula el Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad. *Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.*

41. El diario Sur de Málaga, publica el día 1 de febrero, un artículo en que destaca cómo jueces y fiscales alertan de este nuevo «fenómeno social» que afecta a familias normales y consiste en que los niños le peguen a sus papás, quizá para educarles, por si todavía están a tiempo de ser personas de provecho. La cosa ha adquirido tal proporción que algunas asociaciones de padres están pidiendo órdenes de protección.

menor descendiente es el agresor»<sup>42</sup> hace un amplio estudio de la cuestión. Este tipo de agresiones se producen cuando los progenitores que ejercen la patria potestad han perdido la autoridad y es frecuente que ocurra entre nietos y abuelos, que en muchos casos asumen la tutela de éstos cuando los padres no ejercen adecuadamente la patria potestad o simplemente se ausentan, siendo frecuente también en familias desestructuradas, y teniendo asiduamente un componente de género, ya que es mayor el número de varones que agrede y, de forma habitual, a la madre. Ante esta situación, los autores del artículo señalan como alternativa la guarda del menor en centro de protección y en último extremo el desamparo. Sin embargo para que dichas medidas sean efectivas deben ingresar los menores en centros especializados, ya que los centros residenciales o de primera acogida de menores no están orientados a estos problemas. Se plantea como solución alternativa la emancipación del menor y por último su desamparo. Habría que cuestionar si en estas situaciones se produce el requisito de la privación de la necesaria asistencia moral o material que exige el artículo 172 del Código Civil y que habría que encuadrar en el supuesto que las legislaciones autonómicas mencionan como falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor<sup>43</sup>. Pero dado que nos encontramos ante un fenómeno emergente, en el sentido de que existe pero está oculto, ya que la denuncia y puesta en conocimiento de servicios sociales de estas situaciones es la última alternativa, si se abre la puerta del

42. CHINCHILLA, M<sup>a</sup> J. y otros, Universidad de Zaragoza, publicado en [www.unizar.es/sociologia\\_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf](http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf)

43. Algunas legislaciones autonómicas mencionan esta causa [véase el artículo 17.2 g) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia, el artículo 23.1 i) de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, artículo 22.1 a) de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de infancia de la Región de Murcia], sin embargo en otras no se hace mención a la misma, por lo que habría que incluirla en la cláusula genérica a la que normalmente aluden, y en aplicación del artículo 172 del Código Civil [por ejemplo en el caso del artículo 29.2 a) de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria, o en el artículo 6 g) de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de Extremadura].

sistema de protección para estos menores, puede que no sea posible darle cabida a todos los casos. Más bien se trata de variar la política integral dirigida a la educación, tanto de los padres como de los hijos.

Se han dictado leyes en alguna comunidad autónoma en que se adoptan medidas especialmente sobre los adolescentes. Así la Ley catalana de 8/2002, de 27 de mayo, que modifica la Ley 37/1991, de 30-12-1991, de medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción y de regulación de la obtención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social, que señala en su exposición de motivos que *por una parte, la entidad de protección de personas menores debe atender cada vez más a chicos y chicas adolescentes y a menos niños porque hay menos abandonos y más adopciones y porque las personas adolescentes, con o sin problemas familiares, a menudo son más conflictivas y refractarias a la aplicación de las medidas de protección que necesitan para su atención y para promover el desarrollo integral de su personalidad*<sup>44</sup>.

44. El auto de 11 de abril de 2003, de la Audiencia Provincial de Burgos, resuelve sobre la solicitud de emancipación planteada por los padres adoptivos de una menor, alegando aquellos que les resulta imposible ejercer la patria potestad, debido a la actitud de su hija, que no obedece ni respeta a los padres y que agrede a los mismos. Sostienen los apelantes que el Juzgado a la vista de los hechos debiera haber actuado de oficio y haber concedido la emancipación judicial, por las graves actuaciones de la menor respecto de sus padres. El auto desestima la pretensión y aclara que no contempla nuestro Ordenamiento la emancipación como una especie de sanción por el incumplimiento de los deberes de los hijos para con los padres, ni tampoco como una medida que pudiera imponerse como consecuencia de la comisión, por parte de la menor, de hechos incluidos en el artículo 1 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- En el recurso de apelación 103/1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, se deja sin efecto la resolución de desamparo de una menor, la cual mintió sobre unas presuntas agresiones por parte de su hermana mayor, que dieron lugar a un juicio de faltas, del que los padres resultaron absueltos. Previamente a estos hechos la madre había solicitado la guarda de la menor porque no podía controlar a esta hija. Describe la sentencia que de los hechos probados no resulta en modo alguno acreditado ninguno de los hechos que fundamentarían el pretendido desamparo: no existe una prueba seria y objetiva de maltrato físico a la menor por parte de la hermana mayor, ni de sus padres. Existió por tanto una simulación total del maltrato por parte de la menor. En este caso se podría haber acordado en el marco del proceso penal, la guarda judicial en aplicación conjunta de los artículos 158.4 y 172.2. La Administración durante el proceso no cuenta con datos objetivos suficientes para determinar el desamparo y los

Estamos ante situaciones en que, a veces, confluye el maltrato intra familiar junto a la cuestionada necesidad de protección de los adolescentes cuando sus padres están realmente preocupados por los mismos. PANTOJA GARCÍA, F.<sup>45</sup>, señala que «se detectan situaciones de desamparo por imposible o inadecuado cumplimiento de obligaciones de la patria potestad, en menores adolescentes o preadolescentes, que si bien cuentan con padres o tutores preocupados por sus hijos, no pueden asumir la problemática que plantean derivados de trastornos de la personalidad y comportamientos inadecuados que hacen la vida familiar imposible». Matiza que «son situaciones del artículo 172 del Código Civil, pero que la Entidad pública de protección de menores no asume como tal, por entender que los padres han de afrontar tales situaciones».

Cuando hablamos de adolescentes suele ser por absentismo escolar, drogadicción, trastornos de conducta, violencia intra familiar generada por el adolescente... Lo normal es que no se presente un indicador de forma aislada. La cuestión que se debate en este punto debe ser enfrentada desde el punto de vista del interés del menor. Si bien es cierto que los padres no pueden afrontar los problemas de los menores, hay que cuestionar si en estos casos estamos ante situación de desamparo<sup>46</sup>.

---

padres no habrían sido suspendidos de patria potestad, pero no obstante, en un primer momento, se detecta en el juicio de faltas que la menor debe ser alejada preventivamente de cualquier peligro.

45. En «Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales», vol. III, 1999, impreso en Madrid por Solana e Hijos-Artes Gráficas.
46. En el auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998, se plantea si la situación de un menor, con graves problemas de conducta es de desamparo. La madre del menor, a la que en sentencia de separación se le había atribuido la guarda y custodia, ante su incapacidad para controlar al hijo, solicita de la Administración la guarda, ex artículo 172.2 del Código Civil. Sin embargo la Entidad pública decreta su desamparo. En el auto se analiza que el padre no es capaz de proporcionarle una asistencia moral mínimamente adecuada, rechazando el tratamiento psicoterapéutico que el menor necesita, y que la madre no tiene capacidad de respuesta para controlar la situación, sin poder cumplir en estos momentos. Acude el tribunal a la teoría de que la guarda se formaliza en casos en que la situación de desasistencia es temporal y alude que sólo existirá desamparo cuando dicha situación sea más definitiva. Considero que el motivo de que estemos ante una guarda o un desamparo, es que esa temporalidad hay que unirla a la voluntad de la madre de procurar la reinserción de su hijo, ya que si la misma no existiera, realmente estaríamos ante un desamparo.

Al hablar de menores con conductas amparadas por el Código Penal, es necesario hacer la siguiente distinción:

Menores de edad inferiores a los 14 años. En este caso la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone en su artículo 4 que *cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.* La situación que lleva al menor a la delincuencia puede dar lugar a intervención desde los servicios sociales en aras a disminuir la situación de riesgo a la que se refiere el artículo 17 de la LO 1/1996, o al desamparo (porque realmente los padres no ejerzan correctamente las obligaciones que el artículo 154 del Código Civil les impone), o puede ser que realmente estemos ante casos en que queriendo desempeñar esas funciones no lo hagan.

Menores de más de 14 años. El artículo 18 de la Ley de Responsabilidad Penal de los menores dispone que *el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.* En este supuesto se actuará de forma similar a lo planteado más arriba.

Es posible que los actos se hayan producido dentro del ámbito familiar, con lo que será necesario conjugar la defensa de los padres con la del interés superior del menor. En las Primeras Jornadas sobre Violencia Intrafamiliar celebradas en Zaragoza los días 28-29 de noviembre de 2002, se realizó una comunicación<sup>47</sup>,

---

47. Ob. cit. «Un Fenómeno emergente: cuando el descendiente es el agresor» por CHINCHILLA, M<sup>a</sup> José.

en la que se analizaba el caso del menor que agrede a sus ascendientes. En concreto alude a los modos de intervención del derecho, realizando un decálogo de principios de actuación cuyo objetivo principal es la integración social, y exponiendo que la respuesta que debe darse desde las instituciones y el Derecho no debe ser tanto de carácter punitivo sino educativa con finalidad reinsertadora. En concreto da esta comunicación con la clave del motivo de porqué nunca se debe confundir la tutela pública como vía de escape a estos conflictos: las instituciones deben, con todos los medios a su alcance, favorecer el ejercicio de la patria potestad que es una obligación de los padres que debe redundar en el beneficio del menor, ya que el artículo 154 del Código Civil concede la facultad a los padres de recabar el auxilio de los poderes públicos. El hecho de que los instrumentos de ayuda con que cuenta la Administración sean escasos o inadecuados para un problema de esta envergadura, no significa que como alternativa ante la demanda de auxilio se use el sistema de protección a través del desamparo. Si ante un caso de estos se utiliza esta medida, el menor entrará en un centro cuyas características no son las adecuadas para el mismo (sin medidas de contención y junto a otros menores que no desarrollan conductas de este tipo). En ese supuesto los padres quedarán eximidos de responsabilidad y la Administración asumirá la tutela, pero el problema seguirá latiendo ya que no se da la alternativa adecuada. No se trata por tanto de suspender a los padres de la patria potestad cuando no la pueden o no la saben ejercer, sino de ayudar a éstos y a sus hijos a encontrar la forma de superar las dificultades.

El Código Civil al regular el concepto de desamparo usa un sistema objetivo: lo que importa es el resultado, si el menor queda privado de asistencia moral o material, hay desamparo. Es contraria la doctrina y la jurisprudencia a desamparar a menores hijos de padres en situación económica precaria cuando aquellos están pidiendo ayuda para mejorar su situación y responden a la intervención de los servicios sociales, aun cuando a veces los recursos no resultan suficientes. En la misma medida, se debe poner a disposición de los padres todos los recursos existentes para solu-

cionar conflictos con los adolescentes, siendo el desamparo una alternativa residual<sup>48</sup>.

El desamparo implica que los padres quedan suspendidos de la patria potestad y la cuestión es... ¿de qué sirve suspender de potestad a unos padres que quieren a su hijo y desean seguir tomando decisiones sobre su futuro, con la salvedad de que no son capaces de controlarlo? Si no contamos con la voluntad de ingresar en un centro del menor no sirve de nada trasladar la tutela de sus padres a la Administración, con el consiguiente traslado de responsabilidad. Previamente a la entrada en un centro de protección debe ser previamente oído el menor. Si el menor adolescente no coopera y no desea el ingreso la medida será inútil, ya sea por guarda judicial o por desamparo, ya que se fugará del mismo, al ser de carácter abierto. Si el menor presenta problemas de drogadicción, igualmente debe de contarse con su consentimiento, o bien solicitar su ingreso al Juzgado en aplicación del artículo... 272 del Código Civil... Si el menor presenta problemas psiquiátricos que requieran su ingreso, igualmente se debe acudir al Juzgado para su ingreso. Por tanto la alternativa no está entre desamparo o guarda (administrativa o judicial), sino en la existencia de recursos para un problema emergente de nuestra sociedad, cual es los adolescentes con problemas de conducta para los cuales sus padres no cuentan con recursos adecuados.

### **3.2. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL. SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 158.4. EVITACIÓN DEL DESAMPARO**

a) Criterios de las Audiencias Provinciales:

- Atribución de la guarda futura en la madre en tanto la Entidad pública ejerce el desamparo.

Existen numerosos procesos en que se encuentran vinculados los servicios de protección de menores en supuestos de separa-

---

48. CHINCHILLA, M. J. en el artículo mencionado ut supra menciona que el desamparo de los menores también puede decretarse porque se produzca una situación de imposible convivencia asumiendo en ese caso la tutela la Administración ex lege, pero esa situación se producirá en supuestos extremos debiendo buscarse siempre la colaboración de ambas partes.

ción, nulidad o divorcio, y que en ocasiones ofrecen soluciones novedosas en la resolución de conflictos familiares. Es el caso planteado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de julio de 2002. Se trata de una madre que tiene una enajenación transitoria fruto de la separación de su marido, motivo por el que los menores se encuentran tutelados por la Entidad pública y acogidos en un centro de protección. El Juzgado de primera instancia acuerda la guarda y custodia de los mismos en su progenitora, pero la efectividad de dicha decisión no se producirá hasta que cese la tutela de la Entidad pública, lo cual se entiende que es una situación transitoria y en todo caso no superior a un año. No menciona la sentencia como motivación jurídica ni el artículo 92 ni el 158 del Código Civil. Únicamente hace referencia al interés de los menores. Sin embargo resulta evidente que aunque no lo mencione, realmente es la disposición que se está aplicando. Si bien no está prevista la atribución de la guarda futura, en tanto está vigente el desamparo, es una solución adecuada que resulta favorable tanto a los intereses de la madre como de los hijos, por lo que sin estar expresamente regulada, en aplicación de los principios generales de protección de los menores se debe usar.

- Atribución de la guarda conjuntamente a la abuela y al padre, y reconocimiento de la autoridad familiar compartida por el padre y la madre en proceso de separación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de diciembre de 2004, contempla el caso de la atribución de la guarda de una menor a su abuela, junto al padre, en el marco de un proceso de separación. Se argumenta que es necesaria la aplicación del principio de interés del menor, y así lo dispone el artículo 92 del Código Civil<sup>49</sup>, y sobre la base de la relación que mantiene la niña con la abuela, así como los efectos que el estilo educativo de la madre puede tener sobre la niña unido a los continuos viajes al extranjero del padre, se acuerda que la custodia se atribuya al padre y a la abuela conjuntamente, compartiendo los

---

49. Dispone que *las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos*, en la redacción anterior a la Ley 15/2005, de 8 de junio.

padres la autoridad familiar, Pilar (término usado en Ley 3/1985, Compilación de Derecho Civil de Aragón, similar a la patria potestad). La fórmula acordada en esta sentencia sería de aplicación en aquellas situaciones en que familiares que conviven junto a alguno de los progenitores ejercen de hecho la guarda de menores. Si la abuela de la pequeña del supuesto examinado no se hubiera hecho cargo de la misma, posiblemente estaríamos ante una situación de desamparo, sin embargo, dicha situación no se plantea porque no se llega a la privación de asistencia de la misma. Verdaderamente es una solución novedosa, y que tiene la virtud de situar a cada una de las partes en su papel. La madre, sin quedar ni privada ni suspendida de la patria potestad, (autoridad familiar), es relegada a un segundo plano, pudiendo adoptar junto al padre decisiones sobre la menor y con un derecho de visitas que se establece en la sentencia. Si bien el texto de la sentencia únicamente hace referencia al artículo 92 del Código Civil, cuando en realidad (igual que ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001), está aplicando las medidas a que hace referencia el artículo 158.4. Si bien la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil aborda la posibilidad de la guarda compartida, lo hace sólo para los progenitores, no así para parientes o terceras personas.

- Convivencia con la abuela, manteniendo la guarda y custodia los padres, en proceso de separación, como medida definitiva.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 12 de junio de 1998, se plantea la guarda y custodia de los hijos, habiendo atribuido la misma a la abuela en primera instancia. Señala que no son aplicables los preceptos reguladores de los efectos de la separación matrimonial o el divorcio, pues no se trata de un procedimiento de dicha naturaleza, no teniendo cobertura legal dicha posibilidad. Termina acordando que si bien la guarda y custodia son funciones que sólo pueden ostentar el padre o la madre, admite sin embargo que los menores continúen conviviendo con la abuela. Bien es cierto que sólo el artículo 103.1 en las medidas provisionales de los procedimientos de separación, nulidad y divorcio admite la posibilidad de atribuir como medida cautelar la guarda a terceras personas. Sin embargo, ya hemos podido comprobar en la sentencia mencionada *ut supra* cómo es

posible que en medidas definitivas o en aplicación del artículo 158.4 se atribuya dicha guarda o custodia a terceros. El papel de los abuelos por demás ha sido especialmente fomentado como recurso familiar insustituible en las últimas modificaciones del Código Civil. De nuevo se vuelve a adoptar una medida del artículo 158.4, si bien ni siquiera se menciona el mismo, pero claramente en interés de los menores.

- Atribución de guarda y custodia a la abuela en detrimento de los padres por carecer éstos de medios económicos y en interés del menor.

En la sentencia de 29 de mayo de 2002 de la Audiencia Provincial de Asturias, se acuerda que la guarda de unos menores se atribuya a la abuela paterna, manteniendo los padres la patria potestad compartida. El argumento de la misma es que no sólo la carencia de medios económicos de los padres justifica dicha decisión, sino también la estabilidad afectiva y emocional que aquélla ofrece frente a éstos. En la sentencia de primera instancia se acordó además que los padres pagaran un 20% de sus ingresos en concepto de alimentos, pero la Audiencia desestima dicha pretensión respecto de la madre por carecer en ese momento de ingresos, con independencia de la variación futura de circunstancias que pudiera motivar que de nuevo pagara. Evidentemente en este supuesto si la abuela del menor no se hiciera cargo del mismo, hubiera entrado en juego la institución del desamparo, y si el Juzgado no hubiera decidido sobre la guarda en estos términos, probablemente la abuela habría acabado en el servicio de protección denunciando la situación de sus nietos y solicitando que se decretara el desamparo y se formalizara el acogimiento de los menores. Como contrapartida no se hubieran fijado alimentos siquiera a cargo del padre, ya que la tutela pública tiene carácter gratuito.

- Guarda y custodia a favor de guardadores

En la sentencia de 28 de febrero de 2003, la Audiencia Provincial de Madrid ratifica la suspensión de visitas por parte de los padres biológicos, manteniendo la guarda a favor de los guardadores. Hace referencia la sentencia únicamente a pronunciamientos relativos a la motivación de no mantener dichas visitas. En este

caso, no estando los padres preparados para ejercer las funciones propias de la patria potestad, si bien no han sido privados de la misma, ni suspendidos por la Entidad pública, de hecho han sido privados de su ejercicio hasta el punto de no poder mantener visitas con sus hijos. Los guardadores quedan en una posición privilegiada, que mantienen desde el año 1998, pero la cuestión que no se plantea es la relativa a quién adopta decisiones relativas a los menores que requieran del padre, madre o tutor. A priori, en situaciones de este tipo, en que ni siquiera existen visitas, no deben ser los padres los que decidan sobre cuestiones del interés de sus hijos, ya que ni siquiera podrán oírlos. Quizás ante estas situaciones debería actuar la Fiscalía proponiendo la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor, ya que la seguridad jurídica del menor implica dar roles adecuados a las personas que deben decidir, y en este caso los guardadores no tienen ni siquiera facultades de tutela. Debido a que la relación de éstos y de los menores con los padres son muy conflictivas, si el tribunal se decanta por que los menores estén con sus guardadores, debe otorgarles asimismo o tutela o facultades de tutela. En este caso además, la medida de guarda no se plantea como una medida transitoria, adoptada en el marco del artículo 103 del Código Civil, sino que es en medida definitiva, y por tanto en aplicación de los artículos 92 y del 158 del Código<sup>50</sup>.

b) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 158 del Código Civil.

• Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001: no privación de patria potestad a los padres y guarda y custodia para los abuelos sobre la base del artículo 158 del Código Civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001, trata de forma expresa la aplicación del artículo 158 del Código Civil. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca declaró que la guarda y custodia de una menor correspondía en exclusiva a la madre, no debiendo ser perturbada en su ejercicio.

---

50. Por el contrario la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, de 9 de febrero de 2000, si bien reconoce la guarda y custodia por parte de los abuelos, en aplicación de los artículos 92 y 94 del Código Civil, estima que los padres deben tener derecho de relación con sus hijos.

La Audiencia Provincial, sin embargo, estima que la patria potestad corresponde a la madre de la menor, pero la guarda y custodia se confía a los abuelos, todo ello hasta que la madre acredite la posibilidad de asumir plenamente sus obligaciones. La sentencia examina el hecho de que la madre no está capacitada en este momento para atender a su hija, habiendo incluso solicitado en ausencia por vacaciones de la abuela, su ingreso en un centro de protección. No entiende la defensa cómo se puede decir de forma paralela que los padres no están incurso en causa de privación de la patria potestad y vetarles, sin embargo, de las facultades más importantes que integra esta institución, por cuanto se concede la guarda y custodia a los abuelos. Aclara el Tribunal Supremo que en este caso en realidad, y, aunque no se exprese, el Tribunal de instancia ha hecho uso del artículo 158 del Código Civil, debido a las circunstancias de inestabilidad que ha vivido el menor.

Si no se hubiera podido acudir a la aplicación de este artículo, en el caso examinado, sin haber privado a los padres de patria potestad, habría que haber declarado el desamparo para posteriormente delegar la guarda y custodia, a través de un acogimiento con los abuelos. En esta sentencia el Tribunal Supremo sienta un criterio jurisprudencial de gran utilidad práctica. Cuando nos encontramos ante situaciones en que la Entidad pública debe intervenir, incluso declarando el desamparo y existen personas, generalmente familiares, que se ocupan de hecho del menor, no existiendo ausencia de los padres a mantener dicha situación, siendo lo más conveniente para el interés del menor, los Juzgados pueden pronunciarse sobre la guarda del menor, sobre la base del artículo 158.

Respecto de las facultades que ejercen los progenitores dice la sentencia que la madre tendrá a su cargo:

- El derecho de representación de la menor.
- La Administración de los bienes.
- Las decisiones que no sean las cotidianas de la vida ordinaria: como que se toman en caso de enfermedad o en el supuesto de elección de estudios.

• Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998: criterios de aplicación del artículo 158 del Código Civil.

Esta sentencia, cuyo criterio es recogido en otras como la de 23 de noviembre de 1999 del mismo tribunal, propugna que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y protección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar ex artículo 158 del Código Civil se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento, conforme a las circunstancias cambien y oyendo al menor. Sienta esta sentencia criterios de aplicación básicos del artículo 158:

1. Se puede aplicar en todo tipo de situaciones.
2. En cualquier momento del procedimiento<sup>51</sup>.
3. Siempre es necesario oír previamente al menor.
4. Siempre en conexión íntima con el interés superior del menor.

---

51. El auto del Juzgado núm. 5 de Primera Instancia de Málaga, ordena la no constitución de acogimiento preadoptivo de unos menores, y a la vez acuerda las siguientes medidas sobre la base del artículo 158 del Código Civil:

Se requiere al padre de los menores para que se abstenga de cualquier acto de violencia física, verbal o psíquica, respecto de la madre de los niños, bajo apercibimiento de que un sólo episodio de tal carácter llevará aparejado en ejecución de sentencia la privación respecto a éste de todo contacto con la madre e hijos so pena de incurrir en delito de desobediencia. Dos años después de dictar este auto, habiendo tenido conocimiento el Juzgado de un nuevo episodio de violencia doméstica, dicta auto privando del derecho de relación del padre con la madre y con los menores. La Entidad pública deberá desarrollar un plan de intervención respecto de los menores y los padres, que disminuya el alto grado y la larga institucionalización de los menores que les está perjudicando seriamente. Cita por último el Juzgado a comparecencia personal al Juzgado a los padres de los menores para la exacta comprensión del contenido de la resolución y las medidas acordadas.

### 3.3. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES TUTELARES EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 158

Tal como se desprende de las sentencias estudiadas, no se dota en general, a los guardadores de unas funciones concretas. Sin embargo existen dos supuestos en que la legislación ha contemplado dicha posibilidad:

- El artículo 103 del Código Civil, recientemente reformado por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos dispone que *excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.* Esta disposición se establece en el marco de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio. Si se dota a los parientes y allegados de funciones tutelares cuando se les otorga la guarda y custodia en medidas provisionales, cuánto más estas facultades deber ser previstas cuando la guarda se otorga en medidas definitivas o cuando se otorga en un procedimiento de guarda de menores.

- Asimismo cuando se regula el acogimiento familiar, el Código Civil en su artículo 174<sup>52</sup>, prevé que estando un menor en situación de desamparo, y por tanto bajo la tutela de la entidad pública, o sin estarlo, aquélla puede solicitar del juez que se desarrolle el acogimiento permanente con facultades tutelares. Si el menor está tutelado, los acogedores ejercerán parte de esa tutela, mediante el ejercicio de esas facultades. Si el menor no está tutelado y está en acogimiento, se entiende que los padres deben

52. El Decreto 282/2002 de acogimiento familiar y adopción en Andalucía, dispone que *si de la evolución favorable del acogimiento familiar permanente, en un período continuado de tres años, se observara la plena integración del menor en la familia acogedora, y la normalización de la convivencia familiar, se instará judicialmente la atribución a los acogedores de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades y la suspensión del seguimiento semestral.* No se entiende por qué se ha establecido la limitación de los tres años, ya que cuando se trata de familia extensa, especialmente en los frecuentes casos de tíos o abuelos, se estima que deben tener dichas facultades ab initio, en muchos casos, siendo así admitido en la práctica en los Juzgados.

suplir esa falta de capacidad de los acogedores, pero aún así se puede solicitar las facultades tutelares. Respecto de cuáles son las facultades tutelares que se pueden solicitar al Juzgado, los autos judiciales se pronuncian de distintas formas:

– En el auto Juzgado núm. 5 de Málaga, de 24 de marzo de 2004, se refiere a las facultades de los artículos 267 (representación), 268 (corrección) y 270 (Administración de los bienes).

– El auto de 10 de septiembre de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga, en aplicación del artículo 158.4, constituye la guarda judicial, otorgando facultades necesarias para atender al menor en todas las necesidades del menor respecto a su cuidado diario, salud y educación.

El problema de constituir acogimientos familiares o guardas judiciales con facultades de tutela, es determinar la posición jurídica en que quedan los padres del menor.

En el supuesto de que haya desamparo la patria potestad queda suspendida. Dice el Código Civil en su artículo 172, *que no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*. Cuando hay privación de patria potestad no cabe ninguna duda de que el menor necesita un tutor y que éste será el que ostente la representación del menor igual que lo harían sus padres. Sin embargo cuando estamos simplemente ante la suspensión de la patria potestad, tras leer lo dispuesto en el artículo 172, parece que entran dudas sobre hasta qué punto pueden disponer los padres del patrimonio de los hijos. Y no sólo en términos patrimoniales, sino que al estar suspendida la patria potestad, parece que a los padres lo único que les debe quedar es un derecho a la información de la situación de los menores y derecho de visita<sup>53</sup>.

- 
53. El artículo 42 del Decreto de la Junta de Andalucía, 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, regula la relación que mantendrán los padres respecto de sus hijos y de la Administración en los siguientes términos
1. *Los padres, tutores y familiares podrán solicitar información sobre el estado de los menores a los órganos administrativos competentes, que deberán facilitársela de forma comprensible y precisa, salvo que haya circunstancias que justifiquen la reserva de datos, en beneficio de los menores.*
  2. *Los órganos administrativos correspondientes determinarán los días y los horarios en que se atenderá la solicitud de información de los familiares, debiendo dejarse constancia en el expediente de las sesiones informativas que se produzcan.*
  3. *Los interesados a quienes se deniegue la información solicitada, podrán recurrir*

Más complicado aún es determinar el papel de los padres en los supuestos en que se constituye el acogimiento con facultades de tutela cuando no se ha decretado el desamparo, normalmente por venir la situación de una guarda de hecho. En este caso los padres no tienen la patria potestad suspendida, pero se les ha otorgado el poder de decisión sobre temas como la educación o la salud a las personas que ejercen la guarda. La cuestión sobre el poder de decisión que ostenta cada figura con relación al menor no sólo plantea problemas desde un punto de vista jurídico, sino que además lo hace desde el punto de vista del ejercicio de la autoridad. El menor, cuando va creciendo, conoce que sus padres siguen teniendo la patria potestad, sólo que hay otras personas a cuyo cuidado se encuentra. En ocasiones, sobre todo en la adolescencia, usarán como arma arrojadiza el hecho de que pueden pedir permiso a sus padres, para realizar ciertos actos. Imaginemos que un pariente del adolescente le quiere comprar un ciclomotor, y los abuelos guardadores no están de acuerdo, el menor acudirá a sus padres a requerir el consentimiento. Lo que se quiere expresar con este ejemplo es que para ejercer correctamente la autoridad, los que guardan al menor deben tener el status jurídico más amplio posible, por lo que, a pesar de que las facultades de tutela dotan de un ámbito de actuación amplio, en todos aquellos supuestos en que, conforme a lo estudiado en este trabajo sea posible, se debe procurar que el guardador sea tutor.

Las personas que asumen el cuidado de un menor deben ser dotadas de las armas necesarias para emprender dicha tarea. Por ello, sea cual sea el procedimiento judicial por el que se acuerde la guarda y custodia en personas que no sean los progenitores, se debe expresar con claridad las funciones que desempeñará cada cual. De esta forma se evitarán, en lo posible, conflictos.

#### **3.4. DURACIÓN DE LA GUARDA SOBRE LA BASE DEL ARTÍCULO 158**

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de octubre de 2004, se pronuncia sobre la siguiente situación: el Servicio de Protección de Menores de Málaga dicta resolución de

---

*tal decisión ante la jurisdicción competente, sin necesidad de presentar reclamación administrativa previa.*

guarda de una menor, a petición de su madre, revocándola posteriormente por un cambio de circunstancias. Paralelamente, el Fiscal solicita al Juzgado la guarda judicial de la menor, dictándose auto en este sentido, previo a la revocación, y con desconocimiento de la Administración al adoptar dicha decisión. Dice la Audiencia que «precisamente el mantenimiento de la situación de gravedad es lo que reconoce que permanece en la resolución que se cuestiona y de hecho de los antecedentes de la resolución administrativa, lo único que consta es la mera petición (de la madre), no hay referencia al cese de la situación de gravedad que justificó el acogimiento». Declara que existe una cierta incoherencia, debido a que ambas guardas se tramitan paralelamente, pero que no se puede dejar sin efecto la guarda judicial sin que se pronuncie el Juzgado sobre el fondo.

Por tanto siempre que sea el Juzgado quien constituya la guarda, habrá de ser el mismo, quien decida su terminación. Asimismo la duración de la misma estará en función de que continúen las circunstancias que la originaron, siendo la Entidad pública la que comunicará las mismas.

### **3.5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA GUARDA EX ARTÍCULO 158**

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 3 dispone que corresponde al Ministerio Fiscal *intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*. Este mismo artículo en su último inciso precisa *que la intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar*. Hay que cuestionar si puede el Fiscal iniciar alternativamente ante el Juzgado un procedimiento de aplicación de guarda judicial ex artículo 158.4 del Código Civil.

Es especialmente notorio el papel que juega la Fiscalía en los supuestos de desprotección de los adolescentes. Nos encontramos aquí ante situaciones en que, ante la falta de escolarización y las

conductas disociales de los menores<sup>54</sup>, la Fiscalía sugiere a la Administración (ya que sólo ésta tiene esa potestad), la necesidad de iniciar un procedimiento de desamparo sobre un menor, e incluso de ingresarlo de forma inmediata en un centro de protección. Dado que la Entidad pública puede tener un parecer diferente a la Fiscalía acerca de que ésa sea la medida más conveniente, debido esencialmente a que sólo en ciertas condiciones y con la anuencia del menor (los centros de protección son abiertos y a estas edades si no quieren permanecer ingresados se marcharán conforme vayan entrando)<sup>55</sup>, en caso de que no se

54. Resulta realmente llamativo cómo la mayoría de las legislaciones, tanto estatal como autonómica hacen referencia de forma casi exclusiva a los derechos de los menores, sin mencionar sus deberes. Parece que se ha querido imbuir a los menores de derechos hasta tal punto que se le ha olvidado al legislador, que, a pesar de su edad, también es necesario hablarles a los menores de deberes. En el ámbito estatal la LO 1/1996, de sus dos títulos dedica el primero a los derechos de los menores en exclusiva, sin mencionar sus obligaciones en ninguno de sus artículos; y el segundo a las actuaciones de protección. El Código Civil únicamente dedica a esta cuestión el artículo 155, estableciendo la obligación de obedecer a sus padres, respetarlos y contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, mientras convivan en la familia.
- El artículo 35 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León resulta novedoso al regular específicamente los deberes de los menores en los siguientes términos: *Además de las obligaciones que la legislación civil impone a los menores para con sus padres, tutores o guardadores y en relación con la participación en la vida familiar, tienen, entre otros, los siguientes deberes: Estudiar, durante la enseñanza obligatoria, para contribuir así a su formación y al pleno desarrollo de su personalidad, viniendo obligados a asistir al centro docente y a respetar en él las normas de convivencia. Asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y ejercicio de los derechos que le son reconocidos, de manera que ello le posibilite su más eficaz disfrute y facilite, a un tiempo, el pleno ejercicio de los mismos por los demás menores. Mantener un comportamiento cívico acorde con las exigencias de convivencia de la sociedad, basadas en la tolerancia y en el respeto a los derechos de las demás personas. Respetar el medio ambiente y colaborar en su conservación y mejora.*
- Si es frecuente encontrar sin embargo, en las legislaciones autonómicas referencias a los adolescentes en situación de conflicto social, como en el caso de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, que en sus artículos 67 y siguientes hace referencia expresa a los menores adolescentes, prevención y reinserción.
55. La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 68 los principios de actuación en la atención social a los adolescentes en

inicie el procedimiento de desamparo el Fiscal puede iniciar un procedimiento de guarda judicial ex arts. 172.2 y 158.4 del Código Civil y, de esa forma será el Juzgado quien decida.

De forma velada se están produciendo, por la vía judicial efectos muy parecidos a los del desamparo. Los padres ya no pueden decidir si quieren que su hijo esté o no en un centro de protección. Sucede a menudo que los adolescentes tienen conductas muy variables, tienen buen comportamiento y acuden a clase un mes y al siguiente ya no van a clase y realizan conductas inapropiadas. Debido a que el procedimiento judicial lleva un tiempo, una vez se dicta sentencia y se comunica a la Entidad pública, ésta debe asignar una plaza concreta en un centro al menor. Comunicada la decisión judicial, los padres deben ingresarlo en un centro. Ahora bien, si el menor se niega a ingresar ¿se debe acudir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar dicha resolución?

La secuencia de actuación sería la siguiente:

- Sugerencia del Fiscal a la Administración de que desampare a un menor.
- Negativa de la Administración (considera, por ejemplo que es riesgo y no desamparo, y que se deben usar medios de intervención alternativos).
- Solicitud del Fiscal al Juzgado de la guarda judicial en aplicación del artículo 158.
- Estimación de la demanda por parte del Juzgado.
- Asunción de la guarda por parte de la Entidad pública y designación de plaza en centro de protección concreto.
- Notificación de la resolución de guarda de la Entidad pública: dado que ésta asigna la plaza, debe comunicarlo a los progenitores, a fin de que voluntariamente ingresen al menor.

---

*conflicto social, señalando que será prioritaria la acción preventiva, incidiendo en los factores de riesgo que originen la marginación y la delincuencia, fomentándose las actividades que favorezcan los procesos de integración social del menor y se favorecerá desde el Sistema Público de Servicios Sociales el trabajo de educadores de calle, educadores familiares y cuantos otros servicios o prestaciones del sistema apoyen la atención en el propio entorno del menor.*

• Ejecución forzosa de la guarda judicial: debido a que la guarda debe ser asumida por la Entidad pública ¿debe ésta asumir la fase de ejecución, incluido el ingreso forzoso? En teoría las legislaciones autonómicas tienen previsto la ejecución forzosa de las guardas asumidas a raíz de la resolución de desamparo, pero ello no es obstáculo, aunque no se mencione expresamente, para que cuando el Juzgado decreta una guarda, ejecuten la misma, ya que asumida la guarda por decisión judicial, deviene competencia propia y por tanto ejecutable por sus propias fuerzas policiales<sup>56</sup>.

56. El artículo 36 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Junta de Andalucía (BOJA de 16 de febrero), dispone que *la Administración de la Junta de Andalucía asumirá la guarda de los menores, a consecuencia de la declaración de la situación de desamparo, a petición de los padres o tutores, y por resolución judicial*, y el artículo 31 señala que *en todo caso, las resoluciones se ejecutarán de oficio por los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía, recabando, si fuere necesario, el auxilio de las Fuerzas de Seguridad, principalmente de la Unidad del Cuerpo Nacional de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma*.

La Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias, dispone en su artículo 40.1: *Sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda, corresponda a los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, la Administración del Principado de Asturias asumirá la guarda de un menor como medida de protección, en los supuestos siguientes: c) Cuando la autoridad judicial así lo disponga en los casos en que legalmente proceda*.

El artículo 21 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias dispone que *cuando la Dirección General de Protección del Menor y la Familia asuma la guarda por resolución judicial en los casos en que legalmente proceda, habrá de estar al contenido de la misma*.

Un supuesto de estas características es el contemplado por la sentencia de 25 de septiembre de 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga. Es el caso de tres menores, dos adolescentes y uno de menor edad, que previamente habían estado desamparados. Revocada judicialmente dicha resolución, con la información recabada de los servicios sociales comunitarios, en que se demuestra que los padres no siguen el plan de intervención que se había establecido a fin de eliminar la situación de riesgo en que se encontraban, el Fiscal presenta demanda de solicitud de ingreso judicial mediante guarda en centro de protección de los tres menores, siendo acordada la misma en primera instancia. Argumenta la sentencia de la Audiencia, respecto de la disconformidad de la recurrente sobre la legitimación del Ministerio Fiscal interesando el ingreso de los menores en centro de protección, que debe desestimarse *por cuanto los términos en que queda redactado el artículo 158.3 del Código Civil, en relación con el 172.2 del mismo cuerpo legal sustantivo, 2 y 19 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, y 24.1 de la Ley 1/1998 de la Comunidad Autónoma Andaluza, no deja lugar a dudas acerca de ostentar legitimación activa el Ministerio Fiscal para acudir a la jurisdicción civil e interesar se proceda a adoptar cuantas medidas sean convenientes para*

Respecto del contenido de la decisión judicial de guarda de un menor por la Entidad pública, se puede ejercer a través de acogimiento familiar o residencial<sup>57</sup>, siendo en todo caso preferente la guarda en familia. Es poco probable que la guarda judicialmente acordada de un adolescente se acuerde en familia, pero puede suceder que el menor tenga algún familiar que pueda atenderlo. En este caso la resolución judicial, apelando al interés del menor debería estipular que la guarda sea ejercida por la misma. No se trataría en este caso de una guarda ejercida por la Entidad pública a través de un acogimiento familiar (hay que recordar que el artículo 173.2 del Código Civil dice literalmente que *el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos*), sino de una guarda judicial ejercida por la persona que designe el Juez, sin la intervención de la Administración.

Otra cuestión interesante respecto del contenido de la resolución judicial es si puede acordar el ingreso en un centro de protección concreto. No establece nada la legislación a este respecto. La realidad sin embargo, se impone a este respecto. Si bien es cierto que existe un amplio elenco de tipos de centro de protección (de primera acogida, residenciales, para menores con trastornos de conducta, para chicos, para chicas...), lo cierto es que quien gestiona las plazas es la Entidad Pública. No resultaría procedente que un auto decretara un ingreso en un centro en que la Administración no dispone de plazas libres.

---

*apartar a los menores de un peligro o de evitarles perjuicios.* No se pronuncia únicamente sobre la legitimación sino que además alude la sentencia de forma precisa al hecho de que no es la Entidad pública la única que puede realizar actuaciones de protección, ya que declara que *se excluye que sea únicamente la Entidad pública la que pueda interesar el amparo de los menores que se encuentren en situación de desprotección.* Por tanto resulta admitido que en aquellos supuestos en que la Administración, a juicio del Ministerio Fiscal, no dicte resolución de desamparo, una vez comunicada a la misma la situación de los menores, aquél está legitimado para solicitar la guarda judicial de los menores.

57. El artículo 34.2 del Decreto 42/2002 de la Junta de Andalucía, antes mencionado, concretamente prevé que *la guarda de los menores tutelados se ejercerá preferentemente a través del acogimiento familiar, y cuando éste no sea posible o no convenga al interés de aquéllos, mediante acogimiento residencial.*

VELAMAZÁN PERDOMO, G., recuerda el papel esencial de la Fiscalía<sup>58</sup> sirviendo como acelerador del proceso, a fin de que no se consoliden situaciones que pueden devenir irreversibles por el paso del tiempo.

### 3.6. CAUCE PROCESAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA DE MENORES A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

Tal como se describe en el último párrafo del propio artículo 158, *todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*. Del estudio de las sentencias anteriormente aludidas se desprende que cuando se atribuye la guarda de menores a personas que no son sus padres, los Juzgados usan distintos procedimientos:

El artículo 748.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, incluye por la vía del Título I del Libro IV *los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores*. Sin embargo, parece que esa expresión debe conectarse con un litigio entre los progenitores de esos hijos menores. Así resulta del inciso segundo de ese número cuarto, cuando se refiere a los *alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre de los hijos menores*. En definitiva, la introducción de este número 4º pretendió dar viabilidad a las reclamaciones relativas a hijos menores en casos de parejas de hecho, sin que se pensara en la atribución de la guarda en otros parientes. La realidad es que son muchas las sentencias que usan esta vía para la atribución de la guarda y custodia a los abuelos y otros parientes y allegados<sup>59</sup>.

58. Menciona en su artículo publicado en la base de datos del Derecho, Acercamiento crítico al sistema de protección de menores, la alusión de BARBERÁ FRAGUAS: «El fiscal habrá de intervenir de modo decisivo, procurando que se acelere al máximo el procedimiento ya que las situaciones que muchas veces se crean son irreversibles o muy difíciles de rectificar».

59. Así las sentencias de Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de diciembre de 2004 y de 29 de mayo de 2002 de la Audiencia Provincial de Asturias. Se pronuncia de forma expresa sobre esta cuestión el auto de la Audiencia Provincial de Soria de 15 de diciembre de 2001. Distingue dicho auto entre actuaciones en las que es necesario o se solicite por algún sujeto legitimado la intervención judicial, sin que esté empeñada o promovida cuestión alguna entre las partes conocidas o determinadas. La eventual personación de los padres del menor en el expediente de jurisdicción voluntaria a los efectos de mostrar formal oposición a las medidas lo que

El proceso especial contencioso previsto en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y al que remite el artículo 748.4, tiene por único objeto resolver sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, por lo que no es vía procedimental adecuada para resolver sobre la adopción de las medidas innominadas para la protección de un menor, que puedan ser instadas por el Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier pariente de éste al amparo del artículo 158, particularmente cuando no se refieran a la guarda y custodia.

Con más claridad el artículo 769.3, regulador de las normas sobre competencia, dispone que *en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.*

Por lo expuesto se puede entender que el juicio ordinario del artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece una alternativa más correcta. Es la mencionada sentencia del TS de 29 de marzo de 2001, el procedimiento que se inicia es el juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre la patria potestad de la menor, y termina adjudicando la guarda y custodia a los abuelos maternos.

### **3.7. DISPOSICIONES SOBRE ALIMENTOS EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 158**

Una ventaja evidente de la constitución de la guarda en sede judicial, en lugar de hacerlo a través del acogimiento por la Entidad Pública, y tal como se desprende de la mayoría de las sentencias examinadas, es que además de constituir la guarda el juez provee medidas relativas a los alimentos que deben abonar los progenitores cuando otras personas asumen los cuidados que a

---

provoca es la transformación del expediente de jurisdicción voluntaria en procedimiento contencioso.

ellos corresponderían respecto de sus hijos. Si bien la Administración no tiene la potestad de fijar dichos alimentos, el Juzgado no sólo puede determinarlos sino que además puede pedir la ejecución de los mismos. Son innumerables los supuestos en que la Administración remunera acogimientos familiares<sup>60</sup> debido a que los acogedores se encuentran en una situación precaria, estando los progenitores perfectamente capacitados para hacerlo. Cuando el acogimiento se constituye sin que exista desamparo sería necesario acudir a la figura del defensor judicial para solicitar dichos alimentos.

En los procedimientos de separación, nulidad y divorcio resulta esencial tomar en consideración la información dimanante del Registro Civil, con relación a la posible situación de desamparo en que eventualmente puedan encontrarse los menores. Si están desamparados, no se podrá atribuir la guarda y custodia a ninguno de los progenitores<sup>61</sup>. Se ha dado el caso en el Servicio de Protección de Menores de Málaga de que se persone un padre aportando sentencia de separación en la que se le atribuye la guarda y custodia de sus hijos, estando éstos en situación legal de desamparo, siendo desconocedor el juez de dicha situación.

Toda la casuística expuesta sirve de base para el siguiente razonamiento: tal como se estudiará más adelante, el desamparo es una medida que se debe aplicar provisionalmente, si además los acogimientos constituidos sin desamparo provocan a la larga conflictos en su ejecución ya que la Entidad pública no puede

- 
60. El artículo 3 de la Orden de 11 de febrero de 2004 de Andalucía, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras, dispone que podrán ser remunerados los siguientes acogimientos:
- a) Acogimiento simple o permanente en familia extensa.
  - b) Acogimiento simple o permanente en familia ajena.
  - c) Acogimiento simple con familia acogedora de urgencia.
  - d) Acogimiento simple o permanente con familiar acogedora (educadora) profesionalizada
61. En mi artículo sobre Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo, publicado por la Editorial Lex Nova, núm. 25, octubre, 2004, cit. pgs. 59 y ss., hago referencia a los efectos adversos de la no inscripción y asimismo IGLESIAS REDONDO, J. I.: en su libro *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Editorial Cedecs, Barcelona, ISBN 84-89171-26-2, 1997 cit. pg. 298, es defensor de esta postura de la inscripción, ya que sostiene, *mantener lo contrario, además de carecer de justificación, sería contraproducente a los efectos de asegurar la protección integral de los hijos.*

exigir el cumplimiento de los regímenes de relaciones familiares, si además la Entidad pública no tiene la capacidad para establecer y ejecutar la prestación de alimentos, en los casos en que existen personas que se pueden hacer cargo del menor, por su relación con los mismos, resulta conveniente que sea el Juzgado el que se pronuncie sobre la guarda y custodia, no como un acogimiento, sino como una medida autónoma. De lege ferenda sería conveniente que el Código Civil recogiera, no como medida cautelar del artículo 103, la guarda por terceras personas, sino que lo mencionara en los artículos relativos a las medidas definitivas en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. Es más, la regulación de la guarda debería ser contemplada de forma autónoma.

#### **4. LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DESAMPARO EN CASOS DE ACOGIMIENTO**

Un supuesto que se suele plantear ante la Entidad pública es el de un menor que inicialmente se encuentra en situación de desamparo, por ejemplo por haber nacido con drogas de abuso en orina o cuando se tiene noticia de una paliza que le acaban de propinar sus padres. En estos casos la Administración recibe de forma casi inmediata parte de esencia del centro hospitalario y, lo más habitual, es que considere que se ha producido maltrato y que por tanto procede el desamparo respecto de sus padres, por lo que debe declarar el desamparo e ingresar al menor en un centro de protección. Pero es también frecuente que junto a los progenitores existan otras personas bien dispuestas a atender al menor, normalmente abuelos o tíos del mismo. Dado que como se estudia más abajo, el procedimiento de desamparo consta de unos trámites y puede durar de 3 a 6 meses, en este tiempo estas personas pueden haber solicitado el acogimiento del menor y se puede acordar, antes de la resolución del desamparo (a veces incluso sin que el menor llegue a ingresar en el centro de protección por estar en el centro hospitalario), así como la conveniencia de formalizar el acogimiento, con carácter simple o permanente en función del caso. Sucede que en el momento de dictar resolución el menor no se encuentra de hecho en situación de privación, ya que sus acogedores lo atienden, pero en el momento de iniciarse el procedimiento sí existía esa situación de privación mo-

ral o material. Teóricamente no procede por tanto dictar resolución de desamparo.

Pero también ocurre a menudo que los padres consienten ese acogimiento únicamente sometidos al yugo de la institución tutelar. En caso de que no se desampare, los padres continúan con la patria potestad intacta, ni suspendida ni privada. ¿Puede suponer ello una desventaja para la seguridad del menor y para la situación jurídica de los acogedores? Además, ¿seguirán en este caso los padres ostentando el poder de decisión sobre cualquier aspecto de la vida de sus hijos? ¿No sería más conveniente en estos casos, aún a riesgo de instrumentalizar el desamparo, declarar dicha situación? La realidad es que efectivamente es más práctico dictar resolución de desamparo, ya que estén o no de acuerdo los padres con el acogimiento, la doctrina jurisprudencial se pronuncia en general más a favor de la constitución de la tutela ex artículo 239, sólo en los casos en que previamente se haya declarado el desamparo. Además, en tanto se constituye la tutela ordinaria los menores necesitan de alguien que ejerza la función de tutor. No obstante, tal como se expone en este trabajo existen otras alternativas que darían cobertura a esta situación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de diciembre de 2001, señala el carácter «autónomo» del acogimiento como medida de protección, esto es, no derivada de la previa asunción por la Entidad pública de la tutela o de la guarda, y que resulta preceptuado en el Código Civil en el artículo 173.2 al decir que se exige en orden a su formalización, el consentimiento de la Entidad pública «tenga o no la tutela o la guarda». En mi artículo sobre Acogimiento Familiar<sup>62</sup>, estudio esta cuestión. ¿Qué ocurriría si constituido el acogimiento sin desamparo por el juez, los padres plantean que quieren recuperar la guarda de su hijo? En este caso, si no procede el retorno, ¿habría que declarar en desamparo, para poder mantener el acogimiento? La realidad es que en ese momento el menor no estaría privado de asistencia moral ni material. Parece que el menor debe de volver con sus padres, ya que no hay ni privación ni suspensión de la

62. Publicado en la *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, número 21, octubre 2003.

patria potestad, una vez cese el acogimiento, y, en su caso proceder a desamparar. Se ha planteado la necesidad de que antes de proponer un acogimiento judicial el menor debe estar desamparado. Si bien es cierto que el desamparo previo a la constitución del acogimiento suele ser el camino normal, también lo es que existen situaciones en que no se dan los presupuestos de desasistencia moral y material del menor, pero sí las condiciones idóneas para la constitución del acogimiento. En caso de que el menor no esté desamparado, y los padres pidan el cese y el juez no esté de acuerdo con el mismo, siempre puede ordenar una guarda judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, con lo que siempre estará cubierta la situación de un menor no desamparado en acogimiento. Además se puede acudir a la vía de privar a los padres de la patria potestad, en los casos en que proceda.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de enero de 1999, contempla el supuesto de una madre que padece una discapacidad mental calificada como minusvalía orgánica y funcional de un 59%. Ante las malas condiciones de vida que tenía su hija (ha sufrido un atropello, quemaduras y numerosas calamidades), por el abandono de sus padres, su tía decidió llevarla a vivir con ella. Ésta planteó ante el Juzgado la privación de patria potestad de los padres, y como resultado de la actuación judicial, se acordó en primera instancia otorgar la guarda y custodia en aplicación del artículo 158 a la tía y privar temporalmente a los padres de patria potestad. Esta primera resolución ya resulta incoherente, puesto que si los padres están privados de patria potestad, no se entiende quien ejerce las funciones tutelares de la misma, al ser nombrada únicamente guardadora la tía. Pero aún más incoherente resulta la sentencia de la Audiencia. Expone la misma que es acertada la decisión en primera instancia de privación de patria potestad de los padres, pero seguidamente matiza que la situación debe de reconducirse al control de la institución competente del territorio, por lo que declara la asunción de la tutela de la menor por el Consejo del Menor de la Diputación Foral de Álava, suspende la patria potestad de los padres y declara constituido el acogimiento simple de la menor bajo la guarda y custodia de la tía.

Es criticable la actuación de la audiencia por los siguientes motivos:

Si los padres están incurso en causa de privación, se debe nombrar a su vez a la tía tutora, con independencia de que en el futuro cambien las circunstancias y se revoque dicha resolución.

Está fuera del ámbito competencial del Juzgado declarar la asunción de la tutela en los términos de la sentencia, ya que se refiere a declaración de tutela por el Consejo del Menor y suspensión de patria potestad (debió privar de patria potestad y nombrar tutor). La Entidad pública es quien tiene potestad para decidir cuándo declara el desamparo, la Audiencia debió usar los medios legales mencionados para alcanzar los similares efectos.

La redacción del artículo 173 del Código Civil no admite que la guarda constituida por el juez se formalice como un acogimiento simple. Es la Entidad pública la que debe proponer al Juzgado la constitución de dicho acogimiento.

Para terminar, la sentencia deja al arbitrio del Consejo del Menor, en ejercicio de sus facultades tutelares, la forma y el régimen de visitas así como los mecanismos para procurar la futura reinserción. Debido a que establece una fórmula sumamente amplia, deja decidir a la Administración la forma en que se realizarán dichas visitas. Esta cuestión es la que en la práctica de los acogimientos plantea mayores problemas. Cuando el acogimiento se plantea por la Entidad pública al Juzgado, en el acta de condiciones habrá de establecerse cómo se realizarán las visitas, sin embargo en este caso la Audiencia lo deja como una cláusula abierta. No parece que se siga aquí el criterio sentado en el artículo 161, que atribuye al juez la potestad de regular las visitas de los menores acogidos.

#### **5. PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR COMO ALTERNATIVA A LA TUTELA ADMINISTRATIVA:**

Al regular el Código Civil la privación de la patria potestad, igual que ocurre con el desamparo, no hace mención a ninguna lista de las causas que dan lugar a dicha situación. Si dicho listado

existiera probablemente se harían coincidir las causas de privación con las de desamparo<sup>63</sup>. Cuando se decreta esta situación, expone el Código Civil en el artículo 172 que queda suspendida la patria potestad o la tutela ordinaria. Ha sido la legislación autonómica la que ha establecido una lista de causas que pueden llevar a la situación de desamparo, incluyendo siempre una cláusula abierta, ya que es tan amplio el elenco de situaciones que pueden conducir al mismo, que es difícil contemplarlo todo en una lista. Como señala ESPIAU ESPIAU, S.<sup>64</sup>, «una definición de carácter amplio o flexible permite encajar mejor todas las posibles situaciones de desamparo, mientras que la pretensión de enumerarlas corre el peligro de dejar alguna fuera, a no ser que se utilice como colofón una cláusula omnicompreensiva».

En el caso de que el menor esté privado de la necesaria asistencia moral y material, y la Administración tenga noticia de la situación, es evidente que se debe acudir a la declaración de desamparo cuando la urgencia del caso lo requiera, como primera alternativa. Sin embargo si el menor está atendido por otras personas, o los que lo atienden tienen apoyo que no requiere la separación, hay que estudiar si concurren las causas de privación.

Son frecuentes los supuestos en que los menores quedan bajo el cuidado de terceras personas, habitualmente familiares, al no ejercer los progenitores las funciones que tienen encomendadas conforme al artículo 154 del Código Civil. En estos casos, las personas que los atienden, o los agentes sociales que estén al tanto de la situación, deben promover la regularización de la situación de los mismos. Ya se ha estudiado cómo en muchas ocasiones las personas que ostentan la guarda lo que obtienen es, o bien su

---

63. DÍEZ GARCÍA, H., «Desamparo y acogimiento de menores» en *Aranzadi Civil*, vol. III, pgs. 2239-2270, Editorial Aranzadi, SA, 1999, señala como la falta de aptitud de los padres para atender debidamente a sus hijos y que tiene su origen en estas circunstancias fácticas, coincide, por otra parte, con alguna de las causas que dan origen a la privación de la patria potestad, o que provocan, en los expedientes de adopción, la innecesariedad de su asentimiento precisamente porque se considera que los progenitores están incurso en una causa de privación de la patria potestad.

64. *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, 1999, ISBN 84-7248-683-4

guarda a través de una decisión judicial, o su acogimiento administrativa o judicialmente.

Al ejercer estas personas como padres sustitutos, cuidando y alimentando a los menores, velando por ellos y teniéndolos en su compañía, han evitado que se produzca, de hecho la situación de privación que da lugar a la intervención de la Administración a través de la figura del desamparo.

Cuando los padres hacen dejación de sus funciones expresa o tácitamente, es necesario determinar qué papel deben jugar sus guardadores en el futuro, y en qué posición jurídica han de quedar los padres. Hay que considerar los siguientes extremos en el proceso de toma de decisiones:

Respecto de los menores: tienen derecho a la seguridad jurídica: en el desarrollo de su personalidad, y a fin de evitar problemas especialmente en la adolescencia, deben saber quiénes son las personas que los representan.

Respecto de las personas que atienden al menor: deben gozar del estatus más alto que se les pueda dar, en la consideración como personas que atienden al menor. Ello es así por varios motivos:

Primero porque en el ejercicio de su función cuasi-parental necesitan a todos los niveles gozar de un título jurídico que les avale en su función (ante el colegio, ante las autoridades sanitarias, en el momento de documentar al menor, al solicitar cualquier autorización judicial...)

En segundo lugar en el ejercicio de su autoridad frente al menor, éste debe de tener claro a quién tiene que obedecer. No vale que una persona sea la guardadora y otra sea la que toma las decisiones.

En tercer lugar sí se considera el derecho de toda persona a la menor injerencia en la vida privada: si en el ejercicio de cualquier tutela conforme a los artículos 232 y 233 del Código Civil se nombra con carácter general al Ministerio Fiscal como superior vigilante de la misma, así como la posibilidad de que el Juez establezca las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, no se entiende porqué en supuestos que son muy similares a los

de la tutela del artículo 222 del Código Civil se pretende ejercer una mayor intervención sobre la familia (con independencia de que en casos de crisis ésta pueda acudir a la Administración a fin de que le auxilie)

Respecto de los progenitores: Si no atienden al menor y no cumplen con los deberes del artículo 154, dentro de los límites que la aplicación del artículo 170 debe tener, se debe privar a los mismos de patria potestad. No se concibe cómo, no ejerciendo sus deberes debe mantenerse a los mismos con el mismo status y con las mismas prerrogativas de decisión sobre unos hijos a los que no cuidan. Tal como señala RUIZ-RICO RUIZ, J. M.<sup>65</sup> «el nuevo concepto jurídico de desamparo, puesto que fue introducido por la Ley de reforma de la Adopción como mecanismo de constitución automática de la tutela, va a condicionar de manera directa la aplicabilidad de las funciones paternas mediante la declaración de desamparo y el nombramiento ex lege de los entes como tutores de los menores».

SEISDEDOS MUIÑO, A.<sup>66</sup>, hace un estudio sobre la aplicación de la privación de patria potestad desde una postura objetiva y subjetiva a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del criterio sentado por las Audiencias Provinciales. Parte dicho estudio del caso de la privación por prisión de un progenitor.

En el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993, se acordó por el mismo ratificar el criterio de la Audiencia Provincial, de que muerta la madre y estando en prisión el padre, se debe aplicar un criterio objetivo que implica que lo importante es determinar si existe imposibilidad física y moral del ejercicio de la patria potestad, sin profundizar en el hecho de si es o no voluntaria. Puesto que el artículo 170 no distingue entre incumplimiento voluntario e involuntario, no cabe tal distinción, bastando para la privación el incumplimiento de la función que encarna la patria potestad. En este caso se ratificó la privación.

Sin embargo, planteado similar debate en sentencia del Tri-

---

65. *Actualidad Civil*, núm. 2, semana 11-17 de enero 1988, ob. cit. pg. 69

66. «Suspensión versus privación de la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2001, cit. pg. 555.

bunal Supremo de 24 de mayo de 2000, estando el padre en prisión para cumplir una condena de treinta años, el Tribunal apoya la tesis subjetivista, acordando que no se puede saber si es un buen padre o no el demandado por inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición. Se remite al artículo 156.4 del Código Civil y estima que estamos ante la concentración del ejercicio en el progenitor no imposibilitado, determinando en consecuencia la suspensión de la patria potestad

El actual Código Civil no contiene la expresión suspensión de la patria potestad nada más que en relación con el desamparo en el artículo 172. Sin embargo SEISDEDOS MUÑO, A., sostiene que podría equipararse a la privación parcial que contempla el artículo 170. Sostiene la autora que en esta misma situación nos encontraríamos en los supuestos en que se aplica el artículo 103.2, en los casos en que el Juez estima que ninguno de los dos está en condiciones de ejercer la patria potestad y decide encomendar los hijos a otra persona o a una institución idónea confiriendo facultades de tutela.

En el supuesto de la sentencia de 22 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, unos abuelos solicitan la privación de la patria potestad de una menor a la que cuidan desde hace 12 años. En primera instancia se acuerda que la guarda y custodia sea otorgada a los abuelos, manteniendo el padre la patria potestad y estableciendo un régimen de visitas. Sin embargo la Audiencia considera que el padre debe ser privado de patria potestad, otorgándole un régimen de visitas. En la sentencia se basa en dos argumentos:

1º) La forma en que se debe interpretar el artículo 170 del Código. Señala que a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho Texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se

revela precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo<sup>67</sup>.

2º) La sentencia procede seguidamente a desmenuzar el contenido de los deberes inherentes a la patria potestad, incluidos en el contenido del artículo 154 del Código Civil, señalando que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de tal forma que la privación de la potestad parental será procedente en aquellos supuestos en que dicha medida se revele positiva para los descendientes y se base en el incumplimiento de los deberes inherentes a dicha potestad: el padre no ha velado en absoluto por su hija ni la ha tenido en su compañía durante los 12 años de existencia de ésta, tampoco ha cumplido el padre con el deber natural e inexcusable de alimentar a su hija, invocando unas dificultades económicas que no ha probado, en modo alguno el padre-reconvenido se ha cuidado de la educación de su hija, ni ha procurado una formación integral para la misma, a lo que suma la exploración de la menor, en la que declara que no quiere vivir con su padre.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998, señala que la privación de la patria potestad ha de ser probada ante el respectivo tribunal, pero que el hecho de que se hayan realizado cumplimientos esporádicos de los deberes contemplados en el artículo 154 (por ejemplo pagar alimentos durante algunos períodos o realizar algunas visitas), no implica que la privación deba ser parcial, sino que se debe de atender al interés del menor y en atención a la gravedad de la situación decidir si procede la privación.

---

67. Destaca la sentencia, que, en efecto la patria, potestad, como valor trascendente dentro de la institución familiar, debe entenderse no desde una simple perspectiva biológica o natural, sino desde un ejercicio o dinámica que realice, dentro de los límites normales y normativamente impuestos, los valores trascendentes esenciales e insertos en los deberes que la misma comporta y dentro de un orden normal de valores culturales; no se puede exagerar la dimensión biológica para superponerla al concepto o contenido ético que, en definitiva, explica, justifica y realiza la coherencia entre biología y los sentimientos naturalmente derivados de la misma, y ello orientado siempre, tal como antes se ha indicado, en favor y beneficio de los hijos.

## **6. LA INCAPACITACIÓN DE LOS PROGENITORES Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR COMO ALTERNATIVA AL DESAMPARO**

En ocasiones los padres no pueden atender a los hijos por estar incursos en causa de incapacitación. En estos supuestos si se aprecia una situación de urgencia, porque no haya quien los atienda, se debe decretar el desamparo, pero en caso de que se observe, además, que se está ante situaciones de las contempladas en el artículo 200 del Código Civil, habrá que ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si los progenitores no están capacitados para ejercer la patria potestad, habrá que nombrar tutor a sus hijos, y es posible que en aplicación del artículo 222, último párrafo y 242, la propia Entidad pública sea nombrada tutora.

En estos casos normalmente los progenitores están incursos en causa de privación de patria potestad, a menudo por causas psiquiátricas, pero viven en un entorno en que hay otras personas que atienden al menor. Es el caso de madre con esquizofrenia que convive en el entorno de los abuelos. La madre atiende al menor, que no debe quedar únicamente a su cuidado. Normalmente, más que de privación de la patria potestad se hace preciso incapacitar a la madre y nombrar tutor no sólo al hijo sino también a aquélla. Cuando los familiares acuden solicitando el acogimiento al servicio de protección, puesto que el menor está protegido, al convivir en el mismo domicilio familiar, se les debe derivar al Ministerio Fiscal a fin de que soliciten la privación de la patria potestad y el nombramiento de tutor, y alternativamente la incapacitación de la madre del menor. En su caso la propia Entidad pública puede dirigirse a la Fiscalía y poder dar cauce a la incapacitación. En las situaciones en que convivan otras personas en el entorno que atiendan al menor adecuadamente, la intervención de la Entidad pública debe ser únicamente de asesoramiento, siempre que esté garantizada la seguridad del menor en el entorno del progenitor, ya que si no existe causa de privación de asistencia moral o material no hay desamparo y que, usados los cauces adecuados pueden ser nombradas tutoras legales, ya que el acogimiento dejaría al menor sin persona alguna que adoptara las decisiones que corresponden al padre o madre (por no

ser aptos para adoptarlas) o al tutor por no haberse nombrado al no existir ni desamparo ni incapacitación<sup>68</sup>.

## 7. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 103.1 DEL CÓDIGO CIVIL VERSUS DESAMPARO

Dispone dicho artículo que como medida provisional, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, el Juez podrá, excepcionalmente, encomendar los hijos a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y, de no haberlos a una institución idónea, confiriéndoseles la funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad judicial.

En el exámen de sentencias efectuado en este trabajo, se ha podido observar cómo en ocasiones se alude a la aplicación de este artículo no sólo en medidas provisionales, sino también en medidas definitivas, indicando a la vez al artículo 92 del Código Civil, así como en procesos de modificación de medidas y en procedimientos sobre guarda iniciados por familiares u otras personas en aplicación del artículo 158<sup>69</sup>.

En el caso examinado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de marzo de 2004, en primera instancia se acuerda la guarda judicial de unos menores con sus abuelos, aún sin haberlo solicitado los padres en la demanda de separa-

---

68. La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 23 de septiembre de 2003, revisa la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia en que se revoca el desamparo de un menor. La madre del mismo padece esquizofrenia paranoide, evolucionando por brotes, alternando su capacidad para hacerse cargo del menor, con momentos de incapacidad debido a su enfermedad. Resuelve la Audiencia, que todo ello unido a la precariedad económica, falta de adaptabilidad al medio laboral, y falta de una red social de apoyo, hacen que se considere que se debe revocar la resolución de primera instancia, declarando al menor en desamparo. En este caso se podría haber planteado por la Entidad pública igualmente, la posible incapacitación de la madre o bien estar incurso en causa de privación de patria potestad.

69. Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 2003, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de marzo de 2004, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2003, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2002, sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de octubre de 1999.

ción. Argumenta la Audiencia, que en aplicación del artículo 158, se dan facultades al Juez, al tratarse de menores, que justifican la aplicación de dicha medida aún sin haber sido solicitada. En este supuesto, se siguen de forma casi paralela este procedimiento de atribución de guarda a los abuelos en medidas provisionales, con la declaración de desamparo por parte de la Entidad pública. Habiéndose opuesto los padres al desamparo, coincide el Juzgado en delegar la guarda cautelarmente en los abuelos paternos. Nos encontramos por tanto que se llega a la misma solución por cauces alternativos. En todo caso en este supuesto, dada la gravedad de los hechos planteados (se trata de dos hermanos gemelos de 3 años y una hermana de 2 años de edad, habiendo existido abandono, maltrato por parte de la pareja...) sería cuestionable, si más que la ratificación del desamparo o la determinación de la guarda con los abuelos en aplicación del artículo 103, habría sido conveniente que por parte del Ministerio Fiscal o de los abuelos se hubiera iniciado procedimiento de privación de patria potestad.

## 8. LA EMANCIPACIÓN

La emancipación de los menores, como medio de adquirir la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, con las excepciones que, para casos especiales contempla el propio Código Civil, se puede alcanzar de forma automática, por la mayoría de edad o por el matrimonio o por concesión judicial o extrajudicial.

En los menores y sobre todo en la menores adolescentes, el matrimonio se plantea en ocasiones como alternativa al desamparo. Hay menores, que ingresadas en un centro de protección, o bien en acogimiento con familiares, plantean la posibilidad de casarse. El menor sólo podrá contraer matrimonio si está emancipado, o a partir de los 14 años, con dispensa del juez de 1ª Instancia que deberá dar audiencia a los menores y a sus padres o guardadores. En el caso de que se encuentre bajo la tutela de la Entidad pública, deberá ser ésta la que dé el consentimiento, decisión difícil, si se tiene en cuenta, por ejemplo que las menores de 14 años deben continuar su escolarización hasta los 16 años.

En el procedimiento extrajudicial, son los padres los que for-

mulan la solicitud, debiendo consentir expresamente el menor. Puede darse esta situación cuando el menor ha empezado a trabajar, que tiene muy mala relación con sus padres, con quienes ni siquiera mantiene régimen de visitas y por ejemplo vive con la familia de su novia, y quiere llevar vida independiente sin pasar por el matrimonio.

En el procedimiento judicial el menor sólo tiene acción para promover el expediente, y a los padres sólo se les oye sin que sea necesario su consentimiento. Ésta puede ser una vía para evitar el desamparo de menores que, viviendo de forma independiente, los padres no se hacen cargo de los mismos<sup>70</sup>.

Pensemos en el siguiente supuesto: menor desamparada y en acogimiento con sus abuelos. Posteriormente se revoca el desamparo por retorno con los padres, proponiendo la Entidad Pública al Juzgado el cese del acogimiento con los abuelos. Sin embargo, debido a una nueva recaída de los padres debido a la toxicomanía que padecen, la menor decide irse a vivir primero de nuevo con una amiga, y posteriormente con su novio. Entrevistada la menor se comprueba que está trabajando, tiene ya más de 17 años y se ha emancipado por la vía del artículo 319 del Código Civil, que dispone que *se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos, los padres podrán revocar este consentimiento*. Esta menor se persona ante el servicio de protección y plantea que está embarazada y quiere abortar pero le exigen el consentimiento de padres o tutores, necesitando además autorización de padre o tutor para el acceso a contrato de trabajo. ¿Quién auxilia al menor en su proyecto emancipatorio si no hay quien lo represente?

Cuando hablamos de menores adolescentes, la mayoría proveniente de una larga institucionalización es posible que la forma de independencia sea la emancipación, dado que la vía de las

---

70. El auto de 11 de abril de 2003, de la Audiencia Provincial de Burgos, se pronuncia sobre la solicitud de emancipación planteada por los padres adoptivos de una menor, en expediente de Jurisdicción Voluntaria. Resuelve que no se puede acceder a su petición ya que debe hacerse por el cauce extraprocesal del artículo 317, ante el Juez encargado del Registro Civil.

alternativas familiares no sean posibles, ayudando, en caso de oposición por parte de los padres, la Entidad Pública, o la Fiscalía al menor a formular su pretensión ante el Juzgado.

#### **9. EL DEFENSOR JUDICIAL**

Al menor se le puede nombrar defensor judicial en los términos de los artículos 299 y ss. del Código Civil. No es frecuente el uso de esta figura en el ámbito de la protección de menores. El mayor uso de la misma se podría dar en el supuesto de menores adolescentes en que exista un conflicto de intereses entre el menor y sus padres.

Es especialmente interesante para la Administración la aplicación del artículo 299 bis, ya que se dan supuestos de menores con patrimonio, que se encuentran en guarda de hecho, o se está considerando diversas posibilidades familiares, con los que no es posible adoptar medida de desamparo, o en tanto se estudia esta posibilidad, en que hace falta dar una protección a dicho patrimonio. En tal caso se debe nombrar un administrador de bienes. Estos supuestos suelen suceder en caso de accidentes, en que hay una fuerte indemnización a favor del menor.

#### **10. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO TUTORA ORDINARIA**

El artículo 222 del Código Civil es el nexo de unión entre la tutela ordinaria y la administrativa. Dispone que estarán sujetos a tutela *los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y los menores que se hallen en situación de desamparo.*

Asimismo el artículo 239 señala que *la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172.*

Si atendemos al carácter provisional que se le atribuye a la tutela administrativa, lo lógico es que siempre que existan personas que se puedan hacer cargo del menor, se promueva por la Entidad pública la tutela ordinaria. Algunas legislaciones autonómicas lo contemplan expresamente. Así la Ley Canaria, 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores en su artículo

55 dispone que *el órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan.* De la dicción de este artículo parece que se deduce que es necesario privar de la patria potestad para otorgar la tutela de un menor desamparado, pero existe jurisprudencia en que el menor pasa de la tutela administrativa a la ordinaria sin que los padres sean privados, en base al artículo 239<sup>71</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 38 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias que dispone que *la Administración del Principado de Asturias promoverá, ante la autoridad judicial, el expediente de nombramiento de tutor, conforme a las reglas contenidas en los artículos 234 y siguientes del Código cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria con beneficio para éste*<sup>72</sup>.

Si bien la tutela ordinaria tiene vocación de permanencia, no se debe de olvidar que en los casos en que es ejercida por la Entidad Pública por su carácter de persona jurídica nunca ejercerá sus funciones con el mismo celo que una persona física que ejerce la tutela ordinaria, ya que la relación de aquélla se basa en

- 
71. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 1998 considera que es posible proceder a la constitución de la tutela ordinaria de un menor declarado en situación de desamparo sin que sus padres hayan sido privados de la patria potestad. En ese sentido señala que, si bien la regla general es que la Administración Pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tutora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria. Siendo así que en el presente caso se encuentra en marcha un procedimiento de esta naturaleza, que de lo actuado resulta la idoneidad de los demandantes para desempeñar la tutela de sus sobrinos, que el padre de éstos ha sido oído mostrando su conformidad y que se les ha declarado en desamparo, procede nombrarles tutores.
72. La Ley Foral 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, en su artículo 63, va más allá al disponer que *la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, y cuando no haya designación de autoridad familiar, promoverá el nombramiento de tutor cuando existan personas que puedan asumir la tutela en beneficio del menor en situación legal de desamparo, conforme a las normas civiles aplicables.*

la confianza que el Estado deposita en sus funcionarios, que además de poco estables en el puesto de trabajo, a fin de cuentas ejercen sus funciones para ganar un salario. Por ello es tarea esencial dotar a los menores de la mayor seguridad jurídica asignando a las personas que ejercen su guarda de la figura que más acertadamente se adecue a sus necesidades, procurando que sólo se otorgue la tutela ordinaria a la Administración cuando no haya mejor alternativa.



## El carácter objetivo: su relación con la guarda de hecho

### 1. EL CARÁCTER OBJETIVO DEL DESAMPARO

Resulta muy frecuente que acogedores de hecho se dirijan a la Administración exponiendo el desamparo en que se encuentra el menor, dado que sus progenitores no lo atienden y demandando formalizar un acogimiento. En estos casos hay que examinar la petición, determinar si efectivamente se dan las causas del desamparo y, antes de dar curso al procedimiento de acogimiento y la correspondiente idoneidad, considerar si realmente lo que procede es formalizar un acogimiento o si es otra figura jurídica la que se debe aplicar al caso en interés del menor.

En primer lugar hay que estudiar si en estos casos realmente existe desamparo o no.

El artículo 172.1 CC define el desamparo en los siguientes términos: *se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

Se trata de un concepto claramente objetivo, ya que lo importante es que la situación se produzca de hecho y en el que se requiere un resultado concreto: los menores deben quedar privados de la necesaria asistencia moral o material<sup>73</sup>. No así en dere-

---

73. En opinión de BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en el texto *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Editorial Tecnos, 1997, ISBN 84-309-3087-6, cit., pgs. 27 y ss., si alguien ampara al menor, no entrará en

cho italiano, del que se observa una gran influencia en la regulación española, ya que el artículo 8, de la Ley de 4 de mayo de 1983 dispone que el abandono surge ante la falta de asistencia moral o material de los padres o de los parientes obligados a prestársela y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio. Es un concepto objetivo, cuya comprobación corresponde al Juez. Pero en el segundo párrafo de este artículo 8 se contempla el ámbito subjetivo del abandono, ya que subsiste éste incluso cuando los menores estén acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar, ya que la norma confirma que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia en la que se encuentre establemente acomodado. En el caso del acogimiento familiar se mantiene la situación de abandono, ya que el menor es atendido por personas que no son los progenitores. Incluso en el caso de que la delegación de la patria potestad adquiera un carácter permanente, también podrá tener lugar la declaración de abandono<sup>74</sup>.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M.<sup>75</sup> hace una crítica a la redacción literal del artículo 172.1, ya que dice que «se resiste a una interpretación flexible, más próxima a la realidad. Perjudica de un lado a aquellos padres respecto de los cuales, en un momento dado se produzca, aunque sea de forma muy transitoria y humanamente inevitable, un desamparo, aun sin voluntad exteriorizada de desamparar o abandonar (o con intención de abandonar, legitimando a los padres a delegar o encargar temporalmente a terceros el cumplimiento de parte de las funciones paternas, sin que ello suponga una infracción legal, por cuanto no habría falta de asistencia moral o material de los padres) pero por otra parte, beneficia a aquellos padres o tutores, que, con intención de desamparar, entregan temporal o definitivamente al menor a terceros, no produciéndose la referida falta

---

juego la tutela automática, y lo relaciona con la guarda del hecho del artículo 303 CC. Este incumplimiento de los deberes de protección no se refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen.

74. El estudio del desamparo y sus caracteres lo abordo de forma completa en el Artículo Doctrinal publicado en la *Revista de Derecho de Familia* núm. 24, de 2005 de la Editorial Lex Nova.
75. *Actualidad Civil*, núm. 2, semana 11-17 de enero, ob. cit., pg. 63.

de asistencia precisa para que se cumpla el supuesto de hecho determinante de la tutela automática a favor del ente»<sup>76</sup>.

Resulta muy frecuente en la práctica cómo profesionales de ámbitos ajenos al derecho, pero vinculados con la protección de menores, se refieren al hecho de que «está desamparado respecto de sus padres», cuando un menor lleva años siendo cuidado por su abuela o por un vecino y en un momento dado se presenta el progenitor tratando de ostentar todos los derechos sobre el mismo y sin que la Entidad Pública pueda determinar que el mismo esté en situación de desamparo. Esos padres siguen siendo titulares de una patria potestad íntegra, ni limitada, ni privada, ni suspendida, mientras que las personas que realmente han asumido el cuidado del menor únicamente detentan la guarda de hecho o el acogimiento o la guarda constituida judicialmente. Ante la guarda de hecho, cuando no existe el presupuesto de desamparo, hay que estudiar las alternativas para que prevalezca el mejor interés del menor.

Como premisa es necesario hacer mención al derecho del menor a la seguridad jurídica, en relación con el interés del mismo. La Sentencia del TC de 29 de mayo de 2000 establece que el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y

---

76. El auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 enero de 2002, revoca la resolución de desamparo y delegación de guarda en centro de protección de una menor. Ésta se encontraba bajo el cuidado de sus abuelos, en una situación de guarda de hecho. Para que exista desamparo, describe el auto que es necesaria una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección y un resultado; que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. El análisis de ambos puntos es totalmente objetivo, de suerte que siempre que nos encontremos con un menor privado de la necesaria asistencia se presumirá que existe una omisión o ejercicio inadecuado de los deberes de protección y resultará indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los padres o tutores, ya que existirá desamparo aunque el cumplimiento por parte de aquéllos sea imposible. El punto más importante al decretar el desamparo es comprobar la situación real y actual del menor en el momento de la intervención administrativa, siendo indiferente quién sea quien le proporcione los bienes materiales y morales que requiere, porque no se trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste.

los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad. Los menores tienen derecho a tener unos referentes claros, necesitan saber quiénes son sus padres y qué papel juegan en su vida, y cuando éstos no ejercen correctamente su función, las personas que ocupan su lugar requieren un reconocimiento frente a los padres legítimos y ante los menores a quienes están criando. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3.2, *el compromiso de los Estados partes de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*. No se puede dar tanta prioridad a los derechos de los padres frente a los que verdaderamente se hacen cargo de sus hijos, quedando en una situación desfavorecida, incidiendo asimismo en el bienestar de aquellos a los que tienen a su cargo.

Las consecuencias de que nuestro derecho no haya regulado un concepto subjetivo del desamparo son mayores de lo que en principio podría parecer. Son muchos los problemas que en la práctica acarrea el hecho de que no se suspenda la patria potestad (judicial o administrativamente) en situaciones de guarda de hecho, o una vez constituida la guarda judicial conforme al artículo 158 o bien formalizado el acogimiento, cuando se realiza judicialmente, sin la anuencia de los padres; dado que éstos siguen ostentando la patria potestad, sin suspensión ni privación alguna, los roles de los acogedores, cuando aquéllos les perturban en su ejercicio, o cuando toman decisiones sobre los menores, no están definidos.

## 2. CONCEPTO DE GUARDA DE HECHO

RUIZ-RICO RUIZ, J. M.<sup>77</sup> destaca que «ha sido y sigue siendo bastante frecuente en las relaciones familiares y sociales encargar a terceros, de manera más o menos transitoria, la vigilancia, la ins-

---

77. *Acogimiento y Delegación de la Patria potestad*, ob. cit., pg. 1.

trucción e incluso la alimentación de menores. Hechos tan dispares y habituales, empezando por la guarda de la simple empleada de hogar o de las conocidas guarderías, cuya función de custodia se limita a escasos momentos o a un horario laboral diario más o menos detallado, y terminando por los supuestos más complejos y duraderos en el tiempo, de entrega por los padres de un hijo menor a un establecimiento o centro público o privado de asistencia o beneficencia como consecuencia de una difícil situación personal o económica, sin olvidar las hipótesis de internamiento temporal en un centro educativo, sanitario o correccional, o el acogimiento del mismo por los familiares o amigos de los progenitores en las más variadas circunstancias (viajes, emigración, etc.), ponen de manifiesto la amplitud con que la sociedad acoge este fenómeno». Este autor explica cómo la admisibilidad de la delegación paterna encuentra un obstáculo legal de bastante entidad en el contenido del artículo 154.1 del Código Civil, según el cual la patria potestad de los progenitores comprende el deber de «tenerlos en su compañía». Sin embargo, un amplio sector doctrinal ha venido tradicionalmente interpretando ese deber de convivencia de una manera flexible y relativizada, dando cabida en su seno a aquellos supuestos en donde los progenitores, sin perder el control sobre la persona de sus hijos, los llevan a otro domicilio de otras personas o familias o instituciones, basándose en las más variadas motivaciones.

LASARTE ÁLVAREZ, C.<sup>78</sup> señala cómo «leyes aparte, siempre ha tenido una relativa presencia social la situación de que un menor o incapacitado sea tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él». Igualmente señala cómo «... la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto pocos pleitos generarán las situaciones de guarda de hecho...». Esto es así si observamos el acogimiento de hecho que tradicionalmente han hecho los abuelos o tíos, especialmente en casos de drogadicción o incapacidad de cualquier tipo de sus parientes. Sin embargo, tal como se des-

---

78. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, t. VI, Derecho de Familiar, 2ª edición, Trivium, Madrid, 2000, pg. 464.

prende del estudio de sentencias efectuado, así como del estudio de la realidad social, cada vez se producen más situaciones de familias de un nivel económico alto, que asumen la guarda de menores inmigrantes, de menores de campamentos de refugiados, de menores que vienen para unas vacaciones veraniegas de países del Este, o de familias que tras tenerlos consigo legalmente, tras la revocación de resoluciones administrativas o judiciales continúan con menores en guarda de hecho. A ello hay que sumarle los supuestos en que producida una crisis familiar algún pariente o allegado comienza a atender al menor. Por ello sería preciso dar a esta institución de protección de menores el verdadero papel que le corresponde, puesto que da cobertura a una buena parte de las situaciones de guarda que en la realidad se producen.

LLEDÓ YAGUE, F. y HERRERA CAMPO<sup>79</sup>, menciona que RUIZ-RICO MORÓN alude «como finalidad de la guarda, a que se promueva la constitución de la tutela ordinaria y, en su caso, la declaración de incapacitación, de manera que el menor o incapaz quede legal y formalmente sujeto al régimen de protección más conveniente y, bajo la potestad de persona que reúna las condiciones de capacidad e idoneidad que la ley establece».

Señala RUIZ-RICO RUIZ, J. M.<sup>80</sup> «la semejanza y la proximidad que hay entre la guarda de hecho y la delegación paterna de la patria potestad. En ambos casos, nos encontramos con situaciones de asunción por terceros de roles y tareas paternales o tutelares, con un claro componente personal, manifestado en una relación de convivencia (normalmente) estable y permanente». Pero indica cómo la mayoría de la doctrina no está de acuerdo en la asimilación de ambas figuras. El delegado dejará de serlo y se convertirá en guardador de hecho cuando, con posterioridad a la celebración del convenio delegatorio, cese la patria potestad de los padres (por fallecimiento, por privación de patria potestad judicial, por revocación del acuerdo aun cuando el delegado siga ejerciendo sus funciones). La diferencia esencial está en que en la guardas de hecho de modo espontáneo y por diversas circuns-

---

79. LLEDÓ YAGUE, F. y HERRERA CAMPO, en *Sistema de Derecho de Familia*, ob. cit., pg. 285.

80. Ob. cit., pg. 31.

tancias, la guarda de los menores se asume por terceros, sin título constitutivo legal o convencional.

ROGEL VIDE<sup>81</sup>, sin embargo, partiendo de una concepción amplísima de la guarda de hecho, muestra su postura favorable a esta asimilación. Según este autor «la delegación de la patria potestad es ilegal. Aquellas personas en quienes los tutores o titulares de la patria potestad deleguen sus funciones, son guardadores de hecho. No lo son, en cambio las personas que auxilien, en determinados casos y circunstancias, a los padres o a los tutores».

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.<sup>82</sup>, distingue igualmente la guarda de hecho de los pactos privados de delegación de las facultades de guarda, que define como «negocios jurídicos de Derecho de familia, de carácter autónomo, ya que no se identifican con ninguna de las instituciones de guarda actualmente reguladas». El guardador, en el ejercicio de la función de guarda sobre el menor, deberá atenerse a lo dispuesto en el convenio, dentro de los límites que señalamos más abajo y actuará bajo la supervisión de los progenitores.

Si bien en los casos de delegación de la patria potestad no se entiende que deba existir ninguna intervención ni judicial ni administrativa, la situación varía cuando el menor se encuentra en guarda de hecho.

Respecto de las características que el pacto delegatorio debe reunir son las siguientes:

–estar justificada la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio

–temporalidad de la entrega

–que los padres no se desentiendan de sus deberes de protección.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., señala que la doctrina se pronuncia a favor de la delegación de la función de guarda, es decir, a favor de la licitud de la entrega temporal del menor a terceras

---

81. *La guarda de hecho*, Editorial Tecnos, Madrid, ISBN: 84-309-1290-8, cit., pg. 66.

82. Ob. cit., pgs. 89 y ss.

personas, pero dentro de unos límites, añadiendo a los señalados, que la delegación debe hacerse en beneficio del menor. Señala la necesidad de establecer unos límites porque, «tras un aparente supuesto de delegación, puede encontrarse un caso de abandono, cuando los progenitores se desentiendan del menor, bien al iniciarse la delegación, al manifestar que ésa es su voluntad, bien con posterioridad, al no mantener ningún tipo de contacto con aquél. Por consiguiente debe evitarse la abdicación encubierta de la patria potestad». Idéntica situación se plantea cuando la delegación se produce por parte del tutor. Si se traspasan estos límites, nos encontraríamos ante la guarda de hecho. Y si los padres se desentienden con posterioridad, se les podría privar de la patria potestad.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., destaca estos límites «desde un punto de vista negativo, en la imposibilidad de desentenderse del cuidado, aunque sea indirecto o mediato, del hijo; y desde un punto de vista positivo, en la exigencia de control o dirección efectiva, real, suprema de los progenitores sobre el modo de ejercitar la guarda y custodia por el tercero encargado de la misma». Según este autor en tanto los guardadores actúen dentro de los límites que se han señalado, estaremos ante guardas legales, jurídicas o de derecho.

Otro límite que considero se debe establecer es el de la buena o mala fe con que actúen los acogedores. Pongamos el caso de una madre inmigrante, que ante la situación de penuria económica que atraviesa entrega temporalmente su hijo a una pareja, habiendo ésta tenido contacto con los servicios de atención al menor, y conociendo por tanto los cauces formales necesarios para la acogida o la adopción de un menor. Si la madre del menor desaparece durante un tiempo mayor del razonable, y no da noticias de su paradero, esa familia debe acudir al servicio de atención al menor y comunicar la situación del mismo, a fin de que se adopten las medidas adecuadas. Si por el contrario mantiene consigo al menor, creando un vínculo afectivo difícil de romper, para cuando acuda a los servicios sociales, la decisión a tomar será mucho más complicada.

VARGAS CABRERA, B.<sup>83</sup> propone estas alternativas:

–Comunicación al Juez o al Ministerio Fiscal para que se proceda en su caso, en los términos del artículo 228 a la constitución de la tutela.

Esta alternativa será válida cuando se trate de personas a las que les corresponda asumir la tutela según las normas del CC. Sin embargo, hay ocasiones en que detrás de la guarda de hecho se esconden intenciones adoptivas, especialmente cuando se trata de familias alternativas, sin vínculos biológicos con el menor. En estos casos si se constituye la tutela conforme a lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil, en su penúltimo párrafo, se está abriendo la vía a la adopción por el cauce del artículo 176.2.3. Habrá que tomar en consideración el superior interés del menor y el tiempo transcurrido en el seno de la familia a fin de valorar la oportunidad de proponer una tutela en estos casos, ya que puede convertirse en una puerta abierta para las adopciones en casos en que no está clara la procedencia del menor. Se han dado casos en el Servicio de Protección del Menor, en la línea de lo mencionado más arriba, en que comparecen familias que declaran que una mujer les dejó un niño y no han sabido nada más de ella. El menor está bien atendido y tiene todas sus necesidades cubiertas, pero planteando la tutela se está dando pie a que otras familias se queden con menores de familias desfavorecidas (incluso a cambio de una contraprestación económica), y puedan legalizar su situación.

–Adopción de genéricas medidas de protección del artículo 158 del Código Civil.

En caso de que estando el menor en guarda de hecho, se estime por la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal o el Juez, que al menor debe buscársele otro núcleo familiar más estable, de cara a su acogimiento o adopción, bien porque el que lo tenga en guarda de hecho no sea idóneo o porque no haya cumplido con los trámites administrativos necesarios para entrar en las listas de familias susceptibles de adoptar, y habiéndose realizado una

---

83. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1994, ISBN 84-8151-068-8, pg. 42.

valoración psicosocial del interés del menor, procederá dictar medida provisional de guarda en centro de protección o la permanencia en acogimiento con los guardadores de hecho, en tanto el menor sale con su familia definitiva.

La importancia de la guarda de hecho queda remarcada en otras regulaciones ajenas al Código Civil, algunas muy novedosas que aluden a la misma. Se menciona al guardador de hecho, y se le sitúa en el mismo nivel que el acogedor o el tutor:

El artículo 3 c) Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, dispone que *el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*

La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas establece en el artículo 2 el concepto de familia numerosa equiparando a los efectos de dicha ley a *las familias constituidas por: dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas.*

El Código Penal alude expresamente al guardador, al regular el delito de abandono de menores, en el artículo 226<sup>84</sup>, así como en las disposiciones relativas a lesiones, en el artículo 153, al cual se remite de forma expresa la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia

---

84. *El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*

doméstica<sup>85</sup> y <sup>86</sup>y con ello se sitúa al guardador en una posición igualitaria a estos efectos a otras personas que ostentan un título, en teoría, más legítimo en relación con los menores.

### 3. ALTERNATIVAS JURÍDICAS DE REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN LEGAL DE GUARDA DE HECHO: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

Ante la situación de guarda de hecho, existen varias alternativas para la regularización de la situación del menor. Paso seguidamente a estudiar alternativas jurídicas que impliquen un mayor nivel de seguridad jurídica para el menor y sus guardadores o en su caso sus padres, a través de un estudio jurisprudencial.

#### 3.1. RETORNO CON LOS PADRES BIOLÓGICOS O ADOPTIVOS

El artículo 172.4 del Código Civil marca unos principios esenciales en la actuación con menores, tras señalar que se buscará siempre el interés del menor, dispone que *cuando no sea contrario a ese interés, se procurará su reinserción en su propia familia*.

Si en interés del menor, conviene que el mismo retorne con sus padres, en atención al principio de reinserción familiar, es posible que la forma de regularización de la situación legal del menor, sea ese retorno. El gran éxito del trabajo con menores

---

85. *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

86. Se añade un nuevo artículo 544 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado en los siguientes términos:

1. *El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*

desfavorecidos es precisamente la reunificación familiar. Plantea este supuesto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997, que ratifica la decisión adoptada en Primera Instancia y por la Audiencia, acordando terminar con la situación de guarda de hecho del menor con su tía, ya que no concurren las causas de privación establecidas en el artículo 170, y declara el derecho de los padres a la patria potestad, como derecho función, no meramente facultativo para su titular, sino obligatorio para quien lo ostenta. En este caso la madre del menor está facultada para ejercer la patria potestad y por tanto se ordena el retorno<sup>87</sup>.

### **3.2. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA GUARDA DE HECHO, EX ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO CIVIL**

Son múltiples las sentencias en que, ante una situación de guarda de hecho, lo que se hace es simplemente reconocer que dicha situación existe. Tal como se estudia más adelante considero que esta única intervención judicial, por sí sola, no se considera una alternativa que dé seguridad jurídica a los menores y a los que los guardan. En estos casos el Juez únicamente establecerá medidas de vigilancia y control, pero no irá a la raíz del problema, manteniendo simplemente un status quo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de julio de 2002 examina la decisión adoptada por la Generalitat de desamparar a un menor que se encontraba junto a su tía, guardadora de hecho. En primer lugar argumenta sobre la legitimación de ésta para recurrir la decisión de la Entidad pública. Concluye que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intere-

---

87. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 2000, los abuelos de una menor solicitan la privación de la patria potestad de la madre y que se les atribuya a ellos la guarda y custodia de la niña. No queda suficientemente acreditado que la madre esté incurso en causa de privación, por lo que el tribunal no accede a la petición, acordando un régimen de visitas amplio. En este caso los abuelos se decantan directamente por solicitar la privación de la patria potestad, ya que, por auto del Juzgado de primera instancia, en medida cautelar la menor ha pasado ya a vivir con su madre. A pesar de que la menor ha estado durante años de hecho viviendo con sus abuelos, en la actualidad está con la madre, por lo que no hubiera sido correcto pedir la aplicación del artículo 303 del Código Civil.

ses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre). En este sentido la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación de un niño de sus padres se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones (artículo 9.2).

Además el Código Civil se pronuncia también sobre esta cuestión al decir expresamente en el artículo 172, que habrá de ser notificada la resolución a los padres, tutores o guardadores, situando a todos en el mismo plano.

Dirimida la cuestión de la legitimación, la sentencia entra a examinar el fondo de la cuestión. Lo que realmente importa, en la aplicación del concepto objetivo del desamparo, es si de hecho el menor está atendido. Si alguien atiende al menor no existe el desamparo. Aunque en el supuesto examinado la sentencia dice que la guarda de hecho no es la idónea con carácter definitivo, no puede decirse que la apelante haya incumplido sus obligaciones hasta el punto de quedar justificada la declaración de desamparo.

### **3.3. CONSTITUCIÓN JUDICIAL DE LA GUARDA EX ARTÍCULO 158.4 DEL CÓDIGO CIVIL**

Es necesario hacer una distinción entre el reconocimiento de una situación de facto que hace el juez cuando aplica el artículo 303, de la decisión judicial de constituir la guarda con las personas que de hecho están ejerciendo esa función. Paso seguidamente a analizar varias sentencias en las que se dan situaciones de guarda de hecho, así como las soluciones judiciales adoptadas. Tras dicho estudio se puede comprobar que en situaciones en que los padres no están capacitados para atender a sus hijos los Juzgados se muestran propicios a arbitrar soluciones que den seguridad jurídica a los menores, otorgando su guarda a otras personas de su entorno.

Por tanto, en supuestos de este tipo no es necesaria la intervención de la Entidad pública, ni usando la figura del desamparo de forma instrumental, como se ha aludido más arriba, ni realizando una injerencia pública en la vida de los particulares que de forma judicial se puede solucionar.

- Reconocimiento judicial de la guarda de hecho, privación de patria potestad del padre y constitución judicial de guarda y custodia a favor de la Entidad pública.

La sentencia de 5 de febrero de 2003, de la Audiencia Provincial de Asturias, revisa la decisión de primera instancia en que se acuerda, en proceso de separación matrimonial la privación total de patria potestad del padre, sin derecho de visitas, otorgando la misma de forma exclusiva a la madre y la delegación de la guarda en la abuela materna con fijación de alimentos. La Audiencia decide mantener la medida de privación, pero dado que ni la madre ni la abuela están capacitadas para atender a los menores, y de hecho están siendo atendidos por una pareja ajena al círculo familiar, acuerda, sobre la base de los artículos 92 y 158 del Código Civil, así como del artículo 40 de la Ley de Protección del Menor del Principado de Asturias, de 27 de enero de 1995<sup>88</sup>, la atribución de la guarda y custodia de los menores a la Administración del Principado de Asturias, el cual evaluará la conveniencia para los menores de permanecer en el domicilio de las personas con que actualmente conviven, traslado a un centro o acogimiento familiar, así como el restablecimiento del régimen de visitas con el padre de los hijos.

Hay un pronunciamiento expreso de la Audiencia, en contra de la constitución judicial de la guarda con los guardadores de hecho, con independencia de cómo se encuentren los menores

---

88. Artículo 40.1. *Sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones inherentes a la guarda, corresponda a los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, la Administración del Principado de Asturias asumirá la guarda de un menor como medida de protección, en los supuestos siguientes:*

- a) *Cuando asuma la tutela por ministerio de la ley.*
- b) *Cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten a la Administración del Principado de Asturias, justificando no poder atenderlo por circunstancias graves ajenas a su voluntad.*
- c) *Cuando la autoridad judicial así lo disponga en los casos en que legalmente proceda.*

en dicho núcleo familiar, al decir que el informe psicosocial revela «dejación de las funciones de guarda y custodia tanto por parte de la madre de los menores como de la abuela materna, así como la pretensión de consolidación de la situación de hecho existente por parte de las personas que en la práctica asumen las funciones que les son delegadas por la madre y la abuela materna». Usando como argumento las intenciones de los guardadores de hecho, la Audiencia deja al arbitrio de la Administración la decisión de la forma de ejercicio de la guarda. Si los menores han estado bien atendidos con esta familia, se pudo acordar, basándose en el artículo 158, la guarda judicial, en tanto la Entidad pública decide la forma de ejercicio. En todo caso si la familia era idónea para la guarda de los menores, se pudo decretar la guarda judicial, y si no lo era, los menores, por orden del Juzgado, aplicando el mismo artículo, pudieron pasar de forma inmediata a estar bajo la guarda de la Administración. Finalmente, si ésta decide formalizar el acogimiento en este núcleo familiar, el caso deberá volver de nuevo al Juzgado, si no hay consentimiento de los progenitores, lo cual parece más que probable dada su oposición.

Si efectivamente el menor no está bien atendido por ninguna de las personas de su entorno, lo que existe es falta de asistencia moral o material, por lo que lo que hay que hacer es decretar el desamparo. En resumen, puesto que el caso se ha planteado en sede judicial, teniendo la oportunidad de decidir con quién debían quedarse los menores, no se hizo, sino que quedaron en guarda de hecho hasta que la Administración decidiera. Confirma, sin embargo, la obligación de prestar alimentos por parte de ambos progenitores, que, en su caso, se tendrán que abonar a la Administración. Y, por último esta sentencia, de nuevo, respecto del régimen de visitas del padre, dispone que sea la Entidad pública la que decida cuándo y cómo se deben restablecer.

- Constitución judicial de guarda a favor de los abuelos por falta de convivencia con los padres.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 2003, se plantea la situación de unos menores que han vivido desde su nacimiento con los abuelos, solicitando éstos

al Juzgado la constitución judicial de la guarda. Durante dos meses se mantuvo la situación legal de desamparo, siendo posteriormente revocada la misma. Argumenta la sentencia que el hecho de que los padres nunca hayan sido privados de patria potestad bastaría, en circunstancias normales, para revocar la sentencia de instancia y acordar la reintegración de los menores al domicilio paterno. Pero el hecho de que los menores hayan convivido con los abuelos durante los últimos años y no sólo el tiempo en que estuvieron desamparados, así como el hecho de que el padre no haya iniciado en todo este tiempo medidas para recuperarlos, verifica lo que el Tribunal denomina una situación excepcional, cual es la falta de trato del padre con los menores por no haber convivido juntos.

Si bien el criterio de la sentencia parece a priori adecuado, la realidad es que en estas situaciones sería más adecuado nombrar tutores a los abuelos, privando de patria potestad al padre, ya que éste no está de acuerdo con que sean ellos los que deben tener a su cargo a los menores y las decisiones sobre la educación, la salud, el patrimonio, etc., concernientes a los menores tendrán que ser adoptadas por el padre. En la práctica estas situaciones, que se prolongan durante años (el menor cuenta con tres años a la fecha de dictarse la sentencia), provocan muchos conflictos, porque el padre sabe que es quien decide. Se podría haber otorgado al menos, en aplicación de los artículos 158 y 103 (analogicamente), funciones tutelares a los abuelos.

- ❑ Constitución judicial de guarda. Reintegración de la menor con sus guardadores de hecho, en contra de la resolución de desamparo e ingreso en centro de la Entidad pública.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de junio de 2003, plantea el supuesto de una menor que ha estado bajo la guarda de hecho de una pareja desde que tenía un mes de edad hasta los 6 años, fecha en que alertada la Consejería de Asuntos Sociales de esta situación, decide declarar la situación de desamparo y acordar el ingreso residencial de la menor. Formulada oposición, tanto en primera como en segunda instancia se reconoce que sobre la base del artículo 158 del Código Civil, se

debe revocar el acogimiento residencial, ya que aunque por la Administración se declara que la pareja no es idónea, no prestando la misma su consentimiento, conforme al artículo 173 del Código Civil, estima el Tribunal que sí existen criterios de idoneidad por lo que la menor debe permanecer junto a sus guardadores. No se pronuncia la sentencia sobre el desamparo, ya que el *petitum* de la demandante sólo alude a la guarda.

Es obvio que en casos de este tipo (al margen de la valoración de idoneidad), al quedarse los demandantes únicamente como guardadores continuar en su lucha legal a fin de regularizar la situación del menor puesto que en el momento en que haya que adoptar cualquier decisión sobre la menor, o para realizar cualquier trámite en que se exija la firma del padre o tutor, se encontrarán con que no pueden realizarlo (por ejemplo, no podrán auxiliar al menor para obtener su documento nacional de identidad.)

- Constitución judicial de guarda. Con familia ajena, de menor extranjero.

El Auto de 10 de septiembre de 2004, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga, trata expresamente sobre la constitución de la guarda judicial de un menor traído a España del extranjero por una familia española, con el consentimiento, acreditado notarialmente, de sus padres biológicos. Se trata de un menor que lleva ya varios años en España, habiéndose demostrado que está bien atendido y que su interés es permanecer en el núcleo familiar de los guardadores. Descarta en primer lugar el auto la necesidad de intervención de la Entidad pública. Se pronuncia, previamente al fondo del asunto, sobre el hecho de que «no existe en esta situación ni riesgo ni desamparo conforme a los términos de los artículos 17 de la LO 1/1996 ó 172 del Código Civil, motivando la intervención judicial únicamente la necesidad de regularizar la situación legal del menor con sus guardadores... considera el Juez, que dicha intervención en éste y otros asuntos similares, perseguiría más objetivos de política general de protección a la infancia (evitar cauces paralelos de acogimiento y adopción al margen de la Entidad pública) que realmente el beneficio del menor que nos ocupa». Finalmente destaca que es una situación

contemplada en el artículo 303, pero que si no tiene cobertura judicial, puede plantear muchos inconvenientes a los guardadores, por lo que sobre la base del artículo 158.4, constituye la guarda judicial, otorgando facultades necesarias para atender al menor en todas las necesidades del menor respecto a su cuidado diario, salud y educación.

En este supuesto el Juzgado no sólo reconoce la situación de hecho sino que además usa la vía del artículo 158.4 para dar cobertura legal a la situación que vive el menor y sus guardadores, dando además facultades de tutela, con lo que el problema en el caso arriba planteado queda parcialmente subsanado, ya que al menos, en actos esenciales relativos a salud o educación los guardadores podrán representar adecuadamente al menor.

#### **3.4. PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD Y CONSTITUCIÓN DE TUTELA**

Ya se ha tratado esta cuestión al hablar del carácter residual y subsidiario de la tutela administrativa, por lo que en este apartado se hace mención expresa a la regularización de la guarda de hecho.

Probablemente la mejor opción en aras de la seguridad jurídica del menor, de la optima relación con sus guardadores y a fin de dotar a éstos del papel que verdaderamente les debe corresponder, sea, en los casos que proceda, nombrarlos tutores. Con ocasión del comentario efectuado a raíz del caso de la niña de Benamaurel, tal como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.<sup>89</sup>, «la protección del menor no consiste en proporcionarle los mejores padres o guardadores posibles, sino en confiarle a quienes por naturaleza o adopción les corresponde, salvo los supuestos excepcionales en los que los mismos incumplen sus deberes de protección, dando así lugar a una situación de desamparo de sus hijos». Esto supone que si la vía que mayor seguridad da al menor es la tutela, la misma debe ser constituida.

El artículo 239 del Código Civil resulta, tras el análisis de la

---

89. «¿Protección de menores versus protección de progenitores?», *Actualidad Civil*, 1999-II, cit., pg. 2193.

jurisprudencia, de confusa aplicación. Existe una gran cantidad de resoluciones judiciales que se decantan por privar previamente a los padres de patria potestad para la constitución de dicha tutela, y otra buena proporción, que, por el contrario constituyen la tutela sin necesidad de pasar previamente por dicho trámite.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2000 analiza el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia que resuelve a favor de la solicitante, constituyendo la tutela de la menor sobre la base del artículo 239. En su argumentación jurídica, la Audiencia Provincial alude al hecho de que por el desamparo únicamente se suspende la patria potestad, pero en ningún caso se priva de patria potestad a los progenitores. Por ese motivo estima que sólo cuando los padres han sido privados de patria potestad, se puede proceder aplicar el artículo 239. Dice que lo contrario llevaría a situaciones absurdas y de colisión en el ejercicio de funciones al tener los padres la patria potestad y al mismo tiempo estar nombrado un tutor para ese menor con identidad de funciones a las de la patria potestad. No deja de tener una buena base dicha argumentación y en este punto hay que analizar el papel de los padres en el desamparo. Dice el artículo 172 que *no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*. Efectivamente, tal como analiza la sentencia estudiada, no se puede llegar al absurdo de que constituida la tutela, los padres conserven potestades sobre sus hijos. Si se estima que se puede constituir la tutela ex artículo 239, por las reglas ordinarias, de menores con medidas de desamparo, se debe interpretar que una vez que por el Juzgado se ha acordado la tutela, dicho nombramiento debe conllevar inherente la privación de la patria potestad, aunque no sea preciso un procedimiento de este tipo para la constitución de la tutela.

Ejemplo de este último caso, en aplicación del artículo 158, es el comentado por DIEZ GARCÍA, H.<sup>90</sup>, con relación al Auto de la

---

90. «Desamparo y acogimiento de menores», Publicación: *Aranzadi Civil*, Vol. III Parte Estudio, pgs. 2239-2270, Editorial Aranzadi, SA, 1999.

Audiencia Provincial de Álava de 25 de enero de 1999. En este supuesto, la madre biológica de una menor ante las dificultades para atenderla debidamente (por cuanto que padecía una discapacidad mental calificada minusvalía orgánica y funcional de un 59%) y tras reiterados intentos por los servicios sociales de prestarle ayuda domiciliaria, decidió confiar la guarda de hecho a su hermana. El Tribunal comienza analizando la relación entre la menor y sus padres biológicos, comparándola con la que se desarrolla entre ésta y su guardadora de hecho y dado que el interés de la menor es permanecer junto a su guardadora, concluye señalando que, «por ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 158 y 170 del Código Civil, es adecuado adoptar la medida de privación de la patria potestad y el otorgamiento de la custodia a la actora establecidas en la sentencia de instancia, si bien con la precisión de que la situación de autos debe reconducirse al control de la institución pública competente en el territorio (...) en cuyo seno (...) ha de valorarse la situación y establecerse los mecanismos jurídicos y materiales necesarios para procurar la asistencia y cuidado adecuados a la menor, así como adoptar las medidas oportunas para procurar la reincorporación de la menor a su familia natural. Entre tanto es adecuada la medida de suspensión de la patria potestad y el otorgamiento a la actora de la guarda y custodia de la misma, si bien con la precisión de que ha de entenderse que el Consejo del Menor asume la tutela automática, ex artículo 172 del Código Civil, en cuyo ejercicio cabe reconducir la situación por medio de la institución del acogimiento familiar simple, artículo 173 bis del Código Civil, en la persona de la actora, con sometimiento a la tutela del Consejo del Menor, entidad que asimismo resolverá y decidirá sobre la forma del ejercicio del derecho de los padres a visitar a la hija estableciendo el correspondiente horario que servirá asimismo para restablecer la relación de la hija con sus padres y así preparar la futura reincorporación de ésta al seno familiar de origen».

En este caso, se adoptó la solución del acogimiento familiar como medida provisional partiendo del hecho del desamparo de la menor que, a juicio del Tribunal, se producía si ésta retornaba a su núcleo familiar originario. Sin embargo, aunque la solución pudiera parecer adecuada desde el punto de vista de la justicia

material, lo cierto es que técnicamente no puede decirse que la menor, sujeta a la guarda de hecho de su tía, se encontraba en tal situación en cuanto no se hallaba privada de la necesaria asistencia moral y material.

No comparto el criterio de la Audiencia, al considerar que la menor se encuentra en situación de desamparo, ya que no existía en ese momento desasistencia de la misma. Considero que hubiera sido suficiente aplicar el artículo 158 del CC, en el sentido de ordenar que la menor se quedara en acogimiento con la guardadora, en tanto los servicios sociales actúan en el proceso de retorno con sus padres.

No considero que se pueda establecer la situación de desamparo como previsión de futuro en los términos que hace la sentencia. Coincide la doctrina en definir el carácter objetivo del desamparo, relacionado exclusivamente con la situación de hecho en que se encuentre el menor. Tal como se expresa más arriba, si alguien atiende al menor, no se debe aplicar la tutela automática. Este incumplimiento de los deberes de protección no se refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen.

### **3.5. CONSTITUCIÓN DE TUTELA EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 239 DEL CÓDIGO CIVIL**

Cuando se solicita la tutela, no se resuelve por Juzgados especializados en temas de familia, sino que será resuelto por el Juzgado de primera instancia de la capital de provincia o primera instancia e instrucción del partido judicial correspondiente, con lo que en esta materia encontramos criterios de lo más variado, en función del juez que resuelva<sup>91</sup>.

#### a) Estudio jurisprudencial.

Existe una confusión generalizada que se observa tras el análisis de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 239.2 del Código Civil. Dicho artículo se encuentra ubicado sistemáticamente

---

91. Así lo expongo en mi artículo, «El acogimiento familiar», ob. cit., pg. 58.

dentro del Código dentro del Título X, Capítulo II, relativo a la tutela, Sección Segunda, relativa a la delación de la tutela y nombramiento de tutor y dispone literalmente:

*La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.*

*Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*

No se pronuncia expresamente la norma sobre dos cuestiones fundamentales:

PRIMERO.—Tal como se estudia más abajo, algunas sentencias entienden que es necesario que, previamente a la constitución de la tutela, se haya declarado el desamparo y otras, sin embargo, estiman que es suficiente que existan los presupuestos legales para que exista el desamparo para constituir dicha tutela.

Así, en auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de octubre de 1999, en un caso en que un familiar se está haciendo cargo de un menor, ante una falta total de ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores, declara la Audiencia que este menor está en situación de desamparo. De no haber decidido este familiar hacerse cargo del menor, desplegaría sus efectos la tutela automática, por la entidad pública correspondiente. Sin embargo, el auto estima la constitución de la tutela, basándose en la legislación correspondiente, sin necesidad de declaración previa de desamparo.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de enero de 2002, se plantea la constitución de tutela de un menor con su abuela, con el consentimiento de su madre. Alude la misma al apartado 4 del artículo 222 del Código Civil, que dispone que *estarán sujetos a tutela los menores que se hallen en situación de desamparo*. Defiende la Audiencia Provincial que aunque no se ha decretado el desamparo por la Entidad Pública de protección de menores, de no atender la abuela al menor, éste estaría en situación de desamparo. Precisa que se encuentra en

desamparo de hecho y estima que son dos los requisitos para la constitución de la tutela por esta vía:

1. La declaración de desamparo: entiende la Audiencia Provincial que la menor está en esta situación.

2. Que la tutora sea persona que por sus relaciones con la menor u otras circunstancias pueda asumir la tutela.

Por todo ello acuerda declarar el desamparo del menor y constituir la tutela sobre la base del artículo 239 del Código Civil.

Resulta cuanto menos discutible esta sentencia por lo siguiente:

La competencia para declarar el desamparo, tanto por lo dispuesto por ley, y así lo dice en su interpretación tanto la jurisprudencia como la doctrina, corresponde a la Entidad Pública. Sin embargo, cabe cuestionarse, ¿es posible que dicha declaración se efectúe, como en el caso de esta sentencia, por el Juzgado, siempre que no se acuerde que la tutela la asuma la Entidad Pública? De la redacción del artículo 172 se infiere que sólo debe decretarse dicha situación por ésta cuando la tutela sea asumida por la misma, pero no necesariamente cuando se asuma por otras personas.

Además no está previsto en la ley, debido a su carácter objetivo, la declaración de desamparo basada en hechos futuros, es decir, en previsión de la privación de asistencia material o moral si las personas que actualmente atienden al menor no lo hicieran. Luego este argumento nos lleva a que siempre será la Entidad Pública la que decrete el desamparo, ya que conllevará la asunción de su guarda, lo cual no puede acordarse por ningún Juzgado. Se trata por tanto de una potestad administrativa, fuera del ámbito de los tribunales.

SEGUNDO.—No se pronuncia tampoco sobre la necesidad o no de privar expresamente a los padres de patria potestad antes de constituir esta tutela, punto esencial que da lugar a que en muchas ocasiones la jurisprudencia se pronuncie por no constituir la tutela en aplicación de este artículo... Una sentencia en la que se mencionan las dos cuestiones planteadas es la de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo de 2004, que plan-

tea el caso de un menor reconocido legalmente únicamente por su madre, la cual convive con los acogedores que solicitan la tutela, con el consentimiento de aquélla. Requiere la sentencia que potencialmente al menos, se dé la situación de desamparo para poder aplicar el artículo 239.2 del Código Civil. Alude a que no estamos ante un desamparo ni siquiera futuro, ya que la madre convive en el mismo domicilio. Por ello estima que no se debe usar este artículo en fraude de ley cuando lo precedente es la privación de patria potestad, o, como en este caso la adopción del menor. Tendría que ser en este supuesto la Entidad Pública la que propusiera la adopción, ya que conforme al artículo 176.2, no se cumplen los requisitos para que los guardadores de hecho formalicen directamente ante el Juzgado su petición. Dice literalmente el artículo que *no se requiere propuesta cuando se lleve más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo*. Se plantea aquí la cuestión de si el desamparo del menor existiese de no cuidar los guardadores del menor. En las sentencias anteriormente analizadas se alude asiduamente al hecho de que si los guardadores no atendieran al menor, éste estaría en desamparo.

En todo caso, se prive o no de patria potestad, hay que cuestionar si la idoneidad para el ejercicio de la tutela se puede considerar que cumple los requisitos de seguridad jurídica que el menor requiere. Resulta gratificante encontrar sentencias como la de la Audiencia Provincial de Zamora de 26 de marzo de 2003, en que se plantea la revisión de la solicitud de tutela por los abuelos de un menor, guardadores de hecho del mismo. Analiza el requisito del artículo 239.2 relativo a la existencia de personas, pero no sólo cualquier persona, sino personas que sean idóneas para asumir dicha tutela. Es una sentencia sumamente práctica, ya que va sobre todo al fondo de la cuestión. Fuera de toda discusión sobre lo planteado en las sentencias analizadas más arriba, el Tribunal concluye que lo esencial es que se practique una pericial que demuestre que los abuelos son capaces de asumir la tutela. Y esto es importante, porque fuera del hecho de cómo haya de constituirse la tutela hay que incidir en el hecho de que si las Administraciones autonómicas han estipulado procedimientos

para la declaración de la idoneidad de los acogedores<sup>92</sup>, no se deben perder los Juzgados en consideraciones sobre si procede legalmente constituir la tutela o no, dejando al margen la idoneidad de las personas que van a nombrar tutoras.

Del examen jurisprudencial efectuado se infiere que en la mayoría de los casos los jueces se muestran reacios a nombrar tutor al guardador de hecho sin que previamente hayan sido los padres privados de patria potestad. Sin embargo, sí existen algunos supuestos en que se admite dicha posibilidad. De la lectura del artículo 239 no se infiere que previamente al nombramiento de tutor sea necesaria la privación de la patria potestad. Más bien lo que se considera necesario es que quede demostrado que de no ocuparse el guardador, los menores estarían desamparados, o lo que es lo mismo, que los padres están incursos en causa de privación.

El auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre de 2002, por el contrario, se muestra partidario de admitir el nombramiento de tutor sin la privación de patria potestad de los padres. Dice que si bien el menor no está desamparado, ya que su abuela se encargó en todo momento de su cuidado, podría incardinarse en la situación legal de desamparo contemplada en el artículo 172.1 del Código Civil, dado el incumplimiento sistemático por parte de sus progenitores de los deberes inherentes a la patria potestad. En aplicación del artículo 239, expone que si bien el acogimiento es la solución establecida con carácter general para los casos de desamparo, es compatible con la designación del tutor en la forma ordinaria, siendo preferible esta solución si se reputa más beneficiosa para el menor. Concluye la sentencia con el argumento de que debe nombrarse a la abuela tutora, sin que sea óbice el hecho de que los padres no hayan sido privados de patria potestad, ya que expone, la constitución de la tutela lleva consigo la suspensión del ejercicio de las funciones de aquélla, concentrándose en una sola persona cuantas facultades de representación, guarda y custodia establece la ley. Esta sentencia expone realmente la solución al conflicto sobre los papeles que cabe

---

92. Ver, por ejemplo, los artículos del Decreto 282/2002 de Acogimiento y Adopción de Andalucía.

asignar a padres y tutores en los supuestos en que no hay desamparo previo ni privación de patria potestad. Lo importante para la sala es que exista el presupuesto para aplicar el artículo 239 del Código Civil, esto es que se hubiera aplicado el desamparo de estar los guardadores atendiendo al menor. Una vez que se constituye la tutela, sólo al tutor corresponde cualquier función a ejercer sobre aquél, quedando los padres privados de facto del ejercicio de la patria potestad, por la propia constitución de la tutela, y por la incompatibilidad del ejercicio de aquélla con el ejercicio de la patria potestad.

Respecto de la cuestión que tratamos se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 24 de marzo de 2004, poniendo de manifiesto, con relación al derecho catalán, la no-aplicación del artículo 239 al menor desamparado en Cataluña. Establece el criterio de que no basta que el menor se encuentre en desamparo para poder solicitar la tutela del mismo conforme al artículo 239, ya que en todo caso han de ser privados los padres de potestad. Trata el caso de un menor sobre el que su guardadora de hecho solicita su tutela, analizando la posible constitución de la misma sobre la base de los artículos 222 del Código Civil y 170 del Código de Familia. La tesis de la sentencia es que no puede haber tutela mientras exista potestad (patria potestad en derecho común), y por tanto existiendo padres no puede haber tutela sin la privación de la misma, estando ambas situaciones reguladas en situación de subsidiariedad e incompatibilidad. Puesto que en el caso no se planteaba la privación de la patria potestad, sino la tutela, el Tribunal, no pudiendo acceder al *petitum*, acuerda aplicar el artículo 158, mencionando el criterio sentado por la sentencia de 29 de marzo de 2001, del Tribunal Supremo, otorgando la guarda y custodia a la tía del menor. Considero que en este caso, de plantearse por la guardadora una posterior demanda de privación de patria potestad, la misma prosperaría, y seguramente, de haber iniciado el proceso con dicha demanda, en lugar de pedir directamente la constitución de la tutela, no se habría encontrado ante una denegación de su petición.

A fin de cuentas, el resultado final del procedimiento será el

mismo si se inicia por la vía de la privación de la patria potestad, pudiendo ser nombrado tutor el guardador de hecho.

El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2000, en contra del criterio del Juzgado de Primera Instancia, ordena la constitución de la tutela, ex artículo 239.2, de los menores con su tía, estando los mismos en situación de desamparo. Sustenta que de la lectura del artículo 239, párrafo segundo, del Código Civil en relación con el artículo 172, no se desprende incompatibilidad alguna entre el nombramiento de tutor judicial de naturaleza ordinaria, con la situación de desamparo.

b) Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004, analiza la situación de una menor nigeriana que llega a las costas gaditanas en patera con su presunto padre, y habiendo fallecido la madre en la travesía. Aquél no se hace cargo de la misma, por lo que ante dicha situación lo lógico hubiera sido la inmediata declaración de desamparo e ingreso en un centro de protección de menores. Sin embargo, la menor pasa de un albergue, a la situación de guarda de hecho con una pareja relacionada con la parroquia del pueblo. Dicha pareja se persona ante el Juzgado y solicita que se le reconozca la condición de guardadores de hecho, a lo que el Juzgado accede, momento en que la Administración advertida de la situación, decreta el desamparo y ordena la guarda en centro. Los guardadores de la menor recurren ante el Juzgado y éste mantiene la declaración formal de desamparo pero ordena el acogimiento simple provisional a favor de los guardadores. Éstos de nuevo se oponen, esta vez ante la Audiencia Provincial, a la resolución de desamparo, la cual dicta una extensa sentencia (de 20 folios, la más extensa de todas las estudiadas en el presente trabajo), en que concluye que no existe situación de desamparo y ordena dar salida a la situación de guarda de hecho a través de la tutela.

Estudia la sentencia en primer lugar, lo que viene a denominar patologías del proceso, ya que según el tribunal no existe una correcta actuación por parte de los Juzgado de primera instancia,

ni de la propia Administración, ni tan siquiera de los agentes sociales que intervienen. Por ello expresa que al no iniciarse los procedimientos legalmente establecidos y demorarse excesivamente el tiempo en adoptar la medida lógica y natural de desamparo, el actual interés de la menor obliga a otro tipo de actuaciones distintas a las articuladas en el proceso. Ello no obsta, que por el Tribunal se reconozca que en el ejercicio de la guarda por parte de los guardadores no se pueda considerar que haya concurrido ocultación a las autoridades públicas de la situación, como tampoco han mantenido una actitud pasiva, pues han solicitado servicios profesionales, aunque fueran defectuosamente informados desde el principio.

Procede seguidamente a analizar la guarda de hecho. La compara con la tutela, como institución protectora y señala que tanto el tutor como el guardador pueden ser objeto de medidas de vigilancia y control impuestas por el Juez (artículos 233 y 303 del Código Civil), pero mientras que en el caso del tutor parecen encaminadas a constatar el cumplimiento de los deberes de protección en sentido extenso, en el caso del control del guardador, se limita en principio a descartar situaciones de riesgo y desamparo. Trata la guarda como institución autónoma, figura jurídica especial, independiente y distinta a las otras instituciones de protección de menores y contempla la regulación legal, así como la actuación de la Fiscalía, el Juzgado y los guardadores desde el momento en que éstos son concededores de la misma.

Señala la sentencia que corresponde al Juzgado:

Durante el tiempo que ha existido la guarda de hecho (antes de su comunicación al Juzgado y la Fiscalía), el legislador prevé que existe y regula lo que ha sucedido: solicitar informe sobre la persona y bienes (artículo 303), se declara en el artículo 304 del Código Civil la validez de ciertos actos, y posibilidad de indemnización de daños y perjuicios (artículo 306).

Desde el momento en que el Juzgado es informado de la existencia de la guarda de hecho: la regulación de la guarda es esencialmente «a posteriori»: se pueden establecer medidas de vigilancia y control, ex artículo 303 del Código Civil. Sin embargo, la regulación no es hacia el futuro, porque todo lo expuesto no

supone dotar a esta institución de permanencia, debiendo tener dos consecuencias casi inmediatas el hecho de que la autoridad judicial y la Fiscalía tengan conocimiento de la situación:

El Ministerio Fiscal debe promover las actuaciones necesarias para la representación y defensa del menor ante los Tribunales u otros organismos.

El guardador de hecho seguirá ostentado la responsabilidad de la guarda en su aspecto personal, ya que como puede comprenderse el Ministerio Fiscal no puede ocuparse de los aspectos domésticos que la guarda demanda.

Respecto de la ratificación, sanción o reconocimiento judicial de la guarda de hecho, la sentencia se pronuncia en contra de la misma: al tener conocimiento de la guarda de hecho la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, lo que éstos deben hacer, no es perpetuarla en el tiempo, como ha sucedido en el caso comentado, al ratificar la misma el Juzgado de Algeciras, sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio de las medidas de control. Este argumento de la sentencia tiene como contrapartida el hecho de que en tanto se tramita el procedimiento de tutela, los guardadores precisan de algún título legal que legitime su situación. Estimo que en estos casos, más que una ratificación de la guarda de hecho, por el Juzgado de Primera Instancia se podía haber procedido a declarar la guarda sobre la base del artículo 158.4 del Código Civil, en tanto se tramita el procedimiento judicial de tutela.

Menciona la sentencia expresamente el carácter provisional de la guarda de hecho:

En primer lugar por la obligación que establece el artículo 229 del Código Civil, que precisa que están obligados a promover la tutela, no sólo las personas llamadas a ella, sin también *la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor*, por lo que tanto familia extensa como ajena de los menores, cuando estén ejerciendo como guardadores pueden solicitar la misma, sin necesidad de hacerlo a través de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, el hecho de que promuevan la tutela, no significa necesariamente que el Juzgado estime que dicha tutela deba conce-

derse a quien la solicita. En caso de que el tiempo transcurrido sea breve, posiblemente, en los casos de familia ajena, proceda comunicar la situación a la Entidad pública, ya que debe ser ésta la que estudie la alternativa familiar más adecuada para el menor. También puede suceder que tras estudiar las posibles personas que pueden ejercer la tutela, y en atención al orden de prelación dispuesto por el Código Civil, resulte seleccionada como tutora alguna persona que no sea la que propuso ab initio la misma, ya que el Juez no está vinculado por la petición.

En segundo lugar señala que la mención específica del artículo 303 del Código Civil a los artículos 203 y 228, no deja duda de la voluntad del legislador de que los trámites de la constitución de la tutela se inicien en cuanto el Juez tenga noticia de la guarda de hecho. Disiento, sin embargo, de esta teoría, ya que no en todos los supuestos procede la constitución de tutela ordinaria. Hay supuestos en que procede el desamparo por parte de la Administración (caso de que la menor o el menor lleve muy poco tiempo en el núcleo acogedor y sea preciso estudiar la familia extensa o analizar si procede un proceso de adopción, o incluso ingresarlo a través del desamparo en un centro de protección a fin de ver el estado de salud, emocional... en que se encuentra para decidir sobre la mejor alternativa).

Factores que inciden en la constitución de la tutela:

1. La demora en la toma de decisiones y el tiempo transcurrido, juegan a favor de la consolidación de la guarda y su transformación en tutela. La sentencia analizada hace mención al hecho de que la menor llega a la familia en los primeros meses del año 2001, pero no es hasta agosto de 2002, casi dos años después cuando la Administración dicta resolución de desamparo. No hace falta ser un experto en psicología para entender que se ha producido un vínculo afectivo y una relación prácticamente paterno-filial entre la menor, que ya cuenta casi con 3 años de edad y sus guardadores. DÍEZ GARCÍA, H.<sup>93</sup>, realiza un estudio sobre el retorno del menor a su familia de origen, haciendo referencia a

---

93. «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, cit., pgs. 171-172.

los casos en que declarado un desamparo y estando el menor con una familia en acogimiento, se revoca la resolución y se acuerda el retorno. En ocasiones los guardadores se invisten de unas prerrogativas que no les son propias y cuando se plantea el retorno con los padres biológicos, se niegan a dicha posibilidad. Comenta la autora que «si bien no se puede ofrecer una respuesta unívoca... en la mayor parte de los casos, el interés del menor aconsejará mantener el status quo». Señala igualmente que «cuando se debe adoptar una medida jurídica de protección que determine el alejamiento del menor del hogar familiar, se suscita un claro conflicto entre dos intereses dignos de protección: el de los padres y el de los hijos. Entre los dos se otorga prevalencia al segundo».

2. Actitud de los guardadores frente a la situación: la buena o mala fe en su actuación. Existen supuestos, en que ciertos indicios pueden hacer pensar que tras una simple obra de caridad que se transforma en una relación paterno-filial, como es el caso de la sentencia examinada, se esconden negocios ilícitos como puede ser el tráfico de menores. En caso de que por cualquiera de los agentes implicados (esencialmente Juzgado, Administración o Ministerio Fiscal, pero también agentes sociales, como el Párroco en el caso examinado o los servicios sociales), se constate que ha existido algún factor, fundamentalmente pago monetario, a fin de conseguir quedarse con el menor, se debe comunicar inmediatamente a fin de iniciar un proceso penal que determine la posible existencia de delito. No se debe considerar que el hecho de que sentencias de este tipo admitan la tutela por personas ajenas a su ámbito natural, ésta sea la vía de acceso a la adopción de menores<sup>94</sup>. Otro factor que puede resultar determinante es consultar si las personas que han estado cuidando al menor son, por ejemplo, solicitantes de adopción, ya que en ese caso habrán actuado de forma dolosa, puesto que serían conocedores de los trámites que hay que seguir para formalizar la adopción. Sucede que estas personas se suelen quedar con el menor en sus domicilios durante un tiempo que estiman suficientemente largo como para que no se proceda a desamparar al

---

94. El artículo 176 del Código Civil preceptúa que *no obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes:...* 3. *Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.*

mismo, sobre la base de lo que se expondrá más abajo, a fin de evitar el desamparo y que el menor sea entregado a la familia que por las listas de espera de la adopción le corresponda.

3. La aplicación del principio del favor minoris: en todo caso la toma de decisiones, tanto por parte del Juzgado, como de la Administración, como del Ministerio Público, debe de estar presidida por la pregunta ¿qué es lo más conveniente para el menor?<sup>95</sup>. Puede suceder incluso que aun existiendo indicios claros de que ha existido mala fe por parte de los guardadores, ocultando a los poderes públicos la existencia del menor en su domicilio y conociendo la existencia de unos trámites legales y unas listas de espera tanto para el acogimiento de un menor como para su adopción, no quede más alternativa que la permanencia del menor junto a estas personas debido a los vínculos creados. Pero ello sólo se puede plantear caso por caso y no de forma general.

4. La guarda de hecho debe ser una situación necesariamente provisional por varios motivos:

a) Se ha mencionado la obligación del propio guardador de promover la tutela.

b) Existe un «periculum in mora» que la perpetuación de la guarda puede suponer, primero por el desenvolvimiento personal de las relaciones entre guardador y guardado, por los siguientes motivos:

- El guardador no ostenta legalmente autoridad jurídica alguna sobre el guardado: pensemos en el guardador de un adolescente, que necesariamente le debe imponer unas normas de convivencia, evidentemente nada respalda su autoridad, ya que ni tan siquiera le respalda el artículo 155.1 (no le debe respeto ni obe-

---

95. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *El interés del menor*, Editorial Dykinson, 2000, pg. 210, alude al principio de proporcionalidad en el caso de la Administración, conjugando las necesidades presentes con las futuras.  
RIVERA FERNÁNDEZ, M., en la *Protección del Menor en Andalucía*, Editorial Comares, 1999, Granada, pgs. 13 y ss. señala que la noción de interés del menor se configura como guía, incluso obligación, a seguir en sus comportamientos por las personas, instituciones u organismos que en un caso concreto, adopten medidas con los menores, con un único fin: el desarrollo integral del menor.

diencia a diferencia del menor sujeto a patria potestad o tutela, ex artículos 154.1 y 268.2).

- No puede tampoco el guardador acudir a la autoridad judicial recabando su auxilio: esta nota es esencial en el caso de familiares, especialmente abuelos o tíos de menores hijos de progenitores con problemas de drogadicción o psiquiátricos, que no atienden a sus hijos y los dejan al cuidado de estas personas, pero que de vez en cuando acuden a su domicilio o con ocasión de una salida se llevan al menor con ellos. Se plantea en este supuesto la legitimación del guardador para acudir a la policía denunciando quebrantamiento de guarda. Con cierta frecuencia los guardadores hacen este tipo de denuncias, pero evidentemente en cuanto se comprueba que los que tienen al menor son sus progenitores, las mismas no prosperan. Por ello es tan importante que en el momento en que soliciten la tutela, por el Juzgado correspondientes se les otorgue cautelarmente la guarda judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 158.4 del Código Civil. De esta forma ostentarán un título jurídico válido.

Es necesario aludir a los factores por lo que no es necesaria la privación de la patria potestad para la constitución de la tutela ex artículo 239 del Código Civil

PRIMERO.—Como presupuesto legal tenemos la no existencia de desamparo en las guardas de hecho. Si existiera desamparo implicaría que no es necesaria la privación de patria potestad, y se aplicaría el artículo 239 en el sentido de proceder directamente al nombramiento de tutor.

Tal como expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de noviembre de 2004, no obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, el Código Civil no le da un tratamiento de situación de desamparo, es decir, no impone la constitución de la tutela administrativa, sino la vigilancia de la autoridad judicial sobre el guardador de hecho, en el artículo 303 (*podrá requerirle para que le informe de la persona y los bienes del menor...*). Según el ponente, esto desplaza la tutela ex lege, ya que no se encuentra en situación de desamparo el menor que recibe la asistencia material y moral necesaria de personas distintas de su padre o tutor, sino de un mero guardador de hecho (a diferencia del derecho italiano,

que en este supuesto, al no ser sus padres el que lo atienden, utiliza un concepto subjetivo del desamparo que no existe en derecho español, y que implica que en la guarda de hecho se podría declarar el desamparo). Es necesario distinguir en este momento entre menores acogidos de hecho por familia extensa y ajena:

En el caso de la familia extensa, la tutela será ejercida naturalmente por alguno de sus miembros, y sólo en el caso de que ninguno estuviera capacitado habría que acudir al desamparo, al entender que existe causa de privación de asistencia moral o material, ya que en ese supuesto no cabría la constitución de la tutela. Pero lo normal es que sean los mismos que ostentan la guarda de hecho los que pretendan la tutela.

En el supuesto de familia ajena, sin embargo, la primera cuestión que hay que plantear es si efectivamente el menor se encuentra en situación de desamparo o no. Si nos encontramos ante un abandono por parte de los progenitores y no existen parientes que puedan asumir su tutela, ¿qué papel se le debe dar a los guardadores? Se ha mencionado que la existencia de un guardador de hecho que atiende de forma efectiva las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y, por ende, la tutela administrativa. Sin embargo, con familia ajena, el punto esencial a tomar en consideración será el tiempo transcurrido en relación con el interés del menor y la privación de asistencia. La sentencia comentada alude a que no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo, esto es, el Código Civil no impone la constitución de la tutela administrativa.

El artículo 239 del Código Civil permite que la tutela de los menores desamparados no corresponda necesariamente a la Entidad pública, pues *se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*

SEGUNDO.—Respecto de la forma de aplicar el artículo 239, la sentencia que se estudia concluye que no existiendo situación legal de desamparo, por el Ministerio Fiscal se debe proponer inmediatamente la tutela. No menciona en ningún momento que haya que proceder a privar previamente de patria potestad al pa-

dre. De hecho, tal como se ha mencionado más arriba, existen sentencias de Audiencias Provinciales que avalan esta tesis. Cuando se solicita la tutela, no se resuelve por Juzgados especializados en temas de familia, sino que será resuelto por el Juzgado de primera instancia de la capital de provincia o primera instancia e instrucción del partido judicial correspondiente, con lo que nos encontraremos con criterios de lo más variados en función del juez que resuelva. Cuando se plantea una situación en que se puede proponer la tutela, en algunas legislaciones autonómicas se hace mención a la posibilidad de usar la vía de la tutela y en otras no se alude a este tema específicamente, con lo que se suele acudir a la figura del acogimiento, cuando lo que en realidad procede es la tutela. La realidad es que en muchas de estas situaciones, cuando un menor se encuentra acogido de hecho por un familiar, normalmente éste solicita el acogimiento a la entidad pública, sin plantearse la tutela, porque normalmente hasta desconoce la existencia de esta figura jurídica. Dado que el menor no ha sido declarado en situación de desamparo, y por tanto sus padres no han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, habría que cuestionar si efectivamente sería necesario, previamente a la constitución de la tutela, privarlos de la patria potestad.

### **3.6. EL ACOGIMIENTO**

En ocasiones cuando se pone en conocimiento de la Administración una situación de guarda de hecho, se plantea la posibilidad de efectuar un acogimiento. Esta opción es muy adecuada en los casos en que los progenitores de los menores, aun no haciéndose cargo en ese momento de los mismos, han delegado la guarda a otras personas, y se han comprometido con los servicios sociales a realizar la actuación necesaria para el pronto retorno de los menores. Se tratará de situaciones que se adaptan a la figura del acogimiento simple. Sería el caso muy habitual de madres en proceso de deshabitación de drogas.

Pero cuando esa situación se prolonga, no tiene sentido formalizar un acogimiento permanente ya que si los progenitores no ejercen correctamente y no hay visos de que esa situación cambie, lo que necesita el menor es una figura estable y que le represente ade-

cuadramente, esto es, que se nombre a los guardadores tutores o adoptantes.

El Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña), regula únicamente el acogimiento simple pero no hace referencia alguna al permanente. Si bien esta regulación puede resultar a priori una carencia respecto de la legislación civil común, que sí recoge el acogimiento permanente, sí resulta coherente con lo expuesto en este trabajo. No tiene sentido formalizar un acogimiento permanente cuando lo que el menor necesita es un tutor o un adoptante.

La sentencia de 6 de mayo de 2002, de la Audiencia Provincial de Lugo, acuerda, expresamente por el cauce del artículo 158 del Código Civil que la guarda de un menor la tenga su hermana. Declara la sentencia que se trata de una decisión urgente, que se debe adoptar por esta vía sin perjuicio de que posteriormente los progenitores reclamen por la vía de procedimiento declarativo. Igualmente acuerda que el padre del menor contribuya al sostenimiento de su hijo. En este caso se justifica el uso del artículo 158 por la urgencia, y se adoptan de nuevo medidas relativas a alimentos. A los padres, se dice, que les corresponderá adoptar decisiones importantes, dejando a la hermana la Administración ordinaria del patrimonio. Articular un régimen de competencias en el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad en estos términos, en la práctica puede provocar múltiples problemas, ya que la valoración de qué es lo importante y qué no lo es dependerá del juicio de cada persona. Aplicando la actual redacción del Código Civil en su artículo 103, quizás habría sido más correcto conferir a la hermana facultades de tutela (para cuestiones educativas, médicas, de representación...), concretando las mismas. Por último si la gestión ordinaria del patrimonio corresponde a la hermana, se supone que la extraordinaria debería corresponder a los padres. Sin embargo, estando la patria potestad cuasi-suspendida, en aplicación del artículo 271 del Código Civil, quizás debería ser el juez el que decidiera. Evidentemente éstas son disquisiciones que la realidad del caso concreto matizará, porque sólo en el supuesto de que el menor disponga de un patrimonio propio se podrían plantear estos problemas, y en todo caso, se podría

nombrar un defensor judicial. En muchas ocasiones las familias a las que se les plantean este tipo de situaciones acuden al servicio de protección pidiendo el acogimiento, siendo en realidad más idónea la vía judicial. Si en el presente caso se hubiera personado la hermana pidiendo el acogimiento de su hermano, dado que no existía situación real de desamparo, para formalizar el acogimiento habría que hacer previamente la idoneidad de la hermana, lo cual lleva un tiempo y no se hubiera respondido a la urgencia planteada. Además desde la Administración habría que haber planteado ulteriormente la propuesta al Juzgado, ya que no existe conformidad de los progenitores y por último la Entidad pública no hubiera podido adoptar medidas sobre alimentos ni sobre la Administración del patrimonio. En supuestos de este tipo por tanto resulta mucho más completa la resolución que adopta el Juzgado que la que hipotéticamente podría acordar la Administración. Resulta llamativo en esta sentencia que a pesar de estar resolviendo una situación en la que la hermana ha ejercido la guarda de hecho del artículo 303, no se hace ninguna mención explícita a dicho precepto.

Es importante que cuando desde los servicios de protección se atienden solicitudes de acogimiento se realicen entrevistas completas a los padres. Mientras existe buena relación, estando el menor bajo los cuidados de su guardador de hecho, ninguna de las partes se plantea «tramitar papeles» en los que alguna autoridad diga que los cuidados del menor le corresponden. Sin embargo, cuando no existe buena relación, es frecuente que cada uno de los afectados acuda a distintas vías a fin de solucionar el mismo conflicto<sup>96</sup>.

---

96. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de diciembre de 2001, la abuela acudió a la Entidad pública solicitando un acogimiento, siendo acordado el mismo en resolución provisional y presentada posteriormente propuesta al Juzgado. Por su parte la madre presenta demanda de separación matrimonial y se le otorga la guarda y custodia de la niña. Nos encontramos por tanto con dos guardadores de la misma menor que deben ejercer sus funciones de forma incompatible. Para evitar estas situaciones cuando desde los servicios sociales se observe que no existe necesidad de intervención porque ya el Juzgado se está encargando de dirimir el conflicto, o si una vez iniciada su intervención tiene noticia de la intervención judicial, se debe abstener de resolver, remitiendo, en todo caso al Juzgado los informes que considere oportunos y demás antecedentes que le consten en sus archivos.

Respecto de la posibilidad que arbitra el Código Civil en su artículo 173 bis, 2º, de que se atribuyan al acogedor facultades de tutela, habría que preguntarse cuáles son esas facultades. Con relación a la redacción del artículo 27.4 del Decreto de la Junta de Andalucía, 282/2002<sup>97</sup> sobre acogimiento familiar y adopción, en el pronunciamiento previo, el Consejo Consultivo de Andalucía, en dictamen núm. 251/2002, de 3 de octubre de 2002, resalta que en los términos en que actualmente se encuentra redactado, el precepto resulta contradictorio con el artículo 173 bis del Código Civil, ya que éste, tratándose del acogimiento familiar permanente, sólo contempla la posibilidad de que la entidad pública pueda solicitar del Juez que atribuya a los acogedores «*aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor*». Por consiguiente, no puede instarse del juez la transferencia de todas las funciones tutelares –más precisamente facultades–, que es lo que parece deducirse del artículo 27.4 del Proyecto de Decreto, pues ello convertiría a los acogedores en una especie de tutores delegados, en contra de lo dispuesto en el Código Civil.

### 3.7. ADOPCIÓN

Cuando la Administración tiene conocimiento de una situación de hecho, en la que la única opción es la propuesta de adopción al Juzgado con los guardadores, por el tiempo transcurrido, la vinculación creada, etc., no existe motivo en estos casos en principio, en aplicación a la objetividad del desamparo para dictar una resolución de este tipo. Simplemente habrá que estudiar la idoneidad de los adoptantes y formalizar la propuesta<sup>98</sup>. Sin em-

97. Según este precepto «Si de la evolución favorable del acogimiento familiar permanente, en un período continuado de tres años, se observara la plena integración del menor en la familia acogedora, y la normalización de la convivencia familiar, se instará judicialmente la transferencia de las funciones tutelares y la suspensión del seguimiento semestral...». Finalmente el artículo mencionado quedó redactado en los siguientes términos:... *se instará judicialmente la atribución a los acogedores de aquellas facultades de tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades...*

98. CORRAL GARCÍA, E., en el artículo «El derecho a la integridad moral como fundamento de la imposibilidad de reinserción en su familia», publicado en Aranzadi Civil, 2003-II, pgs. 1987 y ss. señala cómo se ha mencionado por el Tribunal Constitucional en sentencias relativas a casos de menores

bargo, es necesario para la constitución de la adopción, en los términos expuestos por el artículo 177 del Código Civil el asentimiento de la adopción por parte de los padres del adoptando, *a menos que se halle emancipado o que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación*. Si en aplicación de la teoría subjetivista defendida por el Tribunal Supremo, expuesta más arriba, hay que demostrar que el padre o la madre ha efectuado actos por los que esté incurso en causa de privación, con independencia de que lo hayan atendido o no, puede resultar complicado en ciertos casos determinar la misma.

En otros casos, sin embargo, sí procederá dictar resolución de desamparo y derivar a buscar familia por los cauces legales. El artículo 172 del Código Civil, tal como vengo expresando y como defiende la doctrina y la jurisprudencia, tiene un marcado carácter objetivo, para que exista se tiene que producir la privación de asistencia. El problema está en que los efectos de dicha declaración respecto de la institución de la patria potestad, esto es, su suspensión, no son valorados a la hora de plantear una adopción, ya que el artículo 177 habla de que estén incurso en causa de privación de patria potestad.

Nos encontramos por tanto que un menor puede ser desamparado y mantenerse el desamparo durante años, dado que los padres no lo asisten, sin que pueda llegar nunca a ser adoptado por el hecho de que no se puede hablar que estén incurso en causa de privación<sup>99</sup>.

---

que habiendo estado en proceso de adopción, se ordena su retorno con su familia biológica, y cómo se ha usado por el alto Tribunal el criterio de la integridad moral, en cuanto a los daños psicológicos que puede suponer al menor dicho retorno, en relación al artículo 15 de la Constitución (caso de las niñas de Benamaurel).

99. Éste es el supuesto de una menor cuyo padre ingresa en prisión meses antes de su nacimiento, para un período superior a los diez años. La menor es declarada en situación legal de desamparo al ser su madre toxicómana. Ingresa en un centro poco después de su nacimiento y posteriormente sale en adopción directa con una familia. Posteriormente la Audiencia Provincial de Málaga dicta sentencia el 10 de enero de 2003, en que declara que la madre está incurso en causa de privación de patria potestad, pero respecto del padre declara que la simple condena penal no es motivo de privación, y hace referencia a la situación del padre en el momento de dictarse sentencia (está rehabilitado de su drogadicción).

Considero que es muy grave que no exista consonancia en la valoración objetiva de las circunstancias de los artículos 172 y 170 del Código Civil. La solución podría pasar por aplicar la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, seguida en la sentencia de 20 de enero de 1993, en que acordó que fallecida la madre y estando el padre en prisión, se debe aplicar un criterio objetivo que implica que lo importante es determinar si existe imposibilidad física y moral del ejercicio de la patria potestad.

En alguna legislación autonómica se exige para la formalización de la adopción un tiempo de integración adecuado en el seno de la familia adoptiva, en acogimiento preadoptivo. Sin embargo, el Código Civil no presupone que deba existir siempre acogimiento preadoptivo previo a la adopción. En el caso de que el guardador haya tenido consigo al menor en guarda de hecho, no considero necesario ese plazo, porque lo importante es asegurar, previamente a la propuesta de adopción, el éxito de la misma, y el tiempo de guarda de hecho debe ser tomado en consideración, si el acoplamiento fue bueno bajo esa figura, igualmente lo será en la adopción<sup>100</sup>.

Un motivo que a veces puede llevar a la Entidad pública a

---

No toma en consideración en ningún momento el interés de la menor y además va en contra de la jurisprudencia de la misma Sala que estima que el momento en que hay que ver si existía desamparo, y por tanto si estaba incurso en causa de privación, es aquel en que la menor fue retirada. Pero respecto del padre, en la línea marcada por la sentencia de 24 de mayo de 2000, del Tribunal Supremo, declara que el padre no está incurso en causa de privación porque nunca ha tenido la oportunidad de relacionarse con su hija. Si la menor fue declarada en desamparo atendiendo a un criterio objetivo, admitido por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, esto es porque objetivamente ninguno de sus progenitores la podía atender, igualmente, manteniéndose dicha situación la adopción de la menor, al no haber familiares que la atiendan, debe plantearse en términos objetivos.

100. El artículo 35 de la Ley extremeña de 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores, dispone que *con carácter previo a elevar la correspondiente propuesta de adopción al órgano judicial competente, se constituirá el acogimiento familiar preadoptivo, salvo cuando por circunstancias excepcionales éste no fuera aconsejable*. Y el artículo 36 del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre de acogimiento familiar y adopción de la Junta de Andalucía exige para la promoción de la adopción, *la integración satisfactoria del menor en el seno de la futura familia adoptiva*, antes de que se promueva la adopción. Para ello, se exigirá una convivencia previa superior a cuatro meses, en régimen de acogimiento familiar.

constituir un acogimiento, en lugar de comunicar a la Fiscalía una determinada situación para la constitución de la tutela, es el hecho de que en ocasiones se remuneran los acogimientos pero no las tutelas, como servicio prestacional<sup>101</sup> de la Administración. El hecho de que no se aplique esta figura jurídica puede implicar para los guardadores la pérdida de una fuente de ingresos importante. En estas ocasiones se puede solicitar que se constituya el acogimiento con facultades de tutela. Lo más lógico sería, no obstante que las Administraciones remuneraran estas situaciones, en función de la situación socioeconómica de los guardadores y no de la figura jurídica que les ampare.

No dispone el Código Civil como requisito previo a la adopción la declaración de desamparo... En el caso de la sentencia de 18 de marzo de 2003, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga, se plantea el caso de una menor que ha estado durante varios años en situación de acogimiento de hecho. Posteriormente la Administración declara el desamparo respecto de éstos y pasa a una familia adoptiva. Planteada la oposición a la adopción por parte del padre la sentencia resuelve:

–Respecto del momento al que ha de referirse si los padres están incurso o no en causa de privación de patria potestad, sólo puede ser valorado su posible incumplimiento mientras la relación paterno-filial está vigente y no cuando se resuelve la oposición. Por lo que en el supuesto de autos se declara que el padre dejó a la menor en manos de terceras personas, lo cual se interpreta como un incumplimiento pasivo de las funciones inherentes a la patria potestad, pasando dos años sin realizar ninguna gestión por localizar a la menor hasta la fecha de la notificación del procedimiento de adopción, lo que se califica como abandono.

–Señala con relación a la falta de notificación de la resolución del desamparo, alegada por el padre, que ello no es obs-

---

101. La orden de 11 de febrero de 2004 de la Junta de Andalucía, por la que se regulan las prestaciones económicas a familias acogedoras de menores, dispone en su artículo segundo que *las prestaciones económicas que se establecen en esta Orden tienen como finalidad favorecer la medida de acogimiento familiar, contribuyendo a sufragar los gastos ordinarios y extraordinarios originados por la atención y el cuidado del menor acogido, así como remunerar la dedicación y cualificación de la familia acogedora.*

táculo para que prospere la adopción, ya que los artículos 175 y siguientes del Código Civil no exigen su declaración para que prospere la adopción. Luego la existencia de defectos formales en la declaración de desamparo, como la falta de notificación, no debe suponer la nulidad del proceso de adopción.

Por último hay que valorar los efectos beneficiosos para el menor en el aspecto económico, que aporta la adopción frente a otras figuras jurídicas, especialmente en lo relativo a alimentos y herencia<sup>102</sup>.

---

102. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de abril de 1999, se solicita que se reconozcan derechos sucesorios, por parte del demandante que convivió de los 11 a los 18 años en guarda o adopción de hecho, habiendo fallecido sus padres, no habiéndose dado cobertura legal a su situación. La demanda, naturalmente, fue desestimada.

El carácter automático y provisional:  
durante la tramitación del procedimiento  
administrativo y tras su declaración

**1. EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DEL DESAMPARO**

Al hablar del automatismo de la declaración de desamparo, la doctrina suele referirse al hecho de que no es necesario un procedimiento judicial para su constitución, como ocurre con la tutela ordinaria.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.<sup>103</sup>, dice que «es una tutela automática, que ni requiere forma especial para constituirse, ni el juez tiene que proceder al nombramiento de la Entidad pública como tutora. En el momento en que la administración constata la existencia del desamparo ésta tiene la responsabilidad de dar protección al menor».

VARGAS CABRERA, B.<sup>104</sup> defiende que «la fórmula por Ministerio de la Ley utilizada en los artículos 172 y 239 es un modo de reflejar un supuesto de tutela legítima». El carácter automático hay que interpretarlo como nota diferenciadora respecto del modo de constitución de la tutela ordinaria. Ésta se constituye por la autoridad judicial, conforme a las normas del Código Civil y la tutela administrativa se constituye conforme al procedimiento administrativo legalmente estipulado. Ambas son igualmente legítimas.

---

103. Ob. cit., pg. 212

104. Ob. cit., pg. 110.

mas, pero una nace de la resolución judicial y la otra de una administrativa<sup>105</sup>.

La definición que hace el Código Civil del desamparo implica la asunción de forma automática por ministerio de la ley. Parece olvidarse, que dado que el desamparo es fruto de la actuación administrativa, se rige por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el desarrollo por las Comunidades Autónomas<sup>106</sup>, por las especialidades que la legislación de éstas han desarrollado. El procedimiento administrativo tiene unas fases: iniciación, ordenación, instrucción y terminación y, previamente, puede haber incluso una fase de informaciones previas, que servirán para determinar si existen indicios suficientes como para dictar un acuerdo de inicio del procedimiento. El procedimiento administrativo, desde que se inicia hasta que se dicta la resolución puede tener una duración de 3 a 6 meses<sup>107</sup>. Si el procedimiento tiene una duración tan extensa en el tiempo (unido a las informaciones previas puede llegar a cerca de un año), hay que plantearse en qué momento debe de existir la ausencia de privación moral o material para que se considere que

---

105. Como exponente de dicho procedimiento, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, de Andalucía en sus artículos 21 y ss., o el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sus artículos 6 al 14, y el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña) en su capítulo II.

106. En el mismo artículo mencionado ut supra, Susana SALVADOR menciona expresamente este aspecto en pg. 563.

107. El artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses*, y en el 42.2 señala que *el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea*.

El artículo 49.2 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de La Rioja, establece que el plazo máximo para dictar resolución administrativa no será superior a tres meses, a partir del inicio del expediente, excepcionalmente el Consejero de Salud, Consumo y Bienestar Social podrá autorizar una prórroga por el mismo tiempo.

existe desamparo... ¿cuándo se inicia o cuándo se resuelve? Es necesario considerar que los hechos que dieron lugar a ese inicio pueden haber variado en el tiempo.

Además, se puede acordar, al dictarse el acuerdo de inicio del procedimiento de desamparo, o en cualquier momento antes de la resolución, como medida cautelar, la declaración provisional del desamparo<sup>108</sup>. Ello implica que la Entidad pública asume cautelarmente la tutela y la guarda del menor, en tanto resuelve. En caso de que haya personas que puedan ejercer la guarda, deben ser éstas las que la asuman, por lo que los menores pasarán a convivir junto a sus guardadores. Es posible que en tanto se tramita el desamparo, se haya solicitado el acogimiento y se haya resuelto el mismo mediante acogimiento simple o permanente, ya que los menores deben permanecer ingresados en centros de protección el tiempo indispensable.

A fin de evitar dicha institucionalización, señala el decreto andaluz, 282/2002 de 12 de noviembre de Acogimiento Familiar y Adopción de Andalucía, en su artículo 40.3, que *la Comisión Provincial de Medidas de Protección podrá acordar en la resolución de inicio del procedimiento, o en cualquier momento de su instrucción, el acogimiento temporal del menor por miembros de su familia extensa. En caso de que existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, dicha medida podrá ser adoptada*

108. El Decreto de la Junta de Andalucía, 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa regula en su Sección 3ª: De la declaración provisional de desamparo, estableciendo como causa en su artículo 32, *cuando existan circunstancias que pongan en grave riesgo la integridad física o psíquica de los menores, se podrá declarar como medida cautelar, la situación de desamparo provisional por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores. Respecto del procedimiento, dispone:*

1. *El órgano competente podrá acordar la declaración provisional de desamparo inicialmente o en cualquier momento de desarrollo del procedimiento antes de su finalización.*
2. *El acuerdo será ejecutado de forma inmediata, sin perjuicio de su notificación a los sujetos relacionados en el apartado 1 del artículo 29 de este Decreto.*
3. *Asumida la tutela de los menores por la Administración de la Junta de Andalucía, proseguirá la instrucción del procedimiento conforme a lo establecido en la Sección 2ª del presente Capítulo, hasta que se dicte la resolución correspondiente, que dispondrá la ratificación, modificación o revocación del acuerdo que haya declarado como medida cautelar la situación de desamparo provisional*

por el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores<sup>109</sup>. En los casos en que los padres están de acuerdo con el acogimiento no se ve inconveniente en dicha figura jurídica de acogimiento temporal, pero cuando no consienten, será preciso que se presente propuesta al Juzgado en 15 días. El artículo 173.3 del Código Civil es muy claro en su redacción: si no hay consentimiento sólo se puede constituir judicialmente el acogimiento, si bien la Entidad pública puede formalizar un acogimiento provisional y proponerlo al Juzgado en 15 días.

Por ello difícilmente puede tener un carácter automático: sólo el desamparo provisional tiene dicho carácter. Y sólo de hecho cuando la retirada se hace de forma inmediata, dado que si no se ejecuta, pierde su objeto y no existe verdaderamente la tutela.

Este carácter mixto, administrativo-civil del desamparo, da lugar a que se planteen en los recursos ante la jurisdicción civil cuestiones no sólo de fondo sino también de forma. El auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga de 30 de septiembre de 2004, señala que respecto a las deficiencias del procedimiento administrativo seguido para la declaración de desamparo, no pueden suponer una causa que impidan la continuación de las medidas de protección de un menor, debiendo ser denunciados los defectos formales en los que haya podido incurrirse en un expediente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no siendo competencia de este Juzgado la revisión formal del expediente administrativo, siendo sólo el objeto de la Jurisdicción de Familia, el control del contenido de las medidas de protección adoptadas en interés de los menores. En concreto trata sobre la falta de notificación del expediente al padre del menor y concluye que no afecta para nada al procedimiento puesto que el padre puede oponerse de forma independiente a la madre.

---

109. En términos similares se pronuncia el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y la *Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor* de La Rioja, que en su artículo 52 regula la actuación urgente, al establecer que *en los casos que pueda existir peligro para el menor o cualquier otra causa que exija la intervención urgente, se procederá a acordar de inmediato el desamparo y tutela del mismo, mediante resolución motivada de la entidad pública, disponiendo las medidas que sean necesarias al bienestar del menor, sin perjuicio del inicio del procedimiento oportuno.*

La polémica instrucción de la Fiscalía General del Estado, 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes concurra la situación de desamparo, trata expresamente la cuestión del automatismo de la declaración de desamparo en un apartado, denominado «La declaración de desamparo nunca es automática». Realiza un estudio de las condiciones que se tienen que dar para una válida declaración de desamparo, que aunque es referida a los menores extranjeros, resulta de utilidad en cualquier otro caso. Si bien esta Circular ha quedado sin efecto tras la publicación de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, continúa resultando interesante el análisis que realiza sobre el automatismo y el procedimiento de desamparo.

Señala en primer lugar la necesidad de instruir el procedimiento de desamparo siempre, ya que califica al desamparo como un concepto abierto e indeterminado, circunstancial y mutable, que, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que lo acompañan, se ha de acreditar por los organismos públicos de protección caso por caso y tras la tramitación contradictoria del oportuno expediente administrativo<sup>110</sup>. Efectivamente son absolutamente variables las circunstancias que pueden dar lugar al desamparo de un menor y de difícil aplicación las causas que enumeran los distintos decretos de las legislaciones autonómicas.

En segundo lugar, no todos los expedientes abiertos por la Administración acaban con declaración de desamparo. Muchos de ellos resultan archivados por no haberse confirmado suficien-

110. Señala que la tramitación del expediente administrativo no es baladí, pues durante la misma se pretenden alcanzar las siguientes fases o utilidades:

En primer lugar, han de ser atendidas las necesidades inmediatas del menor, con suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, que asumirán, por ministerio de la ley, los organismos públicos de protección. Después, se intentarán acreditar de forma individualizada las deficiencias que plantea la situación personal, familiar, psicológica y social del menor, y que aconsejaron la intervención administrativa. Y, por último, se procederá a diseñar el plan de actuación administrativa más adecuado para paliar los problemas concretos planteados (tutela administrativa y acogimiento residencial; acogimiento familiar, simple o preadoptivo; reintegro en su familia de origen, etc.).

temente las circunstancias que motivaron su incoación o por haberse modificado aquéllas a lo largo de la tramitación del expediente. Ello coincide con lo mencionado más arriba, a lo largo de la instrucción del procedimiento es posible que haya personas que pasen a atender al menor, por lo que no se dé el supuesto de privación de asistencia moral o material.

Señala la Fiscalía que además, no basta la constancia actual de una situación de desprotección para que ésta lleve inexorablemente al desamparo, pues el incumplimiento de los deberes de protección que lleva a la declaración administrativa de desamparo ha de tener una vocación de permanencia en el tiempo. No son suficientes las situaciones episódicas de desprotección en que pueda encontrarse un menor de edad para justificar la adopción de las graves medidas que, sobre él y su familia, entraña un proceso jurídico de desamparo.

En muchos casos, la intervención de la entidad pública competente –sin declaración jurídica de desamparo y a instancias de los padres, tutores o Autoridad Judicial– se limita a asumir la guarda temporal del menor mientras subsistan las circunstancias que impiden a sus padres o tutores prestarle la debida atención y cuidado (artículos 172.2 CC y 19 LO 1/1996).

Concluye la Fiscalía afirmando que la presencia de un menor de edad, español o extranjero, sin la referencia de una persona adulta en el territorio nacional no es igual a desamparo, ni éste tiene por qué ser declarado automáticamente por la Administración. El desamparo sólo puede ser estimado a la conclusión del expediente administrativo, sin perjuicio, claro está, de que se puedan adoptar las medidas cautelares de protección que se consideren necesarias en cada caso. Todas estas consideraciones me parecen adecuadas si las interpretamos en términos genéricos, pero no precisamente en el caso de los menores inmigrantes, que de hecho están solos en España, y menos aún el pronunciamiento final con relación a la consideración como emancipado de los menores inmigrantes mayores de 16 años<sup>111</sup>.

---

111. Dispone literalmente que:

1<sup>a</sup>) Salvo prueba en contrario (artículo 281.2 LECiv), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (artículo 319 CC), tienen capacidad para re-

Como inciso, respecto de los menores inmigrantes marroquíes, se puede señalar que en el texto Los Menores en el Derecho Español<sup>112</sup>, se destaca que un menor extranjero no acompañado, desde su llegada a España «requiere de la declaración de desamparo y de la consiguiente adopción de medidas protectoras por parte de los organismos competentes de las CC AA siempre y cuando no esté emancipado». Analiza seguidamente la posibilidad de contemplar que estos menores se consideren emancipados y de no ser susceptibles por tanto de ser desamparados y concluye, con relación a los menores marroquíes, que son los que en mayor número entran en nuestro país, que «no existe en el Derecho marroquí una emancipación a la prevista al artículo 19 del CC español. Los varones a partir de doce años tienen capacidad para ganarse la vida, pueden vivir, si el matrimonio de los padres se ha disuelto, con diversos parientes señalados legalmente, pero la autoridad paterna subsiste y de forma acentuada de acuerdo con el sistema fuertemente patriarcal de la sociedad islámica».

En todo caso, la Instrucción 6/2004, se pronuncia en unos términos mucho más relajados que la descrita, al señalar que si no se puede acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años, conforme a su Ley Personal, se reputará como menor a todos los efectos.

DÍEZ GARCÍA, H.<sup>113</sup>, señala cómo tanto para la LO 1/1996, como para la legislación anterior, de 1987, el desamparo no es una circunstancia que se pueda medir temporalmente; simplemente o hay desamparo o no lo hay. Si éste existe, se asigna la tutela a la Entidad pública; en otro caso, no se provoca el efecto legal automático del artículo 172.1 del Código Civil.

### 1.1. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE DESAMPARO

El acuerdo de inicio de cualquier procedimiento debe indi-

---

gir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (artículo 323 CC).

2ª) En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero.

112. Coordinado por LÁZARO GONZÁLEZ, I., en Editorial Tecnos, ISBN 84-309-3814-1, 2002, cit., pg. 464.

113. En el artículo «¿El imposible retorno...?», ob. cit., pg. 179.

car el plazo máximo de resolución del procedimiento (según el artículo 42 de la Ley 30/1992, será de 3 meses, si no se establece otra cosa por la normativa específica)<sup>114</sup>. Este plazo supone una garantía para los afectados. Imaginemos que la Administración dicta un acuerdo de inicio y no realiza actuaciones hasta transcurridos por ejemplo 10 meses y en ese momento le llega al interesado la resolución de desamparo por la que se ordena la retirada de un menor. Evidentemente esto puede provocar una gran inseguridad jurídica.

Es necesario plantearse los efectos que tiene la falta de resolución del procedimiento cuando ha transcurrido el plazo máximo para ello. El artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece la obligación de resolver en todo caso, pero con efectos diversos en función del tipo de procedimiento. En concreto, con relación a los *procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones*. Tal como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de diciembre de 2004 la declaración de desamparo supone un efecto desfavorable hacia los padres, pero esa institución está prevista sobre todo y por encima de todo no pensando en los padres, sino para proteger al menor que se encuentra en la situación que refleja el artículo 172 del Código Civil. Dicha resolución argumenta que el motivo para la no aplicación de la caducidad se sustenta sobre el hecho de que la actuación de los Jueces en el desarrollo de sus funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores se desarrolla «ex officio», a fin de promover cuantas medidas sean necesarias para salvaguardar los derechos de los menores, aludiendo igualmente al carácter público e indisponible del bien tutelado y a la sombra de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 18 y 9). En concreto la sentencia termina aplicando el artículo 44 de la Ley 30/1992, que dispone

---

114. El artículo 42 de la Ley 30/1992, dispone que *las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos*.

que en los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

Se plantean las dos siguientes alternativas cuando la Administración no haya resuelto el procedimiento en plazo:

Aplicar por analogía el artículo 92.4 de la Ley 30/1992, que, en relación con los procedimientos iniciados por los propios interesados, dispone que *podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente suscitarse para su definición y esclarecimiento*. La sentencia mencionada ut supra hace alusión a la indisponibilidad del objeto del procedimiento de desamparo así como a su carácter público, por lo que se podría entender que estos procedimientos nunca caducan.

Sin embargo, esta solución puede provocar que los procedimientos de desamparo se inicien y nunca se resuelvan. Una solución alternativa, y quizás más válida, es que en caso de que haya transcurrido el plazo para resolver, se proceda a dictar resolución de caducidad e iniciar un nuevo procedimiento, incluso en este caso con declaración provisional de desamparo. De esta forma se cumple con la obligación de resolver conforme a las normas de la Ley 30/1992, así como a la de no dejar en el aire la resolución de estas situaciones que son de interés público y siempre deben ser resueltas<sup>115</sup>.

---

115. En este sentido parece que se pronuncia, aunque no de forma clara, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de noviembre de 2004, que confirma la resolución de primera instancia, que declara que la caducidad no alcanza al desamparo, que se circunscribe al expediente administrativo, y que el desamparo es una situación material o de hecho a la que no le son aplicables los efectos de la prescripción, pues se trata de una realidad material que existe, a la que la Administración le debe dar una respuesta que vaya más allá de una defectuosa tramitación burocrática. Por ello, termina la sentencia diciendo que corresponde a la Administración, valorar si procede la iniciación de un nuevo expediente de desamparo o derivar la situación al organismo público competente (en su caso Servicios Sociales municipales) para trabajar la situación de riesgo.

## 2. EL CARÁCTER PROVISIONAL DEL DESAMPARO

Otra característica que doctrina y jurisprudencia predicam del desamparo es su provisionalidad. La declaración de desamparo únicamente debe sobrevivir en tanto no se adopten otras medidas más estables para el menor (su tutela ordinaria, la reintegración familiar, la adopción, la emancipación...).

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.<sup>116</sup> Señala que «la duración depende, bien de que subsista el presupuesto que da origen a la misma, esto es, la situación de desamparo o de que se adopten otras medidas de carácter permanente –adopción, tutela ordinaria–. No obstante nada impide que, si dichas medidas no son posibles, o no benefician al menor, nos encontremos ante una tutela definitiva».

El Código Civil en su artículo 239 da la clave de este carácter provisional de la tutela administrativa, al disponer que *cuando existan otras personas que puedan hacerse cargo del menor, se procederá a nombrar tutor por las normas ordinarias*<sup>117</sup>.

OCON DOMINGO, J., relaciona el carácter provisional de la tutela pública con las políticas públicas tendentes a proporcionar recursos para que el menor no sea separado de su medio. «Si la familia tiene apoyos institucionales, sólo en caso de urgencia habrá que separar al menor, y una vez adoptada que dicha medida, debe de tener un carácter provisional, en tanto se le proporcione un recurso más adecuado de protección»<sup>118</sup>.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.<sup>119</sup>, define la tutela administrativa con

---

116. Ob. cit., pgs. 202 y 221.

117. El auto de la Audiencia Madrid de 29 de septiembre de 2000 subraya que no se puede olvidar el carácter transitorio y subsidiario de la institución como se deduce del artículo 239 y que el artículo 172.4 del mismo texto legal se encarga de remarcar, cuando establece que *se procurará la reinserción del menor en la propia familia*. La constitución de la tutela administrativa implica la suspensión provisional de la patria potestad, hasta tanto se resuelva de forma definitiva sobre la situación jurídica del menor.

118. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», núm. 45, 2003, cit., pg. 45.

119. «Instituciones de protección del menor y su régimen registral», *Actualidad Civil*, 1998, t. II, pg. 561.

los siguientes caracteres: provisional, transitoria, inmediata y subsidiaria. En concreto lo califica de «mecanismo de protección de menores desamparados en tanto perduran las causas que lo motivan; paso previo para la adopción de posteriores medidas de protección dotadas de una estabilidad». Hace un análisis la autora sobre si debe ser inscrita la tutela administrativa o no en el Registro Civil. A este respecto existe doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado, en que al pronunciarse sobre esta cuestión, aborda igualmente la naturaleza de esta tutela: considera que no se trata de una verdadera tutela, no está incluida entre las resoluciones judiciales mencionadas en el artículo 218 del Código Civil, por lo que no es inscribible en el Registro Civil. Es precisamente la nota de provisionalidad, su carácter de medida protectora, unida a la carencia de mandato legal, en las que se basa la DGRN para defender que la tutela administrativa no es objeto de inscripción principal en la Sección Cuarta del Registro Civil<sup>120</sup>. Si bien considero que el desamparo de hecho sí es una auténtica tutela, aunque con unas características especiales, derivadas del hecho de ser ejercida por la Entidad Pública, sí comparto la idea de que asimismo se trata de una medida protectora y de que debe de tener un carácter provisional siempre que ello sea posible. Sin embargo, si nos acercamos a la realidad, son muchos los menores que son desamparados y que llegan a su mayoría de edad bajo la tutela pública, con lo que ese carácter provisional se convierte en una utopía. En estos casos estamos ante una tutela perpetuada en los años y que debe gozar de publicidad a todos los efectos.

## **2.1. TIEMPO DE DURACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO**

Al hablar de temporalidad, hay que distinguir entre el tiempo en que ha de estar el menor en situación de privación de asisten-

---

120. Sin embargo, sí sería posible dejar constancia registral de la constitución de esta tutela legal mediante anotación marginal en la inscripción de nacimiento del menor tutelado, en los términos del artículo 38 de la LRC. Sostiene la autora, que «dado que en la resolución mencionada se apoya la tesis de la posibilidad de anotación marginal del acogimiento, considerando que habitualmente éste trae causa de la previa declaración de la situación de desamparo, nada debe obstar para que ésta sea igualmente objeto de anotación marginal, a los efectos de lograr su publicidad mediante la institución registral».

cia moral y material para que se produzca la declaración, y del tiempo de duración una vez declarado<sup>121</sup>.

Respecto del primer aspecto, DÍAZ GARCÍA, H.<sup>122</sup>, alude al tiempo que debe durar la situación de desamparo y menciona dos autos dispares. El auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2000, que ante un caso de abusos sexuales, señala que el desamparo no presupone necesariamente una situación duradera en el tiempo, puesto que basta que surja la situación y el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 1999, que afirma expresamente que la situación de desamparo ha de ser grave, definitiva y consolidada y no meramente coyuntural.

Son tan variados los supuestos que dan lugar al desamparo que ambas calificaciones sobre su duración son adecuadas. La declaración provisional de desamparo de un menor por un solo episodio de maltrato físico en el ámbito intrafamiliar puede estar justificada. Plantea más problema decidir el desamparo en esas situaciones consolidadas, especialmente de pobreza, en que no es sólo una causa sino varias, que van variando en el tiempo, las que dan lugar a la declaración. Esta decisión depende de los servicios sociales encargados de actuar y no es precisamente fácil de adoptar. Se puede trabajar durante años un núcleo familiar, hasta que llegado un momento determinado se estime que es imposible mantener los menores en ese ámbito.

La previsión del tiempo que vaya a durar el desamparo es un criterio esencial a la hora de decidir las medidas que se adoptarán con el menor en tanto dure dicha situación. Distingue DÍAZ

---

121. El artículo 35 del Decreto 42/2002 de desamparo guarda y tutela de Andalucía, regula la duración de la tutela en los siguientes términos:

1. *La tutela administrativa derivada de la declaración de desamparo se mantendrá sólo durante el tiempo imprescindible para evitar la situación de desasistencia de los menores.*

2. *En el caso de que se constatare la desaparición de las circunstancias que dieron lugar a la asunción de la tutela de los menores, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía promoverán, de oficio o a instancia de parte, las actuaciones precisas para la extinción de la misma y la reintegración de aquéllos a su ámbito familiar.*

122. «¿El imposible retorno...?», ob. cit., pg. 179.

GARCÍA, H.<sup>123</sup> entre desamparo irreversible y temporal (por causa voluntaria o involuntaria).

### **2.1.1. Desamparo irreversible y definitivo en que no procede la reinserción.**

El desamparo puede ser irreversible pero terminar en una medida antes de la mayoría de edad del menor, o bien extinguirse a los 18 años o la emancipación. En todo caso, aunque destaca el carácter residual, urgente y provisional de esta tutela<sup>124</sup>, la realidad es que en acogimientos residenciales, sobre todo de menores adolescentes, así como en acogimientos permanentes, la medida de desamparo pierde la nota de provisionalidad, al no ser posible nombrar tutor o iniciar procedimientos de adopción. Cuando el menor permanece residiendo en un centro de protección tiene su justificación el mantenimiento de la tutela administrativa, pero cuando el menor se encuentre en situación de acogimiento permanente, aunque sea con familia ajena y con visitas de sus padres, se le debe nombrar tutor tal como se ha expuesto más arriba.

a) Menores abandonados en el momento del nacimiento por renuncia de la madre.

En este caso únicamente se puede plantear la adopción del menor. Este supuesto se puede plantear en mujeres inmigrantes que no tienen quién les ayude en la crianza del hijo o simplemente no lo deseen, en cuyo caso no se plantea la búsqueda de otros familiares que atiendan al menor, pero en caso de que se trate de una mujer que en la que la familia sea incluso conocida por los servicios sociales, la cuestión que se plantea es... ¿debe la Administración avisar a parientes del menor antes de proceder a iniciar la adopción con familia ajena? Entiendo que si la voluntad de la madre es no tener ninguna relación con el menor y que salga completamente de su vida, debe respetarse dicha voluntad. De hecho el Código Civil la única cautela que establece en el artículo 177 al respecto, es que *el asentimiento no se preste hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto*. Lo más frecuente en estos

123. «¿El imposible retorno...?», ob. cit., pg. 182.

124. Ver cits., 174 y 178 del manual *El Desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, de BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.

casos es que la madre manifieste su voluntad en el Hospital, bien ante la trabajadora social de dicho centro, o avisados los servicios de protección en presencia de éstos. En este caso debe acudir psicólogo y abogado, a fin de explicarle a la madre en términos legales en qué consiste la adopción, ofrecerle alternativas y constatar que efectivamente es consciente de su decisión. El menor pasará a un centro residencial e inmediatamente se debe iniciar la búsqueda de familia para su adopción.

Un supuesto que pueda dar lugar a problemas prácticos y de difícil solución es el de la menor que quiere dar a su hijo en adopción. En aplicación del artículo 157 del Código Civil se entiende que deben consentir la adopción tanto los padres como la menor. Pero los problemas que se plantean son los siguientes: Los padres de la menor pueden no querer consentir dicha adopción. Puede ocurrir que la menor tenga pareja, mayor de edad y que no consenta o menor y cuyos padres no estén de acuerdo con la adopción. En todo caso hay que tener en cuenta:

¿Se puede considerar que dar a un hijo en adopción es una decisión que se toma basándose en los derechos de la personalidad, mencionados en el artículo 162 del Código Civil, y por tanto del ámbito de decisión de quien lo decide? Estimo que a este respecto hay que distinguir entre menores de más o de menos de 16 años de edad, ya que ésta es una edad crucial en el Código Civil, dado que es la que determina la emancipación. Teóricamente, si la menor estuviera emancipada no se plantearía la cuestión, y debiera ser su decisión la única que se tenga en cuenta<sup>125</sup>.

En las ocasiones en que exista un conflicto de intereses entre los padres y la hija, ex artículos 162 y 163 del Código Civil, se debe nombrar defensor judicial. Sin embargo en el caso de ejercicio de

---

125. No obstante, con relación a decisiones sobre las menores, en la práctica, en los centros hospitalarios cuando una menor de más de 16 años acude para que le practiquen un aborto, se pide el consentimiento de los padres. Es evidente que en estos casos (tenga la menor más o menos de 16 años), si hubiera que pedir al juez que decidiera por no estar éstos de acuerdo, la decisión debe ser rápida y dado que es directamente ejecutiva, en caso de que apelaran a segunda instancia los padres, probablemente el aborto ya se habría producido a la fecha en que se dicte la resolución.

la patria potestad de menores sobre sus hijos, el artículo 157 prevé que en caso de desacuerdo o necesidad se hará con la asistencia del juez. Por tanto, si la menor quisiera dar a su hijo en adopción y sus padres no consintieran, considero que la Entidad pública debe acudir a la Fiscalía, a fin de que ésta plantee ante el Juzgado la decisión de si el menor debe salir en adopción o no. La vía en que se puede plantear dicha decisión será el artículo 158.4 del Código Civil. En tanto el juez adopta dicha decisión, se puede solicitar al Juzgado que acuerde cautelarmente la guarda judicial en centro residencial.

b) Desamparo y pobreza.

La pobreza no debe ser causa teórica de desamparo. Así lo establece la LO 1/1996, en su artículo 17, al establecer que en situaciones de riesgo social *se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia*. En principio a familias con un nivel de pobreza tal que no puedan mantener consigo a sus hijos, se les puede ofrecer la guarda regulada en el artículo 172.2 del Código Civil, disponiendo de un plan de intervención familiar con recursos sociales y laborales para superar dicha situación.

No se contempla por las legislaciones autonómicas la pobreza como causa de desamparo, sino que se actúa en consonancia con lo dispuesto en la LO 1/1996. Lo que sí puede suceder es que se intente ayudar a la familia desde los servicios sociales (con becas de guardería, comedor escolar, ayuda a domicilio...) o se le ofrezca la guarda de los menores en centro de protección, y no acepten los recursos. Normalmente la causa de desamparo de estos menores será por falta de escolarización, unida a convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad, mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza, y principalmente, en caso de que sólo estemos ante la más dura pobreza, cuando los padres estén imposibilitados para ejercer la guarda o en situación de ejercerla con peligro grave para el menor.

En el caso de que se llegue a desamparar por pobreza, se

debe haber realizado un plan de intervención familiar y justificado adecuadamente la imposibilidad de retorno, por lo que, dependiendo de la edad de los menores se adoptarán medidas considerando que no es posible el retorno. Sólo cuando se ha agotado verdaderamente la situación de riesgo se debe proceder a desamparar. Dicha situación viene definida en el artículo 17 de la LO 1/1996, y matizada en las legislaciones autonómicas, y su declaración debe conllevar una actuación de las administraciones públicas para promover un cambio positivo que impida que el menor deba ser retirado<sup>126</sup>.

ARCE RAMÍREZ, E.<sup>127</sup>, trata las situaciones de riesgo como alternativa a la situación de desamparo. Sostiene la autora que «sólo en circunstancias que conlleven una irreversibilidad de la desasistencia se habrá de optar por declarar el desamparo. En los casos en que se observen carencias de tipo personal, educativo o afectivo, que puedan ser objeto de corrección o encauzamiento en el seno de la propia familia, serán una alternativa interesante a la declaración de desamparo».

---

126. En mi artículo *La Protección Jurídica del Menor...* menciono que no se establece en la Ley 1/1996 si es necesaria una declaración formal de la situación de riesgo, ni alude a procedimiento alguno ni a la competencia sobre la declaración. Sólo en el artículo 17 en su segundo párrafo dispone que *una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*. Al hacer referencia a que la situación debe ser apreciada, habría que entender que en algún momento se debe realizar una declaración formal de la situación de riesgo.

Por su parte la Constitución en su artículo 148.20, *otorga competencia a las comunidades autónomas en materia de asistencia social* y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 25.2.k), atribuye al municipio competencias *en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social*. En este panorama legislativo, la realidad es que se ha producido una diversidad de regulaciones autonómicas dispares, de forma que en algunas comunidades hay un procedimiento riguroso para su declaración y en otras ni siquiera se dicta resolución declaratoria, otorgando la competencia a veces a la administración autonómica, otras a la entidad local y a veces actuando aquélla de forma subsidiaria a ésta.

127. «Los menores extranjeros en situación de desamparo», *Lex Nova, Revista de derecho de familia*, núm. 5, octubre 1999.

Señala LINACERO DE LA FUENTE, M.<sup>128</sup>, que las situaciones de riesgo se caracterizan por «la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, limitándose la intervención de la Administración a intentar eliminar, dentro del grupo familiar, las situaciones de riesgo. Las situaciones de riesgo, responden a uno de los principios rectores de la acción administrativa, en concreto, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, a través de medidas como el apoyo a la familia previsto en numerosas leyes autonómicas».

Se muestran especialmente estrictos los Juzgados cuando la Administración fundamenta sus resoluciones de desamparo y posteriores adopciones en la pobreza, ya que se debe entender como una obligación de la misma evitar la separación por esta causa. Así lo señala Díez GARCÍA, H.<sup>129</sup>, al comentar el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2001, que revocó la resolución judicial que había dispuesto el acogimiento preadoptivo, ingresando el menor en centro residencial e iniciando el progresivo retorno a su familia biológica. Señala en concreto la sentencia que se estimó el desamparo sobre la base de las vagas e inconcretas circunstancias psíquicas alegadas por la Entidad pública, características que por su generalidad podrían predicarse de un gran número de padres y en un gran número de hogares familiares en los que por poseer suficientes recursos materiales a nadie se le ocurre promover actuación de privación de la guarda y custodia, de tutela o de patria potestad.

c) El desamparo de los menores inmigrantes no acompaña-  
dos.

Dentro del territorio español, existen distintas posturas sobre la situación jurídica de estos menores, en función, estimo, de la cantidad de casos que manejen la Entidad pública protectora, de la situación geográfica y de la disponibilidad de recursos. No es lo mismo la actuación que se realiza en Cádiz, puerta de entrada de los mismos que en cualquier ciudad del interior donde apenas

128. *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, ISBN 84-7111-399-6, 2001, pgs. 164-165.

129. «¿El imposible retorno...?», ob. cit., pg. 168.

llegan menores de estas características, o en Madrid y Barcelona donde los casos se multiplican por miles. Sin embargo, el hecho de que el menor se encuentre en una u otra parte de la geografía española no debería ser óbice para que la forma de actuación de los poderes públicos siguiera los mismos criterios. Ante un menor inmigrante existe la siguiente posibilidad respecto del momento de asumir su tutela:

- a) Esperar hasta que se determine si es o no posible su reintegración, sin iniciar siquiera el procedimiento de desamparo.
- b) Iniciar el procedimiento de desamparo, con independencia de que posteriormente se repatríe o no.
- c) Iniciar el procedimiento y declarar simultáneamente el desamparo provisional.

En este estudio, sin embargo no se pretenden realizar estimaciones políticas sobre la cuestión, sino un análisis jurídico de la situación legal de estos menores cuando llegan a territorio español.

El artículo 1 de la Ley 1/1996 dispone su aplicación *a los menores de dieciocho años, que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*. La primera cuestión que se plantea es si estos menores han de ser desamparados de forma inmediata o es necesario esperar a contar con la documentación necesaria y que habitualmente no traen consigo. En puridad, aplicando el artículo 172 del Código Civil estos menores se encuentran de hecho en situación de desamparo.

FERNÁNDEZ MASÍA, E.<sup>130</sup> sostiene que «en los casos en que el menor no tiene su residencia habitual en nuestro país, a pesar de su presencia transitoria en el territorio español y de la situación fáctica de desamparo, en interés del menor, es recomendable aplicar la medida de desamparo a todos los menores que se hallen en España en esta situación».

---

130. «Las Entidades Públicas y la protección de los menores extranjeros en España», *Actualidad Civil*, 1998, pg. 444.

En la misma línea ARCE JIMÉNEZ, E.<sup>131</sup>, destaca que «la llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente de la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar por tanto distintas “varas de medir” en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario».

El artículo 92 del recientemente aprobado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que 1. *En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los servicios de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor.* En este momento se está haciendo mención a la atención inmediata regulada en el artículo 14 de la Ley de 1996, que se prestará en tanto se determine la mayoría o minoría de edad, recibiendo una primera asistencia e ingresará en un centro de menores.

*Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.* Este momento de puesta a disposición tiene gran importancia, ya que en caso de que haya que tramitar la residencia del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que dispone que *se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*

131. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre 1999, pgs. 78 y ss.

El criterio de asumir la tutela de forma automática e inmediata, no obstante, choca frontalmente con el hecho de que estos menores, en su mayoría no tienen expectativas de quedarse ingresados en un centro de protección, por lo que normalmente no duran más de unos días en el centro. El problema sería más bien determinar si el menor quiere dejar que lo protejan, ya que no tiene sentido asumir tutelas para que duren dos días. Sin embargo, aplicando el Código Civil procede la tutela automática desde la puesta a disposición. No obstante, si únicamente se realiza un acuerdo de inicio de procedimiento, o incluso sin declaración provisional de desamparo, el menor se encuentra protegido a los siguientes efectos:

- Al contar con residencia legal hasta ahora los menores permanecían en los centros sin poder efectuar acciones formativas. Esta situación ha sido subsanada, ya que el artículo 92 del nuevo Reglamento, dispone que *en todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio.*

- El artículo 10.4 de la Ley Orgánica 1/1996, ordena que *una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.* Evidentemente en tanto no se haya asumido formalmente la tutela del menor, no procederá documentarlo, por lo que habrá que esperar a que se tome la medida de desamparo, con detrimento de sus derechos, cuando esa situación se prolonga. Estos efectos quedan paliados en relación a la consideración del tiempo de residencia, que se tendrá en cuenta, como se ha expuesto más arriba desde *la puesta a disposición* y no desde la declaración de desamparo.

- Respecto de la nacionalidad, el artículo 22 del Código Civil (Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad), dispone que bastará el tiempo de residencia de un año para la concesión de la nacionalidad por residencia, *el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o*

*acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud.* El hecho de que en tanto se solicita información sobre la familia del menor a su país de origen, a fin de estudiar la reagrupación familiar, éste pueda no estar bajo la figura de guarda o desamparo legal, juega en su contra, más si tomamos en consideración que la mayoría de los menores que llegan a España son adolescentes. Es obligación de la Entidad Pública poner todos los medios posibles para que, en caso de que el menor permanezca ingresado en un centro de protección por períodos superiores a los dos años, se les tramite la nacionalidad española. Sería cuestionable si el período de dos años se pudiese empezar a contar desde que se asume la guarda en centro de protección, mediante guarda de hecho o guarda provisional, o si el Código Civil está haciendo mención a la guarda asumida por la declaración de desamparo. En todo caso sería necesario aunar criterios, tomando en consideración que cada comunidad autónoma formaliza el desamparo y la correspondiente guarda en un momento distinto. La puesta a disposición a que hace referencia la legislación de extranjería, y que se toma en consideración para tramitar la residencia, debería ser el que el Código Civil adopte para obtener la nacionalidad, como más favorable en aplicación del interés superior del menor, con independencia de que la tutela o guarda legal se haya o no asumido.

Es el carácter provisional y protector de la tutela administrativa el que justifica la aplicación de la misma a los menores extranjeros. Si bien el Código Civil en su artículo 9.6 dispone que *la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste*, hace la salvedad de que *se aplique la ley de la residencia habitual para las medidas provisionales o urgentes de protección*. En teoría esto implica que si un menor extranjero, residente habitual, es desamparado, en principio ésta sería una medida que no debería prolongarse en el tiempo, ya que debería otorgársele estabilidad y seguridad jurídica, conforme a las normas sobre tutela de su respectivo país. El último párrafo de dicho artículo menciona además de forma expresa la aplicación de la ley española en medidas de carácter protector respecto de menores abandonados que se encuentren en territorio español. Respecto de los me-

nores extranjeros, se pueden distinguir claramente estos dos grupos:

Menores acompañados por sus padres: en este caso la intervención se realiza de forma igual que con cualquier otro menor de origen nacional.

Menores extranjeros no acompañados: considero que en este caso concurren más que nunca las circunstancias que motivan el desamparo provisional, aun cuando posteriormente el menor sea reagrupado o repatriado: objetivamente está exento de asistencia moral o material. Puede considerarse un caso de auténtico automatismo del desamparo.

En los supuestos en que el menor se adapte al centro de protección y decida seguir el plan de integración socio laboral que se estipule, estaremos ante un desamparo irreversible. Si bien esta situación se da en un menor porcentaje. Cuando el menor no retorna a su país y no se fuga del centro, estamos ante desamparos a largo plazo, normalmente hasta la mayoría de edad, por lo que no sería una situación provisional al no existir otras alternativas de tutela.

### **2.1.2. Desamparo temporal por causa involuntaria.**

Esta modalidad de desamparo hay que ponerla en relación con la guarda regulada en el artículo 172.2 del Código Civil<sup>132</sup> y con la situación de riesgo articulada en el artículo 17 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Cuando las personas legalmente obligadas a cuidar a los menores temporalmente no pueden atender a los menores pueden acudir a la administración solicitando ayuda mediante la guarda.

La situación de riesgo se diferencia esencialmente de la de

---

132. Regula el apartado segundo la guarda asistencial, refiriéndose a ella en los siguientes términos:

2. *Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.*

*La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.*

desamparo en que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, según el artículo 17 de la Ley 1/1996. Esta norma la define de forma vaga, al decir que *son situaciones de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor y que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley*. Esto es, si la situación pasa a mayor gravedad habrá que recurrir al desamparo. Respecto de las actuaciones que deben emprender los poderes públicos en caso de situación de riesgo, al artículo 17 de la Ley 1/1996, dispone se deberán *garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y la dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia*. Dispone igualmente que una vez detectada la situación de riesgo, *la entidad pública pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia*. Se plantea la posibilidad de que la administración ofrezca a los padres que soliciten una guarda, ante la situación de riesgo e inminencia del desamparo. Esta solución es válida, pero choca con el principio recogido en el artículo 11.2 de la LO 1996, al disponer el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, salvo que sea conveniente para su interés. Habrá que hacer una valoración caso por caso. Cuando la familia que se encuentre en situación de riesgo que dé lugar al desamparo no acepte voluntariamente la guarda, será preciso decretar el desamparo a fin de evitar la situación de privación de asistencia de los menores.

En ocasiones se personan madres ante el servicio de protección y plantean que no tienen vivienda ni trabajo y que no pueden tener consigo a los menores, solicitando una guarda. Si estudiada la situación, no se trata de un momento coyuntural, sino que históricamente los servicios sociales han trabajado la situación, respondiendo normalmente con altibajos a la intervención los progenitores, se plantea la Entidad pública si debe dictar desamparo o guarda.

Una opción es admitir la guarda pero haciendo firmar a los progenitores unos compromisos muy estrictos (aportar documentación identificativa, adherirse a la intervención social, no permitir las salidas del centro de protección...), hasta que se demuestre que ciertamente se ha producido un cambio positivo en el núcleo

familiar. En caso de que incumplan siempre se puede declarar provisionalmente el desamparo<sup>133</sup>. Verdaderamente, actuando así se podrían considerar como situaciones de riesgo, tratadas a través de medida de separación familiar.

Plantea DÍEZ GARCÍA, H.<sup>134</sup>, que el calificativo de grave imputado a la guarda, hay que ponerlo en línea con la involuntariedad. Si los padres no quieren atender al menor, estaríamos ante un desamparo<sup>135</sup>. Por ello en situaciones en que podrían ser una guarda, no sólo pueden comparecer los padres y pedir la guarda, sino que la Entidad pública también puede ofrecer dicha posibilidad a los mismos. Resulta de mucha utilidad práctica esta posibilidad, en aquellos casos en que los padres vienen y van en el ejercicio de la responsabilidad que tienen para con sus hijos. Si se realiza un buen plan de intervención familiar junto a la guarda, y lo incumplen, la Entidad pública queda legitimada en su declaración de desamparo, y no se le podrá acusar de haber actuado sin haber intervenido adecuadamente en el núcleo familiar. De esta forma quedará acreditado que se ha cumplido con el principio de reintegración familiar recogido en el artículo 172.4 del Código Civil.

Además de las condiciones que se puedan estipular a través del plan de integración, al firmar la guarda, dado su carácter convencional, los padres se comprometen a ciertas obligaciones, y deben quedar advertidos, que de no cumplir, el menor puede ser desamparado.

En aquellos casos en que no haya penuria económica, los padres deben contribuir a los gastos generados por la guarda. Así lo regula expresamente el artículo 64 de la Ley 6/1995, de 28 de

---

133. Así lo señala la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, en relación con las causas de terminación de la guarda: *La situación de guarda se extingue por la desaparición de las causas que la motivaron o por la constitución de la tutela.*

134. «¿El imposible retorno...?», ob. cit., pg. 184.

135. El artículo 40 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, así lo precisa, al señalar que *se asumirá la guarda cuando los titulares de la patria potestad, tutores o guardadores, así lo soliciten a la Administración del Principado de Asturias, justificando no poder atenderlo por circunstancias graves ajenas a su voluntad.*

marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid<sup>136</sup>. Especialmente en los casos en que los padres piden la guarda de sus hijos adolescentes, por considerar que no están capacitados para atender los problemas que les plantean, se debe ejercitar este derecho por parte de la Administración.

### **2.1.3. Desamparo temporal por causa voluntaria.**

Cuando tiene lugar un episodio de tal gravedad que lleva a la Entidad pública a declarar el desamparo de forma inmediata, hay que examinar en primer lugar si efectivamente hubo voluntariedad en la privación de asistencia. Normalmente en estos casos se entrecruza la actuación de la Administración con la de los Juzgados de Instrucción. Imaginemos un presunto caso de abusos sexuales en el ámbito doméstico. La menor debe salir de forma inmediata del domicilio, y ya he planteado más arriba que puede ser el Juzgado el que por la vía del artículo 158.4 del Código Civil planteé la guarda en la Entidad pública. Pero a veces la información llega previamente a ésta, por lo que dicta resolución de desamparo. Es posible que el agresor sea, por ejemplo, el padre, con lo que en el momento en que se demuestre que la madre no consiente y que puede mantener a la menor alejada de aquél, no tiene sentido continuar con el desamparo. Ahora sí, a la madre se le debe exigir que solicite ante el Juzgado la guarda y custodia e incluso la privación de patria potestad del padre<sup>137</sup>.

136. *Las familias de los menores en situación de guarda voluntaria por una Administración Pública de la Comunidad de Madrid, deberán contribuir al sostenimiento de las cargas económicas que se deriven de su cuidado y atención, en la forma que se determine reglamentariamente atendiendo a su capacidad económica.*

137. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de enero de 2003 el Tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por la apelante, tía de los menores, resolviendo revocar el desamparo de los menores acordado en su día. Estudia la resolución si procede mantener o no la resolución de desamparo. Declara que la situación potencialmente peligrosa para los menores fue pasajera y consta que ha desaparecido, visto asimismo que el regreso con su tía no consta que les cause perturbación alguna, sino todo lo contrario, ya que no existe situación legal de desamparo. En este supuesto la duración de la situación de desamparo se ha restringido al tiempo necesario para restablecer la reintegración de los menores a su núcleo familiar, junto a su tía acogedora. Sin embargo del relato de los hechos se deduce que los menores llevan años viviendo con su tía en situación de acogimiento, pudiendo estar en

En todo caso sea el desamparo declarado por una u otra causa, en el supuesto de que se produzca su revisión judicial, bien en procedimiento de oposición al desamparo, bien en el momento en que se formaliza la adopción, lo importante es tener en cuenta los hechos que dieron lugar y la situación de los padres en el momento en que se dictó la resolución de desamparo, no la nueva situación de éstos en el momento de dictar resolución judicial. La realidad es que desde la declaración administrativa del desamparo hasta su posible revisión judicial, pueden haber pasado incluso años, sobre todo en segunda instancia<sup>138</sup>.

---

desamparo si ésta no asumiera sus cuidados, como de hecho ocurre cuando la tía deja momentáneamente de ejercer sus funciones. La sentencia deja sin efecto el desamparo y dicho acogimiento y otorga la guarda y custodia a la tía. No siendo tutora la Administración los padres siguen conservando la patria potestad íntegra. En esta situación parece que hubiera sido más lógico, en aplicación del artículo 239 del Código Civil, que estando los menores en situación de desamparo, se hubiera promovido por la Entidad pública la tutela de los menores con su tía, sin embargo el Tribunal considera que es suficiente con atribuir la guarda a la misma. Es correcto que si la tía los atiende ya no hay desamparo pero también lo es que ejercicio de la patria potestad no lo atiende nadie y que los menores lo que realmente necesitan es un tutor.

138. Así lo refleja la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004, que dice literalmente que dispone que «sabido es que el momento en que se ha de valorar es aquél en que la autoridad administrativa decreta el desamparo, sin perjuicio de la posterior evolución favorable de la familia... lo que no es desechado para un futuro por la resolución recurrida, una vez revisadas las causas que llevaron consigo el desamparo, sin que existan garantías para poder afirmar que actualmente ha desaparecido la causa que dio lugar al desamparo...». En los casos en que se trata sólo de oposición al desamparo, el Juzgado puede hacer referencia al hecho de que se dictó correctamente la resolución administrativa, pero si analizadas las circunstancias en el momento del juicio, las causas que dieron lugar al mismo ya no existen, puede revocar dicha resolución.

Igualmente se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2003, sobre el momento en que se debe determinar si los padres están incurso en causa de privación de patria potestad, en el procedimiento de adopción, aludiendo a que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en causa de privación de patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior carente de trascendencia a los oportunos efectos debatidos al quedar el menor fuera del ámbito proteccionista del padre natural.

## *Capítulo VII*

### Conclusiones

En este trabajo se ha pretendido poner en tela de juicio la realidad del sistema de protección de menores español.

Si bien la tutela pública debe ser una institución residual y subsidiaria, en el sentido de que la familia está dentro del ámbito de la privacidad en que se debe realizar la menor injerencia posible, lo cierto es que son muchos los casos en que se decreta el desamparo en detrimento de otras figuras jurídicas, que igualmente les pueden asegurar la protección que precisan los menores. La Entidad pública es posiblemente el tutor con menos sensibilidad a que éstos pueden optar. Se ha realizado un amplio estudio del artículo 158.4 del Código Civil ya que ante la falta de precisión en los términos del texto legal, se ha acudido a una fórmula genérica de protección que engloba cualquier medida. Igualmente se han estudiado las vías de nombramiento de tutor o guardador a menores, cuando sus padres no los atienden adecuadamente, sin la intervención de la Administración, y especialmente la privación de patria potestad, la incapacitación y la vía del artículo 103.1 del Código Civil.

Llama también la atención, tras efectuar un estudio jurisprudencial, las diversas interpretaciones que se efectúan del carácter objetivo del desamparo, en concreto en su relación con la guarda de hecho. Es preciso cuestionarse si, al igual que el derecho italiano, resultaría más conveniente reconocer que también existe desamparo cuando terceras personas atienden al mismo en detrimento de sus padres, dando una versión subjetiva al mismo. Y es que en concreto en los casos de guardas de hecho y en los acogimientos sin desamparo, los menores quedan sin un tutor que los represente, a pesar de que sus padres no los atiendan.

Tras estudiar un buen número de resoluciones judiciales, se llega al convencimiento de que nuestro sistema legal no es ágil en reconocer que esos padres no atienden al menor, ya que difícilmente se llega a la privación de la patria potestad y más raramente aún se admite el nombramiento de tutor si no ha sido decretado el desamparo.

Por ello de lege ferenda habría que estipular de forma clara en qué posición jurídica quedan los padres que incumplen con sus obligaciones cuando únicamente se otorga la figura de la guarda a los que lo cuidan, bien judicialmente, bien de forma administrativa.

Resalta la falta de conexión que existe entre la regulación efectuada en el Código Civil con la normativa administrativa sobre desamparo. Si el desamparo es una potestad administrativa y se pretende que se asuma de forma automática, sólo mediante un procedimiento de urgencia que declare dicha situación se podrá proveer a esta situación del carácter automático que precisa, ya que de otra forma, en el curso de la instrucción del procedimiento es más que probable que los menores queden atendidos de forma alternativa por terceras personas, concurriendo de nuevo la posible falta de objetividad en la declaración.

Por último se ha observado cómo en muchas situaciones, precisamente por esa falta de uso de figuras jurídicas alternativas, lo que se pretende que sea una declaración de desamparo para un tiempo concreto, y provisional se convierte en una medida a largo plazo. A los menores se les debe proveer en cada caso de la figura jurídica que les dé mayor seguridad jurídica: no deben adoptarse soluciones antitéticas ante casos idénticos. Como ejemplo más significativo la variable aplicación del 239.2 por las Audiencias Provinciales: a veces permiten el nombramiento de tutor sin declaración previa de desamparo, otras no admiten que se nombre tutor sin que haya dicha declaración.

## *Relación de sentencias y autos estudiados*

Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de junio de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1993

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997

Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998

Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 7 de octubre de 1998

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de enero de 1999

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 25 de enero de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de enero de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de abril de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de julio de 1999

Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de octubre de 1999

Sentencia de 22 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 9 de febrero de 2000

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2000

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 2000

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2000

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 de octubre de 2000

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de diciembre de 2001

Auto de la Audiencia Provincial de Soria de 15 de diciembre de 2001

Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 3 de enero de 2002

Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 28 de enero de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de enero de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de mayo de 2002

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de julio de 2002

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de enero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de enero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de febrero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de febrero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 26 de marzo de 2003

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de abril de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 30 de junio de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 23 de septiembre de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de septiembre de 2003

Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 11 de febrero de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 16 de marzo de 2004

Sentencia de Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 19 de octubre de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de noviembre de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 3 de diciembre de 2004

Sentencia de Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de diciembre de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 22 de diciembre de 2004

## Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, M.: «La Situación Jurídica del Menor en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, núm. 2/6-12 enero de 1997.
- ARCE RAMÍREZ, E.: «Los menores extranjeros en situación de desamparo», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, Editorial Lex Nova, octubre 1999.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Edit. Tecnos, ISBN 84-309-3087-6, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Actualidad Aranzadi*, marzo 2000.  
— «¿Protección de menores versus protección de progenitores?», *Actualidad Civil*, 1999-II.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Las personas jurídicas tutoras*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, ISBN 84-9768-022-7, 2003.
- CHINCHILLA, M<sup>a</sup> J. y otros: *Un fenómeno emergente, cuando el menor descendiente es el agresor*, Universidad de Zaragoza, [www.unizar.es/sociologia\\_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf](http://www.unizar.es/sociologia_juridica/viointrafamiliar/magresor.pdf).
- CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la integridad moral como fundamento de la imposibilidad de reinserción en su familia», *Aranzadi Civil*, 2003-II.
- DÍEZ GARCÍA, H.: «¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003.  
— «Desamparo y acogimiento de menores», *Aranzadi Civil*, vol. III, Editorial Aranzadi, SA, 1999.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, 1999, ISBN 84-7248-683-4.
- FARIÑA, F. y ARCE, R.: *Psicología Jurídica al servicio del Menor*, Editorial Cedecs, Barcelona 2000 ISBN 84-95027-94-1.

- FERNÁNDEZ MASÍA, E.: «Las Entidades Públicas y la protección de los menores extranjeros en España», *Actualidad Civil*, 1998.
- GOLDSTEIN, J. I.: *Derecho, Infancia y Familia*, editorial Gedisa, Barcelona 2000, ISBN 84-7432-776-8.
- IGLESIAS REDONDO, J. I.: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Editorial Cedecs, Barcelona, ISBN 84-89171-26-2, 1997.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. VI, Derecho de Familiar, 2ª ed., Trivium, Madrid, 2000.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Los Menores en el Derecho Español*, Edit. Tecnos, ISBN 84-309-3814-1, 2002.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Editorial Montecorvo, SA, Madrid, ISBN 84-7111-399-6, 2001.
- LLEDÓ YAGUE, F. y HERRERA CAMPO: *Sistema de Derecho de Familia, R.*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, ISBN 84-8155-327-1.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: «El acogimiento familiar», *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, núm. 21, octubre 2003.
- *Situación de riesgo, atención inmediata y desamparo*, Editorial Lex Nova, núm. 25, octubre, 2004.
- OCON DOMINGO, J.: «Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 45, 2003 (<http://www.mtas.es/publica/revista/numeros/45/estudio1.pdf>).
- PANTOJA GARCÍA, F.: *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. III, 1999, impreso en Madrid por Solana e Hijos-Artes Gráficas.
- RICO PÉREZ, F.: *La Protección de los Menores*, Editorial Montecorvo SA, Madrid 1980, ISBN 84-7.11-157-8.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *Protección del Menor en Andalucía*, Editorial Comares, 1999, Granada.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Editorial Dykinson, ISBN 84-8155-686-6, Madrid, 2000.
- ROGEL VIDE: *La guarda de hecho*, Editorial Tecnos, Madrid, ISBN: 84-309-1290.

- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: *Acogimiento y Delegación de la Patria potestad*, Editorial Comares, Granada, ISBN 84-86509-62-9, 1989.  
— *Actualidad Civil* núm. 2, semana 11-17 enero 1988.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: «Instituciones de protección del menor y su régimen registral», *Actualidad Civil*, 1998, t. II.
- SANZ MARTÍN, L.: *La Tutela del Código Civil y su antecedente histórico la Tutela Romana*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, ISBN 84-8155-353-0.
- SEISDEDOS MUIÑO, A.: «Suspensión versus privación de la patria potestad», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2001.
- SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M.: *Psicología Jurídica al servicio del Menor. La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*, Editorial Cedecs, Barcelona, 2000, ISBN 84-95027-94-1.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: «Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección», *semanario permanente de APDHA*, celebrado en Córdoba el 14 de noviembre de 2002 (<http://www.apdha.org/download/utreramenores.doc>)
- VARELA GARCÍA, C.: *Actualidad Civil*, núm. 12/17-23 de marzo de 1997.
- VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Edit. Comares, Granada, 1994, ISBN 84-8151-068-8.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. y COLLADO FIGUERAS y COLLADO FIGUERAS, I.: *Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre Protección de Menores*, Editorial Cedecs, Barcelona 2003, ISBN: 84-95665-16-6.

