

El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas

Interpretación sistemática de la Ley 21/87

BARTOLOME VARGAS CABRERA

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Guadalajara

INTRODUCCION

La Ley 21/87 ha suscitado junto a importantes expectativas y sensibilidades en materia de protección de menores, notables dificultades interpretativas. Su eficacia, de alguna manera está condicionada a que se delimite con precisión el concepto de desamparo que es punto central de referencia de toda la reforma y las consecuencias jurídicas que de él se desprenden y que se traducen en competencias para las entidades públicas y exorbitantes efectos en algunos casos en las relaciones jurídico-familiares. A tratar de ayudar al esclarecimiento de estas cuestiones se orienta el presente trabajo instrumentado sobre un estudio sistemático y de índole técnico-jurídica de los nuevos preceptos. No puede olvidarse, sin embargo, que la problemática del menor excede con mucho a los estrictos cometidos del derecho que sólo desempeña un limitado papel en relación con la misma. Los conocimientos científicos, los medios humanos y materiales y una adecuada política de asistencia social son los verdaderos protagonistas de la temática que va a abordarse. En cualquier caso el interés del menor ha de ser el principio orientador de todas de las opciones que se asuman. Incluimos reflexiones sobre el acogimiento, adopción y otros problemas procesales que presentan una íntima relación con las conclusiones que aquí se exponen. Se inicia este estudio con el análisis de los criterios de orden general que han de servir para una razonable interpretación de las disposiciones legales y a continuación se inquiera sobre el concepto legal de desamparo y sus consecuencias jurídicas más relevantes, la tutela y la guarda de los entes públicos.

I. CRITERIOS GENERALES DE INTERPRETACION

1. Naturaleza jurídico-familiar de las relaciones reguladas en la Ley

La primera constatación que debe hacerse es la de que estamos ante una materia regulada por el Derecho Civil de Familia. La reforma hace referencia a todo el contenido del capítulo V, del Título VII del Libro I del Código Civil, a algunos preceptos del título X, referidos a la Tutela y otros de los títulos XI (mayoría de edad, emancipación), así como a modificaciones aisladas del título regulador de las relaciones paternofiliales, primeramente mencionado (arts. 160, 161, 164 y 165). Se opera una reestructuración de las normas procesales que permiten hacer valer las oportunas pretensiones en el proceso civil (arts. 1.825 a 1.832 L.E.C. y arts. 63.16 y disposición final y adicional primera) y sólo de manera fragmentaria se contienen preceptos de orden jurídico-administrativo y laboral (disposición adicional primera y cuarta) relativos a la infraestructura de medios exigida por las previsiones legales, para lograr su viabilidad material. En definitiva, nos hallamos en el mundo del Derecho Privado y del Proceso civil, que sirve de instrumento para su realización. Estos recordatorios, que pueden parecer innecesarios, van sin embargo, a servirnos para sistematizar adecuadamente y medir el preciso alcance de las consecuencias jurídicas que se desprenden de las nuevas normas. Téngase en cuenta que algunas materias en particular han cambiado manifiestamente su ubicación en el ordenamiento jurídico. La guarda y el acogimiento de menores, como recoge la Exposición de motivos, han pasado de estar regulados en el ámbito del Derecho Administrativo (sobre todo en Ordenes de 30 de diciembre de 1936, 1 de abril de 1937 y Textos Refundidos de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores) a ser disciplinadas jurídicamente por el Derecho Civil de Familia a través de su inserción en los arts. 172 y 173 del Código Civil.

Consecuencia obligada de lo anterior es que los nuevos institutos y preceptos de la Reforma no pueden interpretarse en desconexión con las vigentes instituciones del Derecho de Familia (Patria Potestad, Filiación, Tutela, Minoría de edad, etc.), tanto en su vertiente jurídico-civil como en la significación constitucional que revisten a partir de 1978. La Ley 21/87 no puede considerarse como un cuerpo extraño, sino que debe someterse a una hermenéutica integradora con el resto del ordenamiento de Familia, sin perjuicio de las singularidades y nuevas perspectivas que la actual regulación imponga sobre los cánones tradicionales. La colocación sistemática de las novedades introducidas debe jugar así un importante papel para su recto entendimiento y la delimitación de los ámbitos de actuación y facultades de los agentes intervinientes, Administración, Ministerio Fiscal, Organo Jurisdiccional, Familia y Menor, debe hacerse con sujeción a los principios del Derecho de Familia y de la protección constitucional que han movido a nuestros constituyentes.

Por lo que respecta a la Administración, no puede olvidarse que su intervención en estos temas se inscribe en el contexto de la política de asistencia social, que de manera global desarrolla y uno de cuyos capítulos es la atención a los menores desamparados. Su presencia en los Títulos VII y X del Código Civil y su peculiar estructura y fines originarán algunas modalidades del tradicional ejercicio de las potestades familiares de orden tuitivo, pero no debe olvidarse que a partir de la Ley 21/87 toda su actividad de intervención en la Tutela, Guarda y Adopción de menores está plenamente sometida al Derecho Privado, sustantivo y procesal. Al margen de los aspectos de organización y aplicación de medios personales y materiales que siguen regulados por las normas jurídico-administrativas, desde que inicia su actividad de investigación, valoración y tratamiento de los supuestos de Desamparo, sus comportamientos pertenecen a la órbita del Derecho de Familia. Por ello en las relaciones jurídicas que entabla a consecuencia de los preceptos que estudiamos no ostenta una posición de preeminencia, como ocurre cuando se trata de disciplinas integradas en el Derecho Administrativo. Las importantes facultades que sin duda alguna le confiere la Ley deben conducirse a estos esquemas y coordinarse con las potestades que el Derecho de Familia otorga a los demás sujetos de la relación familiar, cuyo respeto aseguran los propios preceptos constitucionales. Sería equivocado trasladar la estructura de eficacia jurídica del acto administrativo, propia del ordenamiento regulador de sus consecuencias, al campo del Derecho de Familia. Presunción de legalidad, coactividad, ejecutividad y control jurisdiccional posterior de significado revisor, son propios de la actividad de los entes públicos en el mundo del Derecho Tributario, Administrativo-sancionador, etc., pero en ningún caso puede tener razonable aplicación en el terreno de la Patria Potestad, Tutela y demás instituciones del Derecho de Familia, al menos en la configuración que han revestido hasta el presente. Lo contrario sería convertir al Derecho de Familia en un capítulo del Derecho Administrativo, con todas las dudas que la constitucionalidad de esta operación plantearía y no parece que la intención del legislador haya sido llegar tan lejos con el mero instrumento de una Ley Ordinaria y sin explicar mínimamente tan trascendentales novedades en la Exposición de motivos.

Las ideas anteriores no tienen porqué concluir en un proceso de mayor privatización del Derecho de Familia. Las intervenciones judiciales y administrativas son necesarias para preservar los intereses del menor y constituyen exponentes de un orden público familiar de amplio contenido. Pero insistimos una vez más en que la demarcación de los campos de actuación de unos y otros debe hacerse de acuerdo con los principios inspiradores del ordenamiento de familia, en el que sin duda subsisten relevantes intereses públicos. Tampoco debe ser óbice lo expuesto para que aceptemos un marco de desenvolvimiento a la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares. Es difícil encontrar preceptos que diseñen un principio general (autonomía de pacto), con las con-

siguientes excepciones (materias normadas de orden público). En todo caso debe admitirse que la reforma ha convertido a los controvertidos pactos de delegación de facultades paternas (construidos por la doctrina al amparo sobre todo de los arts. 156, 103-1.º y 2.º y 211 del Código Civil) en uno de los instrumentos con los que en supuestos tasados (guarda administrativa, acogimiento con ciertas limitaciones) se opera para abordar la problemática de los menores desamparados.

2. Intervención de la Administración y eficacia de sus actos en pro de los intereses de los menores

Es indudable que la Ley 21/87 ha otorgado un protagonismo de primera línea a los entes administrativos con competencia en materia de protección de menores. Han asumido *ex novo* potestades y atribuciones antes confiadas a los sujetos privados familiares. Bajo el punto de vista de política administrativa puede decirse que se ha abandonado el principio de subsidiariedad en la asistencia a menores desamparados para asumir la atención prioritaria y directa de los problemas que aquellos plantean. Son buena muestra de ello su necesaria legitimación para las propuestas de adopción (art. 176), su imprescindible consentimiento para el acogimiento (art. 173), su legitimación para concordar con los padres y acogedores las fórmulas de guarda (art. 172.2.º y 173.2.º), para pedir su cesación o constitución forzosa (art. 1.828 L.E.C.) y muy particularmente la titularidad que ostenta de potestades tuitivas de orden familiar como tutor o guardador legal de los menores desamparados. Conviene profundizar en el significado último de éstas novedades legislativas. Observamos en primer lugar que la Ley confía en las entidades administrativas como la mejor preparadas para atender con prontitud y eficacia y subvenir a las necesidades de los menores privados de la necesaria asistencia moral o material. Parece entenderse que la operatividad de los órganos administrativos acudirá con la solución adecuada a los supuestos que se planteen. Se trata de ofrecerle a los entes administrativos un abanico de posibilidades de actuación con el que, desde la óptica de un tratamiento individualizado y duradero en el tiempo, aborden realmente las necesidades de los menores. Nada puede objetarse a la legitimidad de éstas intervenciones desde el momento en que, como veremos más adelante, se concibe a la familia como una organización funcional al servicio del desarrollo de la personalidad del menor y en la que están en juego los intereses mismos de toda la sociedad. Late en la Reforma un mandato implícito de flexibilidad dirigido a las entidades públicas para que busquen la fórmula de asistencia adecuada a las necesidades del menor y a los medios personales y materiales con que se cuenta. En definitiva nada más lejos que una jurisprudencia de conceptos para entender la problemática jurídica de los menores; debe partirse de la realidad (el derecho es para la vida) y nunca con mayor justifica-

ción que en éste terreno en el que los protagonistas de verdad son los seres más indefensos e importantes para el futuro de la sociedad. A esta tarea de composición favorable para el menor de las situaciones que se plantean debe añadirse la necesidad del control previo en los procedimientos de constitución de guardas y adopciones como otra de las finalidades con las que el legislador quiere justificar la acción pública en ésta materia. Dice expresamente la Exposición de motivos que todo ello se orienta a evitar el odioso tráfico de niños y la intervención necesaria prescrita por los arts. 173 y 176 es expresiva de lo que venimos diciendo. Algún sector doctrinal ha criticado el "monopolio" administrativo en éstas propuestas y consentimientos, y aquí nos limitaremos a constatar cuáles son estas otras finalidades perseguidas que deberán servirnos para una adecuada interpretación de los preceptos estudiados.

Por último la intervención de la Administración debe también postularse en la *mens legislatoris* como un supuesto de disjudicialización para asistir de modo inmediato y eficaz a los menores desamparados en casos de especial urgencia por los riesgos que se deriven para la esfera material o moral de su personalidad. Se considera el ente administrativo como el mejor dotado para estas rápidas actuaciones y proveerlas de cobertura jurídica suficiente es instrumento indispensable para el fin propuesto. Repárese en que en la Exposición de motivos el párrafo en que se alude a la tutela automática, guarda y acogimiento está todo él dominado por la idea de atender a situaciones urgentes. Habrá que esbozar, sin embargo, un inmediato control judicial posterior que ratifique éstas actuaciones a veces limitativas de derechos. Y es que, y retornando a razonamientos anteriormente expuestos, no podemos perder de vista las exigencias derivadas del sector del ordenamiento sobre el que estamos haciendo éstas disquisiciones. En torno a sus premisas habrá que precisar el ámbito concreto de poder atribuido a la actuación administrativa y su posición respecto a los demás órganos que intervienen en la regulación de las relaciones familiares.

3. Multiplicidad de las instituciones tuitivas y rechazo del ritualismo jurídico

La Ley 21/87 ha progresado en el camino impulsado por la Reforma de la Tutela operada en la Ley 13/83 de 24 de octubre. El texto del art. 215 ya daba a entender que el legislador no cree en modelos cerrados cuando se trata de diseñar los mecanismos de protección de menores en defecto de la patria potestad. Las necesidades del menor y la realidad social van determinando la amplitud de las fórmulas que se proveen. La Ley que comentamos, tal y como se apuntaba en el apartado anterior, diseña nuevos marcos tutelares y viene a introducir una quiebra más en los sistemas tradicionales del Código Civil. Composición privada y puntos de referencia amplios a la hora de regular las institucio-

nes protectoras, pretenden ofrecer a las instituciones públicas instrumentos suficientes para adecuarse a las variables hipótesis de hecho que sugiere el desamparo del menor. Como ha señalado algún autor hay correlativamente un progresivo rechazo del ritualismo jurídico ya observado en la aludida Ley de Reforma de Tutela. Ahora es patente en la configuración constitutiva de la adopción, acogimientos y guardas, donde se aligeran notablemente las trabas formales con el fin de que la burocratización de estos actos constitutivos no retrase las soluciones exigidas la mayoría de las veces por situaciones caracterizadas por la inmediatez y urgencia a que antes hacíamos referencia. Con este talante abierto debe interpretarse la constitución de las relaciones jurídicas reguladas en la presente Ley.

4. El principio de protección jurídica de la familia

El art. 39 de la Constitución nos muestra un criterio vinculante en la materia objeto de estudio. Podemos aproximarnos a este enunciado constitucional desde una doble perspectiva. En primer lugar la familia supone una organización íntima de relaciones que requiere un ámbito de privacidad bien delimitado y protegido frente a terceras personas, sean los particulares o los poderes públicos. Pero de otra parte no tiene un fin en sí misma y se orienta nuclearmente al desempeño de funciones asistenciales en relación con personas especialmente necesitadas de protección. De ahí la legitimidad de las intervenciones públicas (judiciales y administrativas).

En la interpretación de los preceptos que examinamos debe así conciliarse la intervención protectora de la Administración ante el “fallo de la familia” con la defensa del ámbito de privacidad que corresponde a los titulares de las potestades-deberes familiares, y la garantía jurisdiccional que les asiste por mandato de los arts. 39 y 24 de la Constitución. Pero la Ley 21/87 además avanza en las ideas de amplitud y libertad con que debe concebirse y protegerse por el derecho el modelo familiar. Sabido es que a lo largo de la historia y en las diferentes culturas éste ha presentado variables muy diversas de sujetos integrantes y contenido. Entendemos que la Constitución no legitima la reconducción del concepto de familia a la pareja heterosexual formalizada y estable con nexos biológicos de filiación, sino que diseña un paradigma familiar de mayor extensión. Otras organizaciones íntimas, sin las características apuntadas y a las que confía la Ley a personas en trance de desarrollar sus posibilidades humanas y sociales en una atención directa y personalizada, deben beneficiarse de la protección jurídica de la familia a que alude el art. 39. En todo caso tiene que afirmarse respecto de los contenidos, la libertad de elección de modelo familiar exigida por el necesario pluralismo de la vida social proclamado por nuestra norma fundamental, con la limitación del sentido instrumental del grupo familiar de la que son

exponentes las normas de orden público del Derecho de Familia. Este en la sociedad actual ha dejado de ser un mero vehículo transmisor de privilegios y patrimonios basado en un modelo estrictamente jerarquizado para convertirse en función social de primer orden orientada a la satisfacción de las necesidades del menor. La Ley 21/87 sin perder del todo el modelo de familia biológica, subraya en sus preceptos éstas ideas otorgando consideración familiar a la mayoría de las instituciones que regula.

5. El principio de protección integral del menor (“tout pour l'enfant”)

Este principio enunciado en la doctrina del Derecho comparado desde hace ya años, no es una mera afirmación programática, pues se desprenden de él importantes virtualidades interpretativas de los preceptos de Derecho de Familia. Sin especiales dificultades podemos derivarlo del art. 39 de la Constitución, párrafo segundo, y de los Acuerdos Internacionales que velan por los derechos de los niños y que son complemento necesario de la prescripción constitucional, entre ellos y muy especialmente la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Encuentra su primera plasmación legal con claridad en la reforma de la patria potestad operada en 1981. En el art. 154.2.º se dice: “que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad” y en el art. 170, entre otros, lo hallamos también expresamente proclamado al prescribirse que la recuperación de la patria potestad se podrá acordar “...en beneficio o interés del hijo”. La Ley reformadora de la Tutela, y en relación con las instituciones tuitivas lo proclama también de modo solemne en el art. 216 al decirse que “las funciones tutelares... se ejercerán en beneficio del tutelado...”. Finalmente en la Ley que comentamos se regula de modo expreso en sede de constitución de la adopción (art. 176.1.º) “...que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado...”; en el art. 180 en el que se dispone que la impugnación de la adopción allí regulada no debe “perjudicar gravemente al menor” y art. 172.4.º en el que se prescribe que el acogimiento o guarda de los hermanos se “confía a una misma persona siempre que redunde en interés del menor”.

¿Qué consecuencias prácticas pueden obtenerse?, entendemos que de orden superlativo, pues como dice Díez Picazo, el ejercicio de la patria potestad y funciones tuitivas se modaliza por esta finalidad legal que viene a constituirse en causa de los correspondientes actos realizados por el titular de las potestades familiares, con todos los efectos que deben producirse en el ámbito de la nulidad o anulabilidad de las actuaciones ejecutadas. El interés del menor determinará además las opciones y decisiones que deben adoptarse por los titulares de los deberes fa-

miliares y por la autoridad judicial o administrativa. Primará de modo preferente, como sostiene el autor citado, el interés del menor sobre el del padre o guardador y el interés de futuro sobre el estrictamente planteado en el momento en que se enjuicia. En todo caso esta gama de intereses pasa por el principalmente encomendado en la Constitución a los titulares de potestades tuitivas: “el libre desarrollo de la personalidad del menor”.

El problema se plantea a la hora de concretar quien decide lo que en cada momento es objeto de este interés. A lo largo de este estudio procuraremos definir los ámbitos competenciales al respecto de los padres, tutores o guardadores, de la Administración y de la autoridad judicial. Sí debe resaltarse en este punto que a ellos, como agentes definidores de tales intereses, se ha unido ahora de manera clara el propio menor, cuyo concurso ya empezó a ser exigido en la reforma de 1981 de la patria potestad cuando se impuso a los padres la obligación de oírlos “si tuviesen suficiente juicio”. El legislador de 1987 exige su necesario consentimiento para la constitución del acogimiento y adopción (art. 173.2.º y 177.1.º). Hay así un salto cualitativo en las reformas emprendidas ya hace años. El menor de 12 años se convierte en agente definidor de su propio interés e instrumento necesario de conformación de la relación tuitiva en determinados y trascendentes supuestos.

II. CONCEPTO LEGAL DE DESAMPARO Y SUPUESTOS QUE COMPRENDE

1. Antecedentes legislativos y de Derecho Comparado

El Código Civil antes de la reforma de la adopción operada por Ley 4 julio 1970 y a efectos de privar a los padres del derecho de consentir la adopción, formulaba un concepto de abandono de menores de corte subjetivista y con las exigencias de determinados plazos (primero tres años, después seis meses y finalmente un mes en la reforma operada), transcurridos los cuales sin asistencia de los titulares de la potestad familiar, se producía el supuesto de hecho regulado. La Ley innovadora de la adopción diseñó un concepto absolutamente objetivizado que ha estado en vigor hasta la Ley 21/87, considerándose abandonado “el menor de 14 años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación”, siendo irrelevante que se haya producido “por causas voluntarias o involuntarias”. Pese a los esfuerzos de algunos autores y de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 abril 1971, era suficiente la situación de carencia objetiva sin exigirse actuaciones de desinterés o descuido basadas en principios culpabilísticos. En principio quedaba excluido de su ámbito la entrega de menores a terceros cuando éstos les aseguraban la pertinente guarda, alimentación y edu-

cación, bien se hiciera con intención de abandono o para auxiliarse justificadamente en el ejercicio de los deberes tuitivos. Por ello se entendió por algunos que los pactos de delegación de facultades paternas quedaban así sancionados por esta vía indirecta, precisándose que, en todo caso, aún no procediendo el abandono, sí sería factible el ejercicio de la acción de privación de patria potestad en los casos en que se constatará el ánimo de desentenderse del cumplimiento de obligaciones familiares. En los párrafos siguientes del art. 174 se completaba el concepto con la regulación del abandono por entrega en casas o establecimientos benéficos. Aquí, sin embargo, se formulaba de modo culpabilista la situación de carencia del menor, y ésta se originaba cuando antes o después del ingreso en el Centro se constatará la intención de los padres, guardadores o parientes de desinteresarse por la suerte del internado, bien porque se entregara sin datos identificativos o con la manifiesta expresión de abandono y exigiéndose en todo caso el transcurso de 30 días sin mostrar efectiva voluntad de asistencia (por encima de los requisitos legales parece latir la nueva exigencia de constatar una persistente voluntad de abandono). Debe hacerse notar que al igual que en la legislación italiana bastaba el interés de los parientes para impedir la apreciación de la situación, y que la entrega en el establecimiento tanto podía efectuarla el padre como el guardador.

Los demás preceptos del ordenamiento jurídico civil y penal ofrecen un concepto de abandono o desamparo de raíces marcadamente subjetivistas y en el que basta el incumplimiento de los deberes paternos o tuitivos, aunque el menor de hecho goce de un suficiente nivel de asistencia porque se ocupen de él terceras personas. Así el Código Penal en el art. 487 construye un tipo de abandono de familia basado en el incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o tutela que, según la doctrina penal, es de pura omisión. No se exige el efectivo perjuicio del menor basado en objetiva situación de desasistencia, sino la mera infracción de estos deberes en las previsiones típicas de los núms. 1.º y 2.º del citado precepto a cargo de los titulares de deberes familiares y con las correspondientes exigencias de culpabilidad. El art. 756 del Código Civil en sede de indignidad para suceder utiliza la expresión abandono a la que la doctrina jurisprudencial ha asignado al mismo carácter subjetivador. Pero es especialmente expresiva de lo que venimos diciendo la regulación por el Código Civil en el art. 170 de las causas de la privación relativa de la patria potestad tras la reforma de 13 mayo 1981. Antes de ella se distinguía: suspensión por incapacidad, ausencia o interdicción y privación o suspensión por "tratar a los hijos con excesiva dureza o darles órdenes, consejos o ejemplos corruptores", con una posible graduación de las facultades objeto de exclusión. El espíritu de la vigente redacción es el mismo, y en la expresión legal "incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad" (obsérvese la identidad con la fórmula penal), debe incluirse el derivado de los supuestos de incapacidad o ausencia, y la tradicional pri-

vación-sanción originada por una actitud culpable (culpa o dolo civil) de desinterés o falta de responsabilidad, concebida ahora con términos más amplios que la anterior redacción que constreñía el supuesto a los malos tratos y conducta corruptora de la moralidad del menor. El incumplimiento generador de privación de patria potestad vigente en el Código es referible a todos los deberes inherentes a la misma (y no sólo a lo relacionado con la guarda personal), y la introducción del precepto interpretativo del interés del hijo, que hemos afirmado con carácter general, conlleva algunas matizaciones. Bajo esta perspectiva habrá de tratarse de un incumplimiento grave (la expresión deberes en plural parece hablar de un descuido u omisión generalizados), y, en todo caso, el juez, como se desprende de la expresión “podrá” (más que de discrecionalidad tiene un significado de flexibilidad), habrá de valorar, conforme a la doctrina jurisprudencial al respecto, más la realidad material que la formal de las infracciones y muy particularmente el interés y los perjuicios que puedan causarse al menor. Debe añadirse de otra parte, que la privación en –ese contexto de flexibilidad apuntada– puede ser total o parcial y que tiene un carácter marcadamente temporal en función de la subsistencia de las causas que la motivaron, como se desprende del párrafo segundo. En todo caso, los supuestos de incumplimientos forzosos deben limitarse, como antes de la reforma de 1981, a las declaraciones de incapacidad y ausencia que quedan incluidas ahora en la genérica expresión de incumplimiento de “los deberes inherentes a la patria potestad”. Por lo demás, la estructura de la norma sigue siendo la de incumplimiento, sanción basada en el descuido, desinterés, en la ausencia de la responsabilidad media que debe exigirse a un buen padre de familia. La configuración de la hipótesis fáctica determinante de la privación por el art. 170 se hace fundamentalmente en razón de la actuación de los padres hacia el hijo, sin demandarse un resultado específico de carencias y perjuicios materiales y morales en éste, como sucedía en el concepto de abandono del art. 174 en vigor hasta la Ley que comentamos. Por ello y “ex” art. 170, la entrega del menor a particulares o instituciones que le dispensen las atenciones requeridas para el libre desarrollo de su personalidad, origina la privación de las facultades paternas cuando *ab initio* o posteriormente se observa una actitud o comportamiento caracterizados por la despreocupación, abandono y, en definitiva, falta de presencia efectiva en los procesos de formación y atención al hijo. Cuando tal entrega o delegación se hace con suficiente justificación y manteniendo los padres el cumplimiento del deber de vigilancia e intervención en las funciones de los delegados, nos encontramos ante pactos o situaciones lícitas y no generadoras de los efectos previstos en el art. 170. La gravedad del incumplimiento, (un argumento “*a malore ad minus*” se contiene en el art. 82.2.º), ha de conectarse con una cierta duración temporal y persistencia de las actitudes de irresponsabilidad paterna (el art. 82 a efectos de causalizar la separación formula la alternativa gravedad o reiteración, y la unión de ambas viene exigida por

los mayores y más consecuentes efectos descritos en el art. 170).

Viene señalándose, como antecedente de Derecho comparado e inspirador de la nueva legislación, la Ley núm. 184 de 4 de mayo 1983 del Parlamento Italiano, habiendo incluso coincidencias textuales en algunos de sus preceptos (arts. 1 a 5 y 8 especialmente). Sus disposiciones exponen una doble conceptualización según que las consecuencias jurídicas sean posibilitar los acogimientos, con la consiguiente privación temporal de las facultades paternas, control judicial y finalidad de reintegración a la familia (acogimiento ordinario en su doble modalidad de “ricovero y familiar”), o con los mismos planteamientos posibilitar y emprender el camino de la adopción, que supondrá la privación definitiva de la patria potestad (acogimiento preadoptivo). En el primer caso la Ley exige la privación temporal de un ambiente familiar idóneo y, como puede observarse, se trata de un concepto de enorme amplitud, y así lo ha puesto de relieve la doctrina civil italiana. Dos notas destacan en la descripción legal: en primer lugar que ha de tratarse de una situación temporal con visos de reversibilidad, y a continuación se requiere la mera inidoneidad, sin más precisiones, del ambiente familiar que rodea al menor, siendo indiferente las causas y sujetos que lo motivan, no exigiéndose una especial intensidad en la conformación del supuesto ni concretos perjuicios y carencias para el menor en cuyo interés se actúa. Basta con que el ambiente familiar no sea el adecuado, el ideal para el desarrollo de la personalidad de aquél. El art. 8 por el contrario, formula un concepto de mucha más intensidad y mayores consecuencias jurídicas, en el que parece haberse inspirado o querido inspirar el legislador de 1987. El art. 8 regula la declaración de adoptabilidad cuando los menores se hallan en situación de abandono en el sentido de “privados de asistencia moral y material de parte de los progenitores o parientes obligados a alimentarles precisando el párrafo segundo que “la situación subsistirá siempre que concurren las condiciones previstas en el párrafo anterior, e incluso cuando los menores sean acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar”, manteniéndose la fuerza mayor de carácter temporal como excluyente del estado de abandono. Como puede fácilmente apreciarse, la fórmula legal está dominada por las tonalidades subjetivas, asimilando a los progenitores, los parientes con obligación de alimentos. En principio se exige una actuación de descuido culpable, pero junto a ella generan también la declaración de adoptabilidad los supuestos de fuerza mayor (incumplimientos forzosos de los deberes de asistencia) caracterizados por su permanencia e irreversibilidad. Hay que resaltar que aunque se requiere un específico resultado de privación de asistencia material y moral en el párrafo primero del art. 8, éste se subjetiviza notablemente en el párrafo segundo cuando lo refiere a las consecuencias necesarias que dimanen de la actitud de inasistencia de los padres. Por eso aunque el menor reciba de hecho la suficiente atención en institutos de asistencia o a través de acogimientos familiares, procederá la declaración de la si-

tuación. Más controvertidos en la doctrina italiana son los pactos de delegación de facultades paternas. Conforme a los preceptos citados y al art. 9-6.º, en principio, la entrega del menor a los parientes alimentantes y a terceros (por plazo no superior a 6 meses), no supondrá incurrir en situación de abandono. Este tendrá lugar en todo caso, cuando *ab initio* o posteriormente los titulares de la potestad familiar se desentendían de sus obligaciones de vigilancia y procura de asistencia, aunque el menor, de hecho, tenga suficientemente cubiertas por otras personas o entidades sus prestaciones asistenciales. La Ley requiere culpabilidad en el abandono o en caso contrario irreversibilidad de la situación, de ahí que se excluyan los incumplimientos forzosos de carácter temporal. En definitiva la configuración objetiva del supuesto legal es sólo aparente, y la exigencia del específico resultado de privación de la necesaria asistencia moral y material se conecta, en todo caso, con un juicio de valor sobre la actitud de los que ostentan los deberes familiares.

Debe reconocerse en general que con los últimos años se ha desarrollado un proceso de objetivización de los casos legales de abandono o desamparo que conllevan la adopción y privación de la patria potestad, siendo un claro exponente de ello, por ejemplo, la Children Act inglesa de 1975. Estas líneas de progresión legislativa se establecen en beneficio del menor para juridificar guardas de hecho y proveer a la atención de menores desamparados con fórmulas que permitan la solución urgente, y si es posible definitiva de sus necesidades. Se subraya así la función social de las instituciones tuitivas y su exclusiva adscripción a la finalidad de subvenir a las carencias de los menores. En este contexto debe ubicarse, con los antecedentes estudiados, el examen de la vigente definición del desamparo.

2. Análisis de la definición legal. Supuestos que comprende

La fórmula del art. 172-1.º viene a caracterizarse por la imprecisión de sus contornos, siendo un concepto jurídico relativamente indeterminado que necesita complementarse con juicios de valoración. Sobre ella, en buena medida, giran algunas instituciones creadas y modeladas por la Ley 21/87, e infunde su espíritu a los demás preceptos innovadores. La atención a los menores desamparados se ha convertido en la razón de ser y la finalidad última de la reforma, y determina el punto de partida y alcance de la nueva intervención de la Administración en la materia. Por todo ello debe hacerse un esfuerzo por dibujar con la mayor concreción posible los rasgos definidores de la situación de desamparo. Hay que destacar dos términos en el concepto estudiado: el incumplimiento de hecho de los deberes de protección y la privación de la necesaria asistencia material y moral, unidos por una indudable relación causal. Estudiamos ambos requisitos.

1. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho *“a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores...”*

Analizamos la expresión legal estudiando sus requisitos desde diferentes perspectivas.

A) *Grado de incumplimiento*

La nueva definición es de mayor ámbito que la contenida en el art. 170 del Código Civil regulador de la privación de la patria potestad. Como en éste, se utiliza la expresión incumplimiento de deberes pero se añade una alternativa: el inadecuado ejercicio de los mismos. El incumplimiento debe relacionarse con una ausencia de ejercicio caracterizada por una omisión general. El inadecuado ejercicio supone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidonea. En definitiva caben en la hipótesis legal los incumplimientos totales o parciales, aunque entendemos, como exponíamos en sede del art. 170, que debe formularse una exigencia de gravedad al respecto. Este era el límite de las facultades del Juez en dicho precepto, y venía exigido por el principio del interés del menor y el argumento sistemático derivado del art. 82-1 del Código Civil, todo lo cual debe darse aquí por reproducido. El mencionado principio de *“tout pour l'enfant”* inspira la Ley como se desprende de su Exposición de Motivos, y la expresión *“de hecho”*, impone un modo de indagación que conduce a lo que venimos sosteniendo. Ha de tratarse no de la mera infracción formal de deberes, sino del incumplimiento real, material de los mismos cuya gravedad justifique, en interés del que sufre la situación, las importantes consecuencias jurídicas que más adelante examinaremos. El concepto legal está sin duda más próximo al enunciado del art. 8 de la Ley Italiana de 1983 (coincide literalmente en parte la dicción), que al formulado en artículos anteriores cuando se trata de posibilitar los acogimientos ordinarios. El desamparo no es la privación del ambiente familiar idóneo, sino una situación de bastante mayor intensidad por sus perjuicios para el menor y determinante, como la del art. 8 de la citada Ley Italiana, de exorbitantes efectos jurídicos en el mundo de las relaciones paterno filiales y tuitivas. La privación de la patria potestad y la atribución de tutela o guarda a la Administración que regula nuestro derecho positivo, no pueden referirse a situaciones de mera inidoneidad en el medio familiar. En la mayoría de las familias se producen distorsiones y desajustes propios de la condición humana y social, que no deben provocar sin más la intervención de las entidades públicas, so pena de confundir la moral con el derecho e invadir el ámbito de privacidad con el que constitucionalmente se protegen las comunidades familiares. La propia Exposición de Motivos de la Ley 21/87 utiliza la expresión *“atendiendo a la urgencia del caso”* cuando se refiere a la tutela automática y guarda

de los menores desamparados. Sólo los supuestos urgentes basados en graves incumplimientos de los deberes de protección deben incardinarse en la definición que estudiamos.

B) *Naturaleza de los deberes incumplidos*

Puede plantearse la cuestión de si los inadecuados cumplimientos de deberes familiares son o no los que hacen relación con todos los que integran el contenido personal y patrimonial de la patria potestad y tutela (art. 154 a 168; 259 a 285 y concordantes). En una primera toma de postura habría que valorar no sólo los estrictamente personales de los arts. 154, 269 y ahora 173-1, sino todas las demás potestades familiares que se contraen a los capítulos de representación legal y administración de bienes. Este es el sentido de la hipótesis del art. 170 que, en la expresión deberes inherentes a la patria potestad no hace diferenciación de contenidos (con más claridad aún en el texto anterior que hablaba de privar del usufructo de los bienes de los hijos o adoptar las providencias correspondientes al respecto). El enunciado legal obliga ahora a pensar sólo en la descripción de los arts. 154, 269 y 173-1, sustancialmente coincidentes si bien con mayor alcance la atribuida a la patria potestad. El art. 172-1 utiliza la expresión “deberes de protección” que es omnicomprendiva a la que se añade “establecidos por las leyes para la guarda de los menores”, que fuerza a valorar sólo aquellos deberes tuitivos que integran el contenido moral o espiritual de la potestad familiar. La palabra guarda tiene este inequívoco carácter, tanto en el Código Civil antes de la Ley que comentamos (por ejemplo art. 1903), como sobre todo en los preceptos introducidos en 1987, bastando el examen de los arts. 172 y 173 para comprobar que la misma está teñida de tintes personalistas. Como veremos más adelante, la guarda se ha convertido además en una categoría jurídica con autonomía propia que identifica los supuestos en que, en interés del menor, se asumen los deberes de asistencia material y moral en el entorno de la convivencia con el mismo. Tales deberes son los incluidos en las enumeraciones de los artículos antes citados y en definitiva:

a') *Velar por el menor*: Que comprende la vigilancia de sus actos para evitar situaciones de peligro físico y moral y, en todo caso, requiere una actitud de interés, preocupación y atención por la persona de aquel, sus comportamientos y procesos formativos.

b') *Tenerlo en su compañía*: Es la obligación de convivencia material y puede suspenderse temporalmente cuando por causas justificadas sea conveniente la entrega a terceras personas sin perder el contacto ni el interés con el sometido a las facultades tuitivas. No se impone al tutor quien si está obligado a determinar la persona o entidad con la que se conviva y a vigilar la conveniencia de la relación para el sometido a tutela.

c') "*Alimentarlos*" procurándoles la asistencia alimenticia, higiénica y material que necesitan para su desenvolvimiento.

d') *Educarlos* procurándoles una formación integral. Exige tanto el contacto personal para orientar al menor en sus comportamientos y valoraciones, como procurar que reciba la formación cultural idónea en centros adecuados, ejercitando cuando sea preciso el derecho de corrección a que alude el art. 154 del Código Civil y contando siempre con la opinión de los que tengan suficiente juicio.

C) *Causas del incumplimiento y casos concretos incluidos*

Las expresiones "incumplimiento o inadecuado ejercicio" hacen referencia a actuaciones culposas de los titulares de las potestades-deberes familiares, y son reconducibles a la idea de abandono, descuido, desinterés, despreocupación y, en general, falta de la debida responsabilidad. La gama de posibilidades es muy amplia y sin carácter exhaustivo podemos aproximarnos a su enumeración:

a') Comportamientos externos contrarios a las exigencias ético-sociales que impidan una adecuada asistencia al menor, bien por su valor ejemplificador de modelo perjudicial o porque resulte incompatible con la atención que aquél requiere. Así las conductas delincuenciales o asociales de los padres o guardadores sin que tampoco puedan establecerse inferencias necesarias y sea preciso realizar un examen ad casum.

b') Comportamientos internos en el núcleo familiar caracterizados por la agresividad y violencia, el desequilibrio, la desviación de conductas o la total omisión de afectos y de atenciones. Las hipótesis más relevantes serían los malos tratos de obra y psicológicos, estos en casos de especial significación y perjuicio para el niño, las situaciones de explotación del menor de orden sexual, laboral o para la mendicidad y las actitudes de absoluta indiferencia y omisión que hacen prácticamente inexistente la relación con los hijos o personas sometidas a las potestades tuitivas. En todas ellas debe hacerse una valoración global del supuesto y determinar si, dadas las circunstancias limitadoras de orden económico, socio-cultural o personal, podría exigirse a los titulares de los deberes un comportamiento diferente basado en las actitudes de interés y atención. Es, en definitiva, indagar si concurren la culpa o el dolo civil, cuya presencia determinará la cualificación de las consecuencias jurídicas.

Junto al incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, el legislador sitúa ahora la imposibilidad de ejercerlos. Este amplio término origina una extensión de las causas de privación de la patria potestad, como veremos más adelante, basadas en la infracción forzosa de los deberes tuitivos. Apuntábamos anteriormente que solamente la incapacidad y ausencia declaradas judicialmente podían hacer

entrar en juego las previsiones del art. 170, cuando no se encontraba un fundamento culpabilístico de descuido o desinterés. En el art. 172 se incluyen, por el contrario, todas las hipótesis de no ejercicio de los derechos-deberes familiares que traigan su origen de causas distintas a la voluntad de sus titulares. Así no será necesario que la incapacidad o ausencia estén judicialmente constituidas, sino que basta que concurran de hecho. Y habrán de incluirse, así mismo, todas las demás hipótesis de impedimento forzoso; los supuestos, entre otros, serán: a) enfermedades físicas y mentales aún no determinantes de la incapacidad. Situaciones de drogadicción, alcoholismo, etc. que impidan el ejercicio de deberes tutelares. b) necesidad económica provocada por el paro o emigración. c) déficit socio-cultural caracterizado por su intensidad. Todo ello es consecuencia de la objetivización antes aludida de las situaciones de desamparo, manteniéndose la misma estructura que la del antiguo art. 174, en sede de adopción, que hablaba expresamente de causas voluntarias o involuntarias. La fórmula utilizada en el párrafo segundo viene a corroborar lo dicho, pues junto a la "enfermedad" se sitúan "otras circunstancias graves" sin exclusión de supuestos, y con la gravedad que venimos exigiendo en estos comentarios.

D) *Sujetos del incumplimiento*

A diferencia de lo que ocurre en el art. 8 de la Ley italiana de 1983, el legislador de 1987, considera que el desamparo puede proceder de todo aquel que ostente deberes de guarda sobre el menor. En el citado cuerpo de Derecho Comparado, los padres y parientes con obligación de alimentar son las personas a las que taxativamente hay que referir la situación de abandono del menor que dá lugar a su declaración de adoptabilidad, y la misma idea latía en los preceptos del Código Civil reguladores de la adopción hasta la reforma de 1970. El art. 172 vigente, al igual que el art. 174 definidor del abandono tras la citada modificación de la adopción, se conforman con exigir que el menor se halle privado de la necesaria asistencia, sin que sea preciso establecer conexión alguna con el incumplimiento de deberes tuitivos por parte de los padres. Como veremos más adelante se maneja aquí un concepto de guarda legal o jurídica, que adquiere autonomía en la Ley 21/87, centrado en el contenido personal de la patria potestad y cuyos titulares van a ser los sujetos activos del desamparo. En definitiva éste procederá sin exclusión de supuestos de toda persona física o jurídica a la que la citada Ley atribuya facultades jurídicas en orden a la guarda de menores. En este apartado hay que incluir, en primer lugar, a los padres y tutores, y aunque éstos últimos no tienen el deber de convivencia sí que ostentan, conforme al art. 269, la titularidad de todas las atribuciones personales de la patria potestad, debiendo dirigir, vigilar y controlar, en todo caso, el cuidado material del sometido a tutela (todo ello referido a los casos en

que el tutor no conviva con el pupilo, que son los que podrían presentar alguna dificultad). En esta misma línea de no exigir la convivencia personal pero sí la titularidad de deberes de guarda, no habría obstáculo para incluir al defensor judicial (art. 299 y 302), en aquellos casos en el que el Juez le haya concedido una potestad tuitiva de orden general sobre los intereses personales del menor. El curador debe quedar fuera de la órbita del precepto, dado que sus funciones radican en la potestad de asistencia referida a actos de tipo negocial o patrimonial. El guardador de hecho se encuentra también dentro del radio de acción de la norma, pues igualmente ejercita deberes de guarda, con protección legal, que quedan sometidos al control y vigilancia del Juez, (art. 303), cuando éste tenga conocimiento de la situación. Por las mismas razones, el delegado paterno en los casos de acuerdos válidos sobre delegación de las facultades que integran la patria potestad, (cuando los padres no pierden el contacto con el hijo ni la dirección de su proceso de formación y atención), puede ser, así mismo, por su conducta negligente o forzosa, sujeto originador de la situación que venimos estudiando. Los acogedores formales del art. 173 pueden, por el incumplimiento de sus deberes de protección hacia el menor, colocar a éste en estado de desamparo dando origen a las consecuencias jurídicas que más adelante examinaremos (cesación del acogimiento, reasunción de la guarda por la Administración). El texto del art. 172 no permite dejar fuera tampoco a las entidades públicas de protección de menores cuando éstos se encuentren, de hecho, por descuido de los directores de establecimientos o casas en los que el menor es internado, privado de la necesaria asistencia material y moral. Posteriormente estudiaremos los efectos de este peculiar desamparo en el ámbito de la tutela y guarda administrativas de la patria potestad. No debemos terminar este apartado sin matizar que en la expresión padres que hemos utilizado deben entenderse comprendidos no sólo los biológicos, sino los adoptivos a los que la reforma coloca en idéntica posición jurídica. El desamparo producido por la conducta de estos dará lugar, y también será objeto de nuestra atención posterior, a los especiales mecanismos del art. 179 reformado. La total objetivización del concepto impide realizar ningún tipo de exclusión en el capítulo sobre el que venimos razonando.

Las causas de las que procede el incumplimiento de los deberes de protección son sólo los que afectan a los que hemos denominado sujetos activos del desamparo, y ello resulta claro, en nuestra opinión, del párrafo 2 del art. 172. Cuando se concretan las razones de la imposibilidad para ejercerlos y el legislador se refiere a enfermedad u otras circunstancias graves, está pensando justamente en aquellas padecidas o experimentadas por los titulares de los deberes de guarda, dejando para otros ámbitos jurídicos el tratamiento de las causas impositivas que tienen su origen en el mismo menor, (enfermedad de éste, rebeldía, etc.).

2. “...Cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral...”

Nos encontramos ante el elemento determinante del concepto de desamparo, pues éste, en el contexto de la idea objetivadora que ha presidido la reforma, se contrae a un determinado resultado específico de inasistencia con irrelevancia de las causas que lo hayan producido (al menos con el limitado papel de concreción que acaba de exponerse). Es la misma fórmula que la del criticado concepto de abandono del art. 174 vigente hasta la Ley que comentamos, y que radicaba el perfil de la situación en la carencia en el menor de 14 años de persona que le asegurara la guarda, alimento y educación. Comentaremos la expresión legal en los siguientes apartados.

A) *El desamparo en las guardas de hecho y la entrega del menor a instituciones públicas*

El análisis de estas hipótesis de hecho nos van a dar la medida de la eficacia objetivadora del concepto legal que venimos estudiando. A estos efectos podemos centrar nuestra reflexión en los tres casos que a continuación se examinan:

a’) Guardas de terceros o instituciones sin convención con los titulares de la potestad familiar. De modo espontáneo y por diversas circunstancias estos terceros asumen de hecho la guarda de los menores, sin título constitutivo legal o convencional. Desde la reforma de 24 octubre 1983 los arts. 303 a 306 ofrecen una regulación para supuestos de ésta índole. El ejercicio de hecho de las facultades tuitivas sobre la persona y bienes de los menores tiene la cobertura jurídica que ofrecen estos preceptos, que, como es sabido, han provocado honda discusión doctrinal. Los actos realizados por estos guardadores de hecho son válidos en tanto benefician al menor, y desde la intervención judicial del art. 303 se opera una provisional juridificación de la situación fáctica tuteladora. Cuando se ejercitan debidamente las potestades tuitivas y el menor recibe adecuada asistencia material o moral, no habrá situación de desamparo, al no haberse producido el resultado específico exigido en el art. 172-1. Nada impide, sin embargo, que la Administración ponga en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal la situación para que se adopten las medidas de control del art. 303, que tiene un marcado carácter provisional, y para que se proceda, en su caso, en los términos del art. 228 a la constitución de la tutela, estando asimismo abierta la posibilidad de adopción de genéricas medidas de protección conforme al art. 158 del Código Civil.

b’) Entregas del menor con pactos de delegación de facultades paternas o tutelares. Los controvertidos pactos de delegación de facultades

des paternas han encontrado un nuevo fundamento en la concepción de desamparo (si bien por vía indirecta), y en el espíritu que subyace en la regulación de guardas y acogimientos convencionales. No encontramos obstáculo en el ordenamiento para que, respetando los contenidos de orden público familiar se admita el libre juego de la autonomía de la voluntad en la configuración de negocios jurídicos de derecho de familia. Los referidos pactos deben reunir los siguientes requisitos:

- Estar justificada la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio (incapacidad en el sentido de inidoneidad para prestarle la debida asistencia en todas o algunas de las facetas de desarrollo de su personalidad).
- Temporalidad de tal entrega.
- Que con ella los padres no se desentiendan de sus deberes de protección cuya titularidad es intransmisible, conserven la dirección general del proceso de formación y atención al menor, manteniendo su competencia en la toma de decisiones básicas, y no pierdan el contacto personal con el mismo (visitas, llamadas, etc.). En resumidas cuentas los delegados actúan como auxiliares en el ejercicio de las facultades de la patria potestad, si bien sus comportamientos tienen consecuencias jurídicas (indemnización en el caso de incumplimiento de obligaciones, responsabilidad del art. 1903, etc.). Es evidente que cuando se ejercitan con corrección los deberes tuitivos y el menor esta atendido, no se produce la situación de desamparo dado el carácter objetivo que venimos atribuyendo a éste. La validez del pacto impedirá asimilar su naturaleza jurídica a las de los guardas de hecho, pero al menos podrán aplicarse por analogía las normas reguladoras de ésta.

Los pactos de delegación devienen ilícitos cuando no reúnen los requisitos apuntados, es decir, que hay transmisión no sólo de ejercicio sino también de titularidades, fundamentándose en una actitud de abandono y desentendimiento acerca de la suerte del menor, pudiendo tratarse de una ilicitud originaria o sobrevinida. En tales casos estamos ya en el ámbito de la guarda de hecho al haber dejado de tener validez jurídica el acuerdo, procediendo la asimilación a la hipótesis examinada en el apartado anterior. De acuerdo con lo dicho respecto al art. 170 podrá ejercitarse la acción de privación de patria potestad por el Ministerio Fiscal, en cuyo conocimiento pondrá los hechos a estos efectos la entidad pública protectora de menores, adoptándose, entre tanto, las medidas previstas en los arts. 303 y 158. No hay, sin embargo, desamparo, pese a ello, al no encontrarse el menor privado de la necesaria asistencia material y moral.

De todos modos el desamparo puede producirse, a pesar de la adecuada asistencia de los terceros al menor, por la actitud obstruccionista de los padres. Si éstos dificultan la situación retirando, por ejemplo, pe-

riódicamente al menor a su arbitrio, (esto es frecuente en la hipótesis de padres drogadictos o emocionalmente inestables), e interrumpiendo el tratamiento asistencial de él, será de aplicación el núm. 1 del art. 172. La falta de estabilidad en el esquema asistencial supone privar a su beneficiario de la necesaria asistencia material o moral.

c') Entrega del menor en virtud de la guarda y acogimiento familiar de los arts. 172 y 173. Los padres o titulares de las potestades tuitivas lo entregan a las instituciones públicas, o a las familias acogedoras con la intención de desentenderse del cumplimiento de las obligaciones que supone el contenido de la patria potestad o tutela, o bien, sin esta finalidad inicial, surgen posteriormente actitudes de total despreocupación. Es el supuesto que contemplaba, con distintos campos de aplicación, el antiguo art. 174 del Código Civil. Aquí si subyacía la visión subjetivista del abandono. Aunque el menor estuviera debidamente atendido en las casas o establecimientos benéficos, se aplicaba el precepto cuando los padres o guardadores manifestaban ab initio o posteriormente una actitud de abandono y desentendimiento de sus obligaciones en los términos que antes analizábamos. La Ley italiana de 4 mayo 1983 contempla específicamente los datos fácticos que incluimos en éste apartado en el ya citado párrafo 2 del art. 8, afirmando el desamparo o abandono en los casos de affidamento ricovero o familiar cuando los menores estén acogidos en institutos de asistencia o por familias, si los padres o parientes alimentantes les tienen privados de asistencia moral y material. La finalidad del precepto es impedir los fraudes que pueden cometerse al utilizar las instituciones públicas y legales para desconectarse de los comportamientos de atención al menor.

En virtud de estos antecedentes y por las razones apuntadas, entendemos que los casos objeto de examen deben estimarse como integrados en el concepto legal de desamparo. Este sólo se impedirá cuando los terceros a los que se entrega el menor y lo asisten debidamente son particulares, y no cuando se trata de las propias entidades públicas protectoras de menores, y en el ejercicio de las facultades y posibilidades asistenciales previsto en los arts. 172 y 173. De lo contrario las instituciones creadas por la Ley 21/87 serían el mejor instrumento para que los padres negligentes e irresponsables eludieran las consecuencias jurídicas de las conductas que perjudican a sus hijos.

B) *Naturaleza y grado de la inasistencia*

La primera afirmación que debe hacerse al respecto es que a diferencia de la Ley italiana, art. 8, los resultados determinantes del desamparo se presentan en la alternativa privación de asistencia material o moral; recuérdese que el citado precepto exige conjuntamente la inasistencia en ambos planos. En nuestro derecho positivo tanto podrá producirse el desamparo por sus incidencias en la esfera material (alimentos,

higiene, vestidos, cuidados y vigilancia para impedir riesgos físicos), como en el orden espiritual o moral (afectividades, relación personal, dirección del proceso de formación cultural y personal, etc.). El perfil de los supuestos incluidos debe formularse, como hacíamos para el grado de incumplimiento de deberes, exigiendo asimismo una determinada gravedad en la situación de inasistencia, y ello por las mismas razones antes apuntadas. La expresión “privados” tiene un cierto sentido de totalidad y “necesaria” puede entenderse como mínima, imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad. El principio de interés del menor y la protección constitucional del ámbito de privacidad de la familia, induce a legitimar la acción pública administrativa y judicial sólo cuando sea indispensable para evitar graves repercusiones en la esfera personal de los menores. De esta manera, en el expediente administrativo de desamparo y posterior revisión judicial debe contarse con datos probatorios suficientes acerca del grave peligro o daños que justifiquen las urgentes actuaciones públicas. Estas por otra parte se priorizarán y concentrarán con la cobertura de las situaciones de auténtico desamparo social. Los informes periciales sobre la personalidad del menor y su evolución, los estudios psicológicos, psiquiátricos y médicos, los referidos al desarrollo cultural y escolar, los trabajos sociológicos de campo sobre comportamientos y actitudes sociales del menor, deben ser componentes esenciales, en todo caso, del expediente administrativo o judicial y valorar en función de estos si la inasistencia produce la gravedad de perjuicios presentes o temidos que justifique la intervención estatal.

C) *Duración temporal requerida*

Algunos autores requerían para el abandono del art. 174 una determinada duración temporal. La reforma del 87 nada dice al respecto limitándose a hablar de situación de desamparo que “se produce de hecho... en cuando éstos queden privados...” La dicción del precepto no excluye situaciones de inmediata aparición y que no es preciso que pervivan en el tiempo para la configuración del supuesto. De todos modos, como se hacía para el concepto de abandono, habrá de exigirse un mínimo mantenimiento de los hechos originadores en el decurso temporal; así se desprende de la palabra situación. De otra parte, el párrafo 2 del art. 172 impide descartar los desamparos futuros cuando la inasistencia al menor, sin ser aún actual, va a producirse en un inmediato futuro “...no poder atenderlo...”.

D) *Nexo causal entre el incumplimiento de deberes y la privación de asistencia*

La estructura gramatical del precepto que comentamos pone a los dos términos de la relación lógica en relación de conexión causal, como

lo revelan las frases “a causa del incumplimiento ...cuando éstos queden privados...” La inasistencia material o moral debe ser consecuencia directa del incumplimiento voluntario o forzoso de los deberes tuitivos. Por esto, si se procede a su riguroso cumplimiento y pese a todo el menor queda privado de asistencia por causas a él imputables, no es de aplicación el concepto legal de desamparo. En tales casos habrá de acudir-se a otros preceptos del ordenamiento tuteladores de los intereses del menor. Así cuando éste padezca una enfermedad grave física o mental que obstaculice el efectivo ejercicio de la asistencia tuitiva. En algunas hipótesis se tratará de situaciones de incapacidad del menor que habrá de declararse judicialmente bajo el remedio de la patria potestad prorrogada o de la tutela, y en otros casos la intensidad de las deficiencias del menor demandará medidas asistenciales de apoyo de orden jurídico-administrativo. Las conductas inadaptadas, rebeldes o delincuenciales del menor pueden constituirse de hecho, también, en causa de imposibilidad del ejercicio de los deberes de protección. Por las razones dichas no constituirán desamparo y su ubicación sistemática corresponde a los textos refundidos de 1948 y, en definitiva, a la acción competencial de los jueces de menores. Cuando en la realidad de los datos de hecho se entremezclan conductas asociales e incumplimientos de deberes tuitivos generadores de inasistencia, el problema se hace complejo. El criterio delimitador ante la falta de claridad legislativa (la legislación vigente de 1948 es incompleta y en algunos puntos inconstitucional), puede establecerse en base a estas dos premisas: a) si el menor tiene una edad y nivel de formación que justifique las medidas que adoptan los juzgados de menores (basados algunos de ellos en la formulación de exigencias de comportamientos). En torno a los doce años y al comienzo de la adolescencia, en general, con límites flexibles en todo caso, debe plantearse la actualidad de esta observación; b) que por el menor se realicen conductas con trascendencia en el medio social en que vive, caracterizadas por la agresión o rechazo a los valores de ética social asumidos por la comunidad (trascendencia que supere el ámbito íntimo de la familia en todo caso). Cuando concurren ambos presupuestos deberá siempre reconocerse la competencia exclusiva de los juzgados de Menores. Sea cual sea la postura que se adopte se hace imprescindible la coordinación de medidas adoptadas en una y otra jurisdicción.

E) Sujetos pasivos del desamparo

Algún autor ha considerado incursos en el concepto legal no sólo al menor de edad sino también al incapaz que sufre similar inasistencia. Sin discutir la bondad teórica de esta asimilación, es incuestionable que los arts. 172 y 173 se refieren a los menores de edad, a los que se cita expresamente como tales en las rúbricas del Capítulo V del Título VII, en su Sección I y en la definición del art. 172-1, siendo en estas condi-

ciones inaplicable la analogía. Es asimismo obvio que deben incluirse a los menores con incapacidad presunta o declarada, y plantea mayores dudas el límite de edad hasta el que desplegarán sus efectos las consecuencias jurídicas protectoras derivadas del desamparo. Volveremos más adelante sobre la cuestión y baste aquí decir que cuando hay tutela del ente público ésta se extenderá en los mismos términos que para la tutela ordinaria señala el art. 276 del Código Civil, y cuando lo que se asume es sólo la guarda, ésta por su contenido estrictamente personal dejará de tener sentido en los casos de emancipación de los arts. 316 y siguientes, dado que el menor emancipado queda habilitado para regir su persona como si fuera mayor (art. 323), conservando los padres o tutores las demás potestades tuitivas hasta la mayoría de edad. No debe tampoco establecerse una regla fija sino actuar en interés del menor al que interesará que hasta los 18 años, por ejemplo, le sean garantizadas las prestaciones alimenticias y materiales.

3. El Desamparo y su consideración en otros preceptos del ordenamiento jurídico

Como ya hemos visto, la misma hipótesis de hecho generadora del desamparo lo es, en algunos casos, (incumplimientos culpables), de la privación de patria potestad del art. 170 C. Civil. La especificidad del art. 172 obligará a que en estos casos primen las consecuencias jurídicas y procesales previstas en los preceptos que estudiamos en este capítulo. En los demás procederá el ejercicio de la acción de privación de patria potestad con los efectos y modos previstos en el art. 170 y concordantes de la L.E.C. (el art. 179 establece una excepción para la adopción que más adelante examinaremos).

En los casos de reforma (menores con conductas asociales), debe afirmarse la competencia de los Juzgados de menores con la adopción de medidas a ellos atribuidas (básicamente la suspensión de los derechos de guarda). Decíamos que cuando simultáneamente concurren los presupuestos del desamparo, nada impedirá el despliegue de las pertinentes consecuencias jurídicas. Así sucederá con la privación de patria potestad y tutela de la entidad, que habrán de sobreponerse por su mayor eficacia jurídica a las meras suspensiones de los derechos de guarda acordados por los jueces de menores. Cuando el ente público al que está encomendada en el territorio la protección de menores asuma sólo la guarda, en los términos que posteriormente examinaremos, entendemos que la competencia preferente y exclusiva debe corresponder a la jurisdicción de menores por tratarse de medidas de similar entidad y ser más específica la conformación del supuesto en la legislación que regula la actividad reformadora. Insistiremos más adelante.

Los incumplimientos culpables con abandono malicioso del hogar conyugal o familiar, o conducta desordenada a cargo de padres o tuto-

res dan lugar también a responsabilidad penal (art. 487), debiéndose además tener en cuenta los comportamientos específicos del art. 489 generadores de responsabilidad penal. La aplicación de los correspondientes tipos penales debe ponderarse en los desamparos caracterizados por malos tratos, explotación sexual o laboral, etc, y generalmente en las hipótesis de mayor gravedad incluidas en el art. 172-1. La entidad pública instructora del expediente de desamparo deberá dar cuenta al Ministerio Fiscal en cuanto hay indicios de comisión de infracción penal. Deberá tenerse en cuenta que la jurisdicción penal es preferente y las medidas que adopte particularmente sobre patria potestad y guarda del menor (art. 13 L.E.Cr. por el que se puede encomendar provisionalmente la guarda del menor a terceros, y privación de patria potestad acordada en sentencia conforme a los arts. 488 y 452 bis G C. Penal, entre otros), son en todo caso prevalentes. Si los mismos hechos investigados en el proceso penal son objeto del conocimiento⁹ del juez civil en procedimiento contencioso, deberá este último suspender las actuaciones en los términos del art. 114 L.E.Cr. Las actuaciones administrativas y las judiciales de jurisdicción voluntaria pueden realizarse sin impedimento, dado que no hay efectos de cosa juzgada y que tienden, por lo general, a buscar una solución provisional al desamparo del menor. En todo caso su validez dependerá de que no contradigan las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares o los mandatos de la sentencia que finalmente recaiga.

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DESAMPARO

1. Introducción

El concepto legal de desamparo presenta unos contornos de notable amplitud, en los que caben supuestos caracterizados por la diversidad de las circunstancias que determinan la estructuración de las causas que lo producen y su proyección sobre el nivel de riesgos y perjuicios que recaen en la personalidad del menor. Aun dentro de las coordenadas de gravedad y urgencia que requeríamos para selectivizar la hipótesis legal, se hace necesario distinguir los incumplimientos culpables de los forzosos y las situaciones temporales de aquellos otras dominadas por la nota de probable irreversibilidad. Con estas diferenciaciones no agotamos de todos modos la realidad de los casos incluidos en la definición legal, y las variables deben ponerse en relación con los sujetos activos y pasivos del desamparo y la multiplicidad de matices que pueden teñir de uno u otro modo los datos fácticos sobre los que diseñar las consecuencias jurídicas de los arts. 172 y 173. La respuesta, en todo caso, como veíamos al principio, ha de ser singular y flexible, adaptándose a las necesidades del menor desamparado. Ya apuntábamos que los mecanismos tuitivos

establecidos por la Ley 21/87 deben interpretarse con carácter abierto, correspondiendo a la pluralidad de hipótesis de hecho la diversificación de efectos jurídicos consecuentes. Si el tratamiento no puede ser único, tampoco las incidencias en las potestades-deberes familiares y la posición que al respecto ocupen las entidades públicas de protección de menores. Con excesivo simplismo unas y otras vienen englobándose bajo la rúbrica de “tutela automática”, “tutela de hecho”, “guarda de hecho”, “tutela provisional”, etc., como si el desamparo y sus efectos sólo admitieran un entendimiento de univocidad. La realidad obliga (y así lo ha hecho el legislador), a distinguir entre aquellas privaciones de asistencia que tienen su origen en actitudes de culposa inhibición de los padres o guardadores, de aquellas otras en las que, pese a su buena voluntad, no pueden ejercitarse debidamente los deberes de guarda. Al margen de los argumentos legales diferenciadores que después expondremos, no sería justo parificar en consecuencias jurídicas la actuación del padre negligente, que puede y no quiere, de aquél otro cuyas adversas circunstancias externas le impiden hacer efectiva su solícita voluntad hacia el menor. Tampoco son asimilables bajo el punto de vista del principio “tout pour l’enfant” que debe presidir las reflexiones que se hagan, aquellas situaciones de privación asistencial temporal o provisional de aquellas otras en el que el futuro de aquél está gravemente amenazado. Tratamientos diversos y regímenes jurídicos diferenciados deben formularse entre las dos instituciones, guarda y tutela de entes públicos, con las que el legislador ha querido glosar estas distinciones. Dentro de cada uno de ellos hay que hacer, a su vez, importantes matizaciones para aproximarlas a la compleja realidad de las necesidades del menor.

2. La guarda de las entidades públicas de protección de menores

A) *Ambito de aplicación*

El art. 172.2 del C. Civil reformado prescribe que “la entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario...”, y dá a entender con claridad una primera diferenciación de supuestos: Los generadores de tutela por Ministerio de la Ley y aquellos en que se “asume sólo la guarda”. Estos últimos vienen determinados en el citado número seguido bajo la fórmula “justifiquen no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves”, que revela la íntima relación de inclusión entre las hipótesis de uno y otro precepto, pues las del número segundo estaban ya previstas en la definición legal de desamparo, de cuyo ámbito son extraídas para asignarles unas determinadas consecuencias jurídicas (la guarda) de menor intensidad cualitativa. Dos son las características que enmarcan la situación de desamparo originadora sólo de la guarda:

a) El incumplimiento forzoso de los deberes de protección establecidos por la Ley para la guarda de los menores. Los casos que pueden cobijarse en el ámbito de este núm. 2 del art. 172 son los de imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección, definidos como una de las alternativas típicas del párrafo 1 del que se extrae, en una fórmula de estilo más expresiva y ejemplificadora, para regular sus efectos específicos en torno a la guarda. “No poder atenderlo” es gramaticalmente equivalente a imposibilidad, y “por enfermedad u otras circunstancias graves” viene a enumerar las causas de la misma. La relación de subordinación-inclusión de las previsiones de los párrafos 1 y 2 hacen que deban darse aquí por reproducido lo que dijimos acerca de los requisitos del desamparo, respecto del que el tan citado párrafo 2 ahora comentado se limita a disciplinar los peculiares efectos de las hipótesis de imposibilidad de ejercicio de los deberes tuitivos. “Otras circunstancias graves” comprenderá todas las demás variables fácticas y jurídicas que, junto con la enfermedad y en el contexto de la gravedad que antes requeríamos, impiden a los titulares de la potestad familiar ejercerla privando a los menores de la necesaria asistencia material y moral (“no poder atenderlos” hace referencia sin duda a la atención que supone la necesaria asistencia material y moral). El legislador de 1987 se refiere aquí pues a supuestos en los que la despreocupación, desinterés o descuido están ausentes en la actitud de los padres o guardadores, pensando sin duda, con el mismo espíritu del art. 170, que no puede equipararse, en cuanto a las consecuencias jurídicas de sus actos, el padre responsable y el que no lo es. Una interpretación distinta sería contraria a los fines perseguidos por el legislador. Las familias que viven en la marginalidad y que carecen de los mínimos medios para proveer a sus hijos de asistencia, se verían doblemente castigadas y discriminadas: primero por la carencia de una adecuada política social que subvenga a sus necesidades y segundo por la privación completa de la patria potestad, derivada justamente de estas carencias. Se las castiga sin medios asistenciales y sin hijos, acentuándose los efectos de la situación de marginación. No se olvide, por otra parte, que el desamparo del menor surge, la mayoría de las veces, en este contexto de carencias económicas y socio-culturales y por tanto personales impeditivas de los deberes de guarda. Sin las distinciones que venimos formulando se corre el riesgo de convertir a esta Ley en un instrumento para ahondar en las injusticias del sistema. El espíritu que late en el párrafo 4 del art. 172 obliga a caminar en la misma senda de evitar que la privación total de las facultades tuitivas sea un castigo a la pobreza económica y social. Sólo excepcionalmente y en interés del menor y cuando ha fracasado el plan de apoyo familiar, deberán producirse los importantes efectos de la tutela por Ministerio de la Ley que examinaremos en el Capítulo siguiente. De ese modo surge en el razonamiento legal el segundo de los requisitos de la situación de desamparo prevista en el párrafo 2 del art. 172.

b) Temporalidad. “Durante el tiempo necesario” tiene un carácter resueltamente temporal. El caso contemplado no ha adquirido todavía las dimensiones de irreversibilidad o al menos no se ha constatado suficientemente la misma con un pronóstico fundamentado en los datos probatorios que se manejan. Se construye así la guarda como un mecanismo de apoyo provisional ante las graves dificultades que los titulares de los deberes familiares tienen para ejercitarlos. Es un trasunto de las prescripciones de la aludida Ley italiana de 1983 en la que, comentábamos, se excluye del abandono la fuerza mayor de carácter temporal, expresión legal de similar contenido a la que es objeto de nuestro estudio.

Deberá tenerse en cuenta además que en buen número de casos y ab initio, las entidades públicas de protección de menores sólo asumirán la guarda aunque posteriormente resulte acreditado un incumplimiento culposo de los que ostentan deberes tuitivos. Ante la privación de asistencia al menor por no ejercitarse los mismos, habrá de presumirse, salvo datos probatorios suficientes en contrario, que no hay culpa ni dolo civil y las indagaciones posteriores habrán de delimitar su existencia y alcance. Lo normal es que aparezcan entremezcladas circunstancias objetivas de impedimento forzoso y actitudes subjetivas de descuido cuya efectiva trascendencia debe medirse en el expediente incoado. En todo caso, se requerirá un suficiente material probatorio y un juicio de valor fundado en el mismo sobre la intensidad de la negligencia paterna o tutelar, atendiendo al contexto global de orden personal, económico y socio-cultural en que se desenvuelven las funciones de protección. Mientras no haya constancia fundamentada de una actuación tuteladora basada en el desinterés y la irresponsabilidad y contraria a las exigencias mínimas que han de formularse de acuerdo con el medio vital, la Administración protectora asumirá sólo la guarda, a no ser, como veremos más adelante, que en cualquier caso se haya acreditado una situación de irreversible inasistencia. En el expediente se seguirá indagando acerca de tales comportamientos que aboquen a supuestos de mayor intensidad en los efectos jurídicos que deben producirse.

B) *Llamamiento legal. Titularidad y ejercicio de la guarda*

Trás la aparición de una situación de desamparo del núm. 2 del art. 172, el legislador hace un llamamiento a la Administración para que asuma la guarda del menor y ejercite el contenido personal de la Patria potestad, en similares términos a como se recoge en los arts. 154 y 173-1 del C.C. Hay un cierto parecido con las facultades del llamado por Ley a la tutela de los arts. 234 y 229 del C.C., pero la categoría que examinamos ofrece un contenido notablemente superior. En ambos casos la estructura del concepto radica en que la vocación legal a desempeñar cargos tutelares crea una expectativa que despliega determinados efectos jurídicos (así, por ejemplo, los del art. 229). Ante el desamparo se

atribuye a las entidades públicas una titularidad formal de guarda construida, desde el principio, como legitimación de intervención inmediata para remediar la urgente situación. Quedan así *ex lege* investidas de un poder jurídico, de un título legal, para el ejercicio de facultades tuitivas de orden personal sobre el menor, que adquirirán materialmente por los modos que examinaremos (ope legis, convención, decisión judicial). Y ello además por la propia naturaleza, que seguidamente vamos a estudiar, del instituto de la guarda cuya eficacia jurídica se despliega, al menos nuclearmente, bajo la premisa de un contacto personal, material, con el menor en cuyo beneficio se plantea. Por eso la Ley habilita al ente público, con diversos procedimientos, a crear el estado material de guarda del que derivará los efectos sobre los que reflexionaremos. Mientras tanto hay mero llamamiento, legitimación para actuar y en definitiva titularidad aún vacía de contenido pero destinada a poseerlo. La institución, insistimos en ello una vez más, se configura con carácter abierto y ofrece matices que van desde esta llamada legal, al pleno ejercicio de los deberes tuitivos personales, pasando por otras situaciones en las que, sin esta plenitud, se desempeñan algunas de las potestades de los arts. 173 y 154 que implican una titularidad no ya formal como la que examinábamos al principio, pero sin alcanzar al contenido esencial del régimen personal de los institutos protectores (supuesto de los acogimientos). Para acabar de completar el proteiforme aspecto que muestra al observador esta institución baste pensar además, en todas aquellas hipótesis en las que en el ejercicio de tales potestades familiares de orden personal, toma parte además de la Administración, y de modo principal, el padre o tutor (reserva de decisiones básicas, amplia comunicación con el hijo sometido a guarda, etc.). Las categorías de titularidad y ejercicio, tan denostadas por algunos autores por su imprecisión diferenciadora, son el único remedio para intentar sistematizar la riqueza de casos que pueden plantearse. Asistimos una vez más a la quiebra de las instituciones tradicionales del Derecho de Familia que obliga, con mayor fundamento, a tratar de aproximarse a la naturaleza jurídica del instituto sobre el que reflexionamos, como punto de referencia ante la diversidad comentada.

C) *Naturaleza jurídica de la guarda*

Para centrar el planteamiento del problema comenzaremos por analizar la estructura que hasta la entrada en vigor de la Ley 21/87 presentaban otros supuestos tuitivos en el C.C. con los que podría guardar relación el instituto ahora disciplinado.

a) Antecedentes de derecho positivo.

1. El art. 103-1-2.º El juez en medidas provisionales de nulidad, separación y divorcio, puede encomendar al hijo excepcionalmente a un

tercero o institución idónea, confiriéndole funciones tutelares ejercidas bajo su autoridad. La doctrina ha sostenido, con diversos argumentos, que se trata de una tutela sui generis, de la institución del defensor judicial y algunos, con más acierto, que de un supuesto de guarda legal o jurídica. Lo cierto, es que hay un ejercicio provisional por terceros de las facultades tuitivas (bien de orden personal o patrimonial al no excluirse éstas últimas), asumiéndose en todo caso las estrictamente personales y muy particularmente el deber de tener a los hijos en su compañía (este parece el sentido de la expresión “encomendándolos”). El poder de decisión ordinaria que exige el ejercicio de estos deberes se atribuye a los terceros; ante el interés del menor el juez determinará según los casos— el modo en que los padres se relacionarán con ellos, pudiendo reservarles la toma de decisiones básicas y la participación circunstancial en el proceso de atención de sus hijos.

2. Los arts. 156, 92, 93 y 94. Regula aquí el C.C. supuestos de distribución del ejercicio de las funciones tuteladoras de ámbito personal y patrimonial entre los progenitores. Se establece una gradualización que, en interés del menor, puede llegar a la atribución exclusiva a uno de los padres de todo el ejercicio de la patria potestad (con límite máximo de dos años en el párrafo 2 del art. 156, y sin ese límite, aunque con cierto sentido de temporalidad, en los demás). Es el que convive con el hijo quien asume este ejercicio en exclusiva que se conecta así, de modo necesario, a la idea de guarda personal (aunque se ejerzan además facultades patrimoniales). El privado de dicho ejercicio conserva, sin embargo, una titularidad construida en torno a los deberes de velar y alimentar (ex art. 111), y al derecho de relacionarse con el hijo (art. 160) que puede suspenderse, y no suprimirse de acuerdo con las prescripciones del art. 94, en las sentencias de separación y divorcio y ejecución de sus mandamientos. Como en el caso anterior nos encontramos ante el fenómeno de escisión de las potestades familiares que, con diversas gradaciones, debe explicarse a través de los controvertidos conceptos de titularidad y ejercicio, conectando éste último al cuidado personal y directo del hijo.

3. Pactos de delegación de facultades paternas. Responden a usos sociales y suele fundamentarse su validez en la amplia disponibilidad que sobre el modo de organizar el ejercicio de la patria potestad atribuye a los progenitores del art. 156, citándose igualmente el art. 211, aplicado analógicamente a los menores, y con menos fortuna el 1.255 dados los módulos marcadamente patrimoniales y de contenido económico a que responde la regulación de los contratos en el C.C. Exigíamos para que desplieguen eficacia jurídica una suficiente justificación, temporalidad y mantenimiento por los titulares de deberes tuitivos de una actitud de interés y vigilancia. La facultad de revocación ad nutum es conservada en todo caso por los progenitores, a cuyas instrucciones están sometidos los delegados. A diferencia de los dos supuestos anterior-

res en los que el tercero detenta un poder de dirección en los asuntos ordinarios al menos, con autonomía frente a los titulares de la patria potestad (en el art. 156 y concordantes de un padre respecto del otro), aquí se configura una situación de auxilio instrumental en el ejercicio de los deberes tuitivos dimanantes de ésta institución, como lo revela el poder revocatorio y el taxativo sometimiento a todas las instrucciones emanadas de los que detentan las facultades familiares. De todos modos la convivencia material con el menor y su atención diaria generan consecuencias jurídicas de las que no podemos ocuparnos aquí con la necesaria amplitud (derechos de retribución así como obligación de indemnizar daños y perjuicios, ejercicio de los derechos-deberes del art. 154, etc.).

4. Los confiamentos de la legislación protectora de menores de 1948. Los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de su facultad protectora o reformadora tenían competencia para encomendar a terceros o instituciones la guarda del menor protagonista de estas situaciones. Aunque con un sentido de provisionalidad no había limitación temporal, y la guarda se configuraba como el ejercicio de modo exclusivo por estos terceros sólo del contenido personal de la patria potestad. Cuando el Tribunal entendía la procedencia de privar además a los padres de las facultades de representación legal y administración de los bienes de los hijos debía remitir los testimonios indicados en la citada legislación. Nada se oponía a que se concediera a los padres una reserva sobre decisiones trascendentales, y un grado de participación en la atención al menor concorde con sus intereses. En cualquier caso debía afirmarse la autonomía de decisión ordinaria en estos guardadores frente a los titulares de la potestad familiar si bien limitada al campo de lo personal. Es evidente además la conexión entre ejercicio de estos deberes y guarda material y atención directa y personal del menor afectado por las facultades protectora y reformadora. Los jueces de menores ostentan la competencia ahora para decretar estas medidas en relación con la llamada actividad reformadora. Este creemos que es el antecedente más próximo a la guarda reseñada en el art. 172, que tiene concomitancias indudables en cuanto al contenido, con la descrita en el art. 1903 para fundamentar la responsabilidad extracontractual de los padres o tutores guardadores. La guarda de hecho de los arts. 303 a 306 tiene diferente alcance pues puede referirse al ejercicio, de facto, de toda la patria potestad o tutela, porque además no está amparada en título legal o convencional (la intervención judicial opera de todos modos una relativa juridificación con finalidades de “control y vigilancia”).

b) La guarda en la Ley 21/87: caracteres.

La guarda del art. 172 párrafo 2 viene dominada, en la propia definición legal, por la idea de duración temporal en un espíritu de neta provisionalidad. Gira en torno al ejercicio por las entidades públicas de todo el contenido personal de la patria potestad o tutela, como veremos más

adelante. Los padres o tutores conservan sus facultades de representación legal y administración de bienes de los menores a ellos sometidos. La idea de guarda se conecta asimismo a la de custodia material y atención directa al beneficiario de la medida, y en su interés debe ofrecer las mismas posibilidades de graduación que contemplábamos en supuestos anteriores. Esta institución que estudiamos convive con el ejercicio de la patria potestad o tutela de que no han sido privados sus titulares, y la coexistencia ha de estructurarse sobre lo que sea más conveniente para el menor. La entidad guardadora en cualquier caso ostentará lo que hemos denominado poder de dirección ordinario (en definitiva el relacionado con la cotidianidad), dado que no se ha transcrito en nuestro Derecho el precepto de la Ley italiana de 1983 que imponía a los acogedores la obligación de seguir, en principio, las instrucciones de los titulares de la potestad familiar. Estos que en nuestro derecho conservan en todo caso los deberes de velar y alimentar, pueden tener reservada por convenio o decisión judicial las decisiones sobre temas básicos trascendentales para el menor, y un modo más o menos amplio de participar en los procesos de educación y atención al menor desamparado. Una vez más el principio “tout pour l'enfant”, dada la amplitud de la fórmula legal, dirimirá los ámbitos competenciales del guardador y de los que ostentan la titularidad de los deberes tuitivos. Téngase en cuenta que estamos ante el desamparo forzoso y la actitud no descuidada del padre o tutor justificará su intervención en el ejercicio de la guarda.

D) *Titulos de adquisición del ejercicio de los deberes tuitivos comprendidos en la guarda*

Exponíamos que el despliegue de las consecuencias jurídicas de este instituto requería en cuanto a su contenido nuclear, la asunción de la guarda material y directa sobre el menor con el que se establece un contacto personal. La situación de desamparo per se origina un llamamiento legal que se traduce en legitimación para acceder al ejercicio de estos deberes tuteladores de orden personal. Examinemos los modos que los posibilitan:

1. *Por convención con los titulares de la potestad familiar.* El párrafo 2 del art. 172 sólo se refiere a una de las formas de establecer el acuerdo entre titulares de potestad y entidades públicas de protección de menores, pero nada impide que sean éstas quienes adopten la iniciativa de contactar con aquellos y solicitar la entrega del menor. La Administración rechazará la solicitud cuando no estén justificadas o acreditadas las graves circunstancias de impedimento forzoso de los deberes tuitivos definidores de la hipótesis de desamparo objeto de la guarda. Cuando los padres o tutores traten con la entrega del menor de desentenderse de sus obligaciones tuitivas, o el desinterés por el menor aparezca posteriormente, nos hallaremos ante supuestos de desamparo generadores no

ya de la mera guarda, sino de la privación de la patria potestad y constitución de la tutela que posteriormente examinaremos. Por ello en estos casos la Administración debe aceptar la guarda e indagar un posible desamparo culposo de mayores consecuencias jurídicas. Frente a la negativa injustificada de entregar o de recibir al menor, podrá acudirse al juez por la Administración o titulares de la potestad. También podrá instar la guarda en vía judicial y en base al desamparo el Ministerio Fiscal, el propio hijo o cualquier pariente en los términos del núm. 3 del art. 158.

Los legitimados para formular solicitud al ente público y convenir con él son los que “tienen potestad sobre el menor” (art. 172-2), en cuyo ámbito hemos de incluir a los padres y tutores. El guardador de hecho de los arts. 303 y siguientes no puede quedar excluido dado que la expresión “tienen potestad” no requiere título legal de atribución, sino la mera tenencia o ejercicio de los contenidos que la integran, al que los arts. citados ofrecen suficiente virtualidad; por las mismas razones el delegado paterno en los pactos varios de delegación. Los acogedores formales del art. 173 están, sin duda, en la órbita de la prescripción aunque la solicitud de guarda administrativa estará sometida a los requisitos y efectos del régimen de estos acogimientos. El curador por el limitado poder de asistencia que le confiere la Ley estará fuera del alcance de estas previsiones, de las que tampoco podrá excluirse, por el contrario, al defensor judicial, cuando se le hayan conferido por el Juez amplias potestades de defensa de los intereses de orden personal del sometido a su acción tuteladora.

El convenio o acuerdo no requiere forma ad solemnitatem como en el acogimiento, aunque será conveniente que ad probationem se formalicen con precisión las concretas estipulaciones. La libertad de pacto es amplia y sólo deberá mantenerse, por las razones apuntadas, el poder de dirección ordinario del ente público sobre la esfera personal del menor. Es particularmente conveniente concretar el régimen de comunicación y visitas de los titulares de la potestad y su intervención en el proceso de atención y educación del menor. La flexibilidad e interés de éste serán las pautas orientadoras. Nada se opone a la estipulación de un plazo de duración, como en la legislación italiana, que cederá en eficacia ante la desaparición de la situación de desamparo.

2. Por decisión judicial. A las guardas judiciales se refiere el inciso 2 del párrafo 2 del art. 172 “en los casos que legalmente proceda”. Para algunos autores estamos ante una reserva futura de Ley para otros supuestos en que el legislador estime procedente la constitución de la guarda. Entiendo que nos hallamos ante todas las hipótesis en las que el ordenamiento civil permite la constitución judicial de la guarda. Como dijimos en el apartado anterior y ante la ausencia de entrega convenida, los legitimados para el pacto podrán acudir al Juez con fundamento en la situación de desamparo del art. 172; el Ministerio Fiscal con la que

le ofrece el art. 173-2 y los parientes y el hijo (por analogía el menor en general) con la que en todo caso proporciona el núm. 3 del art. 158.

En sede de medidas provisionales de nulidad, separación y divorcio y cuando concurren los presupuestos del desamparo que venimos examinando, es claro que conforme a los arts. 103-1-2 y 172, el juez podrá encomendar la guarda al ente público y sus decisiones tendrán preferencia —dada la especificidad de la crisis matrimonial que le hace intervenir— sobre las que puedan adoptarse por la autoridad administrativa o también judicial en jurisdicción voluntaria conforme al art. 172. ¿Puede el juez en virtud del citado art. 103-1-2 encomendar la guarda a la entidad pública aunque no haya desamparo? Desde luego es posible que la institución a que se refiere el precepto sea de carácter público y de las gestionadas por el ente público de protección de menores. Lo que inquirimos es si este provisionalmente mientras se tramita la separación o divorcio puede ser titular de la guarda. La solución afirmativa habrá de darse en función de que la legislación de la Comunidad Autónoma faculte a la entidad para asumir guardas más allá de las hipótesis del desamparo.

Idéntico planteamiento deberá hacerse en torno al ámbito de aplicación del núm. 3 del art. 158 en relación con lo que venimos diciendo. Obsérvese que “apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios” no coincide con la definición de desamparo, de mayor intensidad.

Las guardas acordadas por Jueces de menores en el ejercicio de su facultad reformadora, aunque están genéricamente aludidas en el párrafo 2 del art. 172, tienen un régimen diferenciado que más adelante examinaremos brevemente.

3. Por Ministerio de la Ley. El llamamiento legal y la legitimación de intervención inmediata que subyace en el espíritu de la reforma y en concreto del art. 172, deben posibilitar este modo de adquirir el ejercicio de los deberes tuitivos de guarda. En este punto hay que comprender dos hipótesis:

a) La oposición explícita de “los que tienen potestad sobre el menor” con la significación antes expuesta de esta expresión legal. Hay que reconocer a las entidades públicas protectoras una capacidad de actuación coercitiva como instrumento para hacerse con la guarda material del menor, y poder ejercitar los correspondientes deberes tuitivos en el orden personal de éste. Todo ello con carácter cautelar y para evitarle perjuicios de gravedad. El régimen de esta intervención no está regulado en el art. 172 aunque tanto del contexto de la Exposición de Motivos como de este precepto, se desprende sin dificultad la legitimidad de estas potestades coactivas. La laguna del legislador puede colmarse dada la analogía con el régimen prescrito en el art. 211 del C.C. para el internamiento de presuntos incapaces. La solución analógica viene fundamentada en los dos siguientes argumentos:

- La recogida por la vía coactiva del menor del domicilio familiar y su ingreso en un centro contra la voluntad de los titulares de la potestad y el mantenimiento de la situación coercitiva, es equivalente al internamiento del presunto incapaz incluso contra la voluntad de los que ostentan poderes tuitivos de orden familiar sobre él y la del sometido a la medida cuando discrepa abiertamente de ella. Hay en resumidas cuentas una privación de libertad ambulatoria con la consiguiente coerción sobre unos y otros que es la ratio esendi del sentido garantizador del art. 211.
- El art. 211 diseña un régimen de garantía frente a esta exorbitante medida dado también el estado de indefensión del sometido a la misma. Idéntica razón de ser recomienda la aplicación analógica, pues el menor también se encuentra indefenso por su incapacidad real y jurídica (con más razón porque no es presunta), frente a estas imposiciones coercitivas. La doble finalidad del art. 211 tiene pleno sentido en el nuevo ámbito que se propone para su cumplimiento. Legitimar una actuación coactiva en pro de los intereses públicos ab initio (evitar perjuicios al presunto incapaz y evitarlos al medio social por su comportamiento), y prescribir un sistema de garantías en su favor frente a posibles abusos de la legitimación conferida. Permitir la acción forzosa del ente público en pro del interés del menor y de la sociedad y la necesaria garantía de sus derechos y de los de sus guardadores justifican del mismo modo, la analogía propuesta.

Los requisitos que conllevará el ejercicio de la facultad que examinamos se contraen a:

1. La urgencia del caso. Ya la Exposición de Motivos de la Ley 21/87 en su párrafo 5 justifica las que denomina tutela automática y guarda “atendiendo a la urgencia del caso”, y creo que es justamente éste el espíritu de la reforma. Son los supuestos en que se están produciendo graves perjuicios en la esfera material o moral del menor y en los que la inminencia o proximidad de peligros justifica la coerción.

2. En las 24 horas siguientes la entidad pública protectora o el Ministerio Fiscal “que ejerce la superior vigilancia de la guarda”, deberán dar cuenta a la autoridad judicial a efectos de la pertinente autorización en los términos que posteriormente veremos.

Ope legis pues, se asume válidamente ab initio y de modo coactivo por el ente público la guarda del menor, pero es necesario el complemento de la autorización a posteriori del órgano jurisdiccional. Se concilian así las exigencias de eficacia y protección del menor desamparado en casos urgentes con la necesaria garantía de los derechos del propio menor y de su familia. Matizar por último que el mandamiento judicial de entrada en el domicilio cuando sea necesario no conlleva un examen de la legalidad material de la intervención administrativa, sino sólo del

título legal aparente con el que se ejercitan las facultades que venimos considerando en este apartado.

b) Ingreso del menor sin constancia de oposición expresa de padres o guardadores. Son los casos en que, al margen de la convención que antes examinamos, los titulares de la potestad no discrepan abiertamente de la intervención pública o el menor se encuentra en un estado material de abandono y desconexión con aquellos. La actuación pública de recogida e ingreso de estos menores antes de la reforma estaba amparada en las normas jurídico-administrativas que examinábamos, y ahora la materia pasa a ser regulada en el art. 172 C.C. en sede de Derecho de Familia. También sin dificultad alguna deben reconocerse estas facultades en el ámbito del art. 172 que, por lo que respecta a la guarda, las ha trasladado del campo del Derecho administrativo al campo de las normas jurídico-civiles. Estos supuestos urgentes, a diferencia de los del apartado anterior, no requerirán la autorización judicial a posteriori y ope legis, por tanto, se ejerce el contenido de la guarda. La excepción pueden conformarla aquellas hipótesis en las que dada la edad del menor (en todo caso mayor de 12 años por analogía con la consideración que esa edad merece en la reforma y preceptos anteriores), y la manifiesta oposición a permanecer bajo el control de la entidad, sea necesario crear una situación de coerción con privación de libertad ambulatoria que justifique la aplicación del art. 211. En cualquier caso la entidad pública estaría en la misma posición que padres y tutores, como veremos más adelante, en lo que respecta a las facultades de internamiento de menores.

E) Modalidades de ejercicio de la guarda

Al igual que en la tutela, es la persona jurídica pública a quien debe referirse la titularidad y ejercicio en la institución que comentamos y las consecuencias jurídicas que se originan. Ella será el guardador y no el concreto organismo, servicio, centro o directores de éstos a quienes se encomiende materialmente el menor. Es obvio que la persona jurídica necesita valerse de otras organizaciones o personas para poder desarrollar el cumplimiento de sus deberes tuitivos. El catálogo de modalidades no es, por ello, cerrado, y lo esencial es que, en cualquier caso, sea el ente público, a través de sus representantes, quien asuma la responsabilidad y dirección de las cuestiones de índole personal que afecten al menor y correspondan a los deberes tuitivos de los que es titular. Puede tratarse de un centro o establecimiento público o privado (entidad colaboradora), en cuyo caso la responsabilidad inmediata la asume su director. Pero nada impide que la persona pública ejerza materialmente la guarda a través de otras organizaciones o personas particulares, y en este último caso con el auxilio de núcleos familiarmente estructurados. La única exclusividad que otorga la Ley es la referida a las funciones de

mediación por acogimientos familiares o adopciones (Disposición adicional 1-4). Las familias de apoyo y personas particulares en general, actúan en calidad de colaboradores de los servicios públicos de asistencia social en el área de protección de menores. Este es el amplio sentido que hay que dar a la expresión legal “la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública por el director del establecimiento o casa en que el menor es internado...”. En todos estos supuestos la nota distintiva y diferenciadora con los acogimientos familiares en que en ellos los deberes tuteladores del párrafo 1 del art. 173 se ejercen con autonomía decisoria y de responsabilidades por la familia acogedora. Aquí por el contrario, es en la persona jurídica pública y sus representantes en quien recae el peso de la responsabilidad, un omnicompreensivo poder de dirección y la revocación ad nutum sin necesidad de justificación de la situación de guarda material creada, aunque debe reconocerse, como más arriba razonaba, que el contacto personal con el menor origina consecuencias jurídicas que por lo que decimos, revestirán menor entidad.

F) Régimen jurídico-efectos

No hay otras prescripciones en la reforma más que las relativas al modo y supuestos en que se constituye la guarda (art. 172-2), y a las modalidades de su ejercicio (art. 172-3) que ya hemos comentado. En lo demás estamos ante un vacío legal que es preciso cubrir de nuevo a través de la analogía. La Ley italiana de 1983 remite expresamente a las normas del acogimiento familiar, y en nuestro Derecho es procedente idéntica remisión si bien en él en base a los principios analógicos. No puede negarse la similitud y casi coincidencia exacta de una y otra institución en cuanto a los contenidos, siendo el único matiz diferencial el que el legislador ha querido expresar con la fórmula “plena participación del menor en la vida de familia”, alusiva de un personalismo e intimidad lógicamente ausente en el supuesto que examinamos. No surtirá efectos la analogía, sin embargo, en lo que hace referencia a los requisitos que determinan la validez del acto constitutivo (escritura, consentimiento del menor de 12 años y de los padres no privados de la patria potestad), pues las ausencias que en la comparación se observen deben tenerse por no previstas por el legislador. Este sólo requiere el consentimiento de la entidad pública y de los que tienen potestad sobre el menor para la validez del negocio de constitución, no siendo ninguno de ellos imprescindible en las hipótesis de guarda judicial. Tampoco será forzosamente aplicable el régimen de cesación de los efectos del acogimiento, pues lo integran requisitos que afectan a la misma eficacia de la relación jurídica constituida, y que deben constar de modo expreso como los requisitos de validez, dado el carácter esencial de unos y otros. Los contenidos si que son básicamente trasladables a la guarda y con este entendimiento los examinamos a continuación:

1. *Deber de velar por el menor.* Concorre una vigilancia inmediata a cargo de la entidad y otra de carácter mediato en los padres o guardadores. Estos deben mantener una actitud de interés y preocupación por el menor incluido en la expresión “velar”, cuya inexistencia podrá dar lugar a que se perfile la hipótesis de desamparo productora de tutela a cargo de la entidad pública.

2. *Deber de alimentarlo.* La obligación alimenticia incumbe a la entidad pública lo mismo que al acogedor. El art. 111 induce a colocar junto a ella la correspondiente a los padres (y por extensión al tutor), que en ningún caso pierden este deber como tampoco el aludido en el párrafo anterior. Ambas deudas alimentarias deben configurarse como obligaciones solidarias con los efectos que el C.C. les anuda. El razonamiento no será de aplicación, por obvias razones, cuando el motivo de la guarda haya sido, con carácter exclusivo o concurrente, la penuria económica familiar. En los demás casos el ente público podrá repercutir la cuota correspondiente en el patrimonio de los padres o del menor, con aplicación a este en su caso de lo previsto en el art. 165. En cualquier caso habrá de tenerse en cuenta la normativa jurídico-administrativa reguladora del carácter gratuito u oneroso de estas prestaciones asistenciales.

3. *Deber de tener en su compañía al menor.* La persona jurídico-pública lo ejerce con las modalidades a que nos referimos en el apartado anterior. Comprenderá como en la patria potestad y tutela, la facultad de reclamar al menor de terceras personas que lo retienen indebidamente o en los casos de fuga del domicilio en el que debe permanecer, recabando a tal efecto el auxilio de la autoridad gubernativa. Las facultades de internamiento al menor con fines educativos, asistenciales o correccionales, al igual que en los supuestos de acogimiento como más adelante veremos, habrán de regularse al menos por los preceptos relativos a la tutela (art. 271-1), casi coincidentes con los de la patria potestad, ante la aplicación analógica del art. 211 a los menores. Internar a un menor en un establecimiento de salud mental o de educación especial requerirá la autorización judicial, que no será precisa cuando el centro en cuestión lo sea de atención física (hospital), o de educación ordinaria (por ejemplo, un internado). Además entiendo con un sector doctrinal que el art. 211 es aplicable a los internamientos de menores, por lo que los padres requerirán el control judicial posterior en los mismos casos que los tutores (ingreso en establecimiento de salud mental o de educación especial). En esta misma línea doctrinal opino, asimismo, que esta prescripción del art. 211 es también una garantía en todos aquellos otros supuestos en los que aún no tratándose de un centro asistencial de salud mental, la situación de coerción ejercida sobre el menor, dada su edad y las circunstancias de control, suponga la efectiva privación de su libertad ambulatoria. En estas hipótesis, como ya veíamos, se requerirá posterior autorización judicial. Por último el internamiento en establecimientos de carácter correccional requiere siempre la previa

decisión judicial, que habrá de adoptarla, conforme a la legislación de 1948, el juez de menores. Estas distinciones no resuelven todos los supuestos y además de manejar los conceptos de centro educativo especial, correccional o asistencial, hay que atender ad casum a la realidad concreta de la situación, cuya mayor o menor intensidad provocará también un mayor o menor sistema de garantías.

4. *Educarlos y procurarles una formación integral.* La persona jurídica pública asume este deber educativo en toda su dimensión y con el auxilio de las personas a que anteriormente nos referíamos como instrumentos del ejercicio de la guarda. Los padres o tutores tendrán la participación que se haya conferido por convenio o resolución judicial. Puede reservárseles la toma de decisiones trascendentales ya que, en principio las de dirección ordinaria en la educación y atención al menor corresponderán a la entidad pública. No habiendo privación de patria potestad y conforme al art. 27 de la Constitución y 3 C de la L.O.D.E., corresponde a los padres y tutores el derecho a educar a sus hijos o pupilos en la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Examinando ahora hipótesis de incumplimiento forzosos de los deberes tuitivos y de guarda orientada a la reinserción familiar, no parece prudente que los padres y tutores pierdan este derecho que debe enmarcarse en el capítulo de las decisiones básicas o trascendentes para el menor. En todo caso habrá de estarse a lo convenido o resuelto por el juez, y en las demás hipótesis la entidad pública procurará al menor sometido a su guarda una formación no condicionada ideológicamente y de acuerdo con los principios constitucionales.

Las controversias en el ejercicio de estos deberes tuitivos entre padres o tutores y Administración habrán de resolverse, por analogía, con los mandatos del art. 156 C.C. De otra parte no hay obstáculo en admitir que la entidad pública guardadora pueda ejercer limitadas facultades de representación legal del menor y administración de sus bienes, cuando se hallen íntimamente conectadas con el desempeño de los deberes tuitivos de orden personal, que son la base de la guarda. Será de aplicación analógica el art. 304 y los actos realizados tendrán validez en tanto en cuanto benefician al menor.

La responsabilidad extracontractual dimanante de daños ocasionados por el menor hay que afirmarla también de las entidades públicas que han asumido la guarda. El art. 1903 C.C. hace descansar el deber de responder en la idea de guarda. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos “que se encuentren bajo su guarda”, y los tutores “cuando están bajo su autoridad y habitan en su compañía” los menores e incapacitados. A contrario sensu padres y tutores no responden en las hipótesis objeto de nuestro estudio, en las que la persona jurídica pública ostenta la condición de titular de la guarda. Pese a la interpretación jurisprudencial de fuerte sentido objetivista y de numerus clausus en torno al art. 1903, el deber de velar por el menor y tenerlo

en su compañía carecerían de virtualidad jurídica sin el pertinente correlativo de responsabilidad por daños y perjuicios, y en base a tales potestades-deberes hay que sostener esta última.

G) *Extinción de la guarda*

Habiendo convenio cesa por decisión del ente público o de los padres o tutores cuando han desaparecido las causas que la justificaban. Determinado un plazo temporal habrá que estar a él, salvo que antes de su cumplimiento desaparezcan asimismo las circunstancias originadoras del desamparo.

En los casos de guarda judicial la cesación se producirá a petición de los legitimados para ello (padres, tutor, el propio menor, parientes, Administración, Ministerio Fiscal), y procederá por nueva resolución judicial cuando de la misma manera dejen de concurrir las circunstancias originadoras de esta hipótesis de desamparo, y en todo caso teniendo en cuenta el interés del menor.

En lo que hemos denominado guarda por Ministerio de la Ley la intervención judicial posterior es de mera autorización, no constitutiva y por ello y conforme a las previsiones del art. 211, aplicado por analogía, el ente público cesará en la guarda por la propia decisión de sus representantes cuando dejen de tener actualidad los presupuestos que la motivaron. En caso de disconformidad los interesados podrán pedir la constitución judicial de la guarda administrativa.

H) *Guardas acordadas por los antiguos Tribunales de Menores en el ejercicio de su facultad protectora*

Los expedientes en cuestión han sido transferidos a las Comunidades Autónomas tras la Ley 21/87 y plantean numerosos problemas acerca de la validez y alcance actual de las medidas acordadas conforme a la anterior legislación. La primera premisa que es necesario sentar es que estas guardas tienen validez jurídica y siguen desplegando las oportunas consecuencias mientras no queden sin efecto en virtud del art. 172, aplicado a ellas por los cauces procesales que más adelante estudiaré y en base a una investigación de la actual situación de desamparo que pueda producirse. La retroactividad de la Ley 21/87 sólo alcanza, según la disposición transitoria 1.ª, a los expedientes de adopción plena pendientes cuando los solicitantes lo interesen, y al sobreseimiento que se produce automáticamente de los de adopción simple cuando aún no ha recaído resolución judicial. La disposición transitoria 2.ª revela que en lo demás rige el principio general de irretroactividad de las leyes, pues se dice expresamente que las adopciones simples “subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior”. Eadem ratio debe llevar a

afirmar que las guardas que estudiamos subsistirán también en los términos de eficacia reconocidos en el texto refundido de 1948.

El segundo postulado que debe orientar la actividad de los entes públicos a los que se transfiere, hace referencia a la necesaria investigación que deben realizar ex nunc acerca de la concurrencia o no de las hipótesis de desamparo. Si éste se produce en el momento actual la Administración ejercerá sus facultades en el modo en que lo venimos examinando. Si por el contrario el menor no se encuentra privado de la necesaria asistencia material o moral en los términos que más atrás comentábamos, nos hallaremos ante una guarda con validez legal respecto de la que únicamente hay que examinar si procede o no la constitución de la tutela ordinaria.

1) La guarda acordada por los Juzgados de Menores.

Conviene precisar algo más los razonamientos expuestos en el Capítulo II y afirmar, por su mayor especificidad, que cuando se trate de delitos o faltas o bien de menores “prostituidos, licenciosos, vagos o vagabundos” del art. 1 del Texto Refundido antes citado, la competencia preferente y exclusiva será del Juez de menores aunque estemos en presencia además de una de las hipótesis del desamparo. Exclusividad que se reduce sólo a la suspensión del contenido personal de la patria potestad o tutela, y a decidir en definitiva a quien se atribuye la guarda material del menor sometido a la actividad reformadora con el fin de su reinserción social. Tratándose de los supuestos de desamparo generadores de la privación de patria potestad y de la tutela delente público, el Juez de menores deberá remitir los oportunos testimonios al Ministerio Fiscal para que promueva, en el modo que seguidamente analizaremos, la constitución de la tutela en favor de la persona jurídico-pública, con la consiguiente privación plena de derechos a los titulares de la potestad familiar. Constituida aquella, el Juez de menores seguirá conservando la competencia para adoptar las decisiones relativas a la mencionada guarda material orientada a los fines propios de la actuación reformadora mientras la siga ejerciendo.

3. La Tutela de las Entidades Públicas de Protección de Menores

1. Ambito de aplicación

Vendrá determinado por las demás hipótesis de la situación de desamparo no comprendidas en el Capítulo anterior (p. 2. del art. 172), y que pueden ampararse, residualmente, en la definición legal del núm. 1. Ya veíamos que en el citado párrafo 2 el legislador destaca los supuestos de incumplimientos forzosos de carácter temporal para atribuir-

les un tratamiento jurídico estructurado a través de la institución de la guarda. Los demás son objeto aquí de nuestro estudio y originarán propiamente la privación de patria potestad y constitución de la tutela pública. Debemos agruparlos en dos apartados:

A) *Incumplimientos culpables de los deberes de protección referentes a la guarda de los menores cuando ocasionen a éstos privación de la necesaria asistencia material o moral*

Concurrirá el dolo o culpa civil traducidos en una actitud de inhibición, desinterés, descuido, despreocupación, palabras todas ellas definidoras de una actuación negligente e irresponsable en la guarda de menores. Veámos que el “incumplimiento o inadecuado ejercicio” de los deberes tuitivos ha de ser grave y ponderarse, en todo caso, la entidad de los perjuicios materiales o morales que se están produciendo al menor. Así se desprende de la utilización como criterio interpretativo del principio “tout por l'enfant”, y de la necesaria proporcionalidad entre gravedad de comportamientos y gravedad de consecuencias jurídicas correlativas. En esta misma línea habrá que exigir una cierta duración temporal que traduzca la persistencia de aquellas actitudes de irresponsabilidad de los padres o tutores, y justifique la importancia de las medidas que de ella van a derivarse. Los incumplimientos instantáneos originarán una atenta investigación de la Administración acerca de la entidad de los comportamientos despreocupados o negligentes en los padres o tutores, y en todo caso la asunción sólo de la guarda para impedir la continuación del estado de privación asistencial del menor. Este sí que no requiere requisitos de extensión temporal para provocar la inmediata intervención protectora de las entidades públicas. A idéntica conclusión interpretativa se llega cohesionando los arts. 172 y 170, y teniendo en cuenta que éste último no ha sido modificado por la Ley 21/87; en el apartado siguiente desarrollamos tal punto argumental.

Hay que excluir de las hipótesis generadoras de privación de patria potestad los desamparos producidos por la actuación de terceros que no sean los padres o tutores. Cuando el sujeto del que proceda el desamparo legal es el guardador de hecho o el delegado paterno, el específico resultado carencial en la esfera personal o espiritual del menor conllevará, en la línea argumental que desarrollamos, la realización de las previsiones del núm. 2 del art. 172, con la asunción de la guarda administrativa, y una investigación esclarecedora acerca de la conducta asistencial de los titulares de la patria potestad.

B) *Incumplimientos forzosos con pronóstico de irreversibilidad o estabilización temporal*

En interés del menor es razonable que se produzca aquí también la privación de la patria potestad o tutela dada la permanente imposibili-

dad de ejercicio de los deberes tuitivos. El perfil de estos incumplimientos requiere un puntual seguimiento de la situación y una precisa recopilación de datos probatorios referidos al perjuicio para el menor y a la naturaleza de la infracción de los deberes tuteladores. Cuandose formule un pronóstico de futuro debidamente, fundamentado en las notas de irreversibilidad o estable proyección temporal, y se acrediten graves perjuicios al menor derivados de todo ello, nos hallaremos ante los casos encuadrados en este apartado.

2. *Naturaleza jurídica de la tutela de entidades públicas. Subsistencia del régimen de causas de privación de patria potestad en el C.C. (Art. 170)*

La primera pregunta que suscita el art. 172.1 es la de qué institución se cobija realmente bajo la expresión "...tiene por ministerio de la Ley la tutela..." Han sido varias las respuestas en la doctrina civil, en la que se ha estimado su naturaleza como próxima a la de la actividad pública general de protección de menores desamparados (tutela equivalente a actividad tutelar de la Administración protectora con connotaciones jurídico-administrativas), frente a otros posicionamientos que conducen sus contenidos a los de una tutela sui generis con variadas acepciones: tutela de hecho, tutela provisional, guarda legal; no faltando la polémica relativa a si la reforma del 87 ha configurado una tutela ope legis en profunda innovación de los principios del Derecho de Familia o más bien se trata de una modalidad de la tutela judicial de autoridad instaurada como modelo definitivo en 1983. De ésta última disputa doctrinal nos ocuparemos en el apartado siguiente. Aquí baste con afirmar que el art. 172.1 regula una verdadera tutela en el significado estructural que le atribuyen los preceptos del Título X del Libro I del C.C. y en la conceptualización que merece a los estudiosos del Derecho de Familia. La tutela que a las entidades públicas se encomienda de los menores desamparados es una potestad tuitiva de orden general, que se extiende a los aspectos tanto personales como patrimoniales de la vida del menor y que es incompatible con la patria potestad cuya privación total supone. El primer argumento es semántico pues la palabra tutela en el articulado del Código tiene, en su comparación diferenciadora con otras instituciones protectoras del menor (defensor judicial, curatela, guarda), una precisa significación de totalidad extendiéndose básicamente al contenido personal y patrimonial de la patria potestad con la que no puede convivir simultáneamente. Si su inclusión en el art. 172 (Capítulo V del Título VII) pudiera suscitar dudas, la modificación correlativa de los arts. 222, 229 y 239, resuelve en vía de exégesis sistemática el problema de la naturaleza de la institución que venimos estudiando. El art. 222 es expresivo al respecto y en el n 4 prescribe que "estarán sujetos a tutela los menores que se hallen en situación de desamparo"; la reflexión so-

bre los tres números anteriores suscita la idea de que este precepto diseña la institución tutelar bajo el supuesto de la ausencia o privación plena de la patria potestad. Si a ello añadimos que el mentado artículo está en el Capítulo II del Título X, rubricado justamente "De la tutela" y en cuya sección tercera (Arts. 267 a 270), se describen las amplísimas facultades personales y patrimoniales del tutor (guarda, representación legal y administración de bienes), incompatibles con el ejercicio de la patria potestad, comprenderemos la bondad del esquema argumental utilizado. De todos modos y como se verá más adelante, la tutela de entidades públicas presenta algunas especialidades derivadas del carácter del sujeto titular de la relación jurídica que despliega la tutela, y de la peculiar configuración de provisionalidad con que el legislador caracteriza a la intervención pública frente al desamparo (art. 172.4).

La Ley 21/87 no ha reformado expresamente el contenido del art. 170 C.C., pero el art. 172 introduce sin duda una regulación que incide en el régimen de las causas de privación de la patria potestad (acabamos de ver que la tutela pública supone justamente esta privación total). Podría pensarse que al ser el art. 172 Ley posterior y especial induce a una tácita derogación de la disciplina de la privación de la patria potestad contenida en el art. 170. Creo, sin embargo, que el legislador, al no modificar éste último precepto obliga al intérprete a coordinar los ámbitos de actuación de unas y otras prescripciones. El nuevo precepto definidor del desamparo y de la tutela y guarda públicas produce una ampliación de los supuestos que originan la privación de las facultades tuitivas que venimos estudiando, e introduce novedades en el tratamiento procesal y constitución tutelar en hipótesis doblemente previstas en ambos preceptos, con mantenimiento de la peculiar estructura procesal y sustantiva de aquellas otras comprendidas en el art. 170 y fuera del alcance de los preceptos innovadores. Exponemos estos puntos de vista en la clasificación y matizaciones subsiguientes:

A) *Incumplimientos culposos de los deberes de protección establecidos en las Leyes para la guarda de los menores*

Al estudiar el concepto legal de desamparo veíamos que éste sólo podía relacionarse con los deberes de contenido personal (guarda equivalente al ámbito de los arts. 173.1, 154 y 269), mientras que el art. 170 permite basar la sentencia de privación en el no cumplimiento de cualesquiera deberes inherentes a la patria potestad, sean éstos los personalizados o los de contenido patrimonial. De otra parte la previsión legal del art. 170 no requiere un resultado específico de inasistencia material o moral del menor a diferencia de lo que ocurre, como ya exponíamos, con la definición del art. 172.1. Por tanto cuando el incumplimiento de deberes por parte de los padres se refiera a las facultades de representación legal y administración de bienes o no conlleve la inasis-

tencia del menor (guardas de hecho o delegaciones convencionales con la actitud o negligente desinterés en los titulares y menor suficientemente atendido), nos hallaremos ante una hipótesis que cae fuera de la órbita del art. 172 y que está sometida plenamente al régimen del art. 170. El cauce procesal será el juicio ordinario de menor cuantía y la tutela se constituirá por las reglas ordinarias. Coexisten ambos preceptos, manteniendo su autonomía reguladora, en aquellas previsiones que caen sólo bajo la esfera de influencia exclusiva de alguno de ellos.

¿Qué sucederá en los casos de desamparo culposos? Están contemplados en el art. 172.1 y, sin duda, también en el art. 170 que no ha sufrido modificación; es evidente que este último incluía tanto el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad que origina un desasistimiento al menor como aquellos otros en los que éste tiene sus necesidades cubiertas. El carácter de norma posterior y especial debe hacer prevalecer el art. 172.1, y por tanto la constitución de la tutela seguirá el cauce del art. 239 y la coetánea privación de patria potestad el procedimiento especial de jurisdicción voluntaria diseñado en los arts. 1.825 y siguientes de la LEC, aplicables por analogía conforme a reflexiones que haremos en el último capítulo.

B) *Incumplimientos forzosos*

En el Capítulo I sosteníamos que el art. 170 respondía a cánones subjetivadores y que sólo la declaración judicial de incapacidad o ausencia excepcionaba el carácter de incumplimiento-sanción que latía en la redacción legal. De acuerdo con las ideas expuestas en el párrafo anterior y en relación con estos últimos supuestos, cuando la incapacidad o ausencia de los padres declaradas judicialmente no hayan producido en el hijo privación de la necesaria asistencia material o moral surtirán eficacia las previsiones del art. 170 que opera con autonomía reguladora, y así de igual modo la pretensión se deducirá en juicio de menor cuantía en su caso y la tutela se constituirá con la disciplina de los arts. 234 y siguientes. Si por el contrario hay desamparo en los términos del art. 172.1 prevalece el régimen de éste y se impondrá la tutela pública y los procedimientos especiales de la Ley 21/87.

Las demás hipótesis (incapacidad o ausencia de hecho o presuntas, y cualesquiera otros impedimentos forzosos), caen como es obvio, de lleno en la esfera de aplicación del art. 172 pues no están siquiera contempladas en la descripción legal del art. 170. Es aquí donde se ha producido una ampliación de las causas que dan lugar a la pérdida por parte de los padres de los derechos de patria potestad. Junto a las resoluciones judiciales de incapacidad y ausencia aparecen en la Ley 21/87 otras hipótesis en las que sin negligencia o culpa de los titulares de la patria potestad, queda ésta en imposibilidad permanente para ser ejercitada. En el Capítulo I decíamos que la expresión legal “imposibilidad”

no es excluyente y que caben todos los casos (sea su origen personal, económico, social, etc.), imaginables de impedimento inculpable. Su tratamiento procesal y el régimen de la tutela se regirán, como es obvio, por los nuevos preceptos que analizamos.

3. *La apreciación del desamparo y la constitución de la tutela*

En este punto hay planteada una interesante controversia en la doctrina civil cuyos términos trataremos de analizar. Con el tenor literal de la Ley se entiende por algunos que en el ordenamiento civil de familia ha surgido una tutela “ope legis”, en la que es la entidad pública la que aprecia el desamparo del menor, no siendo necesaria la intervención judicial para que se produzcan los efectos jurídicos anejos a la privación de la patria potestad. Otros autores entienden, por el contrario, que la tutela se constituye en todo caso por decisión del juez que es quien aprecia el desamparo y declara las pertinentes consecuencias jurídicas. Consideran que un adecuado entendimiento de los nuevos preceptos, a la luz de su ubicación sistemática en el Derecho de Familia y la significación constitucional del núcleo familiar, abogan por la segunda de las opciones expuestas. Comenzaré por resumir los argumentos que se esgrimen en pro de la tutela ope legis o automática del ente público de protección de menores:

A) *Antecedentes legislativos*

El antiguo art. 212 C.C. decía “que los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas”. Parece regularse aquí una tutela ope legis, en el supuesto contemplado por el precepto, para cuya validez no se precisaría declaración de ningún organismo o autoridad: “son” equivale a “tiene”, expresiones ambas reveladoras de que la condición de tutor se adquiere por la nueva prescripción legal y sin otras intervenciones constitutivas.

B) *Discusión Parlamentaria y Exposición de Motivos*

Se argumenta que en el trámite parlamentario fue rechazada una enmienda del grupo Popular en la que expresamente se exigía en los preceptos reformados la apreciación judicial del desamparo, y de otra parte las manifestaciones del grupo parlamentario Socialista, impulsor de la Ley 21/87, se produjeron en el sentido de subrayar el carácter automático y al margen de decisiones judiciales de esta nueva tutela. La Exposición de Motivos emplea la palabra tutela automática y ello viene a corroborar la trayectoria parlamentaria sobre el automatismo legal que se pretende.

C) *El antiguo art. 174* exigía expresamente para la estimación del abandono que daba lugar a la adopción sin necesidad del consentimiento de los padres, la correspondiente resolución judicial. Si en el art. 172, que regula el desamparo, y permite también proponer la adopción sin el consentimiento de los titulares de la potestad familiar al haber una tutela pública con privación de la patria potestad, no se contiene esta prescripción es porque la actuación judicial ha dejado de ser necesaria para la estimación del supuesto, dado el paralelismo de ambos preceptos.

D) *El art. 172* no ofrece dudas al decir que el ente público “tiene por ministerio de la Ley la tutela”, y no cabe otra interpretación más que la de que se configura la postulada tutela ope legis. Cuando el C.C. emplea la expresión por Ministerio de la Ley en otros lugares del Libro I, otorga a la expresión un claro sentido de adjudicación de consecuencias jurídicas sin necesidad de que éstas sean declaradas por los órganos jurisdiccionales.

E) *Los nuevos artículos modificados en el Título X* abundan en la idea que se defiende. El art. 222.4 no señala exigencia constitutiva alguna a la tutela pública que estudiamos y dice que están sujetos a esta institución: “Los menores que se hallen en situación de desamparo”, dándose a entender que basta con encontrarse en tal situación sin necesidad de posteriores reconocimientos. El art. 229, regulador de las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, ha suprimido de su prescripción al director del establecimiento público en que se encuentre acogido el menor, y si ello se hace así es porque el ente público no puede estar obligado a pedir que se forme la tutela porque ya la tiene “ministerio legis”. Finalmente el art. 239 vuelve a decir claramente “que la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad pública”, y con ello vuelve a repetir con más claridad que no le corresponde por decisión judicial sino por mandato del propio legislador. La mens legis desarrolla esta configuración en el párrafo 2 al decir que se procederá al nombramiento del tutor “conforme a las reglas ordinarias...”, con lo que está manifestando que la tutela estudiada exceptiona las reglas ordinarias de constitución judicial de la tutela y supone una constitución extraordinaria por designación directa de la Ley.

Creo que una mayor profundización en el debate mueve a efectuar importantes matizaciones a los razonamientos doctrinales expuestos. Y así puede afirmarse de contrario:

A) *El antiguo art. 212* no era sino un supuesto de la tradicional tutela legítima, de honda raigambre histórica y que no supone una quiebra del sistema de constitución de la tutela en el contexto del cuerpo normativo en que se insertaba.

B) *El antecedente inmediato e inspirador de la Ley 21/87* es la ya citada Ley italiana de 4 mayo 1983, hasta el punto de que las fórmulas legales de los arts. 172 y siguientes vienen calçadas literalmente en algunos pasajes. Esta norma inspiradora contiene como presupuesto ineludible de la atribución de potestades familiares a los entes públicos la previa decisión judicial constitutiva. Sólo se atribuyen deberes tuitivos a la Administración sobre los menores ya recogidos en el establecimiento público, en disposición de similar estructura al antes mencionado art. 212, en vigor hasta la Ley 13/83. En el Derecho Comparado no se observan preceptos del alcance de los instaurados por Ley 21/87 en la tesis que debatimos. En las legislaciones francesa y alemana, por ejemplo, cualquier supuesto de privación de patria potestad y de constitución de la tutela requiere la resolución judicial constitutiva, y con más claridad aún cuando se trata de conflictos expresos entre el titular de la potestad familiar y la entidad pública que pretende hacerse con las facultades tuitivas sobre el menor.

C) *Los datos derivados de la vida parlamentaria son de difícil interpretación* dada la complejidad de los correspondientes procesos, la diversidad de grupos, negociaciones y planteamientos que se entrecruzan y la coincidencia doctrinal en entender la hermenéutica jurídica como una ciencia que debe centrarse más que en la indagación de la voluntad del legislador, en los mandatos que se desprenden de la Ley como cuerpo de preceptos autónomo y con vida propia. La supresión de la enmienda antes citada creo que nada prueba. Primero porque puede entenderse que el no mencionar la antigua declaración judicial del art. 174 obedeció a su innecesariedad, y en segundo lugar porque la enmienda transaccional que finalmente se acordó hace aún más difícil el indagar la real voluntad parlamentaria respecto del cuerpo legal en trámite de aprobación.

D) *La Exposición de Motivos* utiliza ciertamente la expresión tutela automática pero no vuelve a repetirla en el articulado de la Ley y sobre todo es inconciliable con la coherencia legislativa que una innovación de tan trascendental significado no se justificase con una sola línea por el autor de la Ley en la explicación de motivos. En efecto, la tutela ministerial legis significa que por un acto de la Administración (declaración de desamparo), quedan los padres o tutores privados automáticamente de todo el contenido personal y patrimonial de la patria potestad o tutela, que desde ese instante es asumida por la Administración declarante, incumbiendo a los afectados por esta grave medida la carga de impugnarla a posteriori ante el Juez civil, y con la posibilidad de que antes de ello las entidades públicas arrebatan coactivamente al menor de quien ya no ostenta facultades sobre él. Este es el esquema del Derecho Administrativo trasladado sin más explicaciones al campo del Derecho de Familia. Acto administrativo, presunción de legalidad, coactividad, ejecutividad y control jurisdiccional posterior y revisor de dicho

acto, serían de facto las consecuencias sustantivas y procesales de admitir esta singular tutela. En ella la Administración actuaría así en una posición de preeminencia, con prerrogativas exorbitantes al modo como lo hace en Derecho tributario o cuando ejerce las potestades de autotutela. Proponer esta interpretación de la Ley 21/87 no es otra cosa que convertir el Derecho de Familia en un capítulo del Derecho administrativo. Aún discutiendo la precisión de estos asertos, es innegable que cambios tan trascendentales de haberse querido realmente realizar habrán sido mínimamente explicados y justificados en su necesidad en la amplia Exposición de Motivos. El legislador en un sólo párrafo se limita a hablar de la guarda y de la tutela automática “atendiendo a la urgencia del caso” sin ningún comentario más de su fundamento y alcance. Entiendo que el autor de la Ley no quería llegar tan lejos y únicamente pretendía establecer para los casos urgentes mecanismos de intervención administrativa auxiliadora que atendería con eficacia al menor desamparado, sin subvertir tan profundamente las categorías del Derecho de Familia.

E) *No tiene consecuencias operativas la comparación entre el antiguo art. 174 y el actual art. 172.* En el precepto derogado la expresa prescripción de declaración judicial era un instrumento de simplificación procesal, en virtud del cual en el propio expediente de adopción se procedía a declarar la privación de patria potestad en virtud del abandono. Por ello el análisis comparativo debe efectuarse con los actuales arts. 177 C.C. y art. 1.827 L.E.C. en virtud de los cuales en el expediente de adopción puede procederse a conocer de la privación de patria potestad cuestionada por los trámites del juicio verbal. En el art. 172 no se alude a decisiones judiciales porque son otros los preceptos del Código que ya fijan su necesidad.

F) *Los artículos que han reformado la tutela (arts. 222, 229 y 239) no subvierten los principios constitutivos de la misma dada su colocación sistemática y el haber permanecido intactos otros arts. que dan carácter general a los mismos.* Del art. 222 nada se desprende ni en un sentido ni en otro y el precepto sólo dispone que está sujeto a tutela el menor desamparado, sin precisar el modo de constitución porque no es el cometido de esta norma sino de otras del Capítulo II, del título X. El art. 229, argumentado en pro de la tesis discutida, tampoco permite formular consecuencia alguna en su favor y entiendo que se ha modificado por meras exigencias técnicas. El Director del establecimiento público deja de estar obligado a promover la constitución de la tutela porque ya, conforme al art. 172, no es el guardador legal del menor. Recordemos que en la hipótesis de menores sometidos a la guarda, la persona jurídica pública es quien ostenta la titularidad de los deberes integrados en la misma, y a ella incumbe pues las obligaciones prescritas en el precepto que comentamos. La expresión “persona bajo cuya guarda se en-

cuentre el menor” incluye, como no podía ser menos, tanto a las personas físicas como a las jurídicas (ponderemos que el art. 242 permite ser tutores a las personas jurídicas) y entre estas últimas tanto a las privadas como a las públicas, que ejerciten de hecho o de derecho las facultades-deberes del orden tuitivo personal. No olvidemos tampoco que el art. 229 tiene como finalidad regular la responsabilidad solidaria de indemnizar daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de promover la constitución de la tutela, y por eso el ente público sólo la contrae cuando ostenta la guarda material del menor. Habrá que entender que desde que se produce el llamamiento legal, que antes estudiábamos, a la entidad pública para que ejercite los deberes de guarda, surge ya la obligación regulada en la disposición comentada.

Finalmente el art. 239 debe interpretarse en función del lugar que ocupa en el sistema de normas de la tutela. Se encuentra en la Sección II, del Capítulo II, del título X, y bajo la rúbrica “De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor”. La primera observación es que esta Sección II regula las condiciones para ser tutor, la remoción y excusas de la tutela y en los arts. 234 al 238 el régimen de delación de la misma, dando reglas acerca del modo en que se efectúan los tradicionales llamamientos testamentarios, legítimo y dativo y diseñando un sistema en que la decisión final siempre corresponde al órgano jurisdiccional. De ello se induce que el art. 239 establece un régimen especial de delación de la tutela diciendo que ésta corresponde por llamamiento legal a la entidad pública, exceptuando la regla del art. 234 situado con anterioridad. Por eso el párrafo 2 del citado 239 cuando habla de reglas ordinarias se refiere a las del art. 234, cuyo orden ha sido alterado por el párrafo 1 al atribuir la tutela por delante del cónyuge, padres, tutores testamentarios y descendiente, ascendiente o hermano, a la entidad pública. En definitiva los cuatro órdenes del art. 234-1 a 4 vienen sustituidos por el llamamiento único a la Administración, si bien el párrafo 2 atenúa el rigor de la prescripción atribuyendo la facultad última de decisión al Juez conforme a los esquemas de tutela de autoridad instaurada por Ley 13/83.

En todo caso en la exégesis del art. 239 estamos refiriéndonos a la delación de la tutela que es lo regulado en la Sección II, es decir, a cómo se efectúa el llamamiento para ser tutor. En este sentido el art. 239 consagra un sistema de tutela legítima, si bien debilitado por el mandato del párrafo 2. Pero delación no es constitución. El Código regula esta última en otros lugares indicando cómo, tiene lugar de acuerdo con el orden de llamamientos; de los art. 218, 219 del Capítulo I, del Título X, “Disposiciones generales”, ya se da a entender que hay una resolución judicial constitutiva, y de modo específico se prescribe en el lugar más adecuado sistemáticamente para ello que es la Sección I, del Capítulo II, “De la tutela en general”, en la que se formulan principios y reglas de carácter general reguladoras de esta institución y aplicables a todos los supuestos. En esta sede el art. 231 preceptúa que “el juez constituirá

la tutela...” Sienta este precepto, de conformidad con el sistema de tutela de autoridad que rige nuestro ordenamiento, el principio de constitución judicial de la tutela, a partir de la cual despliega los efectos jurídicos a ella anudados. El art. 259, que como el anterior tampoco ha sido modificado, ordena que “la autoridad judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado”, y es el art. que encabeza la Sección III rubricada “Del ejercicio de la tutela”. En definitiva esta supuesta tutela ope legis del art. 239 está regulada en sede de delación y tiene por delante toda la normativa general de la institución que, entre otras cosas, regula el modo de constituirse, y por detrás (Sección III), los preceptos que regulan su ejercicio. En unos y otros que le son de aplicación por razones sistemáticas se prescribe la decisión judicial constitutiva.

G) *La fórmula por Ministerio de la Ley utilizada en el art. 172 y 239 es un modo de reflejar un supuesto de tutela legítima;* en definitiva quiere referirse a la delación legal que se hace de la institución tutelar en favor de las entidades públicas. En los casos en los que en el Derecho de Familia se originan consecuencias ex lege, la estructura de los correspondientes preceptos es bien diferente a la del art. 172. Así en los arts. 156-4, 237 bis, 238, 278 y 171, entre otros, la norma decide efectos jurídico familiares sin necesidad de declaración judicial nada más darse el supuesto de hecho regulado, que es directamente apreciado por el llamado a ser titular de tales consecuencias jurídicas. El art. 171 relativo a la patria potestad prorrogada, emplea idéntica expresión “por Ministerio de la Ley” que la que comentamos del art. 172. La técnica legislativa de estas disposiciones es de todo punto inaplicable al art. definidor del desamparo; la ratio esendi de este automatismo legal obedece a finalidades que no se cumplen en absoluto en el precepto objeto de nuestra reflexión. En las prescripciones legales citadas se configura un presupuesto de hecho cuya simplicidad y facilidad de percepción mueve al legislador a proveerlo de eficacia jurídica sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional. En el art. 172, por el contrario, la hipótesis de hecho es un concepto jurídico relativamente indeterminado —el desamparo— que requiere sin duda adecuados procesos de valoración. De otra parte la intensidad en la producción de efectos jurídicos desborda aquí con mucho la comparación con los preceptos aludidos basados en el automatismo legal. El art. 171 determina la continuación de las facultades de la patria potestad, el art. 278 en las de la tutela, pero es que en la tesis discutida el art. 172 se originaría ex lege la privación de todo el contenido de la patria potestad o tutela en perjuicio de los que han ostentado hasta el momento las pertinentes potestades, y la adjudicación de su conjunto a la entidad pública por la propia valoración y decisión que ésta hace de la situación de desamparo. Entender así el precepto significa desnaturalizar la técnica legal de producción automática de efectos jurídicos, y pretender resolver el conflicto de derechos subjetivos por una vía diferente a la prescrita por los principios de Derecho de Fami-

lia en cuya sede analizamos esta problemática. Insistiendo en la idea anteriormente expuesta conllevaría todo ello la aparición de mecanismos estructurales del Derecho Administrativo caracterizados por su exorbitancia en el campo de las relaciones jurídico-familiares reguladas en el Derecho civil y cuyo ámbito de privacidad, frente a invasiones extrañas protegen las normas constitucionales con la garantía jurisdiccional.

H) *La admisión de la tutela ex lege en la acepción de la que venimos disistiendo supone consecuencias perturbadoras para la actividad tutelar y puede colocar al menor en situación de indefensión.* Si no hay posesión del cargo ante el Juez conforme al art. 259 desaparecen todas las garantías patrimoniales que, en interés del menor, formulan los preceptos que subsiguen. Al no formarse inventario, por ejemplo, en los términos del art. 262 queda sin determinarse el importe económico sobre el que versará la responsabilidad de la Administración en la gestión de los intereses del sometido a tutela. Desaparece también la garantía que para los bienes de mayor valor establece el art. 265, y en definitiva será la propia Administración quien diga cuales son las pertenencias económicas de las que se ha hecho cargo y responde, y en qué estado se encontraban. Si hay automatismo legal en los términos denostados, el ente público podrá además, de modo coactivo y sin las garantías contenidas en los arts. que comentamos, acceder a la posesión civil del patrimonio del sometido a tutela, presupuesto indispensable para ejercer las facultades-deberes de representación legal y administración de los arts. 267 y 270 que ope legis se le confían. Y lo que nos parece más grave es que, al no ser posible la inscripción en el Registro Civil dado los términos de los arts. 218 y 219, y el que no se ha modificado la legislación reguladora del Registro Civil que exige en todo caso resolución judicial, no tendrán efectos frente a terceros los actos de representación y administración de los intereses económicos del menor (tampoco frente a los propios padres o tutores), con lo que se coloca a sus intereses patrimoniales en estado de indefensión. Lo anterior hará inútil la tutela ex lege en los aspectos jurídico-patrimoniales a los que nos referimos últimamente. Por lo expuesto considero que aunque falto de cierta claridad legal, el art. 172 debe interpretarse en el sentido de que regula una tutela legítima en favor de las entidades públicas con las características que seguidamente examinaremos. Esta conclusión resulta además de en virtud del discurso argumental empleado, de modo muy particular de los criterios de interpretación sistemática que en este lugar operan con específica virtualidad. La Ley 21/87, y volvemos a las reflexiones del comienzo, no es un cuerpo extraño sino que, dada la colocación de sus preceptos en los Títulos VII y X del Libro I del Código Civil, comporta una regulación del desamparo del menor y sus consecuencias que hay que esclarecerla a la luz de los principios y las instituciones del Derecho de Familia, tanto en su normativa sustantiva, civil y procesal como desde la óptica de la protección constitucional de la familia. La admisión de

la tutela *ex lege* contraria estas exigencias y opino que no es el efecto querido por el legislador. Este ha buscado la protección del menor desamparado en casos urgentes, como dice la Exposición de Motivos, a través de una eficaz acción administrativa, y para el designio legislativo basta con estructurar la legitimidad de las medidas estudiadas en el capítulo anterior, sin que en ningún momento sea necesaria esta controvertida tutela *ex lege* de dudosa constitucionalidad. Conocido es el principio de conservación de las leyes siempre que sea posible una interpretación de las mismas concorde con los requerimientos constitucionales, y que ha sentado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal. La ausencia de claridad en el texto legal y las reflexiones suscitadas abogan en este sentido por los entendimientos que defendemos en torno al modo de constituir la tutela de las entidades públicas.

4. Régimen legal de la tutela de las entidades públicas. Ejercicio y contenidos

Hallándonos ante una verdadera tutela nada obsta a la aplicación de los arts. 215 al 285 C.C. con las particularidades que seguidamente se estudian y derivadas, como ya decíamos, de la peculiaridad del sujeto activo de la institución tutelar y del presupuesto —situación de desamparo— sobre el que descansa.

A) *Ejercicio de la tutela y nombramiento de tutor.*

Respecto de la regulación que hace el título X de las condiciones para desempeñar el cargo de tutor en los arts. 241 a 245 hay que afirmar su inaplicación a la tutela de entidades públicas. Las causas de inhabilidad de los arts. 243-3 son del tutor como persona física y no tienen efectividad posible en la tutela que contemplamos cuyo sujeto es la persona jurídico-pública. Los supuestos del número 1 por cuanto que, de tenerse en cuenta la resolución judicial de suspensión de la guarda o remoción de las tutelas públicas como causa de inhabilidad, impedirían a la Administración el ejercicio de las funciones que le encomienda la Ley que estudiamos. La virtualidad de estas últimas hace que tampoco consideremos de aplicación el art. 245 y que sólo admitamos como eficaz circunstancia inhabilitadora la del núm. 4 del art. 244, cuando es el sujeto jurídico público quien tenga “importantes conflictos de intereses con el menor o mantenga pleito o actuación sobre la titularidad de sus bienes o le adeude sumas de consideración”. Nada obsta a que la entidad pública como tutor pueda ser removida del cargo en los términos de los arts. 247 a 250, cuando incurra en la única posible causa de inhabilidad (art. 244-4) o se produzca incumplimiento de los deberes tuitivos incardinados en esta institución (art. 247), no siendo de aplicación la “notoria ineptitud en el ejercicio de la tutela- como causa de remo-

ción al hallarse pensada sólo para personas físicas particulares que desempeñan el cargo como tales. La previsión del art. 250 hay que completarla con la del nuevo párrafo 2.º del art. 239 y declarada la remoción el Juez procederá al nombramiento de tutor en la forma que allí se indica. No es imaginable, por obvias razones y entrando ya en el ámbito de las excusas de los arts. 251 a 258, que el ente público pueda legalmente excusarse, pues esta Ley 21/87 ha establecido expresamente su obligación de intervenir en los supuestos que comentamos, y admitir lo contrario supondría abrir una quiebra importante en la realización práctica de los propósitos del legislador. La autoridad judicial dará posesión del cargo al ente público (art. 259) y no podrá exigir, en mi opinión, la constitución de fianza a que se refieren los arts. 260 y 261, pues la solvencia de las entidades públicas para hacer frente a sus responsabilidades patrimoniales deja sin sentido esta garantía. Sí que habrá la obligación de hacer inventario conforme a los arts. 263 a 266, depositándose los efectos de más valor en establecimiento oportuno de acuerdo con lo prescrito en el art. 265, y siendo de aplicación sin duda el contenido del art. 266 cuando el sujeto público tenga créditos contra el tutelado. La inscripción en el Registro Civil habrá de hacerse según las prescripciones de los arts. 218 y 219 y preceptos concordantes de la Ley de Registro Civil y no hay tampoco obstáculo para admitir la posibilidad de retribución según las disposiciones de los arts. 273, 274 y 275, teniendo siempre en cuenta las normas jurídico-administrativas reguladoras del carácter gratuito o retribuido de las correspondientes prestaciones asistenciales. Las prohibiciones del art. 221 son asimismo de aplicación al no distinguirse personas físicas de jurídicas en el desempeño de la tutela, y las funciones de vigilancia sobre la misma corresponden de modo permanente al Fiscal (arts. 232 y 174), y al Juez por la obligación de informe anual a que se refiere el núm. 4.º del art. 269. Finalizada la tutela en las hipótesis que seguidamente estudiaremos, debe la entidad pública rendir cuenta general justificada ante la autoridad judicial y siguiendo las pautas marcadas en los arts. 279 a 285, que son en este punto de entera aplicación.

B) *Contenido de la tutela.*

Es también el prescrito en las normas del título X teniéndose en cuenta el principio introducido en la reforma de 1983, de disponibilidad judicial de los contenidos de la institución en relación con su sometimiento a los controles de la autoridad judicial, que se desprende de los preceptos introducidos en la reforma citada y particularmente del art. 233. Repasemos brevemente el conjunto de deberes y derechos del tutor público:

1. En el orden patrimonial

La entidad pública es el representante del menor (art. 267) y el administrador legal de su patrimonio (art. 270), siendo de aplicación el ré-

gimen de autorizaciones judiciales que para concretos actos de gestión patrimonial requieren los arts. 271-2.º a 4.º y 272-1.º a 7.º, con aplicación del art. 273. Insistimos en que por encima de estas prescripciones el art. 233 y concordantes permite una flexibilidad de contenidos y medidas de vigilancia residenciados en la decisión judicial.

2. En el orden personal

a) Deber de alimentos (art. 269-1.º). Incumbe a la entidad pública tutora en virtud de esta prescripción pero no debe olvidarse que los padres, ex art. 111, conservan el deber de alimentar al hijo tanto en los casos de exclusión como de privación de la patria potestad, y aquél podrá por tanto dirigir su acción indistintamente hacia ellos o hacia el ente público. Al igual que en la guarda se trata de obligaciones solidarias cuyas reglas son de aplicación.

b) Educar al menor y procurarle una formación integral (art. 269-2.º), que incluye la facultad de corrección (art. 268-2.º), y el deber de respeto y obediencia en el sujeto a tutela (art. 268-1.º). En este ámbito como en los demás campos de actuación referidos a la órbita de lo personal, el ente público, dada la privación plena de patria potestad o tutela, tiene total autonomía decisoria, conservando los padres únicamente en los términos del art. 160 el derecho a relacionarse con los hijos menores “conforme a lo dispuesto en resolución judicial”. De todos modos y dado lo prescrito en el núm. 4.º del art. 172, “se procurará la reinserción del menor en la propia familia”, aplicable tanto a la tutela como a la guarda reguladas en párrafos anteriores, el Juez podrá establecer en interés del menor medidas de participación de los padres en sus procesos educativos y asistenciales. Téngase en cuenta que en algunos casos, no obstante, puede no ser ya posible la reinserción familiar con carácter definitivo, y de ahí que en los mismos la autoridad judicial deba proscribir la participación aludida. Con estos matices, a diferencia de en la guarda, aquí la Administración detenta un poder de decisión completo (tanto en lo relativo a decisiones ordinarias como extraordinarias) en la esfera personal del menor en aras de su educación y atención. Como regla general y con la salvedad expuesta, los padres pierden el derecho a que se eduque al hijo en sus propias creencias, conforme a las prescripciones constitucionales. La dirección educativa, cultural y escolar estará en manos del tutor público, quien, se discute si podrá orientar al menor con condicionamientos ideológicos o determinación en las opciones culturales que se le ofrezcan, pues este derecho sólo lo otorga la constitución a los propios padres. Habrá de plantearse en la duda una educación en libertad con tintes de imparcialidad, e inspirada en todo caso en los valores de la norma fundamental. Profundizaremos más adelante.

c) Velar por él (art. 269). Este deber de vigilancia tiene el mismo contenido que en la guardia y los padres también, ex art. 111, aún privados de patria potestad conservan la obligación de “velar por el hijo”, abocando la situación de vigilancia del sometido a tutela, como ya veíamos en la guarda, a una vigilancia de carácter inmediato ejercida por el tutor y otra de carácter mediato por los padres. Estos últimos siguen obligados a interesarse por el hijo y de ahí su derecho a relacionarse con él y visitarlo, que hemos comentado en torno al art. 160.

d) Guarda del menor: Como es sabido el tutor no tiene la obligación de tener en su compañía al sujeto a tutela, pero sí la de decidir sobre con quién ha de convivir asumiendo la responsabilidad y vigilancia de la situación. Por ello la entidad pública podrá “tener al menor en su compañía” ejerciendo la guarda administrativa que hemos estudiado en el párrafo anterior o darlo en acogimiento conforme al art. 173, no siendo en este último caso ya necesario el consentimiento de los padres al haber sido privados de la patria potestad. Formalizado el acogimiento la entidad pública en el orden personal conserva sólo el deber de alimentos y el de velar por el menor, aunque con la participación decisoria en los procesos asistenciales que estudiaremos en el capítulo siguiente.

La entidad pública en cuanto tutor del menor tiene las facultades que ya examinábamos en la guarda de reclamarlo de terceros o en caso de fuga impetrando el auxilio de la autoridad. Asimismo la potestad de internarlo en los términos de los arts. 211 y 269-1.º, con el mismo contenido que expusimos al comentar la guarda. Puede internarlo:

a') Con finalidad asistencial o en centro de educación especial (en ambos casos por razón de sus deficiencias psíquicas) dando cuenta a la autoridad judicial en las 24 horas siguientes.

b') En situación o circunstancias que supongan la efectiva privación de su libertad ambulatoria atendiendo a la edad y al contexto en que se producen con los mismos requisitos que en el apartado anterior.

c') En centros cerrados de corrección con la previa autorización Judicial, conforme al texto refundido de 1948.

d') En establecimientos hospitalarios para su atención física o educativos que no sean de educación especial sin necesidad de ninguna autorización. Todo ello resulta de coordinar las exigencias y ámbitos de los referidos preceptos 211 y 271-1.º Cuando el menor es dado en acogimiento estas facultades de internarlo son ejercidas en la forma que más adelante veremos.

e') En cuanto a la adopción, al haberse originado la privación de patria potestad, el menor puede ser dado en adopción a instancia de la entidad pública sin el consentimiento de los padres, y en el expediente la Administración debe ser oída como tutor.

5. Extinción de la tutela

La tutela de las entidades públicas se extingue por las causas prescritas en los arts. 276 y 277 C.C. cuya aplicación a los supuestos que contemplamos no ofrece dificultades. En relación con el núm. 1.º del art. 277 y siguiendo la doctrina mayoritaria en este punto, debe afirmarse que la tutela que comentamos está íntimamente unida a la pervivencia de la situación de desamparo y no se diferencia sustancialmente del régimen que al respecto sienta el párrafo 2.º del art. 170. De acuerdo con su tenor la patria potestad es recuperable cuando desaparezcan las causas que originaron su casación, con lo que no puede evitarse la idea de provisionalidad en la institución que regula (el art. 170); en definitiva subsiste la privación de la potestad familiar en tanto en cuanto pervivan las circunstancias que la originaron. El principio de “tout pour l'enfant”, sin embargo, tiene aquí concreta aplicación y es el que determina la recuperación o no de los poderes tuitivos perdidos; a tal efecto la expresión “podrá” atribuye al Juez la facultad de flexibilizar en cada caso la decisión que se adopte orientándola en interés del sujeto a la patria potestad. La doctrina viene estableciendo un matiz diferenciador para el desamparo propugnando el automatismo en cuanto a la privación o recuperación de patria potestad. Se dice que desaparecida la situación de desamparo debe automáticamente extinguirse la tutela y recuperarse la patria potestad. En todo caso será necesaria la decisión judicial al respecto, y dada la validez general del criterio interpretativo antes enunciado se atenderá siempre a las necesidades y conveniencias del menor desamparado.

IV. CUESTIONES QUE SUSCITA EL AGOTAMIENTO FAMILIAR Y LA ADOPCION

1. El acogimiento familiar

A) *Naturaleza jurídica*

Al hilo de las ideas que exponíamos al tratar la naturaleza jurídica de la guarda, y tras examinar la definición contenida en el art. 173.1, debe concluirse que el acogimiento es el modelo familiar de la guarda personal de condición legal o jurídica (para diferenciarlo de la guarda personal de hecho). El conjunto de deberes tuitivos descritos en este precepto coincide básicamente con la enumeración que hace el art. 154. La institución se orienta así en torno al contenido personal de la patria potestad que se desgaja de ésta para adquirir sustantividad propia. La coincidencia también se produce, por supuesto, con el contenido personal de la tutela del art. 269, si bien como es sabido el tutor no tiene la obli-

gación de tener en su compañía al pupilo. Con las líneas fundamentales pues de estos contenidos y con la premisa de la convivencia con el menor y el contacto directo y material, el legislador diseña aquí, como decíamos, un modelo de guarda personal, que con la expresión “plena participación del menor en la vida de familia” pretende dotarlo del entorno íntimo y familiar que es el idóneo para desarrollar libremente la personalidad. Este es el plus que se añade a la guarda administrativa estudiada en el Capítulo precedente; en ambas hipótesis, en interés del menor la Ley autonomiza los contenidos tuitivos de orden personal incluidos en la patria potestad y tutela, dando rango legal a esta figura de la guarda y convirtiéndola a la segunda de ellas, el acogimiento familiar, en el modelo normativo a seguir. Si los contenidos jurídicos son idénticos, la calidad del sujeto (en un caso el ente público y en otro una familia), es lo que atribuye a la figura que estudiamos el carácter ejemplar de que goza en la Ley 21/87. El fenómeno legal de la guarda en su doble vertiente supone la convivencia de potestades personales sobre el menor, cuya titularidad se residencia en el guardador, con otras de esta misma naturaleza que perviven en los sujetos titulares de la patria potestad o tutela, quienes se reservan además las de orden patrimonial (representación legal y administración de bienes). Las demarcaciones fronterizas son sutiles y mientras el guardador puede ejercitar algunas facultades de gestión del patrimonio, los padres y tutores no pierden todas sus intervenciones en la esfera personal del hijo o pupilo. Lo que sucede es que, institucionalmente, en el acogedor o ente público guardador se ubica el núcleo de responsabilidades y poder decisorio sobre la órbita personal, mientras que el padre o tutor detentan el grueso de las facultades de gestión sobre los intereses patrimoniales del sujeto a su potestad. El principio de “tout por l'enfant”, como ya decíamos en capítulos precedentes, hace que la instituciones tuitivas ofrezcan contenidos abiertos y que por vía de pacto o de decisión judicial puedan flexibilizarse o graduarse en interés del menor que es el norte interpretativo del cuerpo normativo que analizamos. La novedad radica en que por vez primera en el ordenamiento de familia, la patria potestad y tutela convergen justamente en interés del menor, con la guarda para que, a través de la distribución de roles entre sujetos diversos, puedan verse cubiertas las necesidades morales y materiales de aquél en los supuestos de carencia. Regulada antes en dispersas normas administrativas y en la legislación protectora del menor, el instituto objeto de estudio se ha convertido en una figura de Derecho civil de familia inspirada en la Ley italiana de 4 de mayo de 1983. Sabido es que ésta distingue desde la perspectiva de unidad institucional, dos clases de acogimiento o “affidamenti”. El “ricovero” (nuestra guarda administrativa) y el familiar (al que únicamente la Ley 21/87 da el nombre de acogimiento en el art. 173). El matiz es válido en nuestro ordenamiento por lo antes expuesto: una sola institución de guarda personal con dos modalidades (guarda administrativa y acogimiento), entre los que el legislador escoge a la figura

que estudiamos como paradigma normativo a seguir. Hay, sin embargo, dos diferencias de interés entre la regulación italiana y la de nuestro país:

a) La primera prescribe expresamente que las normas de acogimiento familiar son de aplicación a las de “*affidamento ricovero*”, mandato que no aparece en la Ley 21/87. Pese a ello, por este carácter paradigmático, debe sostenerse la analogía, que no supone, sin embargo, la transcripción absoluta de disposiciones de una a otra figura. Ya veíamos que en la regulación de los requisitos de validez y eficacia es difícilmente transvasable la disciplina del acogimiento a la guarda administrativa, dada la naturaleza de éstos y la falta de un reenvío normativo como es el que se contiene en la antes citada norma de Derecho comparado.

b) La legislación italiana preceptúa que los acogedores deben en principio obedecer las instrucciones de los titulares de la potestad familiar. Con el margen de flexibilidad que allí impone también la intervención judicial, el instituto de la guarda se aproxima más a la idea de auxilio temporal por terceros del ejercicio de los deberes de la patria potestad o tutela, a cuyos titulares se confiere el fundamental poder decisorio sobre la esfera personal del menor. En nuestro Derecho y con el sentido abierto y gradual con que en interés del menor se legisla, debe mantenerse, en principio, que el titular de la guarda o acogimiento concita en torno a sí el básico poder de dirección y consiguiente responsabilidad en la gestión de los intereses personales de aquél que se le confía (al menos decide con autonomía en todo lo que hemos denominado opciones cotidianas o rutinarias). Considero conveniente la distinción a efectos de dibujar con la mayor precisión posible el contorno de las instituciones objeto de estas reflexiones, entre terceros auxiliares del ejercicio de la patria potestad o tutela (sobre todo de la primera de ellas dado que el tutor no tiene la obligación de convivencia), y aquellos otros que detentan la titularidad de la guarda personal con contenido legal y autonomía en su actuación. Algún autor afirma, con razón, que tal diferencia pierde su apoyo en la realidad de las cosas, pues el que tiene en su poder materialmente al menor en relación de convivencia directa es quien de facto ejercita los deberes de los arts. 154 y 269 y quien toma las oportunas decisiones. Pero aun así me parece que hay casos bien delimitados en los que los padres conservan un poder nuclear de dirección, de dar instrucciones vinculantes acerca de cómo han de ejercitarse los deberes tuitivos, sin perjuicio de que en todo caso el guardador material conserve por la naturaleza de las cosas una esfera de poder propio e incontrolable. Serían, por ejemplo, los supuestos a que antes aludíamos de los pactos válidos de delegación de facultades paternas en nuestro ordenamiento y de los acogimientos ordinarios del Derecho italiano. Frente a ellos podemos concebir otras hipótesis en las que se ejerciten los deberes tuitivos de la guarda con fundamental autonomía de

dirección y decisión. Es el supuesto del *affidamento* italiano con declaración de adoptabilidad.

La Ley 21/87 concibe en principio la guarda y el acogimiento con este último sentido de competencias decisorias, a que ya hacíamos alusión al examinar el contenido de la guarda. Lo que sucede es que una y otra figura pueden obedecer a muy diversos planteamientos y circunstancias, y el interés del menor y el sentido de apertura y flexibilidad institucional tantas veces repetida, aconseja no dogmatizar las soluciones que se propongan. Así la nueva guarda administrativa del núm. 2.º del art. 172 por imposibilidad de ejercicio de la patria potestad exigirá en algunos casos que los padres intervengan de modo decisivo en el ámbito personal del menor dado que se trata de procurar la reinserción familiar (art. 172.4.º); cuando el ente público se constituye en tutor, por regla general asumirá de modo nuclear las decisiones ordinarias sobre el ámbito personal y patrimonial del menor, pero dado lo dispuesto en el referido párrafo 4.º del art. 172 nada obsta a que el juez reserve a los padres otros ámbitos de participación conforme al principio de disponibilidad judicial de la tutela antes anunciado (al menos conserven el derecho a relacionarse con el menor, art. 160 C.c., que puede ser suspendido). El acogimiento del art. 173, como seguidamente veremos, puede formalizarse en el contexto de la tutela o guarda del ente público ante una situación de desamparo o sin que éstas se produzcan. En uno y otro caso la finalidad puede ser doble: reintegrar al menor a la familia de origen o preparar la adopción. En el primer caso interesará que los padres o tutores conserven facultades decisorias en la gestión de intereses personales del menor, y en el segundo que las pierdan de modo pleno en favor de la autonomía competencial del acogedor (en todo caso detentando el derecho de relación que puede ser asimismo regulado o suspendido por el Juez, art. 161). Como puede verse no hay módulos fijos, y puede oscilarse entre una guarda o acogimiento como mero auxilio en el ejercicio de poderes tuitivos temporalmente impedidos hasta la figura de un acogedor o guardador con poder de decidir todas las cuestiones del menor y sin ninguna intervención de los padres que pueden verse suspendidos hasta en su derecho de visitar al menor y relacionarse con él.

B) *Acogimiento y desamparo. Clases de acogimiento*

De la Exposición de Motivos y del texto de la Ley, particularmente de la rúbrica del Capítulo V, del Título VII, del Libro I C.C. ("De la adopción y otras formas de protección de menores"), se desprende que el legislador ha pensado en el acogimiento y en la adopción como instrumentos para atender a las necesidades de los menores desamparados, y de hecho así sucederá en la mayoría de las ocasiones. Pero al regular específicamente ambas figuras en los arts. 173 y siguientes, lo hace

dándoles sustantividad propia, desconectándoles de la definición legal de desamparo del art. 172. La Ley italiana de 1983, por el contrario, formula dos conceptos —privación de ambiente familiar idóneo y abandono— y los convierte en presupuesto respectivamente del acogimiento ordinario con fin de reinserción familiar y del adoptivo. El art. 173 nada exige al respecto y la figura puede cubrir las dos finalidades a que se refiere esta norma de derecho comparado. Y si la adopción en los arts. 174 y siguientes, es claro que no exige el previo desamparo o inadecuación del ambiente familiar, es claro que tampoco lo exige el acogimiento, que puede ser el paso previo para ella. En cualquier caso su autonomía respecto del desamparo se colige de la propia Exposición de Motivos, que habla de dotar a la figura de sustantividad propia, y más claramente de la rúbrica de la Sección I, del antes mencionado Capítulo V, del Título VII (“De la guarda y acogimiento de menores”), regulándose finalmente el instituto en el art. 173 al margen del art. 172 que define el desamparo y sus consecuencias jurídicas.

Habiéndose producido la hipótesis del art. 172.1.º con el efecto de originar una guarda o tutela de la entidad pública, el acogimiento podrá ser una de las fórmulas con la que se ejerciten los derechos de guarda personal sobre el menor, junto a la hipótesis en la que es el propio ente público el titular y ejercitante de los mismos (guarda administrativa estricto sensu). En ambos casos y conforme al art. 172.4.º la finalidad puede ser la vuelta a la familia cuando es posible, y en caso contrario otra solución tuteladora de carácter estable para el menor. No habiendo previa declaración de desamparo, el acogimiento puede asimismo desempeñar las mismas funciones de auxiliar temporalmente en el ejercicio de patria potestad o tutela de cara a una futura reinserción familiar, o preparar el camino para la adopción.

C) *Elementos personales, reales y formales*

La primera cuestión es quiénes pueden ser acogedores. El art. 173 nada dice pero de su texto, así como del art. 172, se desprende que pueden serlo una o varias personas. No se exige expresamente que se trate de una pareja ni de que ésta sea, en su caso, formalizada, ni estable, ni tampoco heterosexual. Quizás la única exigencia es que pueda estructurarse familiarmente la situación, con ese contenido íntimo, personal y directo que se deriva de la expresión “plena participación” en la vida de familia. Es discutible la aplicación a los acogedores de las causas de inhabilidad de los arts. 243 y 245. La analogía habría de fundarse en la aplicación de aquellas causas en las que subyace la creencia del legislador de que se es inidóneo también para el ejercicio del contenido personal de la institución tutelar. Así los números 1 y 2 del art. 243 inhabilitarán para el acogimiento si la privación o suspensión de la patria potestad o guarda y remoción de la tutela se fundamentan en incumpli-

mientos de deberes tuitivos de orden personal, y en el núm. 4 cuando la condena penal sea por delito que guarde relación con los deberes personales a que aludimos. Los números 3.º del art. 243 y 1.º, 2.º y 3.º del art. 244 presentan *eadem ratio* que justifica aquí también su aplicación; el núm. 4.º tendrá virtualidad si los importantes conflictos de intereses, pleitos o deudas pueden hacer sospechar fundadamente una actuación parcial en el ejercicio de la guarda (que como veremos conlleva algunas facultades de índole patrimonial), y no tiene razón de ser la analogía postulada en el núm. 5 del art. 244 por referirse a inidoneidades para la gestión de bienes. Tampoco consideramos aplicable el art. 245 porque el que los padres hayan excluido en testamento o documento notarial a un tercero de la tutela, no revela forzosamente que lo hayan querido marginar de la guarda del menor, cuyos deberes integran sólo un sector de las consecuencias jurídicas englobadas bajo el instituto de la tutela.

Respecto del acogido ha de tratarse de un menor de edad. Algún autor ha propuesto la extensión del art. 173 a los incapacitados pero, al igual que sosteníamos para la guarda administrativa, no es viable la analogía ante lo categórico de las rúbricas del Capítulo V, del Título VII y de su Sección I que se refiere indubitadamente a menores; por su parte el propio art. 173 reitera la alusión al menor como punto de referencia de la institución. En este apartado se plantea la duda acerca de si debe extenderse la acción del acogimiento a los menores emancipados. Volviendo a las reflexiones que antes hice en torno a la tutela y a la guarda, una primera línea argumental movería a la solución afirmativa dado que la Ley 21/87 se refiere a menores sin otras distinciones. Bajo otro punto de vista el conjunto de deberes tuitivos del art. 173.1.º dirigidos a la esfera personal del menor, dejan de tener significación cuando éste (art. 323) queda habilitado “para regir su persona como si fuera mayor”. Habrá que actuar una vez más con el punto de mira en el principio “*toout pour l'enfant*”, y ante la imprecisión legal extender los efectos jurídicos del instituto a la emancipación cuando así convenga desde la perspectiva asistencial. Puede suceder que ante la carencia de bienes materiales de padres o tutores, interese que la familia acogedora siga asumiendo la obligación alimenticia hasta la mayor edad, modulándose en estos casos el acogimiento en torno a las prestaciones asistenciales y sin excluir del todo la ayuda moral a quien está aún en trance de desarrollar su personalidad.

El art. 173-2.º prescribe “que se formalizará por escrito” sin más puntualizaciones. No es necesario que se trate de un documento público u oficial y basta con documento privado en el contexto del rechazo al ritualismo jurídico que la Ley 21/87, en consonancia con las reformas de patria potestad y tutela de 1981 y 1983, viene proclamando. El tono imperativo del precepto “se formalizará”, indica que nos hallamos ante una forma *ad solemnitatem*, sin la cual carecen de eficacia jurídica los acuerdos que se adopten.

D) *Constitución del acogimiento y sus requisitos*

Del mismo modo que el legislador regulaba una guarda convencional y otra judicial, la flexibilidad de las instituciones tuitivas del ordenamiento de familia se muestra una vez más aquí al admitirse también un acogimiento convencional y otro judicial, con diferente conformación y requisitos constitutivos, que examinaremos por separado:

a) **Acogimiento convencional:** Requiere (art. 173-2.º) el consentimiento de la entidad pública, de las personas que lo reciban, de los padres no privados de la patria potestad y del tutor y del menor de doce años. La primera cuestión que debe abordarse es la de la naturaleza jurídica del acto constitutivo. Suele afirmarse que nos hallamos ante un negocio jurídico de Derecho de Familia, y al hacerlo así creo que se está utilizando esta categoría jurídica como un cajón de sastre para calificar todos los títulos constitutivos de relaciones jurídico-familiares; de ahí que valga la pena realizar algunas precisiones. Aunque hay dificultades, como razonábamos al principio de este trabajo, para hallar la norma que consagre como principio general la autonomía de la voluntad (se la ha querido encontrar en los preceptos de la Constitución que consagran el pluralismo, o en el art. 1.255, con la dificultad de la equivocidad al respecto de la norma fundamental en el primero de los casos, y del fundamento económico del régimen de los contratos en el segundo), respecto de la que serían una excepción las normas de orden público familiar, no puede negarse que en esta materia el propio legislador acota amplios espacios para el libre juego de la autodeterminación de la voluntad. Así sucede, como veíamos, con los pactos de delegación de facultades paternas que se fundamentan en el art. 154 (en cuanto suponen un ejercicio de patria potestad en interés del menor), arts. 156 y 211, y en la propia estructura de las normas reguladoras de la patria potestad en las que la limitación y control público parecen convertirse, pese a su creciente importancia, todavía en excepción. En tales pactos resplandece el verdadero carácter negocial pues los integran declaraciones de voluntad particulares que conforman los efectos jurídicos consecuentes, siempre con el margen que permiten las normas de orden público de Derecho de Familia que aquí tienen mayor alcance que en la contratación estrictamente privada. Puede aplicarse, sin duda, y con toda propiedad la calificación de negocio jurídico de Derecho de Familia. El legislador de 1987 —con limitaciones— ha profundizado en estos derroteros. Así para la guarda de entidades públicas que estudiamos en el capítulo anterior esboza la convención como uno de los modos por los que el ente público adquiere el ejercicio de los deberes tuitivos. El acuerdo entre los titulares de la potestad familiar y la Administración puede también, sin duda, reconducirse a la categoría de negocio jurídico de Derecho de Familia, dado que hay también declaraciones de voluntad igualmente conformadoras de los efectos jurídicos subsiguientes. Con su-

jeción a las normas imperativas de la guarda antes examinadas, el ente público (que actúa aquí en posición de igualdad ante el fenómeno negocial), y el particular titular de las facultades tuteladoras, acuerdan los particulares efectos que habrá de conllevar la distribución de roles tuitivos entre ellos en relación con el menor. En esta modalidad de acogimiento que hemos denominado convencional, por seguir la más usual de las denominaciones utilizadas, se diluyen notablemente los contenidos negociales en el momento de la constitución. En definitiva, las declaraciones de voluntad presuntamente negociales serían las de los padres o tutores y acogedores, que son quienes delegan o reciben las potestades familiares de índole personal. Aunque el legislador utilice impropiaamente en todos los casos la expresión consentimiento, el del menor de doce años tiene muy diversa naturaleza y su manifestación de voluntad no es sino autorizar la eficacia jurídica que entre sus padres o tutores y acogedores van a tener sus respectivas declaraciones de voluntad; no olvidemos que las potestades-deberes, que son la consecuencia jurídica del acogimiento, tienen como titulares transmitentes y receptores a ellos y no al menor. Similar posición ostenta el ente público que también debe consentir, pues las consecuencias jurídicas no le van a afectar (en los casos en que no es tutor ni guardador), y se limita a dar el visto bueno a las relaciones jurídico-familiares que van a conformarse entre acogedores y padres o tutores. Pero este consentimiento-autorización, en los términos en que se formula, creo, como se decía al principio, que difumina la tonalidad negocial del acto. No se trata de una mera ratificación posterior de un acuerdo válido originador de efectos jurídicos condicionados a la posterior intervención ratificadora. Hasta que no hay consentimiento del ente público no podemos hablar de validez, y éste tiene facultades para, sin necesidad de justificación alguna, denegarlo en interés del menor.

El art. 173 exige el consentimiento de los padres que no se hallen privados de la patria potestad. Creo que la expresión debe interpretarse, ante la ausencia de precisiones, en el sentido de privación total o plena del contenido personal y patrimonial de esta institución. El privado sólo parcialmente conforme a los términos del art. 170, habrá de ser convocado para prestar su consentimiento. Debe comprenderse tanto la privación temporal como la permanente (privación o suspensión en la terminología anterior a la reforma de 1981), pues el art. 1.828-2.º L.E.C. reformado se refiere a los padres "que no estuvieren privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio". En consecuencia no se necesitará la voluntad concorde de los padres que hayan sido declarados incapaces o ausentes y privados, consiguientemente de la patria potestad (los ausentes con la mera declaración judicial de ausencia, y los incapaces cuando así lo disponga expresamente la sentencia de incapacidad u otra posterior dictada conforme al art. 170), ni tampoco la de los privados temporalmente de todo el ejercicio de la patria potestad conforme a los arts. 156-2.º y último y art. 92-4.º (el Código habla en estos

preceptos de privación de todo el ejercicio de los poderes tuitivos que, a los efectos de lo que venimos exponiendo, ofrece el mismo resultado que la llamada privación de la titularidad). El consentimiento habrán de prestarlo los dos progenitores que se encuentren en estas condiciones. En cuanto al tutor su concurso no será necesario sólo cuando haya resolución firme de remoción (art. 247). En todos los casos estudiados no habiendo adquirido firmeza la decisión jurisdiccional de privación de facultades ante la negativa de los padres o tutores —aun habiendo procedimiento pendiente—, habrá que acudir al acogimiento judicial. El defensor judicial, curador y guardador de hecho no están incluidos en esta exigencia. Si el ente público se ha convertido en tutor conforme al número 1.º del art. 172 queda dispensado el consentimiento, consecuentemente, de los padres o tutores que, como sabemos, han sufrido por ello la privación plena de sus potestades tuitivas. Este es el único supuesto en que el acogimiento reviste naturaleza negocial, pues se concierta entre el tutor-Administración y los acogedores, actuando ambos en régimen de igualdad de modo similar a como sucede en la guarda administrativa convencional a que antes hicimos referencia. En las hipótesis en las que el ente público sólo ha asumido esta última, sí que es necesario el consentimiento de los padres o tutores que sólo han quedado privados del contenido personal (y no del patrimonial), de la patria potestad o tutela.

Por lo que hace relación al consentimiento del menor de doce años, plantean dificultades los supuestos de incapacidad presunta o declarada que impidan una libre y consciente manifestación de voluntad. Dado lo taxativo de la prescripción estimo que debe, en estos casos intentarse el acogimiento judicial. En cuanto a los acogedores, la función de mediación para determinarlos y seleccionarlos corresponde con carácter exclusivo a las entidades públicas o a las entidades colaboradoras, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.º párrafo 4.º Nada impide, sin embargo, que los propios padres o tutores puedan buscar al posible acogedor de su hijo o pupilo, y lo sometan después al consentimiento de la persona jurídica-pública (la única limitación es que no se dediquen habitualmente a funciones de mediación para acogimientos familiares).

b) Acogimientos judiciales: Responden a la estructura de la decisión judicial constitutiva y, con mayor claridad que en la otra modalidad de acogimiento, estamos ante un acto de poder fuera de los parámetros negociales, como se desprende del párrafo 2.º del art. 1828 L.E.C. en el que se dice “que el Juez resolverá lo procedente en interés del menor”. La legitimación para instarlo corresponde sólo al Ministerio Fiscal y a la entidad pública correspondiente (art. 1.828-1 L.E.C.); no está pues legitimado el propio menor cuyo consentimiento es necesario, sin embargo, ni los acogedores (se entiende que éstos en principio están representados por la entidad pública, al menos materialmente). Tampoco lo

está el guardador de hecho y el ente público no necesita para fundamentar su solicitud el haber asumido la tutela o guarda ante la situación de desamparo. Recordemos que el acogimiento no requiere como presupuesto previo la previsión del núm. 1 del art. 172, y el consentimiento de la entidad pública se presta “tenga o no la tutela del menor” (art. 173-2.º). El art. 1828-2.º preceptúa que el Juez recabe el consentimiento de la entidad pública, de las personas que reciban al menor y de éste desde que tenga doce años. Vemos por tanto que el consentimiento de la Administración, que aquí juega el papel de presupuesto como los demás del acto jurisdiccional constitutivo, es requisito *sine qua non* de toda modalidad de acogimiento. Dada la rotundidad de los términos del párrafo 2.º del art. 1.828, no parece que pueda impugnarse la negativa de la entidad pública a prestar su preceptivo consentimiento. Aunque se trata de procedimientos de jurisdicción voluntaria de los que conceptualmente no se predica el efecto de cosa juzgada, estimo que el mandato del art. 1.827, que convierte en excepcional la conversión en juicio contencioso, impide discutir la cuestión por los trámites del juicio ordinario correspondiente. Los acogedores postergados no tienen tampoco cauce procesal para defender sus reclamaciones y junto al consentimiento de la Administración y al de estos últimos, se requiere, como en el derivado de convención, el consentimiento del menor de doce años. Si presenta incapacidad presunta o declarada en términos de no poder formular una válida declaración de voluntad, estimo que debe decidir el Juez, pese a la ausencia literal del requisito, en virtud del principio “tout pour l’enfant”. De lo contrario los menores incapacitados serían de peor condición que los que gocen de la normalidad de sus facultades, y quedarían privados de medidas que pueden favorecer su bienestar material o moral. Ante la negativa del menor no cabe, como ante la de la Administración, recurso alguno dado lo imperativo de la expresión del párrafo 2.º del art. 1.829, “recabará su consentimiento”, y la prescripción ya comentada del art. 1.827. En definitiva, se deja en manos del menor la determinación de lo que le conviene y nada puede hacerse cuando se trata de un niño de doce años que, sin la suficiente madurez o con actitudes de rebeldía, se niega a un acogimiento familiar que desde un plano objetivo le puede convenir para el desarrollo de su personalidad. Me parece más razonable y menos radical la solución de la Ley italiana de 1983, que permite someter a control judicial tanto la negociación de la entidad pública como la del menor que va a ser acogido.

El alcance de estos dos últimos consentimientos analizados presenta también algunas dificultades. ¿Deben extenderse sólo al hecho del acogimiento o también a la persona acogedora y contenido de las cláusulas reguladores? Opino que dada la propia estructura gramatical del art. 1.828-2.º L.E.C., el Juez no está obligado a someter al ente público, al menor de doce años y a los acogedores los términos finales que van a regular la situación de acogimiento para su ratificación. Debe oírlos sobre tales cuestiones y recibir sus propuestas, pero finalmente “resolverá

lo procedente en interés del menor”. En esta expresión entiendo que se contiene, por su amplitud, “lo procedente”, tanto rechazar el acogimiento propuesto como modificar sus términos en interés del propio menor. El único presupuesto de su decisión es que Administración y menor manifiesten su voluntad en torno a si están o no de acuerdo con que se produzca el acogimiento y quién deba ser la persona o personas que desempeñen las funciones de los acogedores.

Las audiencias preceptivas habrán de hacerse en favor del menor de doce años con suficiente juicio, de los padres no privados de la patria potestad y del tutor en los términos antes expuestos. Se excluyen, por tanto, al defensor judicial, curador, guardador de hecho y delegado convencional. A la privación de patria potestad asimila la Ley los supuestos de padres o tutores en desconocido paradero o no comparecientes en el expediente (art. 1.828 párrafo 3.º). La referencia es sólo a los casos en que se tiene constancia de la existencia de progenitores o tutores, y éstos se hallan en las circunstancias antes dichas. En tal caso el Juez prescinde del trámite y puede acordar el acogimiento.

E) *Contenido del acogimiento*

Su régimen viene determinado en el art. 173 y responde, en cuanto a los contenidos, a la idea de guarda personal, concurrente con la patria potestad o tutela, en atender las necesidades del menor. Como ya veíamos a diferencia de la guarda del art. 172, aquí todo el contenido personal tuitivo está impregnado de un matiz de íntima convivencia de naturaleza familiar. Hay que hacer notar respecto de la intervención de padres y tutores y como principio introductor, que la distribución de funciones entre unos y otros puede hacerse con todo el sentido de apertura con el que está concebida la institución y con toda la variabilidad que el margen de la autonomía de la voluntad que la Ley concede lo permite. El contenido institucional del acogimiento conlleva a que de modo usual el acogedor detente el poder de decisión ordinario en los asuntos personales del menor, pero tal y como apuntábamos con anterioridad las posibilidades de distribuir el poder de dirección sobre éste son muy amplias. Examinamos a continuación los deberes que se asumen en la enumeración que formula el art. 173-1.º

1) *Obligación de velar por el menor.* Es el deber de vigilancia a que aludíamos al delimitar el concepto de desamparo. Los padres, aun privados de la patria potestad (ex art. 111), concurren con el acogedor en la titularidad de estas obligaciones, y deben mantener, en todo caso, una actitud de preocupación e interés por el proceso de formación y asistencia de su hijo. Es válida la distinción que hacíamos entre una vigilancia inmediata a cargo del acogedor y otra mediata que incumbe a los padres o tutores. La virtualidad de estos deberes, que no son meramen-

te formularios, es doble: en primer lugar, puede fundamentar una responsabilidad extracontractual por daños originados por el menor (ex art. 1.903), teniendo en cuenta la eficiencia causal que su incumplimiento haya podido tener en el caso concreto. De otra parte, puede originar, y lo afirmábamos en el capítulo I, una situación de desamparo cuando el comportamiento hacia el hijo o pupilo se traduce en un sistemático desentendimiento y abandono.

No deben tampoco descartarse hipótesis en las que los daños ocasionados al propio menor sean relacionables con la infracción de estos deberes.

La concurrencia puede tener lugar también con el “deber de velar” que corresponde a la entidad pública. Si hay desamparo y se ha asumido la tutela o la guarda, y conforme a lo que se exponía en el capítulo anterior, la persona jurídica pública sigue ostentando la titularidad de este deber; ya hablábamos de que en tales casos la guarda queda contraída básicamente al mismo. En los mismos términos que para padres y tutores podrá hablarse aquí de responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados al menor o producidos por éste. Aun no habiéndose declarado la situación de desamparo la entidad pública tiene la obligación, ex art. 74-3.º, de vigilar que el acogimiento se desarrolle en interés del menor y de evitar los perjuicios materiales y morales que pudieran producirle. Esta obligación, derivada directamente del precepto que comentamos y no de los arts. 172 y 173 en relación con el art. 1.903, origina la responsabilidad extracontractual de indemnización fundada no sólo en la culpa *in vigilando*, sino también de modo específico en la culpa *in eligendo* dada la exclusividad que se otorga a la entidad pública acerca de la función de mediación y selección de acogedores. Por ello los servicios sociales de protección al menor, como legítimos representantes de la persona jurídico-pública, deben mantener una actitud de constante seguimiento y atención al desarrollo del acogimiento.

2) *Deber de alimentarlos. Relación de este deber con la retribución.* Aludíamos a su contenido en el capítulo de la guarda y he de hacer ahora parecidas reflexiones. Los tutores y los padres aun privados de la patria potestad (art. 111), son sujetos obligados a su cumplimiento. Cuando el ente público asume la tutela (no la mera guarda), ostenta también la condición de constreñido a su realización. Estimo que una solución razonable como antes decía es la de sostener la solidaridad y sus reglas para resolver la concurrencia. Todo ello sin perjuicio de que el ente público, por sus finalidades asistenciales, pueda asumir la carga económica de la prestación alimenticia, repercutiéndola sobre los sujetos obligados (teniéndose en cuenta siempre las prescripciones jurídico-administrativas al respecto). Algunos proponen la aplicación analógica del art. 1.894-1.º C.C. cuando el acogimiento se formaliza en atención a situaciones de necesidad económica, en las que el necesitado quedaría

exento del pago al entenderse que la deuda alimenticia se cubre “*pietatis causa*”.

Interesa distinguir los importes económicos de la prestación alimenticia de las cantidades que se abonen por la remuneración en su caso pactada. El art. 173-2.º admite esta posibilidad remuneratoria sin más concreciones. Puede tratarse de una prestación pecuniaria a cargo de los padres o tutores o de la entidad pública. Esta, salvo en las hipótesis contempladas de actuación “*pietatis causa*” y conforme a los preceptos jurídico-administrativos que regulan la asistencia social, podrá repercutirlas en los titulares de la potestad familiar.

En los supuestos de referencia habrá de contemplarse la posibilidad de que responda el patrimonio del menor de acuerdo con los mandatos del art. 165 y concordantes.

3) *Educarlos y procurarles una formación integral*. El peso de estos deberes recae en los acogedores. En principio detentarán el poder de decisión ordinaria sobre los procesos de educación y asistencia en general del menor acogido. Nada se opone, por ejemplo, a su participación familiar en los centros escolares en virtud de los preceptos de la L.O.D.E. 3.7.85 (aunque ésta se refiere expresamente a padres o tutores no hay inconveniente en extender la aplicación analógica del art. 3.º a los acogedores). Y si apenas se esbozan obstáculos para afirmar la participación en la educación escolar del menor de los acogedores, es más discutible que tengan derecho a imponer la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, al menos en base al art. 3.º-C de la Ley que comentamos y dada la significación constitucional (art. 27-3 Constitución) de este derecho. Más fundamento ofrece el art. 2.º 1-C de la Ley orgánica de la Libertad Religiosa que lo traduce en el “derecho de toda persona a elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones”. Aprovechemos también para reenviar estas reflexiones al apartado de la tutela y guardas administrativas en las que iniciábamos los razonamientos al respecto. Como conclusión podemos sentar que sólo los padres y en defecto de éstos, los tutores gozan de este derecho de educar al menor en determinadas creencias; debe tenerse en cuenta, en todo caso, las mismas limitaciones que impone la propia Constitución, la legislación comentada y el Código Civil. Ha de ajustarse el proceso educativo al pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27-2 Constitución y art. 1.º L.O.D.E.), en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad (art. 154-2 C.C.), y en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales (art. 27-2 Constitución). En los casos de privación de la patria potestad, este derecho de formar en determinadas creencias con los límites expuestos, corresponde al tutor (que puede ser una entidad pública). En cualquier caso el guardador (guarda administrativa o acogedor) habrá de operar

con un modelo educativo inspirado en los valores antes aludidos y en un espíritu de libertad y apertura. Matizar, por último, que con estas premisas habrán de valorarse las circunstancias del caso concreto y la finalidad del acogimiento. Si el objetivo último es la reinserción familiar, en la formalización administrativa o decisión judicial, se concretará la activa participación de padres o tutores en las decisiones y orientaciones a seguir. Si por el contrario se trata de preparar el camino a la adopción convendrá vincular al menor de modo estable con los criterios de los acogedores.

4) *Deber de tenerlos en su compañía*. Su contenido es el mismo que el ya explicitado para la guarda de la entidad pública, si bien aquí con un acentuado sentido de intimidad y convivencia familiar que el legislador quiere expresar con la fórmula “plena participación en la vida de familia”. La fórmula legal no debe tomarse en su sentido literal, y así no habrá derechos hereditarios, ni al nombre, ni por supuesto potestades-deberes relacionados con la gestión de intereses patrimoniales del menor, y la mención en la norma no tiene otra finalidad que la expuesta. En orden al derecho de reclamar al menor e internarlo me remito a lo antes dicho para la guarda y tutela de entidades públicas. Veámos que el art. 211 ha producido una parificación en el régimen de los internamientos cuando se atribuyen a padres y tutores, y consecuentemente habrá de disciplinar la materia cuando se trata de titulares de la guarda legal de naturaleza personal, bien sean los acogedores familiares o el guardador público. Tanto unos como otros tienen atribuidos *ex lege*, sustancialmente, los contenidos personales de la patria potestad y tutela (con mayor aproximación a la patria potestad en el acogimiento dada esta obligación de tenerlos en su compañía), y por tanto, han de beneficiarse de las potestades que las normas de familia otorgan a aquéllos para el cumplimiento de sus deberes tuitivos de orden personal. El necesario ejercicio del “*ius corrigendi*” y las obligaciones asistenciales que en relación con la educación o salud física y mental competen también a los guardadores, justifican las competencias que aquí postulamos referidas a la reclamación del menor y a su internamiento en centros adecuados. Téngase en cuenta por lo que se refiere el acogimiento, que las últimas medidas referenciadas, salvo en casos excepcionales, no pueden ser de larga duración dado que el acogimiento se funda justamente en la convivencia familiar del menor con los acogedores.

5) *Conclusiones generales acerca de las facultades de padres y tutores en los acogimientos y tutelas y guardas de las entidades públicas*. Es el momento quizá, tras examinar la dinámica funcional de los deberes personalizados de carácter tuitivo en los institutos analizados, de formular algunas conclusiones de tipo general sobre la posición que en torno a ellos ocupan los padres y tutores. La resumimos de la manera que sigue:

a) El acogedor o guardador conserva el poder de dirección ordinario en los asuntos relacionados con la esfera personal del menor a no

ser que, en vía convencional o legal, se disponga expresamente lo contrario, diseñándose entonces un supuesto de auxilio en el ejercicio de las funciones de patria potestad o tutela.

b') Los padres y tutores se reservan el poder de decidir en las cuestiones básicas o trascendentales para el menor, a no ser que por las mismas vías, se prescriba también de modo expreso la disposición contraria.

c') Cuando los padres y tutores han sido plenamente privados de sus facultades en virtud de la tutela del art. 172-1.º, corresponde a la entidad pública todo el poder de decidir tanto en cuestiones de índole ordinaria como extraordinaria, a no ser que en atención a lo preceptuado en el núm. 4 del art. 172 el propio tutor público o el Juez impongan, igualmente de manera expresa, un planteamiento diferente de intervención familiar.

d') Las finalidades de reinserción en la familia o de preparar adopciones u otras opciones de estabilidad jurídica para el menor, determinará con sentido gradual el reparto de papeles y atributos entre los titulares de la guardia y los de la patria potestad o institución tutelar.

6) *Facultades de gestión de intereses patrimoniales y responsabilidad.* La remisión a las tesis sostenidas cuando analizamos la guarda es procedente en este lugar. Habrá que reconocer al acogedor la potestad de realizar actos de gestión patrimonial cuando vayan íntimamente unidos al eficaz desempeño de los deberes personales, no ofreciendo dificultad la aplicación por analogía del art. 304 C.C. En lo demás mantendrán sus atribuciones los que ostentan la patria potestad o tutela. El acogedor formal responde no sólo de los daños causados al menor, sino también de los producidos por éste, siendo en este punto aún más clara que en la guarda administrativa la aplicación del art. 1.903. Con el mismo espíritu con que el legislador reconoce al acogido como beneficiario de la Seguridad Social, dada la plena integración en la vida de familia, puede reconocerse el derecho a indemnización por los daños materiales y morales que el acogedor sufra con motivo de accidentes, lesiones o percances del acogido y en los términos del art. 104 del Código Penal.

F) *Extinción del acogimiento*

El art. 173-3 recoge taxativamente las causas de cesación de los efectos jurídicos de este instituto. En primer lugar hay que referirse a la "decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública". No se considera conveniente en estos casos la continuación de la convivencia familiar contra la voluntad expresa de los guardadores; no hace falta alegar justificación suficiente y por tanto es difícil concebir la indemnización de perjuicios al menor derivada del

cese voluntario. Sí se formula como requisito de eficacia jurídica la comunicación verbal o escrita al ente público de la que ha de quedar la oportuna constancia; del texto se colige un deber de comunicación con plazo razonable de antelación para disponer lo conveniente en interés del menor. En el art. 173-3-3.º se regula como otra causa de cese, con la misma finalidad que la anterior, la “petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía”. Ha de tratarse de padres o tutores en las situaciones estudiadas al examinar los requisitos constitutivos del acogimiento. Tampoco aquí se requiere justificación y basta la mera petición reclamando la compañía del menor. Estimo que ante reclamaciones injustificadas y perjudiciales al menor puede utilizarse la vía del art. 158-3.º, y cuando se produzca la situación de desamparo la guarda *ex lege* anteriormente analizada. A diferencia de la guarda administrativa, no es posible estipular plazo vinculante en atención a la conformación de estas previsiones de cese.

La institución que examinamos deja de tener, asimismo, consecuencias jurídicas por decisión judicial, que es necesaria cuando el acogimiento se ha constituido por el órgano jurisdiccional. El art. 1.928 L.E.C. reformado atribuye legitimación para pedir la cesación al propio menor y a la entidad pública, que paradójicamente no tienen potestad legal en cambio para extinguir por declaración de voluntad el llamado acogimiento convencional a diferencia de los padres, tutores y acogedores. La iniciación del expediente de cesación puede llevarla a cabo también el “representante legal” (generalmente los padres), el Ministerio Fiscal y los acogedores, y tiene lugar asimismo de oficio. Tras oír a estas mismas personas el titular del órgano judicial decide siempre en interés del menor.

2. Adopción

A) *Naturaleza jurídica*

Con más claridad que en el texto anterior, la adopción se desliga de los cánones negociales convirtiéndose en un acto de poder jurisdiccional. Los imprescindibles consentimientos del menor de doce años y de los adoptantes podrían hacer pensar en declaraciones de voluntad autodeterminadas en orden a los efectos jurídicos que se producen, teniendo en cuenta que cada una de ellas va dirigida a la producción de consecuencias en la esfera de potestades familiares de la otra. En este sentido los asentimientos serían meras autorizaciones para la producción negocial de relaciones jurídico-familiares en los ámbitos personales de terceros. Frente a este esquema argumental surge la obligada ponderación de las aludidas declaraciones de voluntad como presupuestos procesales del acto jurisdiccional constitutivo. La enunciación del art. 176

no ofrece dudas, pues la adopción, y así se recalca expresamente, se constituye por el Juez en interés del menor, pudiendo rechazarse a pesar de la concordancia de voluntades. El acuerdo sólo despliega potencialidades jurídicas desde la resolución jurisdiccional, siendo excepcional la retroacción de efectos del art. 176-3 *in fine*. Estimo que al hilo de estos argumentos huelga hablar de negocio jurídico de Derecho de Familia.

La Exposición de Motivos conforma a este instituto como un instrumento de plena integración familiar, y con tal entendimiento habrán de interpretarse sus preceptos reguladores. La protección de menores (observe la rúbrica del Capítulo V, del Título VII, del Libro I del Código Civil, “De la adopción y otras formas de protección de menores”), es otro punto de referencia obligado en la hermenéutica de esta disciplina, aunque sin valor dogmático al permitirse en el art. 175-2 la adopción de mayores de edad.

Cabe subrayar entre los principios inspiradores de la reforma las exorbitantes facultades que se han concedido a las entidades públicas, únicas legitimadas para hacer la propuesta pertinente, y la importante manifestación del principio “*tout pour l'enfant*” entendido como capacidad del menor en ciertas edades, doce años, de decidir sus propios intereses en cuestiones trascendentales (arts. 177-1 y 178-2).

B) *Capacidad para ser adoptante y adoptado y prohibiciones*

Se ha operado una modificación en la capacidad para adoptar, no sólo en la rebaja de edad (de treinta a veinticinco años), sino también en la supresión del requisito de hallarse “en el ejercicio de todos sus derechos civiles”. No hay en principio impedimento para que adquieran esta condición los menores emancipados, en las hipótesis de adopción conjunta por ambos cónyuges, ya que sólo se exige que uno de ellos haya alcanzado la edad mínima exigida.

En lo que hace referencia a la capacidad para ser adoptado, el texto de la reforma induce a proscribir al *nasciturus*, cuya adopción ha planteado la doctrina y ciertos grupos parlamentarios con la loable finalidad de evitar interrupciones de embarazos no deseados. Se desecharon enmiendas presentadas en el Congreso con este propósito, y la exigencia de que el asentimiento de la madre se preste transcurridos 30 días del parto, dificulta la protección jurídica del acuerdo que haya podido adoptarse. En el supuesto de admitir validez jurídica a la declaración de voluntad del futuro adoptante durante el embarazo, nos encontraríamos con el insalvable obstáculo de que sólo el consentimiento prestado ante el Juez es presupuesto procesal del acto constitutivo, y de que no hay norma que impida que hasta ese momento pueda modificarse la voluntad emitida (si en los asentimientos es posible la revocación antes de iniciarse la actuación judicial, con más razón cuando es el adoptante so-

metido al régimen de consentimientos, que seguidamente estudiaremos).

La adopción se refiere a menores y excepcionalmente a mayores de edad cuando “inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptado hubiera cumplido los catorce años”. El instituto tiene aquí una finalidad fundamentalmente hereditaria, y debe centrarse en los términos de excepción con que el legislador lo conforma, no pudiéndose olvidar el recelo histórico que estos planteamientos finalistas han suscitado en los civilistas por la facilidad de instrumentar fraudulentamente la disciplina de la institución. Se requiere el acogimiento o convivencia, siendo suficiente la mera relación de compañía o convivencia material sin título legal o convencional. Es la única vía para que los pactos válidos de delegación de facultades paternas y la autonomía de voluntad de los padres o tutores conduzca a la adopción. También a ella pueden acogerse, al no haber proscripción legal, los supuestos de parejas homosexuales o heterosexuales sin formalizar en los que uno de sus integrantes desee convertirse en adoptante del otro, como medio de legalización de vínculos afectivos e intereses económicos y hereditarios. Se contraría con ello el espíritu con que el legislador conforma la institución que examinamos, pero difícilmente puede encontrarse fundamento para la prohibición en estos casos. La relación de contacto físico o convivencia ha de ser ininterrumpida desde antes de los catorce años hasta la emancipación, sin que se requiera extender su ámbito hasta el mismo momento de la constitución adoptiva.

El Código Civil prohíbe expresamente la adopción de descendientes. A la luz del carácter taxativo y excepcional del régimen prohibitivo y dado que el núm. 2.º del párrafo 3.º sí que se extienden sus efectos tanto en la línea colateral por consanguinidad como a los parientes afines, la prohibición del núm. 1 referida “a los descendientes”, habrá de constreñirse sólo a los que lo sean por consanguinidad, donde únicamente se justifica la *ratio* de la prohibición. En el núm. 3.º de este párrafo 3.º del art. 175 en que nos encontramos, se impide también adoptar al tutor hasta la aprobación definitiva de la cuenta de la tutela. Como el art. 279 determina un plazo de prescripción de cinco años de la acción de rendición de cuentas, difícilmente puede hablarse de carácter definitivo mientras no haya transcurrido. Algunos autores proponen reconducir la expresión “aprobada definitivamente” al momento en que hay decisión judicial firme, y para otros la solución segura, que en cualquier caso no presenta dudas, es que se formule la pertinente renuncia.

La adopción conjunta sólo puede llevarse a cabo por los cónyuges, sin que se exija en el art. 175 que vivan juntos, ni que tampoco se formalice simultáneamente como ordenaba el antiguo art. 172 *in fine*. Sólo en los casos de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (Disposición Adicional tercera), es difícilmente admisible la concurrencia sucesiva en los requisitos de esta excepcional adopción. Debe reconocerse

de todos modos que en la aludida disposición la Ley 21/87 habla “De las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente”, aunque la palabra simultánea no se contiene, como antes sucedía, en el art. 172, ahora 175.

C) *Legitimación para adoptar*

El art. 176-2 confiere a la entidad pública legitimación necesaria para iniciar el expediente de adopción y si no fórmula propuesta previa queda impedido el comienzo del procedimiento adoptivo. En el mismo precepto el legislador establece diversas excepciones que enumera en los apartados 1.º a 4.º del párrafo 2.º No ofrece problemas interpretativos las de los números 1.º y 4.º (huérfanos y parientes en tercer grados y mayores de edad o menores emancipados). En el número 2.º “ser hijo del consorte del adoptante” no requiere la efectiva convivencia matrimonial y respecto del número 3.º ha de precisarse que —el supuesto de “haber estado bajo su tutela durante el tiempo de un año” es referible literalmente al tutor y no por tanto al curador ni al defensor judicial—, guardadores de hecho o convencionales. El otro término de este núm. 3.º consigna la hipótesis de “llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante”; la Ley 21/87 hace referencia sin duda al acogimiento regulado en el art. 173 debiendo excluirse las guardas o confiamentos acordados por los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de sus antiguas atribuciones de protección de menores. Veámos que estas guardas despliegan consecuencias jurídicas, pero en orden a constituirse en presupuesto de excepción a la forzosa legitimación pública hay que tener en cuenta exclusivamente lo prescrito en el art. 176-3.º y el régimen de derecho transitorio de la ley innovadora. En la disposición que ahora nos ocupa se habla literalmente de acogimiento legal y en esta expresión sólo deben cobijarse los constituidos de acuerdo con el nuevo art. 173 y sujetos a las normas que contiene sobre contenidos, constitución y validez. El espíritu de la disposición transitoria de la Ley 21/87 aboga por la misma solución; en las cuestiones procesales sólo se aplica la legislación anterior con referencia a los expedientes de adopción plena en tramitación si lo interesan expresamente los solicitantes. En los procedimientos incoados hallándose en vigor el cuerpo de normas que analizamos se aplicarán los nuevos preceptos reguladores del procedimiento adoptivo. De naturaleza jurídico-procesal es el requisito que comentamos, pues hace referencia a la legitimación para incoar el oportuno expediente. Opino que la analogía con la disposición transitoria 2.ª conduce al mismo resultado; en ella se dice que las adopciones simples subsistirán con los efectos que le reconozca la legislación anterior siendo necesario, para producir efectos de acuerdo con la nueva Ley el cumplimiento de los requisitos por ella exigidos. Las guardas de los Tribunales Tutelares de Menores constituidas en momento anterior a la en-

trada en vigor tiene los efectos que le reconoce su legislación reguladora y para desplegar eficacia de acuerdo con las nuevas disposiciones necesitan conformarse con los requisitos del art. 173. Sólo si hubiera consentimiento de la entidad pública, del menor de doce años, y se realizaran las demás exigencias del mencionado art. 173 podrían los confiamientos incluirse en el núm. 3.º del art. 176. Son predicables estas reflexiones a los que se constituyan por la jurisdicción de menores con posterioridad a la vigencia de la Ley 21/87.

Finalmente el art. 176-3 con carácter excepcional otorga consecuencias jurídicas a la adopción aunque el adoptante hubiera fallecido en los casos en que ha prestado ante el Juez su consentimiento, desde cuya fecha se retrotraen los correspondientes efectos tantos de índole patrimonial como personal.

D) *Constitución de la adopción, consentimientos, asentimientos y audiencia*

Comentábamos que los consentimientos y asentimientos los configura el legislador como presupuestos procesales del acto jurisdiccional y que las diferencias entre unos y otros radican en que mientras la declaración de voluntad dirigida a aquel en que se van a producir los efectos jurídicos es la esencia de los primeros, la autorización o ratificación para estas consecuencias es lo que caracteriza a los segundos. En razón del matiz diferencial el régimen de los consentimientos es de mayores exigencias que el de los asentimientos que pueden obviarse en determinados supuestos que seguidamente analizaremos.

Consienten la adopción en presencia del Juez el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Estimo que la manifestación de voluntad puede modificarse hasta el momento de la resolución que pone término al expediente dada la importancia que le confiere el legislador. Por lo que hace al adoptando mayor de doce años (que en tan transcendental materia decide autónomamente su propio interés), en los casos de incapacidad presunta o declarada parece excesivamente riguroso privarle del posible beneficio de adopción ante la imposibilidad de prestar un válido consentimiento. Un criterio interpretativo razonable puede establecerse en el sentido de suspender el expediente de constitución de la adopción hasta la declaración de incapacidad o decisión última que se adopte. Reconocida en sentencia la ineptitud para consentir considero que en interés del menor el Juez podrá constituir la adopción.

Los asentimientos se regulan en el párrafo 2.º del art. 177 núms. 1.º y 2.º Pueden prestarse a diferencia de las declaraciones de voluntad de adoptantes y menor ante la entidad pública o titular del órgano judicial. En el primer caso en documento público con posibilidad de revocación antes del trámite judicial y sin validez transcurridos seis meses (art. 1.830

L.E.C.) y cuando se formula ante el órgano jurisdiccional ha de negarse la facultad revocatoria. El asentimiento de la madre no puede prestarse hasta transcurridos 30 días desde el parto (art. 177-2.º), prescripción que sólo le afecta a ella y no al padre del adoptando.

Ha de asentir, en la enumeración del Código en primer lugar el cónyuge del adoptante salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 177.2 1.º). Se exime del requisito además de en la separación por sentencia firme cuando hay separación de hecho por mutuo acuerdo y adecuada fehaciencia. En cuanto a la interpretación de lo que se entiende por mutuo acuerdo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 82.5 C.C. art. 87 y concordantes. La fehaciencia se relaciona con la constancia en documento público u oficial de la convención y en su ausencia es posible salvar el requerimiento del art. 177 haciendo las oportunas alegaciones ante el Juez que conoce del expediente (basta con que en esta sede se declare sobre la existencia de la voluntad concorde de vivir separados). En esta disposición quiere evitarse al adoptando los perjuicios derivados de crisis matrimoniales que no se hallan debidamente organizadas.

El art. 177.2-2.º ordena el necesario asentimiento de los padres “a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallara emancipado”. En razón de la trascendencia de la Constitución adoptiva entiendo que debe referirse el supuesto a las privaciones totales y definitivas de la patria potestad. Se necesitaría así el asentimiento de las hipótesis de los arts. 156-2.º y 5.º y 92-4.º que disciplinan meras privaciones del total ejercicio con significación marcadamente temporal. El art. 170, párrafo 2.º, en cualquier caso ofrece una regulación de la recuperación de la patria potestad dominada por un cierto carácter de provisionalidad como antes veíamos. De todos modos en el ámbito de la hipótesis del precepto que comentamos no deben incluirse estas privaciones como las de los artículos últimamente citados que *ab initio* ya ofrecen una conformación abocada a desplegar sus efectos en un determinado lapso temporal. Las declaraciones judiciales de incapacidad o ausencia de los padres sí que excusarán del requisito de asentir. El art. 177.2-3.º considera innecesario asentir en los casos de encontrarse “imposibilitado”; la amplitud de la fórmula introduce en su ámbito las incapacidades declaradas y las meramente presumidas. Habiendo tutela de la entidad pública se prescinde también del asentimiento paterno en atención a la plena privación de patria potestad que supone. Se exceptúan también a los padres “incursos en causa de privación de patria potestad”. La *ratio* del precepto la considero similar a la del antiguo artículo 174. No habiendo resolución judicial sobre privación de patria potestad pero existiendo méritos para ello, con el fin de facilitar la adopción se conoce de aquélla en el propio expediente y con el específico cauce procesal que ahora señala el art. 1.827. Son las hipótesis en las

que hasta el momento de tramitar la adopción no ha recaído la precedente decisión jurisdiccional sobre la privación de poderes tuitivos que exime del asentimiento. La Administración proponente puede hacerlo así constar en el expediente que incoe y bien a instancia suya o del Ministerio Fiscal el Juez estimando estas proposiciones tiene la facultad de decidir si cita a los progenitores para la mera audiencia en cuyo caso podrán estos últimos hacer uso de su derecho a discutir la cuestión en juicio verbal. Si por el contrario el titular del órgano jurisdiccional los cita para prestar el asentimiento, la entidad pública o el Ministerio Fiscal podrán instar la privación de patria potestad por los trámites indicados en el art. 1.827. Incurso los padres en causa de privación, las entidades públicas han de procurar que en el expediente que forman en torno a la propuesta de los arts. 1.829 y 1.830 consten los datos probatorios necesarios para poder valorar la hipótesis y fundamentar la decisión de citar para audiencia o asentimiento que inicialmente haya adoptado el Juez. Por último conforme al art. 1.831 de la L.E.C., el órgano judicial prescinde del trámite estudiado si no consta el domicilio de los que deben ser citados o no comparecieran; prescripción ésta aplicable al igual que la de la exención en caso de imposibilidad tanto al núm. 1.º como al 2.º del párrafo 2.º del art. 177.

Las audiencias se contraen a los padres no privados de la patria potestad cuando su asentimiento no es necesario para adoptar (emancipación, estar incurso en causa de privación), al tutor y guardadores entre los que debe incluirse a la entidad pública cuando ostente esta condición, así como a los delegados convencionales y guardadores de hecho (no se requiere oír al curador ni al defensor judicial) y por último al adoptando menor de doce años si tuviera suficiente juicio.

E) Efectos jurídicos de la adopción

Según el art. 178.1 “adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”. Declaración que se sitúa en el contexto de convertir la figura que estudiamos en un instrumento de plena integración en la vida familiar con total equiparación a la familia biológica. Subsisten algunas distinciones en el régimen jurídico, así en los arts. 18 y 47-2.º y en los propios artículos 179 y 175-4.º En el últimamente citado el padre adoptivo a diferencia del biológico no puede dar en adopción a su hijo. Por lo demás el adoptando contrae un vínculo jurídico con el adoptante y su familia de tanta extensión como el que tenía con su padre biológico.

Por excepción subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna: 1.º “cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante aunque el consorte hubiera fallecido”. El Código tampoco exige como en el art. 176-2.º que haya convivencia matrimonial al efecto y algunos autores estiman que debería oírse a los familiares del consorte con los

que se mantienen los vínculos. En el núm. 2.º la subsistencia proviene de que uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, que el adoptante sea persona de distinto sexo y que la solicitud la formulen adoptante, adoptado mayor doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir. Al amparo de esta norma pueden legalizarse filiaciones extramatrimoniales y conlleva un ejercicio conjunto de la patria potestad sin necesidad de convivencia cuyas controversias habrán de resolverse según lo prescrito en el art. 156. El principio de autonomía del menor para decidir su propio interés tiene aquí también un importante reflejo.

F) *Extinción de la adopción*

El art. 180 queriendo subrayar el fortalecimiento jurídico que la adopción ha experimentado con las últimas reformas legales afirma como el antiguo art. 177 que la adopción es irrevocable. Han de analizarse las dos posibles causas en virtud de las cuales pueden extinguirse total o parcialmente sus efectos:

a) *El art. 179.* El Código Civil regula aquí una hipótesis de cesación relativa de la eficacia jurídica de la adopción que ocupa una posición intermedia entre las figuras de los arts. 111 y 170 y que supone un matiz de distinción con el régimen general de la patria potestad. Prescribe el precepto que “el adoptante que hubiere incurrido en la causa de privación de patria potestad, quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes o en sus herencias”. La frase “causa de privación de la patria potestad” es alusiva a las privaciones plenas de poderes tuitivos basadas en incumplimientos culposos de las obligaciones de guarda y asistencia al hijo. La estructura sancionadora de la norma induce a radiar de su órbita de influencias las declaraciones de incapacidad o ausencia y los incumplimientos forzosos del art. 172, generadores de la pérdida de potestad familiar. No hay razón alguna no obstante para que en los supuestos de ausencia de culpa se produzcan las privaciones de funciones tuitivas indicadas en los arts. 170 y 172, sin virtualidad para las prescripciones del art. 179 que comentamos. En concreto originándose una situación de desamparo podrá constituirse la guarda o tutela de las entidades públicas con el mismo régimen antes comentado, dada la parificación que debe hacerse entre padres adoptivos y biológicos. La singular disposición sobre la que ahora reflexionamos operará por tanto con el carácter de sanción civil de familia apuntado ante las actitudes de descuido o de irresponsabilidad en el adoptante como una de las alternativas —las más importantes— de los arts. 170 y 172. Por lo dicho la “exclusión de las funciones tuitivas” tiene el mismo alcance que la privación de patria potestad en lo concerniente a guarda personal, representación legal y administración de bienes. Ex art. 111 el adoptante como

el padre biológico privado de su potestad seguirá ostentando la titularidad obligacional de velar por el hijo y prestarle alimentos, conservando el adoptado los demás derechos hereditarios y de contenido económico que le correspondan en relación con el padre adoptivo y su familia. Al igual que sucede en el art. 111 se prescribe en este plus de consecuencias sobre las hipótesis del art. 170 la supresión de derechos respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias y en cambio no se pierde el derecho al nombre conforme a la previsión del art. 111. Del planteamiento estructural de este último precepto provienen los núms. 2.º y 3.º del art. 179. Alcanzada la plena capacidad (la doctrina interpreta que en la mayoría de edad o por la sentencia de recuperación de la capacidad de obrar perdida), la exclusión sólo puede pedirla el adoptado dentro de los dos años siguientes. En este caso la eficacia sancionadora se centra sólo en los efectos patrimoniales y hereditarios. Trasunto del art. 111-5 es también el singular perdón establecido en el último párrafo del art. 179, que hace cesar el efecto de las restricciones “por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”. Las restricciones son obviamente de naturaleza patrimonial. En cualquier caso la sentencia dictada en virtud del art. 179, en juicio de menor cuantía (art. 1.832 que excepciona el cauce procesal especial cuando se trata de supuestos de desamparo), permite constituir una nueva adopción hasta la cual subsistirán los efectos estudiados.

b) *El art. 180.* El padre y la madre que sin culpa suya no hayan intervenido en el expediente en los términos del art. 177 pueden solicitar la extinción de la adopción en los dos años siguientes de su constitución y siempre que no se perjudique gravemente al menor. La frase “sin culpa suya” comprende a los que al dictarse el acto constitutivo no pudieron asentir por su situación declarada o presunta de incapacidad o ausencia por cualquier otro impedimento forzoso que les hubiera obstruido su voluntad de comparecencia (hallarse en el extranjero, no haber tenido conocimiento ninguno de la tramitación de expediente, etc.). La legitimación es necesario reconocerla en favor de los que no han podido intervenir en el procedimiento por la misma actitud de culpable abandono del hijo cuando de hecho no conocen la existencia del trámite procesal. La extinción no afecta a los efectos patrimoniales ya producidos ni a la nacionalidad y vecindad civil adquirida, si bien la recuperación de la patria potestad de los padres habrá de imponer sus consecuencias personales en todo lo que afecte a la relación con ellos del hijo antes adoptado.

Considero que la constitución de la adopción no extingue las acciones para impugnar o reclamar la filiación biológica que responde a un derecho de significado constitucional; ello con independencia de que por mandato del art. 180-4 la determinación de la filiación natural no afecte a la adopción. Si a consecuencia del ejercicio de estas acciones resulta acreditado un impedimento entre adoptante y adoptado de los

arts. 1.º y 2.º del número 3.º del art. 175 la institución debe perder su eficacia por contradecir expresamente la prohibición legal. Descubierta la paternidad antes desconocida nos hallaremos ante otra de las hipótesis que en el plazo del art. 180 permite accionar a los progenitores.

V. ASPECTOS PROCESALES

Recogemos aquí algunas reflexiones sobre las normas jurídico-procesales contenidas en la Ley 21/87. Las cuestiones planteadas merecen un tratamiento sistemático de mayor profundidad y aquí me limito a esbozar una aproximación argumental a los contenidos que deban definitivamente establecerse en un adecuado estudio doctrinal. El primer razonamiento ha de versar sobre el planteamiento finalista con el que se enfocan las nuevas disposiciones procedimentales. La Ley tiene en cuenta la urgencia y gravedad de peligros que para el menor suscitan las cuestiones materiales deducidas y establece procedimientos rápidos y dotados de flexibilidad a través del mecanismo de la jurisdicción voluntaria y con reserva para el juicio contencioso de las privaciones de derechos de mayor significación. Se configura un modelo de procedimiento para atender las pretensiones sobre protección de menores derivadas de los nuevos preceptos positivos cuyas líneas generales esbozaremos a continuación con reseña de las particularidades de los casos concretos de mayor relevancia.

1. Modelo procesal de la Ley 21/87 para las cuestiones de protección de menores derivadas de sus preceptos

Dice la disposición final de la Ley “que las normas procedimentales sobre medidas de protección de menores serán aplicadas con las adaptaciones exigidas por el C.C. y por la presente Ley”. Entiendo que aquí se halla el fundamento legal para el modelo procesal diseñado por el legislador con notables insuficiencias técnicas con la finalidad de que en él se encaucen las pretensiones que puedan formularse al amparo de los preceptos innovadores. El ámbito de la disposición se centra en los mandatos procesales que hacen referencia a las “medidas de protección de menores”. Dada la amplitud de la fórmula han de incluirse todas las pretensiones que de modo directo o indirecto se fundamenten en las disposiciones dictadas por la Ley que comentamos y particularmente por todas las del capítulo V del título VII del libro I del C.C. que justamente se rúbrica: “De la adopción y otras formas de protección de menores”. En definitiva siempre que el precepto esgrimido aun fuera de este capítulo guarde alguna relación con sus disposiciones, en sede de protección de menores habrán de postularse los cauces procesales que se derivan de la norma comentada. Así la acción formulada por ejemplo,

al amparo de los arts. 160 ó 164 también reformados por la Ley aunque no regulados en la materia objeto de nuestro estudio, se sujetará a los principios de proceder que examinamos a continuación cuando guarde conexión con algunas de las hipótesis de desamparo del art. 172 o se inserten en la problemática que plantea los institutos del acogimiento y adopción regulados en los arts. 173 y 174 y siguientes. No debe darse mayor alcance a la disposición final pues en la mayoría de las normas de derecho de familia late el espíritu de protección de menores y habría que aplicar a todas ellas lo prescrito en el precepto. En él se ordena hacer “las adaptaciones exigidas por el Código Civil y por la presente Ley”. Hay una remisión genérica a las normas procesales del art. 63 —reformado— y a los arts. 1.825 a 1.832 de la L.E.C. todos reformados por la Ley 21/87. El reenvío opera también en favor de otras disposiciones del Código Civil de naturaleza procesal insertadas en los preceptos diseñados en torno a la protección de menores. Como las disposiciones aludidas en uno y otro caso responden a los esquemas del procedimiento de jurisdicción voluntaria, puede afirmarse que los arts. 1.811 al 1.824 de la L.E.C. con las particularidades introducidas por la Ley que comentamos y las incluidas en las correlativas prescripciones del Código en la materia normada han de dar la pauta orientadora de los módulos generales sobre los que debe construirse la solución procesal que con tantas limitaciones expone el legislador. De las singularidades procesales referidas y sobre todo de las reglas comunes de los arts. 1.825 a 1.827 reformados y 1.811 a 1.824 han de deducirse —dado el valor generalizador de estas últimas— las características que siguen:

a) La intervención de Letrado es facultativa (art. 1.825) siendo en cambio necesaria la presencia del Ministerio Fiscal (mismo precepto). La legitimación a salvo de regulaciones expresas y taxativas habrá de concebirse en términos amplios dada la extensión que se le suele atribuir doctrinalmente en el marco de jurisdicción voluntaria. La competencia de carácter general la determina el art. 63-16 reformado de la L.E.C. y corresponde al Juez del domicilio de la entidad en todas las materias reguladas por los nuevos preceptos legales objeto de nuestro estudio (“acogimiento familiar o adopción o en las relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas”); en su defecto el domicilio del adoptante con la excepción establecida cuando se trata de acciones de los arts. 179 y 180 del C.C.

b) Las pobilidades probatorias, en interés del menor se conciben con enorma amplitud. El art. 1.816 en la expresión “justificaciones” no parece establecer criterios rigurosos de limitación de prueba y el 1.826 reformado permite al Juez “ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas” para asegurar resultados beneficiosos al menor. No hay constreñimientos probatorios y cualquier clase de diligencia documental, testifical o pericial será admisible para los fines propuestos.

c) Debe admitirse con carácter general la posibilidad de decretar medidas cautelares *ab initio* tendentes a proteger intereses del menor amenazados por situaciones de urgencia. Los arts. 1.880 y 1.910 y siguientes de la L.E.C. deben esgrimirse con validez general por encima de los límites del número 4 del primer precepto citado y teniendo en cuenta que algunos preceptos del C.C. de naturaleza procesal como el 249 y 256 por ejemplo, regulan expresamente las medidas a que nos referimos. La remisión de la disposición final ha de consagrar su generalización para las materias reguladas en esta Ley.

d) Se formula un específico deber de reserva en relación con las actuaciones administrativas (disposición adicional 1.^a-7.º) y judiciales (art. 1.826-2.º) en algunas de las materias disciplinadas aquí por el legislador y en concreto en los acogimientos y adopciones. Es una de las manifestaciones del principio de reserva que con algunas otras matizaciones se formula en la legislación del Registro Civil. El deber no tiene la misma intensidad en todos los supuestos; así cuando el acogimiento se oriente a la reinserción familiar o los padres consientan y faciliten la adopción perderán gran parte su razón de ser legal. En estas últimas hipótesis sólo puede justificarse para salvar la operatividad de la disposición legal concerniente a que el asentimiento de los padres no se refiera a adoptante o adoptantes determinados. La reserva se extenderá a impedir que los progenitores o sus Letrados tengan acceso a la parte del expediente administrativo o judicial en el que se contengan los datos relativos a los futuros adoptantes.

e) En caso de oposición de algún interesado no es de aplicación en principio lo dispuesto en el art. 1.827. La categoría conceptual de jurisdicción voluntaria conlleva en la doctrina y jurisprudencia la exigencia de que las resoluciones no tengan el valor de cosa juzgada, puedan modificarse posteriormente y dejen siempre a salvo en caso de conflicto el derecho a acudir a los procesos contenciosos ordinarios o especiales. Con las miras de flexibilidad y eficacia en interés del menor la reforma ha subvertido estos esquemas. Las decisiones judiciales que se adopten son del mismo modo modificables al cambiar las circunstancias que las originaron, pero se ha suprimido el derecho a convertir el juicio en ordinario salvo que se trate como decíamos al principio de significativas privaciones de los derechos familiares. Por analogía con lo que prescribe el art. 1.827 sólo se producirá la conversión cuando lo que se cuestiona es la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que conllevan la pérdida total de las potestades-deberes de orden personal y patrimonial. Los demás supuestos en los que se ventilen restricciones de menor intensidad como la suspensión únicamente de las facultades de guarda o de las estrictamente patrimoniales habrán de seguir los mandatos del art. 1.827 no accediéndose al cambio de procedimiento.

f) La decisión final revestirá la forma de auto salvo en las hipótesis de controversia sobre privaciones plenas de patria potestad o remoción

de tutela que al tramitarse por el juicio verbal terminarán con sentencia, todo ello sin perder la unidad procedimental. Aprovechamos para añadir al apartado anterior que el juicio verbal será instrumento procesal en el que debatir las disputas originadas en los casos en que excepcionalmente se da virtualidad de contencioso a la oposición del interesado. Salvo norma expresa en contrario el auto será susceptible de recurso de apelación solamente (art. 1.826).

2. Examen particularizado de las pretensiones deducidas al amparo de la Ley 21/87

Estudiamos algunas de las hipótesis que se plantean en la materia examinada con recordatorios finales sobre las guardas de hecho que aún no reguladas por los preceptos innovadores, tienen indudable interés como ya hemos visto en las actuaciones de protección de menores:

a) Guarda de las entidades públicas. A falta de convenio entre los titulares de la potestad legal sobre el menor y la entidad pública, podrá instarse en los términos antes expuestos la guarda judicial del art. 172, 2 *in fine*; por su indudable relación con el art. 158-3.º a que hacíamos relación en su momento, la legitimación corresponde a las partes del acuerdo así como el Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier pariente. Habrán de seguirse los trámites antes indicados con carácter general aplicando con la debida analogía los preceptos generales y especiales de jurisdicción voluntaria antes comentada. La cesación de la guarda se planteará con la misma legitimación e idéntico procedimiento cuando desaparezca la situación de desamparo o se incumplan los deberes tuitivos. Las guardas del art. 103.1.2 ponderadas anteriormente se decidirán por los cauces del procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

En los supuestos de guarda ministerio legis el propio art. 211 que aplicábamos analógicamente establece un simplificado procedimiento de jurisdicción voluntaria, incluido sin duda en la remisión genérica de la disposición final de la Ley objeto de nuestro trabajo. La intervención judicial tiene el carácter de autorización de actuaciones válidamente iniciadas en el contexto en que diseñamos esta modalidad de guarda. El Juez deniega o concede la autorización y el trámite se reducirá a oír a los que tienen potestad, a los representantes de la entidad pública y a examinar al menor, pudiendo acordar si lo considera imprescindible el correspondiente informe pericial sobre las circunstancias personales o sociales que tengan relevancia en el caso. Dada la marcada urgencia con la que se asumen estas facultades ha de actuarse con una específica celeridad y simplificación bajo el modelo que ofrece el artículo regulador de los internamientos. Su extensión examinada en líneas anteriores hace que el ejercicio de las facultades de internamiento atribuidas a los guar-

dadores, acogedores o tutor público hayan de regularse procesalmente por la vía apuntada. Tanto el ejercicio de estas potestades como en general las incidencias que se plantean en el cumplimiento de deberes tuitivos comprendidos en las instituciones disciplinadas en la Ley (régimen de visitas, controversias, etc.) han de conformarse a los esquemas del art. 211 y concordantes. Estimo que el art. 1.823 de la L.E.C., en beneficio del menor no debería ser de aplicación. Realmente los actos de jurisdicción voluntaria planteados por la Ley de la adopción no se ajustan a las exigencias conceptuales de la jurisdicción voluntaria propiamente dicha y de ahí que no todas las disposiciones de ésta le deban ser de aplicación. Es razonable que los internamientos, régimen de visitas, etc., a que hacemos mención se resuelvan en el correspondiente procedimiento de constitución de tutela o guarda o acogimiento del que materialmente dimanen.

b) Tutela de las entidades públicas. La constitución judicial de la misma ha de hacerse en el mismo tipo de procedimiento apuntado. Cuando los padres o el tutor disientan, la privación de sus derechos se hará en juicio verbal en los términos del art. 1.827 que analógicamente despliega aquí sus efectos. Habiendo cesado la situación de desamparo motivadora de esta tutela, será necesaria nueva decisión judicial por los mismos trámites. La legitimación para promoverla o pedir su extinción corresponderá a las personas indicadas en los arts. 228 y 229 sobre cuya hermenéutica nos remitimos a lo dicho en el capítulo III. Es razonable como en la guarda ex art. 158.3.º atribuir legitimación al menor.

c) Acogimientos y adopciones. Tienen diseñado un procedimiento específico en los arts. 1.828 a 1.831. Debe subrayarse que la negativa de la entidad pública o del menor a proponer o consentir el acogimiento o adopción no son impugnables en el correspondiente juicio ordinario. Tampoco tienen cauce para defender sus derechos los acogedores o adoptantes postergados dada la exclusividad de la intervención administrativa. La resolución que recaiga en el expediente de adopción no puede revisarse en actuaciones contenciosas y la doctrina postula sólo la revisión relacionada con la validez del acto, y cumplimiento de sus requisitos previos con los remedios procesales oportunos.

d) Las pretensiones fundadas en los arts. 179 y 180 se sustancian por los trámites del juicio declarativo ordinario (art. 1.832) con posibilidad expresa de medidas cautelares, personales y reales.

e) Las guardas de hecho. Cuando no hay desamparo están al margen de la regulación procesal específica que venimos comentando que sí le será de aplicación en los demás casos en que puedan relacionarse con el ámbito de la disposición final comentada al principio. Conviene recordar por razones pragmáticas los posibles modos de actuación administrativos y judiciales. Cuando tenga conocimiento de ellos en las entidades públicas, ostentarán legitimación directamente o a través del Ministerio Fiscal para ponerlas en conocimiento del órgano jurisdiccional

competente con arreglo a las normas ordinarias, quien en trámite de jurisdicción voluntaria adopta resoluciones de control y vigilancia jurificadoras de la situación de hecho. Si los padres u tutores se han desentendido de la suerte del menor deben remitirse testimonios al Ministerio Fiscal para que ejercite en juicio de menor cuantía la acción del art. 170 o en jurisdicción voluntaria la de remoción de la tutela, que se constituirá conforme a las reglas ordinarias. Las entidades públicas de adopción de menores tienen en todo caso abierta la vía para legalizar la hipótesis de hecho con el acogimiento o adopción de los arts. 173 y 174 y siguientes. Lo dicho es de aplicación a los guardas de los Tribunales Tutelares de Menores.

