

LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA
OPOSICION JUDICIAL A LA DECLARACION DE
DESAMPARO HECHA POR LA ENTIDAD
PUBLICA. (Sobre las SSTC 298/1993, de 18 de
octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)

JOAN EGEA FERNANDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 298/1993, DE 18 DE OCTUBRE. 1. Hechos. 2. Presupuestos de la declaración de desamparo 3. El cauce procesal adecuado caso de oposición judicial a la declaración de desamparo. A) Los problemas de la jurisdicción voluntaria. La no conversión del expediente en contencioso; declaración de desamparo y simultánea adopción de la medida; la eficacia de cosa juzgada material. B) Posibles alternativas: el juicio verbal. 4. Repercusión de la tutela automática de la entidad pública sobre la patria potestad. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 260/1994, DE 3 DE OCTUBRE. 1. Hechos. 2. Intervención penal y desamparo de menores. 3. Prueba y valoración de la situación de desamparo: su posible revisión en vía de Recurso de Amparo constitucional. 4. Derecho a la educación y límites a la intervención educativa 5. Protección de menores extranjeros desamparados en territorio español.

En el intervalo casi exacto de un año, el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias que resuelven sendos recursos de amparo interpuestos contra dos Autos de las Audiencias Territoriales de Almería y Barcelona, que a su vez venían a decidir sobre la impugnación de las resoluciones administrativas en las que se declaraba a varios menores en situación de desamparo y, consiguientemente, se asumía la tutela automática por las entidades públicas competentes en las respectivas Comunidades Autónomas. El interés de su comentario conjunto radica en la pers-

pectiva contrapuesta con la que, en cada una de ellas, aparece contemplada la declaración de desamparo y la tutela automática que de ésta deriva. En efecto, en la STC 298/1993, que por otro lado es la primera en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la impugnación judicial de la declaración de desamparo, la demandante del amparo constitucional era la madre del menor que pretendía la anulación de las resoluciones judiciales y, de esa forma, recuperar su potestad; mientras que en la STC 260/1994, la demandante del amparo (en siete recursos acumulados) era, paradójicamente, la Administración que solicitaba la nulidad de las resoluciones de la Audiencia de Barcelona que había revocado la declaración de desamparo de veintidós menores pertenecientes a la comunidad “Niños de Dios”, que, en un primer momento, el Juzgado de Primera Instancia había declarado ajustada a derecho.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 298/1993, DE 18 DE OCTUBRE (1)

1. Hechos

La madre (soltera) de un menor nacido en enero de 1989, debido —según ella misma alega— a que por cuestiones laborales no podía tenerlo en su compañía todo el tiempo, lo había dejado bajo la custodia de doña María Domínguez, que residía con su hermana en un pueblo de la provincia de Almería. Para ello formalizó documento notarial el 30 de agosto de 1990. Un mes antes, doña María, con la intención de proceder a la adopción del menor, encargó a un tercero que indagara cuáles eran los trámites que debían seguirse. Esta persona acudió, por cuenta de la interesada, a la Delegación de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía para informarse de los trámites necesarios para la adopción. Al mencionar en dicha Delegación que el menor se encontraba residiendo con la señora M. Domínguez, la Delegada en Almería dictó Resolución, el 8 de octubre de 1990, por la que se declaraba que el menor se encontraba en situación de desamparo y asumía la tutela, promoviendo el acogimiento familiar y, cautelarmente, el ingreso del menor en un centro público bajo la guarda de su director.

Dos meses después, el 7 de diciembre de 1990, la madre planteó oposi-

(1) Esta sentencia ha sido comentada recientemente por Pedro DE PABLO CONTRERAS, en CCJC (1994) n.º 34, págs. 75 y ss. Unas breves observaciones también pueden verse en el trabajo de Jordi CARRERA DOMENECH: *Problemàtica pràctica sobre la protecció dels menors*. Primera Ponència. Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa, 1994 (pendiente de publicación) y en Eduardo HIJAS FERNANDEZ: *Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)*. AC n.º 2/9 (15 enero 1995 pág. 44).

ción ante el Juzgado de Primera Instancia (JPI) negando la situación de desamparo y solicitando el recibimiento a prueba en el momento procesal oportuno. Dicho Juzgado, por Providencia de 12 de febrero de 1991, dispuso la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria ajustado a lo dispuesto en los arts. 1825 y ss. LEC. En él compareció la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía solicitando que se declarara que la resolución era ajustada a derecho y proponiendo como medios de prueba la unión del expediente y solicitud de informe pericial sobre la residencia habitual de la madre. Esta, en su comparecencia en el expediente, no ejerció su derecho de proponer y practicar pruebas. Tampoco lo hizo a lo largo de la tramitación. Mediante Auto de 17 de junio de 1991, el Juzgado desestimó la oposición formulada, declarando acreditado que el menor se encontraba recogido en el domicilio de las citadas hermanas, sin que se hubiera acreditado que dicho domicilio sea el mismo que el de la madre del menor.

Por escrito de 25 de junio de 1991, la madre interpuso recurso de reposición alegando que para privar de la patria potestad se precisaba una Sentencia y no un Auto, por lo que se le había ocasionado indefensión (art. 24.1 CE). Rechazado el recurso de reposición, la demandante interpuso recurso de apelación, el 25 de septiembre, solicitando la anulación de las actuaciones por no haberse ventilado la oposición de los padres por los trámites del juicio verbal. La Audiencia Provincial de Almería dictó Auto (16 de junio de 1992) desestimando el recurso en base a los siguientes argumentos:

a) Que el art. 1827 LEC impide expresamente la posibilidad de acudir al art. 1817 LEC, que establece el paso de los procedimientos de jurisdicción voluntaria a contenciosos cuando algún interesado formula oposición.

b) Que no proceden los trámites del juicio verbal "porque no parece tener sentido el planteamiento en jurisdicción civil de un procedimiento contencioso, en el que la demandada sería la Administración por un actuar puramente administrativo".

d) Que, en todo caso, no se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria previo en el que se hubiera formulado oposición, sino que, según afirma textualmente el Auto, "nos encontramos ante un procedimiento no previsto expresamente en la ley, en que una actuación de una entidad pública es llevada a los tribunales civiles y en donde se procede a aplicar las disposiciones procesales comunes en materia de protección de menores (2) de los arts. 1825 y ss. LEC".

(2) Nótese que se parte del apriorismo de calificar de disposiciones (arts. 1825 y ss. LEC) procesales comunes en materia de protección de menores, lo que son simplemente reglas comunes del acogimiento y de la adopción.

El 17 de julio de 1992 la madre interpone recurso de amparo en el que solicita la anulación del Auto impugnado, por entender que se había vulnerado el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que reconoce el art. 24.1 CE. Solicita, además, la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado.

2. Presupuestos de la declaración de desamparo

Por tratarse de una cuestión de hecho que no competía examinar al Tribunal Constitucional, no me ocuparé en este comentario del análisis detallado de las especiales dificultades que pueden surgir a la hora de declarar la situación de desamparo de un menor, de no más de un año de edad, que no se encuentra en una situación de riesgo —como son los supuestos más frecuentes— derivada de malos tratos, indigencia, carencia de los cuidados necesarios, etc., sino que, por el contrario (prescindiendo de la falta de convivencia con sus progenitores), se trata de un niño que residía, en situación de guarda de hecho, con otras personas distintas a la madre que gozaban de una desahogada situación económica y le proporcionaban la crianza y el sustento necesarios.

A pesar de lo dicho, es necesario empezar destacando, aunque sea muy sucintamente, que de la definición de desamparo que proporciona el art. 172 CC se desprende que su apreciación requiere, al menos, la concurrencia conjunta de dos presupuestos: una conducta de los padres o guardadores (si existiesen) y un resultado, que se concreta en la repercusión negativa que la citada conducta, o la falta de dichas personas, produce sobre el menor, de forma que por esta circunstancia se vea privado de la necesaria asistencia moral o material. De la descripción que, en el caso concreto que nos ocupa, la sentencia hace de los hechos, no se intuye que el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección que corresponden a la madre (y al padre, aunque en la sentencia no se haga ninguna referencia a él) hubiera provocado que el hijo quedara privado de la necesaria asistencia moral o material (art. 172.1 CC) (3). De

(3) En las alegaciones que formuló la actora en favor de su pretensión de amparo argumentaba que ella asiste y cuida regularmente a su hijo, a pesar de que por cuestiones laborales no pueda tenerlo en su compañía todo el tiempo que desearía, estando muy contenta de que los días laborales permanezca en casa de las hermanas Beatriz D. y María D., que son una compañía muy adecuada para el niño, por su educación, su comportamiento cívico y social y su desahogada situación económica. Es más, compara las condiciones materiales y afectivas en las que vive su hijo con las de los niños realmente

hecho, lo único que declaraba acreditado el Auto del JPI, según reza textualmente, era que “el menor se encontraba recogido en el domicilio de las hermanas Domínguez, sin que se haya acreditado que el domicilio de estas personas sea el mismo que el de la madre del menor”. Ni que decir tiene, por tanto, que los hechos que constan como probados no tienen por qué conducir forzosamente a la conclusión de que el menor se encontraba en situación de desamparo. Es más, da toda la impresión de que la resolución de la Administración en la que, aparte de declarar el desamparo del menor, se establecía la medida de protección provisional a aplicar (el ingreso del menor en un centro público) y la medida definitiva (acogimiento familiar) fue, aparentemente (si se parte de los hechos que aparecen probados) poco mesurada, al menos por lo que se refiere a la medida provisional de internamiento en centro.

Cabe la posibilidad, no obstante, de que dicha actuación de la entidad pública se explique por el hecho de que ésta tuviese fundadas sospechas de que la relación entablada entre la madre del menor y la señora M. Domínguez (aunque la sentencia se limita a la simple descripción de los hechos) por la que la primera atribuía a esta última la custodia de su hijo, fuera a trascender más allá de la mera guarda y encubriera alguna finalidad prohibida por la ley. Me refiero concretamente a que la entrega en custodia del menor parecía esconder, como último objetivo, la consecución de su adopción, como consolidación de la situación de hecho que llegó a documentarse en escritura pública (que, no hace falta recordar aquí, no dotaba de un valor jurídico especial a lo que era simplemente una guarda de hecho) y que, a corto o medio plazo, permitiera plasmarse en acogimiento o tutela ordinaria y de ahí pasar —porque lo permite el art. 176.2 CC— a la adopción, sustrayéndose del control que la Administración ejerce mediante la propuesta previa de adopción. Recordemos, por otra parte, que el art. 1830 LEC, impide que los padres por naturaleza puedan elegir la persona o personas que habrán de adoptar a sus hijos, al establecer, para las adopciones que exijan propuesta previa, que “en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”. Indicio de todo ello lo constituirían las gestiones informativas sobre cómo proceder a la adopción, encargadas por la guardadora.

Así pues, de las anteriores consideraciones podría pensarse que, a pesar de que el menor no se encontraba en una situación de desatención

desamparados que están a cargo de la Administración de aquella Comunidad, sobre las que, según cita textual que hace de la intervención de la Consejera en su comparecencia en el Parlamento de Andalucía el 26 de septiembre de 1991, ésta había reconocido “que ninguno de los 35 centros públicos de acogida de menores de la Comunidad Autónoma reúne las condiciones necesarias para cumplir sus objetivos...”.

material, la Administración entendió que la convivencia con las hermanas Domínguez no era la solución más adecuada en la medida en que podía verse defraudada la normativa vigente en materia de adopción. En este caso, es decir, si lo que he apuntado como mera sospecha fuera realidad (una especie de tráfico de niños), opino que no cabría argumentar que lo más beneficioso para el interés del menor fuera efectivamente seguir conviviendo con la señora Domínguez, ya que ello sólo sería aceptable cuando se parte del pleno respeto a la legalidad vigente y de un escrupuloso seguimiento de las normas que regulan la adopción. Ni que decir tiene, además, que la guarda de hecho es un régimen transitorio (art. 303 CC) que, llegado a conocimiento del juez o del Ministerio Fiscal deberá cesar y disponerse la constitución de la tutela, no necesariamente con el mismo guardador; en este caso, a falta de persona adecuada, la entidad pública. Quisiera apuntar también aquí, aunque sea sólo sea de paso, que, en mi opinión, se hace necesaria una revisión (en la línea de aumentar los controles públicos) del art. 176 CC que permite la adopción sin necesidad de propuesta de la entidad pública cuando el menor lleve más de un año bajo la tutela de quien pretende adoptar. Con ello se evitaría, seguramente, el riesgo de posibles actuaciones fraudulentas como la que acabo de describir.

Sea cierta o no la hipótesis apuntada, la realidad es que, de acuerdo con el art. 44.1 b) LOTC el Alto Tribunal, en este caso, sólo puede conocer de las violaciones de los derechos y libertades imputables de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de *los hechos que dieron lugar al proceso* en que aquéllas se produjeron *acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional*, es por ello que la sentencia no contiene ningún pronunciamiento en este sentido (4), ni se pueden obtener los datos suficientes para que en estas mismas páginas pueda hacerse un análisis más pormenorizado.

La cuestión de fondo del recurso de amparo se reduce pues a determinar si el procedimiento de jurisdicción voluntaria ha provocado indefensión a la madre recurrente, que alegaba no haber podido proponer las pruebas pertinentes.

(4) El FJ n.º 2 acota el ámbito de la controversia sometida al conocimiento del Tribunal Constitucional en el proceso que nos ocupa afirmando: "No se trata en modo alguno de revisar la determinación judicial según la cual el menor Javier G. se encuentra en situación de desamparo, tal y como ha sido definida en la Ley de Adopción... La cuestión que hemos de dilucidar consiste exclusivamente en determinar si, al alcanzar su fallo, los tribunales civiles han respetado el art. 24 de la Constitución, ofreciendo a la recurrente la oportunidad real de defender los legítimos intereses que posee como madre del menor, al ostentar la plenitud de los derechos y facultades ínsitos a la patria potestad, de la que sólo puede ser privada por Sentencia."

3. El cauce procesal adecuado, caso de oposición judicial a la declaración de desamparo

El procedimiento para la declaración de desamparo de un menor no requiere, en principio, intervención judicial (5). Las declaraciones de diéron origen a las sentencias analizadas en el presente trabajo son un buen ejemplo de ello. Es más, la Ley 21/1987 ni tan siquiera contiene ninguna previsión respecto de la posibilidad de impugnar judicialmente la declaración citada. Es evidente, sin embargo, que cabe dicha impugnación (6); lo que sucede es que habrá de determinarse cuál es la jurisdicción competente y el procedimiento adecuado, puesto que el art. 172 CC se limita a afirmar que se considera como situación de desamparo "la que se produce

(5) La competencia de la entidad pública para apreciar y declarar el desamparo de un menor es la interpretación, ante la falta de referencia expresa del Código Civil, más generalmente extendida entre la doctrina y la praxis jurisprudencial, así como en el desarrollo reglamentario que ha hecho la mayoría de CCAA con competencias sobre la materia. En esta misma línea, en ejercicio de la doble competencia (civil y sobre instituciones de protección de menores) el Parlamento de Cataluña aprobó la *Ley de 30 de diciembre de 1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción*, que ha venido a establecer expresamente (art. 2.4) que el desamparo ha de ser apreciado por el organismo competente, en resolución motivada, comunicada al Ministerio Fiscal y notificada a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hubieran convivido con el menor. Estos también han de ser informados de los derechos que les asisten y de cómo pueden canalizar su oposición. Sigue faltando, eso sí, una referencia concreta a los plazos y al tipo de procedimiento.

El *Anteproyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil*, aprobado por el Gobierno en el mes de abril de 1995, propone una modificación del art. 172 CC en el sentido de dejar claro que la resolución que aprecie la declaración de desamparo corresponde a la entidad pública, sin perjuicio de su posible recurso ante la jurisdicción civil. Puede afirmarse, además, que dicho Anteproyecto ha tenido presente, en buena medida, la regulación que en su día hizo la Ley catalana de 30 de diciembre de 1991.

Algunos autores y también la praxis de algunos juzgados, por el contrario, entienden que la declaración de desamparo ha de ser apreciada por la autoridad judicial. Así, recientemente, se inclinan por la posición judicialista D. PALACIOS y A. L. BERNAL DEL CASTILLO: *Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda y sus relaciones con el acogimiento*, AC n.º 13/28 (1994), págs. 229 y ss. señalando, además, que éste es también el criterio que sigue la práctica judicial de su ciudad; ejemplo de lo cual es la sentencia de la AP de Oviedo, de 4 de marzo de 1993, que ellos mismos comentan en el citado trabajo.

(6) Así ha venido a recogerlo expresamente para el Derecho Civil catalán, el art. 2.6 LMPMDA al establecer que "[E]l juez, a petición de los padres, del tutor, del guardador, de los familiares referidos en el apartado 4 de este artículo, del Ministerio Fiscal o del organismo competente, ha de confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo". Lo mismo se establece (art. 8 LMPMDA) respecto de la impugnación de la medida de protección adoptada, sin que se suspenda su ejecución. También lo prevé el Anteproyecto de protección jurídica del menor.

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". En efecto, ante el silencio del Código, la primera cuestión es fijar el procedimiento a seguir cuando las personas mencionadas impugnan judicialmente la resolución de la Administración.

Previamente, puede plantearse alguna duda en relación a la dualidad de jurisdicciones que, *a priori*, podrían conocer de la materia. Tratándose de una resolución de la Administración parece que, en principio, la jurisdicción competente debería ser la contencioso-administrativa (7). En mi opinión, no obstante, es indiscutible que a pesar de que la naturaleza de la originaria intervención de la Administración sea esencialmente pública (de base constitucional —art. 39 CE—) las técnicas de las que se vale, en el campo que nos ocupa, participan de la naturaleza propia del derecho civil. Es precisamente en este sentido que el Código (al margen de la medidas concretas de protección que puedan ser adoptadas) distingue entre dos regímenes (argumento *ex art. 210 CC*) diferentes de protección de carácter indudablemente civil: "la tutela" (arts. 172.1 y 222.4 y 239 CC) y "sólo la guarda" (art. 172.2 CC). Por ello, puede decirse, en otras palabras, que la declaración de desamparo es un acto de la Administración del que surgen relaciones jurídico-privadas entre el menor y la entidad pública competente, si bien con una vocación de provisionalidad que hace que quepa hablar de una tutela que no sigue, en cuanto al nombramiento de tutor, las reglas ordinarias. Así lo confirman los artículos anteriormente citados.

En este sentido, dado el carácter civil de la tutela de la entidad pública, los actos de ésta dictados en la citada materia no quedan sometidos al Derecho administrativo y, consiguientemente, la jurisdicción competente ha de ser la civil (arts. 22.3 LOPJ, 63.16 LEC, 2 LJCA y, de forma expresa, la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley 21/1987, que establece que "[P]ara las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el juez de primera instancia"). La conclusión debe ser, pues, que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, ha comportado la extensión de la competencia judicial civil en sede de protección de menores, no sólo a lo que actualmente ya le estaba atribuido (expedientes de adopción), sino

(7) De hecho, tras la inmediata entrada en vigor de la Ley 21/1987 se produjo alguna confusión en este sentido. Concretamente, según me informa la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña, la Sala de lo contencioso de la Audiencia de Barcelona hubo de declararse incompetente en alguna ocasión, para conocer de la impugnación de una declaración de desamparo. El Anteproyecto anteriormente citado establece, expresamente, que "serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa".

también en lo referido a los acogimientos familiares y, en general, a las actuaciones que tienen por objeto cualquier función de protección que venga encomendada a las entidades públicas, excepto, claro está, la denominada reforma de menores (es decir, la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil).

Sentada la premisa de la competencia de la jurisdicción civil, la siguiente cuestión, que es el motivo del recurso de amparo (8), es determinar cuál ha de ser, específicamente, el procedimiento para conocer de la oposición de los padres o guardadores a la declaración de desamparo, dando por supuesto que lo ideal sería que recayera en manos de juzgados especializados (de menores), ya que esto, por otra parte, aliviaría en gran medida las demoras en el pronunciamiento de las correspondientes resoluciones judiciales. Como señala el FJ 2, ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil precisan de qué forma pueden atender sus derechos el padre o la madre biológicos, ni tampoco los otros parientes o guardadores, cuando una entidad pública entiende que un menor se halla en situación de desamparo (9). La Ley de Reforma del Código Civil en materia de adopción de 1987 se limitó —como afirma el TC— a regular el acogimiento y la adopción de menores, y no dio normas expresas respecto al momento inicial: la constatación de si un menor se encuentra o no en situación de desamparo.

La práctica común, de la que son reflejo las resoluciones judiciales que dieron lugar a las sentencias objeto de este comentario, se inclina por la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria (10). Ello supone en

(8) El tratamiento que de este asunto hace el Tribunal Constitucional pasa por el tamiz propio del recurso de amparo, que tiene por objeto la protección de todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, y en el que no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades que fueron la base de la formulación del recurso (art. 41 LOTC).

(9) Además, como ha hecho notar J. CARRERA: *La problemática... cit.*, pág. 15, refiriéndose a la ley catalana (pero que también es trasladable al Código Civil), tampoco se establece ningún plazo para la oposición, lo que permite que pueda legítimamente intentarse al cabo de mucho tiempo. Este podría ser, precisamente, un camino que permita que, por la vía de la oposición, se pueda revisar la resolución en base a una alteración de las circunstancias que motivaron el desamparo o la aplicación de alguna de las medidas de protección. Aunque seguramente pueda tener alguna explicación, que no se da en las resoluciones, puede observarse que, en el supuesto que nos ocupa, la madre dejó transcurrir el plazo nada despreciable de dos meses, desde la resolución de desamparo.

(10) Aunque como se ha visto, a falta de un procedimiento común, unas veces se acude a las normas sobre adopción y acogimiento y otras a las normas referidas a los hijos de familia, como ya referí en mi comentario al art. 1825 LEC (nota 2) en la obra coordinada por el profesor R. BERCOVITZ: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1993, pág. 322.

sí una contradicción: un expediente que se insta judicialmente precisamente por la oposición a la resolución de la Administración de la parte que lo inicia, se tramita por unos cauces que no están pensados para resolver cuestiones contenciosas, con el agravante de que, al optar por la aplicación analógica de las normas del Título II del Libro III (arts. 1825 y ss. LEC), el art. 1827 LEC impide la aplicación del art. 1817 LEC, que a su vez permitiría, precisamente, hacer contencioso el expediente cuando hubiese oposición.

Quizá pudiera entenderse, a semejanza de lo que ocurre con el acogimiento cuando hay oposición de los padres (art. 173.2 CC), que en realidad lo que procede, cuando los padres se oponen a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública, es la constitución judicial y que, por lo tanto, es correcto hablar de un expediente de JV que iniciaría, en este caso, la entidad pública y que contaría con la oposición de los progenitores. Dicho en otras palabras, como si la declaración de desamparo a la que se oponen los padres, sólo pudiera ser acordada por la autoridad judicial. Aun así, parece que no tiene sentido que inmediatamente después de planteada la oposición de los interesados, se siga impidiendo el paso al procedimiento contencioso que corresponda.

El Tribunal Constitucional, en base a que “el art. 24 CE no impone cauces procesales determinados siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables”, no entra expresamente a resolver la cuestión suscitada por la demandante acerca de cuál era el procedimiento adecuado para ventilar la oposición de la madre contra la declaración administrativa de desamparo. Para el TC, recogiendo doctrina anteriormente sentada en las SSTC 4/1982 y 14/1992, “lo fundamental es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos mediante los medios de alegación y prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable”.

En este punto se limita a afirmar, en el FJ 7, que “no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, ya que entiende que fue precisamente la demandante de amparo la que no ejercitó su derecho a probar, proponiendo las pruebas que quería practicar y, en su caso, colaborando en su práctica. En definitiva, la parte pudo instar la realización de todas las diligencias que creyera oportunas (art. 1826 LEC) para que el juez se asegurase de si la tutela de la entidad pública resultaba o no beneficiosa para el menor, y no lo hizo. Es más, permaneció inactiva frente a los medios de prueba aportados por la Administración.

Esta sentencia, en conclusión, viene a admitir simplemente que, ante la laguna legal, las normas de la JV son un posible cauce por el que canali-

zar la oposición de los padres a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública. En mi opinión, sin embargo, mientras no se especifique expresamente a través de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuál deba ser el procedimiento de impugnación de las resoluciones mencionadas, no es un argumento suficiente que autorice a extraer, definitivamente, la conclusión de que la JV sea precisamente el cauce más adecuado, excluyéndose los demás. A continuación, después del análisis detallado de los principales problemas que plantea la JV, me referiré a las distintas posibilidades que se ofrecen.

Es necesario advertir, sin embargo, que en el momento en que estoy corrigiendo las pruebas del presente trabajo, el Consejo de Ministros ha aprobado el *Anteproyecto de Ley de protección jurídica del menor* (abril 1995), que expresamente establece (Disposición adicional única) la aplicación de las normas de la Jurisdicción Voluntaria "respecto de las reclamaciones contra resoluciones que declaren el desamparo", aunque dejando, eso sí, siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria. Ello, como ya pretendía demostrar en las líneas que siguen, no es la mejor solución. Respecto de dicho Anteproyecto, me limito, por razones de tiempo, a aportar en nota algunas de las novedades que introduce. Ocasiones habrá en el futuro para entrar en su análisis pormenorizado, cuando formalmente haya alcanzado, si procede, el rango de ley.

A) Los problemas de la jurisdicción voluntaria. La no conversión del expediente en contencioso; declaración de desamparo y simultánea adopción de la medida; la eficacia de cosa juzgada material

Parto de la base de que debe descartarse la aplicación de las normas del *juicio declarativo de menor cuantía* (11), al que en buena técnica debería acudir en virtud del art. 484.4 LEC, que establece que se decidirá por este cauce "cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa". Dicha exclusión, a mi entender, se justifica, por un lado, por la complejidad de su tramitación y, por otro, en la rapidez con la que deben ser resueltas todas las cuestiones relativas a la protección de menores.

De hecho, como acabo de exponer, la práctica judicial, en este punto, ha seguido mayormente la directriz, que ya había sentado el propio legislador en diversas ocasiones, de huir de los procedimientos ordinarios y refugiarse en otro tipo de procedimientos más simples, rápidos y baratos, y en los que además el juez tiene un protagonismo que no se da en los

(11) En Lleida, algún juzgado se inclina por seguir las normas de este procedimiento.

demás (12), concretamente, la *jurisdicción voluntaria*, aplicando analógicamente las normas sobre acogimiento y adopción (arts. 1825 y 1832 LEC). Otro argumento que se da en favor de la JV es de carácter psicológico, en el sentido de que no es bueno que se judicialice la vida del menor. Ello es cierto, pero no debe perderse de vista tampoco que estas resoluciones afectan a otros sujetos, los cuales han de gozar de todas las garantías en el momento en que se demande la revisión de aquéllas.

Centrándonos ahora en los problemas que plantea la JV debe empezarse diciendo que no existe en la LEC un procedimiento general de la JV, sino que se sigue el criterio de la regulación de distintos procedimientos especiales. A pesar de ello, ya hemos visto como el propio legislador y la misma práctica judicial parten de la premisa contraria, como si realmente existiera dicho procedimiento común. Quizá, si ha de abstraerse algún principio general del conjunto de procedimientos especiales, éste sea, precisamente, el de la libertad del juez y de los interesados para configurarlo (13).

La impugnación (oposición) de la declaración de desamparo no encaja con la característica esencial de la JV, es decir, que no exista una dualidad de partes contrapuestas y la necesidad de que se trate de diversos interesados que procedan de acuerdo o uno solo que pida la concreta actuación, pero sin formular ninguna pretensión contra o frente a otra persona (14). En efecto, la definición que el art. 1811 LEC hace de la JV ya pone de manifiesto lo inadecuado de este procedimiento para conocer de una cuestión que *ab origine* nace contenciosa (15).

(12) Describe también este mismo fenómeno B. GONZALEZ POVEDA: *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*. Pamplona 1989, pág. 428, refiriéndose a la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981. Otros ejemplos de esta remisión a las normas de la Jurisdicción Voluntaria son: Disposición Adicional 13/1983 y Disposición Adicional Cuarta, Ley 30/1981.

(13) GONZALEZ POVEDA: *La jurisdicción..., cit.*, pág. 437, quien además señala que, en términos generales, el procedimiento comprenderá los siguientes actos: solicitud, audiencia de interesados y del fiscal, justificación de hechos, decisión y recursos. Estos actos no se ordenan en una sucesión, ya que no rige el principio de preclusividad.

(14) GONZALEZ POVEDA: *La jurisdicción..., cit.*, pág. 60.

(15) Dicho precepto, precisamente, considera actos de JV "todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas". No hay más que leer, por ejemplo, el Auto de la AP de Barcelona, de 18 de marzo de 1993, para darse cuenta que al plantear los antecedentes de hecho de un supuesto de impugnación de declaración de desamparo, realmente se está promoviendo contienda entre partes contrapuestas: "Por el Juzgado de Primera Instancia 19 de Barcelona en actuaciones de jurisdicción voluntaria de oposición al Acuerdo de Desamparo de los menores..., a instancia de D. Manuel y D. Francisco, representados por el Procurador... y dirigidos por el Letrado... *contra* la Generalidad de Cataluña..."

A esta misma solución contradictoria de prever el expediente de JV para conocer de cuestiones que originariamente son ya contenciosas, recurrió la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, cuya Disposición Transitoria Décima disponía que mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de la JV a las actuaciones que se sigan “[P]ara resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente”. Como puede verse, el hecho de recurrir a las normas de la JV se justificaba por la necesidad de obtener una resolución urgente (16); en palabras de la propia ley “dar cauces procesales ágiles a las actuaciones judiciales en materia de derecho familiar”. Por definición, la concurrencia del requisito de la urgencia en adoptar la resolución más favorable al interés del menor siempre está presente en aquellos asuntos relativos a la protección de los que se encuentran en situación de desamparo, ya que su dilación ocasionaría que, en muchas ocasiones, la intervención protectora fuera ineficaz y se hubiera provocado ya un daño irreversible al menor. Esto es lo que justifica además que, en aras a aumentar la agilidad en la adopción de la resolución sobre la intervención protectora del menor, los recursos sólo se admitan con efecto *devolutivo* al superior, pero no con el *suspensivo* (arts. 1820 y 1828 LEC).

Al venirse aplicando por los juzgados y tribunales las normas de la LEC sobre actuaciones en materia de acogimiento o de adopción (y con ellas el art. 1827) se llega a la misma solución que proponía R. Bercovitz respecto de las controversias en sede de patria potestad (17) y por lo tanto a la misma consecuencia distorsionadora de la JV, es decir, se impide que pueda plantearse la conversión del expediente en contencioso. En mi opinión, ya es de por sí discutible que el art. 1827 LEC excluya la aplicación del 1817 LEC, caso de oposición de algún interesado en las actuaciones referidas al acogimiento y a la adopción. Lo correcto sería el abandono de

(16) Si el juez aprecia que no se da dicha situación de urgencia parece que el procedimiento a seguir deberá ser el ordinario. Además, esta solución legal participaba de una nota de transitoriedad [“Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil...”]. La da por buena R. BERCOVITZ: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, II*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 2003, “aunque implique una grave distorsión de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria”.

(17) Que entiende (para la patria potestad), en base a los antecedentes legislativos del precepto, que aunque el texto de la Disposición no excluye expresamente la aplicación del art. 1817 LEC “no ha lugar a su aplicación porque la disposición establece, sin excepción alguna, que los temas en ella contemplados se tramitarán por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, y ello excluye necesariamente el art. 1817 LEC, sobre todo cuando se trate de controversias...” *Comentarios..., cit., pág. 2004.*

la JV, sin más, y el seguimiento de un procedimiento contencioso (18). Llevado a sede de oposición a la declaración de desamparo significa que, desde un principio, dicha oposición debería tramitarse en un procedimiento contencioso, ya que, fácilmente, no se aprecia tampoco una identidad de razón entre el acogimiento o la adopción, por un lado, y la declaración de desamparo, por otro, que justifique dicha aplicación analógica. Es posible, sin embargo, que en la misma resolución que declara que un menor se halla en situación de desamparo se resuelva también sobre cuál es la medida de protección a aplicar (por ejemplo, el acogimiento temporal del menor en familia). ¿Qué cauce procesal deberá seguirse en este caso? Por un lado, existen normas procedimentales expresas referidas al acogimiento (art. 173 CC para la constitución extrajudicial y art. 1828 LEC para la judicial), pero tratándose de resoluciones que tienen por objeto la declaración de desamparo y la adopción de la correspondiente medida protectora, ésta tiene por base la primera, lo que significa que la declaración de desamparo es la premisa y fundamento de cualquier actuación protectora (19) y, por consiguiente, en este supuesto de resoluciones que contienen pronunciamientos sobre los dos aspectos, el juez deberá entrar a conocer, en primer lugar, si se da o no la situación de desamparo que los padres impugnan y ello debería hacerlo por un cauce procesal distinto de la JV, es decir, un juicio contradictorio en el que, caso de estimar procedente aquella declaración, podría pronunciarse también sobre la adecuación de la medida de acogimiento (incluso, previamente, con carácter provisional). En realidad, tanto el art. 173 CC como, lógicamente, el art. 1828 LEC están pensados para la constitución de un acogimiento temporalmente separado de la declaración de desamparo.

(18) Sobre esta problemática puede verse Víctor FAIREN GUILLEN: *Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa. (El art. 1817 LEC y la problemática actual)*. ADC, págs. 941 y ss.

(19) Recientemente, el Auto de la AP de Barcelona, de 14 de diciembre de 1994, ha resuelto el recurso de apelación interpuesto por los abuelos paternos de cuatro menores, contra el Auto de 10 de febrero de 1994 del JPI n.º 19 de Barcelona que confirmaba la declaración de desamparo y su internamiento en centros de protección y, donde además se apercibía a los padres para que colaboraran y siguieran las indicaciones de la entidad pública, advirtiéndoles que, de lo contrario, se orientaría la medida protectora de los menores hacia un acogimiento preadoptivo. Se da la circunstancia de que también apeló, por adhesión, la Generalidad de Cataluña, solicitando, por un lado, la revocación del Auto en cuanto a los puntos 2 y 3 que, respectivamente, disponían el mantenimiento de los menores en centros de protección y un régimen de visitas entre los menores y su familia y, por otro, se la autorizara a iniciar los trámites encaminados a un acogimiento preadoptivo. En este punto, el FJ 3.º sienta el principio de negar la posibilidad de que en trámite de apelación puede decidirse sobre el planteamiento, por la entidad pública, de una nueva medida protectora.

De la misma forma, tampoco tiene por qué ser de aplicación al procedimiento de oposición al desamparo el art. 1826.2 LEC, que establece que todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva.

No hay duda de que el caso que nos ocupa no responde al esquema de una oposición que se plantea una vez iniciada la tramitación del expediente de JV por parte de alguien que tenga interés en el asunto. Antes bien, se trata de una solicitud (demanda) fundada en la discrepancia inicial con la resolución de la Administración cuya anulación se pretende en vía judicial. Ni tampoco hay una norma expresa (20) que indique que éste sea el procedimiento a seguir. Todo parece indicar que se ha recurrido a él por analogía a lo que estableció la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1991, anteriormente citada. Lo que se hace, pues, es dirimir por las reglas procedimentales de la JV una cuestión netamente contenciosa.

Es evidente que la JV se caracteriza por ser un procedimiento sumamente rápido, carente prácticamente de formalidades (arts. 1813 y 1816 LEC), pero, en mi opinión, ello puede comportar el riesgo de que no sean respetadas todas las garantías que han de estar presentes en cualquier procedimiento en que, de una forma u otra, como es el caso examinado, pueda implicar una restricción de los derechos individuales (21). El FJ 6 recoge la doctrina constitucional, formulada en varias sentencias, en las

(20) El art. 31 del Anteproyecto de Ley del menor (en su versión de 6 de mayo de 1994) pretendía solventar estos problemas, estableciendo expresamente que:

"Las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, serán recurribles ante el Juez de Familia o donde éste no exista, el de Primera Instancia, del domicilio de la Entidad Pública por los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin necesidad de reclamación administrativa previa.

Las resoluciones judiciales que resuelvan estos recursos deberán contemplar, en su caso, las medidas necesarias para evitar al menor cualquier perturbación dañosa por el cambio de la guarda, previa audiencia del Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal también podrá promover estas medidas a través del oportuno incidente de ejecución."

En su versión de 20 de octubre de 1994 (que ha pasado a ser el art. 10) incluye la adopción y ha quedado en una redacción más esquemática:

"Las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela y la idoneidad de los solicitantes de adopción serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa."

Finalmente, como hemos visto, la versión aprobada por el Consejo de Ministros, el mes de abril de 1995, vuelve a remitirse expresamente a la Jurisdicción Voluntaria (Disposición adicional única).

(21) GONZÁLEZ POVEDA: *La jurisdicción...*, cit., pág. 432, utiliza esta misma argumentación para excluir las cuestiones complejas de la JV (a la que remite la citada Disposición Transitoria Décima) al afirmar que "también lo serán [excluidas] aquellas cuestiones que por su complejidad no es posible dilucidarlas en un procedimiento tan simple y falto de garantías". Personalmente entiendo que la declaración de desamparo, por sus efectos, debería pertenecer a estas cuestiones.

que se cuestionaba la posible indefensión originada por dicho procedimiento no contencioso. La más destacable quizá sea la STC 13/1981 (FJ 3) (22), en la que al referirse a las variadas tesis doctrinales sobre la naturaleza de la JV, es consciente de las posibles limitaciones de dicho procedimiento, por lo que razonablemente afirma que no se pueden "sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de JV a la luz del art. 24 CE". Aunque con carácter general también reconoce que constituyen rasgos de estos procedimientos judiciales: "La 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 preclusividad, y que el alcance de la cosa juzgada se encuentra limitado."

La realidad es que la JV parece el refugio (apuntado por el legislador en la Ley 11/1981) al que a menudo se recurre (en este caso, ya sin un respaldo legal amparado en su carácter provisional y en las razones de urgencia) para justificar la obtención de unos pronunciamientos judiciales rápidos y así conseguir mayor efectividad en la protección de los menores.

Queda, sin embargo, por determinar si la resolución judicial dictada en esta materia, en sede de jurisdicción voluntaria, produce o no los efectos de la cosa juzgada material. La tantas veces citada Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 3 de mayo, para los conflictos en la patria potestad, resolvía la cuestión estableciendo que "quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes por la vía judicial ordinaria"; pero, ¿puede decirse lo mismo de la resolución judicial que conozca sobre la procedencia de la declaración de desamparo por la entidad pública? Creo que, por la propia naturaleza de la materia (declaración de desamparo) objeto del expediente de JV, no puede hablarse de que se produzca, en toda su amplitud, el efecto de cosa juzgada material, ya que, al basarse en una situación de hecho que es la que justifica la intervención protectora, una vez que hayan desaparecido las circunstancias que motivaron dicha declaración y posterior ratificación judicial, dejará de estar justificada la actuación de la Administración, sin perjuicio de que, si vuelve a producirse una nueva situación de desprotección, quepa reiterar la intervención de la entidad pública. Obviamente, estas consideraciones pueden hacerse también para el caso de otros procedimientos distintos al expediente de jurisdicción voluntaria, porque, como he dicho, deriva de la

(22) La misma doctrina se recoge también en la STC 71/1990, de 5 de abril, un recuso de amparo en el que la madre de un menor alegaba que el Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, de 5 de mayo de 1987, por el que se le suspendía de los derechos de guarda y educación había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

propia naturaleza del objeto controvertido (23). De todos modos, cuando los padres entiendan que ya no se dan las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo, podrán solicitar del juez (si no lo ha hecho ya la Administración o el fiscal) que deje sin efecto las medidas protectoras adoptadas por la entidad pública. Esta es una cuestión que, puede decirse, queda al margen de lo que estrictamente es la cosa juzgada, ya que tiene que ver con el hecho de que el estado en que se basa la declaración de desamparo no tiene el carácter de irrevocable.

Lo mismo sucede también con la recuperación de la patria potestad que pueden acordar los tribunales “cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación (art. 170 CC)” y con la posibilidad de que pueda instarse judicialmente una nueva declaración que deje sin efecto la incapacitación ya recaída en por una sentencia anterior, a pesar de que dicha sentencia sea el resultado de un auténtico proceso (normalmente el de menor cuantía —Disposición Adicional Ley 13/1983, de 24 de octubre—). Todo ello se fundamenta en el hecho de que la cosa juzgada material encuentra un límite cuando en el devenir temporal cambian las circunstancias fundamentales que justificaron la decisión judicial.

Más concretamente, respecto de la cuestión de si, una vez firme la resolución judicial que confirma la declaración de desamparo hecha por la entidad pública, los padres pueden acudir al juicio declarativo ordinario para que se les reponga en el pleno ejercicio de los derechos que les corresponden en relación con su hijo, entiendo que, aun cuando se hayan seguido los trámites de la JV, no será posible que, agotados los recursos, idéntica cuestión (es decir, sin alteración de las circunstancias) vuelva nuevamente a discutirse (23 bis). Para la efectiva *privación de la patria potestad*, en cambio, sí que será necesario recurrir al juicio declarativo (24).

(23) Entiendo que no cabe un paralelismo con la posible eficacia de cosa juzgada del expediente de adopción. *Vid.* Angel CARRASCO PERERA: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid 1993, pág. 216, donde afirma que todo Auto firme por el que se resuelve un expediente de JV produce el efecto de cosa juzgada material, de alcance limitado a la específica esfera en que se produjo en el proceso anterior la *causa petendi*; en contra de la doctrina mayoritaria que conviene en negar autoridad de cosa juzgada material a las resoluciones dictadas en acto de jurisdicción voluntaria (*Vid.* por todos, M. SERRA DOMINGUEZ: *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, pág. 640 y GONZALEZ POVEDA: *La jurisdicción...*, *cit.*, págs. 61, 429, 437).

El Anteproyecto de Ley de protección jurídica del menor, en la ya citada Disposición adicional única, después de remitirse a las normas de la JV, establece que “quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria”.

(23 bis) El Anteproyecto de Ley de protección jurídica del menor pretende corregir dicha rigidez y por ello deja siempre a salvo las acciones por la vía judicial ordinaria.

(24) El art. 6 de la Ley catalana 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, por ejemplo, legitima expresamente a la entidad pública para que pueda solicitar la privación de la patria potestad.

Una vez firme el Auto que confirme o revoque la declaración de desamparo hecha por la entidad pública gozará del carácter de cosa juzgada material, en el sentido de que quien discrepe de dicha resolución judicial no podrá volver a plantear la misma cuestión en otro procedimiento, a no ser que hayan cambiado las circunstancias que motivaron la intervención. Todo ello independientemente de que, como he dicho, con posterioridad se pretenda la privación de la patria potestad por el juicio correspondiente (25) o se ejerzan las acciones penales, si procede. Puede darse el caso de que la oposición a la declaración de desamparo provenga de parte de uno solo de los progenitores; en este caso, a pesar de que el objeto del control judicial sea comprobar si, realmente, se produce el hecho del desamparo, opino que el pronunciamiento obtenido como consecuencia de la impugnación del uno no afectará al otro, que podrá oponerse también al desamparo, sobre todo si se tiene en cuenta que la normativa vigente no fija un plazo para formalizar la oposición, ni exige litisconsorcio.

B) Posibles alternativas: el juicio verbal

En evitación de alguno de los problemas anteriormente expuestos, yo me inclinaría por recurrir a las normas del *juicio verbal* (arts. 715-740 LEC). En efecto, aunque la intervención del menor no se produce en calidad de parte, sino como objeto (y al tiempo medio de prueba) del incumplimiento o falta de ejercicio de los deberes de guarda, creo que puede hablarse de partes contrapuestas, a saber, los padres del menor que se oponen a la declaración de desamparo, por un lado, y la entidad pública que dictó la resolución que declara al menor desamparado, por otro. Esta última no sólo en su calidad de Administración pública sino también por el hecho de que le corresponde por ministerio de la ley la tutela del menor, que, obviamente, entra en conflicto con la potestad del padre y de la madre, que ha quedado suspendida, según ya he argumentado anteriormente. Para valorar si la decisión de la entidad pública ha sido correctamente adoptada, el juez debe tener en cuenta la personalidad del menor y cómo le afecta esta decisión, el tipo de relaciones que mantiene con los padres, sus deseos, etc., ya que la resolución ha de basarse primordialmente en su interés. Todo depende, sin embargo, de las condiciones de madurez (capacidad natural), pudiendo

(25) *Vid.* en este sentido —además del art. 170 CC— el art. 6.2 LMPMDA que expresamente prevé que “el organismo competente pueda pedir la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela...”.

llegar incluso a vincular la decisión del juez, como sucede en la adopción (art. 177 CC) (26).

El argumento principal que aconseja recurrir a este tipo de procedimiento radica, precisamente, en que es al que se remite la propia ley (art. 1827 LEC) para el caso de que, en los procedimientos de acogimiento o adopción, los padres citados sólo para audiencia se opusieran alegando que es necesario su asentimiento. Aunque quizá la argumentación más clara fuera, simplemente, que el procedimiento nace ya originariamente contencioso, sin que se tenga que esperar a ningún tipo de oposición.

Así pues, a falta de la fijación de un procedimiento específico para los supuestos de oposición a la declaración de desamparo, una futura regulación de esta materia podría limitarse a hacer una remisión expresa a las normas del juicio verbal (27), ya que, por las razones anteriormente expuestas, ofrece más ventajas que los anteriores y se adecúa al carácter contencioso de la pretensión. En primer lugar, porque se trata de un auténtico proceso, que se inicia con una demanda, se continúa con la comparecencia de las partes y acaba con la resolución judicial; y, en segundo lugar, porque al mismo tiempo es de simple tramitación, puesto que está presidido por el principio de oralidad y unos trámites muy sencillos. Además, si así se estableciera, permitiría al juez resolver sobre la privación de la patria potestad de los padres, sin necesidad de acudir a un juicio posterior, como sucede si se siguen las normas de la jurisdicción voluntaria.

Precisamente, uno de los argumentos que sostenía la parte actora era que al no haberse tramitado el expediente como contencioso le había llevado a una situación de indefensión. Recordemos que en este punto la Audiencia Provincial de Almería, por Auto de 16 de junio de 1992, había resuelto que no se pueden seguir los trámites del proceso verbal "porque no parece tener

(26) Es más, puede darse el caso, no del todo infrecuente entre los adolescentes tutelados por las entidades públicas, que se nieguen a someterse al régimen de protección que corresponda. Mientras dicha negativa no se traduzca en un comportamiento delictual, que abriría el camino a la intervención educativa (penal) propia de los juzgados de menores, se hace difícil sostener la posibilidad de una actuación coactiva (sancionatoria) de la Administración para obligarlos a mantenerse en el régimen tutelar que vaya más allá de las facultades que corresponden a un tutor ordinario. Además, no debe olvidarse toda la problemática que se plantea, por ejemplo, respecto de la responsabilidad del tutor por los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad (art. 1903 CC). Obviamente, en estos casos se hace imprescindible la intervención de los equipos técnicos para que dictaminen sobre cuál es la mejor forma de intervención que permita lograr un mayor éxito y recurrir al juez, si es necesario, para corregir al menor.

(27) *Vid.* Joan EGEA FERNANDEZ, en el comentario al art. 1825 LEC dentro de la obra colectiva coordinada por el profesor R. BERCOVITZ: *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 323.

sentido el planteamiento en la jurisdicción civil de un procedimiento contencioso en que sería demandada la Administración por un actuar puramente administrativo". El Tribunal Constitucional discrepa de la argumentación de la Audiencia y da la razón a la demandante, pareciendo admitir que el juicio verbal es también un camino adecuado para tramitar las oposiciones a la declaración de desamparo. Concretamente, en su FJ 5, afirma que "los tribunales no pueden negarse a resolver en el fondo de las controversias de derechos o intereses legítimos planteados ante ellos fundándose en la mera posibilidad de una incompetencia de jurisdicción; si el orden jurisdiccional al que pertenecen carece de competencia para conocer de la pretensión deducida ante ellos deben declararlo así expresa y motivadamente, e indicar cuál es el orden que estiman competente, para evitar una denegación de justicia contraria al art. 24.1 CE". Es más, viene a justificar la competencia del juez civil (e implícitamente la procedencia del juicio verbal) en aquellas relaciones que, como la presente, pertenecen al Derecho de familia. Concretamentè, afirma que "[P]or añadidura, nada tiene de extraño que la ley, a la que corresponde el reparto de materias entre los distintos órdenes jurisdiccionales (art. 117.3 CE STC 158/1985, FJ 3 y 224/1993 FJ 2 y 3) haya mantenido la posición general que nuestro ordenamiento reconoce al juez civil como custodio del Derecho de familia, aun cuando confíe a entidades públicas de carácter administrativo la protección de los menores desamparados".

4. *Repercusión de la tutela automática de la entidad pública sobre la patria potestad*

A pesar de la rotundidad con que el Tribunal Constitucional afirma, en su Fundamento Jurídico primero, que la recurrente está legitimada para defender los legítimos intereses que posee como madre del menor, al *ostentar la plenitud de los derechos y facultades ínsitos a la patria potestad* de la que sólo puede ser privada por sentencia, dicha afirmación no viene referida, entiendo, a los efectos de la declaración de desamparo, sino a que, ni previa ni posteriormente a la intervención de la entidad pública declarando el desamparo del menor, la madre no había sido privada de la patria potestad. El Tribunal Constitucional no entra, por lo tanto, en la polémica planteada a raíz de la deficiente formulación del vigente art. 172 CC que atribuye *ope legis* a la entidad pública la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo y omite toda referencia a los posibles efectos que dicha atribución produce sobre la potestad del padre y de la madre (28). Sí deja claro, en cambio, que los padres sólo pueden

(28) No se produce esta laguna en la *Ley catalana 37/1991, sobre medidas de protección*

ser privados de la patria potestad por sentencia. Consiguientemente, por la simple declaración administrativa, no podrá hablarse de privación de la patria potestad.

Tampoco entra en la cuestión de si la patria potestad, cuya privación efectivamente requiere una sentencia, puede entenderse suspendida una vez declarado por los tribunales ordinarios que la resolución por la que se apreciaba el desamparo y se asumía la tutela automática era ajustada a derecho. La cuestión no es baladí, ya que el hecho de que los padres estén privados o no de la patria potestad determina, por ejemplo, que éstos hayan o no de asentir la adopción (art. 177 CC).

En mi opinión, que ya he defendido en otro lugar, la asunción de la tutela comporta la suspensión de la patria potestad (29), aunque no obviamente a los efectos de la legitimación procesal para reclamar precisamente el ejercicio de dicha potestad suspendido o restringido por la decisión de la Administración. Esta solución, que como veremos es la que parece admitir el propio TC en la sentencia que comentaré a continuación, se acerca más a la realidad práctica, a la vez que se compagina mejor con las posibilidades que ofrece la regulación que el ordenamiento vigente hace de esta materia, ya que la suspensión de la patria potestad (art. 156 CC), a diferencia de la privación (art. 170 CC), no requiere sentencia judicial. No comparto la opinión de que dicha tutela es una potestad administrativa que genera relaciones de especial sujeción, con menoscabo o desplazamiento de las relaciones o posiciones jurídicas ordinarias de los sujetos afectados (menores, padres, tutores o guardadores) (30). En mi opinión, el

de los menores desamparados y de la adopción, ya que su art. 3.2 establece expresamente que la "asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria...".

(29) *Vid.* Joan EGEA FERNANDEZ: *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció*, Barcelona, 1989, pág. 54. En contra, Pedro DE PABLO CONTRERAS: *Comentarios a las reformas del Código Civil* (R. Bercovitz Coordinador). Comentario al art. 172. pág. 37, donde, partiendo de la distinta naturaleza de la tutela de la entidad pública respecto de la tutela ordinaria afirma que aquélla "resulta ser compatible con la potestad e incluso, con la existencia de un tutor ordinario. En mi opinión, es difícil mantener, como hace dicho autor sustentándose en las discusiones parlamentarias del proyecto (pág. 39), que las facultades propias de la patria potestad y de la tutela ordinaria, como las de representación y administración de bienes siguen residenciadas en los padres o en el tutor, en caso de que haya tutela. No debe perderse de vista que estamos ante supuestos de desamparo "a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la leyes para la guarda de los menores".

El Anteproyecto de Ley del menor se inclina por la teoría de que "la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la *suspensión* de la patria potestad".

(30) Esta es la argumentación que mantiene Pedro DE PABLO CONTRERAS en el comentario anteriormente citado a esta misma sentencia, en CCJC, n. 34, pág. 85.

alcance de la tutela de la entidad pública sobre las potestades de progenitores o tutores no es otro que la suspensión de sus derechos por ministerio de la ley (o la privación, si con posterioridad se obtiene sentencia en este sentido). Las relaciones de especial sujeción deben interpretarse restrictivamente, limitándolas a aquellos supuestos en que la Constitución las admita expresamente. Este no es el caso de la tutela, sin perjuicio de que, indirectamente, respecto de los menores por ejemplo, a través de la intervención educativa sí que pueda surgir posteriormente, ya que la educación es uno de los ámbitos tradicionalmente sometidos a una relación de especial sujeción (art. 27 CE). Lo mismo podría decirse de los menores sometidos a la medida de internamiento en centros públicos (estén bajo la tutela o simplemente bajo la guarda).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 260/1994, DE 3 DE OCTUBRE

1. *Hechos* (31)

El Juzgado de Instrucción número dos de Sabadell, como consecuencia de las diligencias previas de carácter penal (32) que se seguían contra los padres miembros del grupo "Niños de Dios" y ante la posible situación de riesgo para la salud física y mental de veintidós menores (varios de ellos extranjeros) pertenecientes a siete familias diferenciadas, autorizó, por Auto de 7 de julio de 1990, la intervención de la Dirección General de Atención a la Infancia (DGAI) del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña y el ingreso de éstos en uno de sus centros. A raíz de la citada resolución, la DGAI, como entidad pública competente, declaró el desamparo de los menores y asumió la tutela legal por Resoluciones de 10 de julio de 1990 (33). Tales resoluciones se fundamentaban en

(31) Para el resumen y mejor comprensión de los hechos he tenido a la vista, además de los recogidos en la presente sentencia, el Auto de 6 de noviembre de 1991 del Juzgado de Primera Instancia, el de 21 de mayo de 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1.ª) y la STS (Sala 2.ª) de 30 de octubre de 1994 (publicada en *La Ley*, n.º 3672 (1994)).

(32) Sobre las que ha recaído ya sentencia del TS (30 de octubre de 1994) en la que se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la AP Barcelona, que absolvía a los padres de los delitos de estafa, lesiones, fundación de centro de enseñanza ilegal y asociación ilícita.

(33) La legislación aplicable en aquel momento era la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de Protección de Menores, que actualmente ha sido derogada, en esta parte, por la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Con fecha 23 de julio de 1990 la DGAI comunicó al Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Barcelona la oposición de los padres a la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizadas por la Generalidad.

El Juzgado de Instrucción, por Auto de 7 de septiembre, había mantenido el acogimiento institucional de los menores, a la espera de los informes periciales que se habían iniciado. Posteriormente, se dejó sin efecto la medida de protección acordada en relación a la causa penal, sin prejuzgar sobre la situación de desamparo y, tras levantarse el secreto de las actuaciones penales, con fecha 22 de octubre, el JPI n.º 19 de Barcelona asumió la competencia del expediente civil de protección.

Al entrar a conocer sobre un informe emitido el 31 de agosto de 1990, el JPI entiende que es contradictorio, ya que en él, por un lado, se afirmaba que no se habían encontrado elementos que permitieran concluir que los niños hubieran sido víctimas de una situación de desamparo y, por otro, se hacía constar que se habían detectado diversas anomalías en los menores y además que los técnicos encargados del caso ponían de manifiesto las dificultades metodológicas con que se habían encontrado. Es por ello que el juzgado requirió a la entidad pública para que informase sobre si mantenía o no la resolución por la que declaraba el desamparo y asumía la tutela de los menores.

Por providencia de 24 de enero de 1991 se acordó el mantenimiento del régimen de acogimiento provisional conforme a los arts. 55 y 56 de la

Cabe recordar que conforme a la citada ley, a diferencia de lo que vino a disponer posteriormente el Código Civil y, más recientemente la propia Ley catalana 37/1991, la tutela de menores dependía necesariamente de la intervención judicial (art. 54), si bien su art. 56 atribuía a los Centros de Acogida la atención inmediata y transitoria de los menores abandonados o maltratados (mediante el acogimiento provisional), con la finalidad de analizar su problemática. Del mismo modo, el art. 57 establecía que la atención y tratamiento continuados consistían en la ejecución de las medidas adoptadas por la autoridad judicial.

En buena lógica pues, dado que la intervención judicial provocada por el inadecuado ejercicio de la patria potestad se produjo en el año 1990, es decir, estando en vigor la Ley 11/1985, no era necesaria la adopción de una resolución de la entidad pública que declarara el desamparo del menor y asumiera la tutela. Cualquier decisión correspondía a la autoridad judicial y su posterior ejecución a la entidad pública. Seguramente, dado el carácter más operativo de la solución que había adoptado el art. 172 CC tras la reforma de 1987, se optó por su aplicación conjunta con la Ley 11/1985, a pesar de que ello no era correcto, ya que, en mi opinión, ambas normas son de difícil compaginación.

Ley catalana 11/1985 de 13 de junio, de Protección de menores y a los arts. 90 y 91 del Decreto 162/86 de 9 de mayo, que la desarrolla.

Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición por los interesados, dictándose Auto de 26 de abril de 1991 que confirmaba la medida adoptada.

En el informe mensual, de fecha 8 de julio de 1991, la entidad pública pidió la ratificación de la tutela legal asumida en su día por la DGAI, si bien otorgando la guarda provisional de los menores a sus padres. El informe de septiembre ratificaba la propuesta hecha en el mes de julio.

El 6 de noviembre de 1991 el JPI dictó siete Autos, idénticos en su contenido, desestimando la oposición planteada a la declaración de desamparo y asunción de la tutela. La fundamentación de dichas resoluciones se basaba en el hecho de que "cuando la educación impartida impida y limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo"; tras considerar acreditado que los padres de los menores pertenecían a una secta ("Niños de Dios"), razona que "la conducta de manipulación mental y anulación de toda capacidad crítica realizada por los padres ha supuesto que los menores presenten deficiencias en las áreas de socialización y autonomía personal", por lo que considera que se da una situación de desamparo, explicitada, entre otros aspectos, en la no escolarización de los menores. Declara, en consecuencia, que la resolución de la DGAI era ajustada a derecho, aunque a petición de la propia Generalidad "ante la favorable evolución de los menores a raíz de su escolarización" repone a los padres la mera guarda de los menores.

Los padres interpusieron recursos de apelación contra los citados Autos ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

Dichos recursos esta vez fueron resueltos en sentido estimatorio por siete Autos de idéntico contenido, dictados con fecha 21 de mayo de 1992, por los que se dejaban sin efecto las medidas adoptadas. A juicio de la Sala, no existía prueba suficiente de que dicha comunidad fuera una secta, y estimó, entre otras consideraciones, que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, "escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país". Llega a la conclusión, finalmente, de que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado" y que, en definitiva, debía "prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos".

Al considerar que se había vulnerado el art. 27 en relación al 15 CE, en

la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, la Generalidad interpuso sendos recursos de amparo.

El Tribunal Constitucional desestima los recursos de amparo planteados.

2. *Intervención penal y desamparo de menores*

Todo parece indicar que el caso que analizamos constituye un supuesto claro de inadecuado requerimiento de intervención del derecho penal en relación a conductas que, respecto de la repercusión sobre los menores, en ningún momento encajaban dentro del tipo (delito de lesiones psíquicas) (34). Antes bien, parecen ajustarse mejor, en principio, al marco diseñado por los arts. 158 y 170 CC, o, en su caso, como situación de desamparo prevista en el art. 172 CC, como así lo entendió la entidad pública en el expediente derivado de las diligencias penales referidas y vino a confirmarlo el JPI. Obviamente por las peculiares circunstancias de los padres procesados, sobre todas las actuaciones, tanto judiciales (penal y civil) como de la Administración, planea la sombra de la catalogación de la comunidad como secta, con todas las connotaciones de carácter negativo que suelen acompañar a la citada expresión y que a la postre fue la causa primera determinante de la intervención penal. Ello no debe hacernos olvidar, sin embargo, que, al menos en principio, por el simple hecho de la catalogación no debe llegarse forzosamente a la conclusión de que los hijos menores de estas personas se hallaban en situación de desamparo. Esta es una situación de hecho que deberá analizarse caso por caso, en atención a la repercusión que determinadas circunstancias hayan tenido en la asistencia moral o material que los menores requieren. Han de valorarse, pues, todas las circunstancias concurrentes.

En estos momentos, como hemos dicho, el TS ya ha desestimado (STS 2.^a, de 30 de octubre de 1994) el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la AP Barcelona que absolvió a los padres de diversos delitos y, concretamente, en lo que afectaba a los menores, del delito de lesiones. En mi opinión, dicha sentencia absolutoria no desvirtúa por sí misma tampoco las consideraciones anteriormente hechas respecto de la posible situación de desamparo de los menores (35)

(34) Debe tenerse en cuenta que, aunque también se procesaba a los padres por otros delitos —estafa, asociación ilícita, fundación de centro educativo ilegal— el eje central de la intervención penal se centraba en la protección de los hijos menores.

(35) Téngase en cuenta, por ejemplo, que en varios pasajes de la STS se hacen afirmaciones referidas, aunque sea *obiter dicta*, a la “dañosidad social e individual de con-

apreciada por el JPI y contradicha, sin practicar nuevas pruebas, por los autos de la AP, de 21 de mayo de 1992. La apreciación de que no se ha cometido un delito contra la persona de los menores no prejuzga que no pueda darse la situación de desamparo.

Evidentemente, este comentario no es el lugar más adecuado para entrar en consideraciones sobre la apreciación de unos hechos respecto de los que sólo nos consta la interpretación que las respectivas resoluciones han realizado, ya que, obviamente, no hemos podido acceder al directo desarrollo de las pruebas practicadas. Es una cuestión de prueba y por lo tanto de formación de la convicción del juzgador. Por ello, a continuación, únicamente pretendo extraer unas conclusiones de un valor más general que el referido estrictamente al caso examinado, aunque sea difícil abstraerse de él.

En el ámbito penal se trataba de determinar si la actuación y modo de vida de los padres habían producido lesiones en la salud mental de los niños (36). Precisamente la sentencia de la Sala Segunda TS declara que no ha quedado probado que los métodos educativos y formativos provocasen en los menores "lastimamientos psíquicos, aunque sí dificultades para insertarse con éxito en la sociedad postindustrial y competitiva". En el derecho penal, además, no es suficiente la existencia del llamado elemento objetivo del tipo, sino que debe concurrir un ánimo lesivo. El Tribunal Supremo entiende que ninguno de los dos concurrían en el caso.

Puede suceder que, siendo el menor una persona que no goza de una suficiente capacidad crítica que le permita discernir por sí solo lo que más le convenga, una conducta no delictiva le ocasione igualmente perjuicios. En este sentido, el TS viene a situar el papel del derecho penal en sus justos términos: sólo debe intervenir "cuando los comportamientos externos que tienen origen en una determinada ideología incidan negativamente sobre bienes jurídicamente protegidos...", previa tipificación delictiva". Quizá de mayor claridad resulta la afirmación que la sala de lo penal del

ductas moralmente rechazables y éticamente desaconsejables" (FD 2), o bien que "esta descripción del comportamiento grupal puede suscitar fundadas críticas desde un plano psicológico o sociológico, pero no es base suficiente para aplicar un tratamiento punitivo".

(36) Se da la particularidad, además, de que las diligencias practicadas en la fase de instrucción (en concreto, la ocupación de libros y documentos encontrados en el domicilio de los acusados, así como las intervenciones telefónicas) fueron declaradas nulas por haberse realizado sin ningún tipo de control judicial. A pesar de ello, a efectos dialécticos el TS las toma en consideración (FJ 1) y entiende que no entran en contradicción con los declarados probados de forma terminante e irrefutable. La base de la argumentación es que el contenido de los libros no es objeto de enjuiciamiento, sino solamente las conductas desarrolladas por los acusados (en lo que, en su caso, cabría relacionar con la situación de desamparo) y su incidencia sobre los delitos inculcados.

TS hace en su FJ 2: "Más allá del rechazo o desaprobación que pudieran suscitar en una sociedad democrática los métodos pedagógicos basados en la introversión y el autoritarismo, debemos mantener el derecho penal alejado de esos debates y evitarle la tentación de entrar de manera ligera, insegura y peligrosa en la perenne discusión sobre la idoneidad de los modelos educativos." Todo ello, como se afirma más adelante, sin perjuicio de la indeclinable obligación de los poderes públicos de velar por el cumplimiento y el respeto de los principios constitucionales.

Considerando los hechos aisladamente, no parece que la simple circunstancia de educar a los menores en el exclusivo seno familiar, sin acceder a centros escolares, pueda considerarse perjudicial, por sí misma, para la formación integral de éstos; a pesar de que, obviamente, suponga una seria limitación de su capacidad de relacionarse e integrarse socialmente. Si este tipo de educación supone un riesgo de que se produzca o llegue a producir efectivamente un menoscabo en la formación integral del menor susceptible de ser catalogado como situación de desamparo, la intervención protectora de la entidad pública vendrá justificada plenamente, en el marco exclusivo del ordenamiento civil. El TS (FJ 4) llega a esta misma conclusión. Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de las posibilidades que ofrece el art. 158.3 CC que faculta al juez para dictar las disposiciones apropiadas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle un perjuicio; pudiendo llegar incluso a la privación total o parcial de la patria potestad, en base al incumplimiento de los deberes que ésta comporta. Ya en este campo conviene trazar la línea divisoria delimitadora de los supuestos de aplicación del citado art. 172.1 CC, por un lado, y de los arts. 158.3 y 170 CC por otro (37). Parece que los arts. 170 y 172.1 CC contemplan, al menos en parte, un mismo supuesto de hecho: el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad (38). Ello no obstante, el art. 172.1 CC será de aplicación cuando el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección de los menores coloquen a éstos en situación de desamparo (tal como viene definida por el propio art. 172 CC); mientras que en el art. 170 CC tienen cabida aquellos supuestos de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que no ocasionen una situación de desamparo del menor porque otros familiares (por ejemplo, el otro progenitor o los abuelos) se hayan hecho cargo de él.

Puede concluirse, pues, que la entrada en vigor, el año 1987, del art. 172 CC no ha afectado en absoluto a la vigencia del art. 170 CC. Es más, ante el desamparo de un menor, con la consiguiente atribución de la

(37) Vid. mi anterior trabajo: *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció*. Barcelona 1989, págs. 29 y 30.

(38) Al margen del imposible ejercicio, aunque el art. 170 CC se refiera al incumplimiento, en mi opinión éste incluye el inadecuado ejercicio.

tutela *ope legis* a la entidad pública y en base, precisamente, al incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, podrá decretarse judicialmente la privación de ésta (mientras ello no suceda, entiendo, como he dicho, que estará suspendida).

Por lo que se refiere al art. 158.3 CC, puede afirmarse que, en principio, su finalidad parece ser coincidente, también, con el art. 172 CC (aunque no requiere que se llegue al extremo del desamparo), concretada, en este caso, en la atribución de una amplia legitimación (al menor, a cualquier pariente o al Ministerio Fiscal) para instar del juez que disponga las medidas más adecuadas para evitar un posible perjuicio al menor. La diferencia entre ambos preceptos radica, sin embargo, en que en un caso la legitimación para decidir la intervención corresponde a la autoridad judicial (art. 158.3 CC), mientras que en el otro corresponde a la entidad pública, aunque con el posterior control judicial. Precisamente el art. 158.3 CC había sido fuertemente criticado a causa de la amplia extensión (“las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”) que se concedía a la intervención judicial (39). En mi opinión puede seguir manteniéndose la aplicabilidad independiente del art. 158.3 CC sin necesidad de relación alguna con el art. 172.1 CC, puesto que, aunque en algún supuesto, sí pueda desenvocar en una declaración de desamparo (40), incluye también otras situaciones que nada tienen que ver con el desamparo (por ejemplo, intervenciones de tipo patrimonial —art. 165 CC— o en contratos en los que el menor deba realizar prestaciones personales —art. 162 CC—). Quizá puede llegarse a la conclusión de que la entrada progresiva en nuestra legislación del principio del interés del menor ha hecho que se vaya produciendo una paulatina sustitución de las opciones judicialistas por otras que otorgan un protagonismo destacado a la autoridad administrativa, desplazando el control del juez a un momento posterior. Buena muestra de ello es el art. 172 CC.

3. Prueba y valoración de la situación de desamparo del menor: su posible revisión en vía de recurso de amparo constitucional

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior y descartada la procedencia de la intervención penal como medio más adecuado, en este

(39) Sobre este punto puede verse R. BERCOVITZ: *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, II, Madrid 1984, pág. 1083.

(40) Cuando se dé el caso, el juez, en base a la normativa sobre protección de los menores desamparados, habrá de comunicar dicha situación a la entidad pública para que se haga cargo del menor, haya adoptado, o no, el propio juez algún tipo de medida protectora.

caso, para conseguir la efectiva protección de los menores, el Derecho Civil posee diversos caminos destinados a conseguir la protección de los menores afectados por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad. Por la misma imposibilidad que se plantea —por mi parte— de valorar adecuadamente las pruebas practicadas, no procede aquí pronunciarse sobre si podía encuadrarse como un supuesto de desamparo de menores o, por el contrario, podía haberse corregido por la vía del art. 158.3 CC o si, en último extremo, quizá realmente no era necesario ningún tipo de intervención. Si nos limitamos a los hechos recogidos por la STC observamos como el camino escogido fue el de la declaración de desamparo, y que ésta se basaba en el hecho de que los menores no se hallaban escolarizados, así como en la pertenencia de los padres a una secta religiosa. Se trataría pues —según entiende el propio Tribunal Constitucional— de cuestiones de hecho que ya fueron ponderadas y enjuiciadas por los tribunales ordinarios, “en términos que por no ser ni arbitrarios ni absurdos, no pueden ser objeto de revisión en vía de amparo”, según doctrina ya sentada, entre otras, en por la STC 148/1994, de 12 de mayo (FJ 4).

La Generalidad plantea las demandas de amparo constitucional únicamente en base a la pretendida vulneración del derecho de los menores a la educación, sin referirse al resto de circunstancias personales y familiares que en el proceso *a quo* también fueron invocadas para fundamentar la declaración de desamparo y asunción de la tutela. Entiende el Tribunal que lo debatido en los procesos ordinarios no se centraba únicamente en la cuestión relativa a la escolarización de los menores, sino, con mayor amplitud en “la procedencia o improcedencia de la actuación de los mecanismos de la tutela legal, razón por la cual el problema de la escolarización de diluía, hasta confundirse, con el resto de las circunstancias objeto de debate”. Congruentemente con ello, el FJ 2 centra los términos del debate planteado por los recursos de amparo interpuestos por la Generalidad en la determinación de si las resoluciones de la Audiencia Provincial impugnadas han incurrido o no en infracción del derecho a la educación establecido en el art. 27 CE. Sobre ello volveré más adelante.

El planteamiento de la Generalidad no parece, en principio, dejar otra opción al Tribunal, y permite a éste entender que las resoluciones judiciales de la AP objeto de impugnación “con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor (41) incorporados a sus fundamentos,

(41) Efectivamente, los Autos de la AP de Barcelona contenían abundantes juicios de valor sobre los Autos del JPI. Así, por ejemplo, se hace un paralelismo entre la definición de secta que da el JPI “en cuanto de personas que por profesar una doctrina que disiente de la generalmente aceptada” con la *imputación idéntica a la que llevó al Inquisidor Lucero a encarcelar al Arzobispo Carranza por erasmista*; la descripción del fiscal de la nor-

sobre los cuales este Tribunal no tiene que pronunciarse, no han impedido la escolarización de los menores —único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado— sino que simplemente se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad”.

Todo ello es lo que al parecer permite que, finalmente, el Alto Tribunal pueda afirmar también que “[C]on la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho.”

Sin embargo, de un análisis comparativo, por un lado, del Auto del JPI y, por otro, del Auto de la Audiencia Provincial, se pueden obtener suficientes indicios que, sin excesivos esfuerzos interpretativos, permiten que se pueda afirmar que las resoluciones de la Sala Primera de la Audiencia posiblemente vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores (42). La Generalidad no lo entendió así o, al menos, no figura que lo alegara en los recursos interpuestos, ni se deduce de forma clara e indubitada de sus argumentaciones.

La afirmación que antecede la baso fundamentalmente en que el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 1992, empieza diciendo textualmente: “[S]e aceptan los hechos del Auto dictado el 6 de noviembre de 1991 por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia n.º 19 de los de Barcelona”. Ello no tendría nada de particular si no fuera porque el Auto del JPI declara probados unos hechos que, a primera vista, no parece que permitan, sin incurrir en arbitrariedad, una valoración distinta de la que conduce a afirmar que realmente eran constitutivos de una situación de desamparo. En concreto, el JPI afirma:

a) “Ha quedado acreditado que los padres de los menores que nos

mativa de aplicación interna al grupo como orientada a fomentar entre los adeptos del sexo femenino un incremento de la natalidad para la perpetuación de la “Familia” se identifica con la *tendencia monolítica hoy en boga en la Europa Occidental y, concretamente en nuestra Comunidad Autónoma con premios de natalidad*; de la misma forma equipara la intervención del Estado a un “trágico remedo del Aerópago de Esparta o de los centros de concentración de esos Imperios que dejaron de serlo cuando la dignidad humana derribó el muro de Berlín”.

(42) Así lo afirma también el magistrado Vicente GIMENO SENDRA en su voto particular.

ocupan pertenecen al grupo denominado "Niños de Dios", que puede en puridad gramatical considerarse 'secta'" (43) (FJ 2 de la AJPI).

b) Que "tanto de los primeros informes psiquiátrico-forenses como de los psicológico-pedagógicos emitidos en agosto y septiembre de 1990 a raíz de la intervención penal, como del material incautado en el registro domiciliario, (vídeos, libros y amplia documentación)... como finalmente del informe emitido por el equipo de psicólogos de la DGAI encargado del proceso de evaluación... se desprende fundamentalmente" (FJ 4 de la AJPI):

1. "Que los niños y adolescentes eran sometidos a un estricto aislamiento que les impedía tener acceso a experiencias y relaciones fuera del propio grupo".

2. "Se llevaba a cabo sobre ellos un estricto control y disciplina para impedir que actuasen de forma diferente a lo establecido en la comunidad."

3. "Se les impartía una doctrina totalitaria, formándolos en la idea de que fuera del grupo no podía existir verdad ni bien, excluyéndose y descalificándose cualquier otra opción."

d) Finalmente, que el efecto de "tal conducta de manipulación mental y anulación de toda capacidad crítica y de opción ha supuesto que los menores presenten deficiencias en las áreas de socialización y de autonomía personal y ha ejercido en la práctica un efecto de maltrato o abuso psicológico al privarlos de su derecho a una formación integral que les permita un adecuado desarrollo de su personalidad (FJ 4 AJPI)".

Sorprende que, sin que en la ventilación del recurso de apelación se hubiera practicado ningún otro tipo de prueba, la Audiencia, justificando su decisión en un pretendido "alto riesgo de arbitrariedad (en el que se puede caer) al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia de un pueblo", y con la única novedad que supone la incorporación, en los fundamentos jurídicos, de determinados juicios de valor llegue a conclusiones tan distintas —sobre los mismos hechos probados— como las siguientes:

a') En relación a la catalogación como secta, pese a haber aceptado, como ya se ha dicho, los hechos probados por el JPI los viene a matizar afirmando (FJ 8) que dicho juzgado, "sin prueba alguna, encaja al grupo social asaltado dentro de la corriente de otra secta que considerada nociva en su ideología, ha sido prohibida en muchos países".

b') En relación a los informes periciales de que se valió el JPI, la posi-

(43) Como he dicho, esta afirmación, por sí sola, no debe conducir forzosamente a que se produjo una repercusión negativa sobre la personalidad de los menores. En todo caso, dicha repercusión negativa sí que puede deducirse de la integración con el resto de hechos declarados probados por el JPI, y que se transcriben en el texto.

ción de la Audiencia es que “como epílogo del operativo policial, la fuerza pública separó a los niños, la mayoría extranjeros con escasas nociones de castellano, de la compañía de sus padres y los concentraron en un asilo regido por la Generalitat, donde fueron entregados a un grupo de psicólogos que, en idioma para los niños desconocido, los psicoanalizaron en un tiempo prolongado por dos veces, emitiendo informes de semántica exotérica más dirigidos a justificar el operativo que a describir anomalías intelectuales que son de todo punto inexistentes” (FJ 6 AAPB). Añadiendo en el FJ 7 que “pese a la total ausencia de base médica y jurídica, lo actuado por los agentes y la Administración se remitió al JPI de Familia, al que el Ministerio Fiscal estimó competente y del que solicitó, pese a la oposición de los padres..., medidas de intervención que la señora Juez hizo suyas, imponiendo sin juicio la pena de confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros (alguno ciudadano de Mauricio cuya constitución es ejemplo de tolerancia religiosa), y rompiendo la natural armonía paterno-filial, dando intervención preponderante en la misma al Estado...”.

Lo anteriormente expuesto debe conducir, a mi entender, a una única conclusión, coincidente en este punto con la que también sostuvo el magistrado Vicente Gimeno Sendra en su voto particular: la motivación del Auto de la Audiencia Provincial se basa en unos hechos sobre los que no existió prueba alguna (44) y se encuentra en evidente contradicción con los hechos que, mediante la pertinente actividad probatoria, se declararon probados por el JPI Instancia y, paradójicamente, asumidos por la misma Audiencia. Podría entenderse pues que, al no ofrecer una respuesta razonable y jurídicamente fundada sobre la materia discutida, y careciendo, en suma, de la necesaria congruencia que el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva exige, el Auto de la Audiencia vulneró el art. 24.1 CE (*Vid.* en este mismo sentido STC 159/1989, de 6 de octubre FJ 7).

La realidad, sin embargo, es que la Generalidad de Cataluña, que actuaba en representación de los intereses de los menores tampoco invocó como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y sí, únicamente, el derecho a la educación (art. 27 CE).

4. Límites a la intervención educativa y derecho a la educación

La normativa catalana aplicable en aquel momento a los supuestos de desamparo (art. 54 de la Ley catalana 11/1985) hacía referencia a la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o

(44) Sin que, por otro lado, dada la profunda discrepancia de planteamientos que ya ha quedado evidenciada, quepa subsumir dicha diferencia de criterios en una valoración distinta de los hechos probados.

del derecho de guarda y *educación*. El punto de partida de dicha norma era que el inadecuado ejercicio de los citados derechos permitía que se pudiera catalogar a los menores como víctimas de la actuación de los padres o guardadores y, a su vez, legitimaba a la autoridad judicial para ordenar la intervención protectora de la Administración. Dicha intervención se debía realizar a través de las medidas que se entendieran más adecuadas para la protección del menor según sus circunstancias particulares; todas ellas presididas por una función educadora.

Se plantea pues un problema de coordinación entre el derecho que asiste a los padres (en el ámbito del derecho de educación de los hijos) para que éstos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE) y la intervención pública, cuando se entienda que el citado derecho menoscaba el libre desarrollo de la personalidad del menor o no respeta los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales.

Es preciso por ello determinar, en primer lugar, si la conducta de los padres había vulnerado realmente el derecho a la educación de los hijos, reconocido en el art. 27 CE. En este sentido lo más importante es concretar el alcance que ha de darse al citado apartado 3.º del precepto constitucional. El derecho de los padres debe respetar el contenido del derecho a la educación de los menores plasmado por el art. 27.2 CE, que concretamente establece que “[L]a educación tendrá por objeto el desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Como ya se ha señalado por doctrina (45), la familia no puede considerarse como una “zona franca” en la que se permita la falta de vigencia de los derechos fundamentales, sino que su función es, precisamente, el desarrollar la personalidad de los miembros que la componen. Es por ello que el derecho a la educación se debe inspirar en criterios deducidos de los principios constitucionales, sobre todo, en lo referente al respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad del menor (art. 10 CE y la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989).

Por la simple falta de escolarización no parece que deba concluirse, forzosamente, que los padres no habían cumplido realmente con el mandato constitucional (plasmado también en el art. 154.2 CC) de educar a los hijos y procurarles una formación integral.

Es más, en mi opinión, la situación de desamparo (en base al art. 172.1

(45) Pascuale STANZIONE: “Derechos fundamentales del menor y patria potestad en el ordenamiento italiano”, en *La personalitat civil*, Segones Jornades Jurídiques de Lleida. Anuari de La Facultat de Dret. Estudi General de Lleida (1984), pág. 81.

CC) o de posible peligro o perjuicios para el menor (en base al art. 158.3 CC) no tiene por qué vincularse necesariamente a la escolarización de éste, ya que podía haberse producido igualmente aunque los menores hubieran estado escolarizados, si, a pesar de dicha escolarización, la educación y formación que proporcionaban los propios padres, en el ámbito familiar, tenía una repercusión negativa en la persona de sus hijos. En efecto, si bien el derecho a la educación se circunscribe esencialmente en el derecho a ser escolarizado (46), el hecho de que la escolarización se produzca no es garantía suficiente de que la formación que los padres puedan proporcionar en base a sus propias convicciones religiosas o morales no pueda llegar a influir negativamente en el libre desarrollo de la personalidad del menor y así ocasionar, de hecho, una situación de desamparo. Lo mismo cuando les inflijan malos tratos.

Por otra parte, no puede pensarse en un criterio que mida el desamparo por un mismo rasero, independientemente, por ejemplo en el caso que nos ocupa, de la edad o condiciones de madurez de los menores. Tampoco cabe considerar, pues (en base a una aplicación hipotética de los arts. 154.3 y 162.1 CC) que se produjera la intervención de un posible consentimiento de los menores que tuvieran las condiciones de madurez suficientes, ya que, salvo uno de ellos que en 1990 había cumplido los catorce años, el resto oscilaba en edades comprendidas entre los once y un años. Ello nos conduce a un nuevo planteamiento de la cuestión: ¿hasta que punto puede hablarse de obligación de escolarización de alguno de los menores (un total de 10), que en el momento de la intervención tenían menos de seis años (concretamente, cinco de ellos oscilaban entre uno y tres años)? En este punto basta recordar que el art. 1 de la Ley Orgánica de 3 de junio de 1985, de regulación del derecho a la educación (LODE), aplicable en aquel momento, establecía que la educación sólo era obligatoria en el nivel de la educación general básica. Por su parte, con posterioridad, la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1990, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), en su art. 7.2, ha venido a establecer, igualmente, que la educación infantil, es decir, hasta los seis años de edad, tendrá carácter voluntario. Todo ello parece demostrar, en mi opinión, la inconsistencia de basar la declaración de desamparo y el posterior recurso ante el Tribunal Constitucional en la falta de escolarización de los menores.

El Tribunal Constitucional entiende que los Autos impugnados se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de la tutela por la Generalidad, previa declaración de desam-

(46) Así lo entiende también el voto particular del magistrado V. Gimeno Sendra, señalando además "la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente si ello fuese necesario".

paro (47). La base argumentativa es que con la privación de la tutela la Generalidad no ve cercenadas o anuladas sus facultades de aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados. Ello quizá pueda darse sólo después de valerse, sin éxito, de los instrumentos disponibles para hacerla efectiva, ya que será en este momento cuando, en su caso, pueda hablarse de vulneración del derecho a la educación en relación a los menores sobre los que recaía la obligación de escolarización. Pero, ¿el respeto a este derecho, garantiza por sí solo la protección de los menores? La respuesta, como he dicho, ha de ser necesariamente negativa. En el caso que nos ocupa, no obstante, la DGAI y el fiscal habían informado a favor del mantenimiento de la tutela legal, pero "reponiendo a los padres en la mera guarda de su hijos, *ante la favorable evolución de los menores a raíz de su escolarización* y ante la realidad de los fuertes vínculos afectivos entre padres e hijos que, desde la terminación del curso escolar están conviviendo, si bien en familias y no en grupo, bajo el seguimiento de la entidad pública".

Así pues, la medida que, en base al régimen de tutela legal asumido como consecuencia de la declaración de desamparo (48), se estaba aplicando en aquel momento a los menores y que el Auto de la Audiencia provincial dejaba sin efecto era, simplemente, el seguimiento de su proceso de adaptación. Dicho en otras palabras, la intervención de la Administración era mínima; en aquel momento los menores ya asistían a la escuela y convivían normalmente con sus familiares. Por ello, entiendo que la revocación de la declaración de desamparo y consiguiente ejercicio de las funciones tutelares por la entidad pública, no parece que pudiera producir, *a priori*, una especial incidencia negativa sobre dichos menores.

5. Protección de menores extranjeros desamparados en territorio español

Según resulta de los Autos y remarca muy especialmente la Audiencia Provincial de Barcelona, 12 de los menores no ostentaban, la nacionalidad española. Ello justifica que haga aquí algunas observaciones sobre esta

(47) El Tribunal Constitucional se ve obligado a hacer referencia a los efectos que la asunción de la tutela por la entidad pública tiene sobre la patria potestad de los padres. Para ello se vale de un término poco riguroso, que no es ni la "privación" ni la "suspensión", aunque se acerca más a esta última: "desposesión de la patria potestad". Lo mismo entendía el Auto del JPI, que utilizaba la expresión: "... medidas de intervención y seguimiento respetando la convivencia padres-hijos, pero *sin reponer* a éstos en el ejercicio pleno de su potestad...".

(48) Recordemos que, a pesar de todo, la legislación aplicable (Ley 11/1985) no exigía ningún tipo de declaración de desamparo, sino que daba todo el protagonismo a la autoridad judicial.

cuestión, especialmente sobre la determinación de cuál ha de ser la autoridad competente para hacerse cargo de su protección y algunos problemas que estas particulares circunstancias, que afectan a su condición personal, pueden plantear en relación a la intervención educativa de la entidad pública. La sentencia del Tribunal Constitucional no contiene ninguna referencia en este sentido, puesto que nada se había alegado. La Audiencia provincial, en cambio (FJ 8) considera que el JPI, en el momento de valorar si las creencias del grupo se apartaban de la "doctrina generalmente aceptada" para catalogarlo como secta, "debía haber estado atento a las limitaciones que imponen las legislaciones de origen en las relaciones personales". Es en este sentido que el Auto de la Audiencia argumenta que las relaciones personales siempre estarán protegidas por la Ley de origen, con independencia de la licitud de la intervención policial en aquellos casos en que se "acredite, no se suponga" una ofensa a la normativa del n.º 1 del art. 8 del Código Civil".

En cuanto a la decisión de declarar desamparados a los menores (prescindiendo de la inadecuada aplicación del Código Civil) creo que la Generalidad de Cataluña, como efectivamente hizo, no tenía porque diferenciar entre los menores según el distinto país de procedencia. Quizá no puede decirse lo mismo respecto del proceso educativo y los programas aplicados, que, por lo que se intuye, no habían tenido en cuenta las distintas procedencias culturales de los menores. La decisión de la entidad pública (no olvidemos, en este caso a instancias de juez de instrucción) debe ser tomada siempre teniendo en cuenta principalmente el "interés del menor". De hecho, tanto el Código Civil, que en su art. 9.6 afirma que "será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y *educativo* respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español", como más claramente, la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, aplicable en aquel momento, que en su art. 3 establece que "son objeto de protección, de acuerdo con esta ley, los menores de edad que tienen el domicilio o se encuentran eventualmente en cualquier parte de Cataluña, sin perjuicio, en este último caso, de las facultades que correspondan a la autoridad competente de otro territorio" legitiman, en un primer momento la intervención de la entidad pública en cuyo territorio se encuentre el menor desamparado. Lo procedente es que después de esa primera intervención protectora, acreditada la competencia de otra autoridad diferente, se pusiera en conocimiento de esta última el hecho determinante de la intervención para que, en su caso, adoptase las medidas pertinentes y, mientras tanto, el concreto programa de intervención educativa de la entidad pública tuviera en cuenta muy especialmente las características sociales, culturales, educativas, religiosas, etc., que conforman el entorno inmediato del menor cuya protección tiene encomendada.