

x-54-151342-6

-5-
TD
354

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado - Area de Derecho Civil

"EL DESAMPARO Y LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LAS ENTIDADES
PÚBLICAS"

MARIA BALLESTEROS DE LOS RIOS

1995

R.O. 87.662

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE
MADRID
F. DE DERECHO
BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
AREA DE DERECHO CIVIL

"EL DESAMPARO Y LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LAS ENTIDADES
PÚBLICAS"

(TESIS DOCTORAL)

MARIA BALLESTEROS DE LOS RIOS

1995

Directores: Prof. Dr. D. RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO
Prof^a. Dr^a D^a SILVIA DIAZ ALABART

INDICE

"EL DESAMPARO Y LA TUTELA AUTOMÁTICA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS".

CAPITULO I

EL CONCEPTO DE DESAMPARO.....	1
1.- EL ESTADO DE ABANDONO EN LA LEY ITALIANA DE 4 DE MAYO 1983 N° 184.....	3
1.1- CONSIDERACIONES GENERALES DE LA LEY.....	4
1.2- EL CONCEPTO DE ABANDONO DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE 1983.....	7
1.2.1-Importancia de la duración de la falta de asistencia.....	15
1.2.2-Cualificación del estado de abandono en relación a los sujetos por los que es prestada la asistencia.....	15
1.2.3-Abandono del menor acogido en un Instituto o en Acogimiento familiar.....	17
1.2.4-Importancia de la fuerza mayor y su exclusión en caso de rechazo de las medidas de apoyo.....	19
2.- EL CONCEPTO DE DESAMPARO EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.....	22
2.1-INTRODUCCIÓN.....	22
2.2- LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	25

2.2.1-Distintos supuestos.....	25
2.2.2- Características.....	34
2.2.3- Medidas de protección.....	39
2.2.3.1- Ayudar a la familia del menor.....	39
2.2.3.2- La Acogida simple en familia.....	40
2.2.3.3- La Acogida simple en un Centro público o colaborador.....	41
2.2.3.4- La Acogida familiar preadoptiva.....	42
2.2.3.5- Otras medidas de protección.....	42
3.- ANTECEDENTES Y GÉNESIS DEL ARTÍCULO 172-1 C.c.....	46
4.- CARACTERÍSTICAS:.....	53
4.1- SITUACIÓN DE HECHO.....	53
4.2- LA FALTA DE ASISTENCIA MATERIAL O MORAL.....	55
4.3- EL INCUMPLIMIENTO O EL IMPOSIBLE O INADECUADO EJERCICIO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS POR LAS LEYES PARA LA GUARDA DE LOS MENORES.....	66
4.3.1- Naturaleza de los deberes objeto de incumplimiento.....	68
4.3.2- Grado de incumplimiento.....	76
4.3.3- Causas del incumplimiento y supuestos concretos que pueden incluirse.....	78
4.3.4- La cláusula de fuerza mayor de carácter transitorio en el Ordenamiento Jurídico Italiano.....	88
4.3.4.1- Distintos supuestos.....	93
4.3.4.2- Rechazo injustificado de las medidas	

deapoyo.....	97
4.3.5-La cláusula de fuerza mayor en la Ley 21/87.....	99
4.3.6-La cláusula de fuerza mayor en la Ley Catalana37/91.....	112
4.4- AUSENCIA DE PLAZO DE DURACIÓN.....	117
4.4.1-Dictamen sobre "La Adopción" de la Comunidad Europea (92/C287/08) de 1 de Julio de 1992.....	121
4.5- NO PRECISA DE DECLARACIÓN JUDICIAL.....	124
5.- EL ÁMBITO SUBJETIVO.....	126
5.1- EN EL ANTIGUO CONCEPTO DE ABANDONO.....	133
5.2- EL CARÁCTER OBJETIVO DEL DESAMPARO EN EL ARTÍCULO 172-1 DEL CÓDIGO CIVIL.....	136
6.- SUJETO PASIVO DEL DESAMPARO: EL MENOR.....	143
6.1- MENORES: EMANCIPADOS Y NO EMANCIPADOS.....	144
6.1.2-El menor de vida independiente.....	147
6.2- MENORES: INCAPACITADOS Y NO INCAPACITADOS.....	150
6.3- MAYORES INCAPACITADOS.....	151
7.- SUJETO ACTIVO DEL DESAMPARO.....	154
7.1- EN LA LEY 21/87.....	154
7.1.1-Los progenitores y tutores.....	157
7.1.2-Losacogedores.....	157
7.1.3-Entidad pública guardadora del menor.....	159
7.1.4-Entidad pública tutora del menor.....	160
7.1.5-Elcurador.....	160
7.1.6-El guardador de hecho.....	161
7.2- IMPORTANCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA REGULACIÓN PENAL DEL ABANDONO.....	165

7.3-	EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY ITALIANA DE ADOPCIÓN.....	172
7.4-	¿ES EXTRAPOLABLE A NUESTRO ORDENAMIENTO LA REGULACIÓN ITALIANA?.....	190
8-	LA DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS LÍMITES.....	197
8.1-	EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.....	199
8.1.1-	El Derecho del menor a ser educado en su familia.....	200
8.1.2-	Distintos tipos de acogimiento:.....	203
8.1.2.1-	Los sometidos al control administrativo o jurisdiccional:.....	203
8.1.2.1.1-	El Acogimiento familiar: Presupuestos.....	204
8.1.2.1.2-	El Acogimiento institucional: Concepto y Supuestos en que dicha medida tiene lugar.....	207
8.1.2.2-	Los Privados.....	214
8.1.3-	Los límites a la delegación de la patriapotestad.....	215
8.1.3.1-	El carácter temporal del Acogimiento.....	215
8.1.3.2-	La obligación de informar a cargo de los padres y de los acogedores y las respectivas sanciones civiles: art.9 párrafos 6º, 7º y 8º.....	222
8.1.3.3-	Las sanciones penales: arts. 71 y 72.....	226
8.2-	EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	230
8.2.1-	Introducción.....	230
8.2.2-	Distintos supuestos de delegación de patria potestad y su relación con el desamparo:.....	239

8.2.2.1-Los pactos privados.....	240
8.2.2.2-La guarda de hecho.....	242
8.2.2.3-La guarda y el acogimiento.....	251
8.3- DISTINTOS TIPOS DE ACOGIMIENTO EN LA LEY	
CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.....	255
8.3.1-La Acogida simple en familia.....	256
8.3.1.1-Presupuestos.....	256
8.3.1.2-Obligaciones de las personas que acogen al menor.....	258
8.3.2-La Acogida simple en institución.....	260
8.3.2.1-Casos en que dicha medida tiene lugar.....	261
8.3.2.2-Clases de centros.....	263
8.3.3-La Acogida preadoptiva.....	264
8.3.4-La importancia del límite temporal en la delegación de la patria potestad.....	266
9.- AUTORIDAD COMPETENTE PARA APRECIAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	267
9.1- INDETERMINACIÓN DE LA MISMA EN LA LEY 21/87.....	267
9.1.1-A favor de que sea la Entidad pública.....	273
9.1.2-La autoridad judicial.....	289
9.1.2.1-La indefensión de los progenitores y tutores.....	300
9.2- EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.....	304
9.3- PERSONAS OBLIGADAS A PONER EN CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA LA SITUACIÓN DE ABANDONO.....	307
9.3.1-Artículo 9, párrafos 1º a 5º de la Ley Italiana.....	307

9.3.2-En la Ley Catalana.....	310
9.3.3-En la Ley 21/87.....	311
10.- DISTINTOS SUPUESTOS DE DESAMPARO EN LA LEY 21/87.....	313
10.1- INEXISTENCIA DE PADRES O TUTORES.....	314
10.2- MENOR DESAMPARADO POR CULPA DE QUIENES TIENEN LA Patria Potestad sobre él: El incumplimiento y el Inadecuado Ejercicio.....	315
10.2.1-Oposición de los padres a la ejecución del acuerdo adoptado por la Entidad pública.....	320
10.2.2-Recursos contra las resoluciones declaratorias de las situaciones de desamparo.....	325
10.2.2.1-Sentencia del Tribunal Constitucional 298/1993, de 18 de Octubre.....	337
10.3- MENOR DESAMPARADO SIN CULPA DE QUIENES TIENEN LA Patria Potestad sobre él.....	347

CAPITULO II

LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.....	352
11.- INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.....	352
11.1- ¿CUALES SON LAS ENTIDADES PÚBLICAS?.....	356
11.1.1-Organismos del Estado.....	358
11.1.2-Comunidades Autónomas.....	359
11.1.3-Entidades Locales.....	364
11.2- LAS ENTIDADES COLABORADORAS.....	368
12.- LA ATRIBUCIÓN DE FACULTADES A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO.....	373
12.1- LOS PODERES TUTELARES DEL INSTITUTO DE	

ASISTENCIA EN LA LEY ITALIANA 184/1983.....	373
12.1.1-Las Medidas Provisionales en interés del menor del Artículo 10.....	378
12.2- LAS FUNCIONES TUTELARES EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.....	381
12.2.1-Concepto.....	381
12.2.2-Supuestos en que dicha medida tiene lugar.....	382
12.2.2.1-El Derecho del Menor a crecer en el seno de una familia.....	384
12.2.3-Caracteres de estas funciones.....	385
12.2.3.1-Carácter automático.....	385
12.2.3.2-Provisionalidad.....	386
12.2.3.3-Recaen sobre menores desamparados.....	388
12.2.3.4-Contenido personal y patrimonial.....	388
12.2.3.5-Conllevan la suspensión de la patria potestad o tutela.....	388
12.2.3.6-Se garantiza la ejecución de la medida.....	389
13.- LA ATRIBUCIÓN DE TUTELA A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN EL CÓDIGO CIVIL:.....	390
13.1- REFORMA DE 1983:.....	390
13.1.1-Artículo 222 C.c.....	394
13.1.2-Artículo 232 C.c.....	397
13.1.3-Artículo 239 C.c.....	398
13.1.4-Artículo 242 C.c.....	403
13.2 -LEY 21/87, DE 11 DE NOVIEMBRE: ARTS.172-1º, 222-4º, 229, 232, 239-1º C.c.....	408
13.2.1-Artículo 222-4 C.c.....	413

13.2.2-Artículo 229 C.c.....	416
13.2.3-Artículo 232 C.c.....	423
13.2.4-Artículo 239 C.c.....	427
13.3- DISTINCIÓN ENTRE TUTELA Y GUARDA.....	433
13.4- LA GUARDA DE HECHO: ARTS. 303-306 C.c. Y LA GUARDA ADMINISTRATIVA.....	444
13.4.1-La guarda de hecho.....	444
13.4.2-La guarda administrativa.....	455
14.- CARACTERES DE LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS:.....	459
14.1- RECAE SOBRE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.....	459
14.2- EX LEGE.....	460
14.3- AUTOMÁTICA.....	462
14.3.1-A favor del Automatismo.....	466
14.3.2-En contra del Automatismo y a favor de una Declaración Judicial.....	480
14.4- PROVISIONAL.....	485
14.5- ADMINISTRATIVA O DE TITULARIDAD PÚBLICA.....	496
14.6- DELEGABLE EN SU EJERCICIO:.....	501
14.6.1-Por el Director del Establecimiento:.....	509
14.6.1.1-De la Entidad Pública.....	509
14.6.1.2-De la Institución Colaboradora.....	511
14.6.2-A través del Acogimiento.....	513
15.- NATURALEZA Y ALCANCE DE LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.....	514
15.1- CRÍTICA SOBRE LA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 172 C.c....	514
15.2- LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES:.....	517
15.2.1-Es una Tutela del Título X del Libro I del	

Código Civil.....	520
15.2.1.1-Totalmente homologada con la ordinaria.....	523
15.2.1.2-De naturaleza especial.....	530
15.2.2-Es una Tutela distinta: Es un título administrativo.....	537
15.3- ¿SON INCOMPATIBLES O NO LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA?.....	545
15.3.1-A favor de la compatibilidad.....	550
15.3.2-En contra de la compatibilidad.....	556
15.3.2.1-Existencia de un control judicial previo....	557
15.3.2.2-La privación ex lege de la patria potestad.....	562
15.3.3-Postura ecléctica: La suspensión de la patria potestad o tutela anterior.....	567
15.3.3.1-Antes de la Reforma de 1981.....	568
15.3.3.2-Con posterioridad a la Reforma de 1981.....	573
15.3.3.2.1-Supuestos en que uno o ambos progenitores pueden verse excluidos de la titularidad de la patria potestad: arts. 111 y 170 C.c.....	580
15.3.3.2.2-Supuestos en que el ejercicio de la patria potestad corresponde de un modo total o parcial a uno sólo de los progenitores: Arts 156-2, 156-4 y 156-5 C.c.....	583
15.3.3.2.3-Preceptos en que se menciona la categoría de la suspensión: arts. 243-1° y 277-1° C.c.	602

15.3.3.3-Situación actual en la Ley 21/87.....	608
15.3.3.3.1-Ambito de la suspensión.....	626
15.4- LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA EN EL ACTA	
SOBRE LA INFANCIA DE 1989.....	638
15.4.1-La potestad tuitiva.....	638
15.4.2-La potestad compartida.....	641
16.- REGIMEN Y CONTENIDO DE LA TUTELA DE LAS	
ENTIDADES PÚBLICAS.....	647
16.1- ¿CUÁNDO ENTRA EN FUNCIONAMIENTO ESTA TUTELA?.....	648
16.2- RELACIONES CON LAS DEMÁS NORMAS DE TUTELA:	
¿QUÉ NORMAS SE APLICAN DEL RÉGIMEN GENERAL	
DE TUTELA?.....	657
16.2.1-Nombramiento de tutor: El automatismo.....	659
16.2.2-Causas de inhabilidad y excusas.....	661
16.2.3-La no exigencia de prestar fianza.....	663
16.2.4-La obligación de hacer inventario y	
el artículo 279 C.c.....	666
16.2.5-La Autorización judicial de los	
artículos 271 y 272 C.c.....	668
16.2.6-Retribución del tutor.....	670
16.3- INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LA TUTELA....	671
16.4- CONTENIDO DE LA TUTELA: PERSONAL Y PATRIMONIAL....	682
16.5- FUNCIONES DEL TUTOR.....	689
16.5.1-En el orden personal.....	689
16.5.1.1-Velar por el menor.....	694
16.5.1.2-El deber de alimentos.....	695
16.5.1.3-Educar al menor.....	700

16.5.1.4-Responsabilidad extracontractual.....	701
16.5.1.5-Informar al Juez.....	702
16.5.2-En el orden patrimonial.....	702
16.5.3-La representación del menor.....	703
17.- EXTINCIÓN DE LA TUTELA AUTOMÁTICA.....	704
17.1- EN LA LEY 21/87.....	704
17.2- EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.....	711
III.- CONCLUSIONES.....	716
IV.- JURISPRUDENCIA.....	735
V.- BIBLIOGRAFIA.....	742

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE DESAMPARO.

El art.172-1 C.c. define el desamparo. Un problema de la Ley 21/87 es la definición que nos da dicho artículo, ya que aparece delimitado en sus perfiles mínimos: *"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, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material"*.

Es un concepto que a muchos les parecerá abstracto en exceso. Alguien hubiera preferido un catálogo de situaciones de desamparo. Pero la experiencia demuestra que, por un lado, es muy difícil aprehender en definiciones los conceptos básicos y, de otro, los catálogos legislativos suelen ser negativos en las leyes porque siempre se queda algo fuera.

Es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que necesita completarse, pues no señala qué se entiende por privación de la necesaria asistencia material o moral, ni qué supuestos quedarán englobados en la expresión "incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección". En dicho tipo de conceptos hay siempre una zona de incertidumbre, más o menos amplia, en la que se manifiesta la dificultad de alcanzar la solución justa.

Se trata de un concepto tan genérico, que sólo se contemplan algunos de los caracteres propios del desamparo, quedando no explicitados, como luego veremos, aspectos tan importantes como el órgano competente para apreciar dicha situación y el procedimiento que debe seguirse, entre otros.

Nos encontramos, por tanto, como señala la mayoría de la doctrina¹, ante una regulación vaga, imprecisa, defectuosa e insuficiente del desamparo, siendo éste uno de los temas más problemáticos de la Ley del 87.

Debe hacerse un esfuerzo para establecer, con la mayor concreción posible, los rasgos definidores de la situación de desamparo, tratando de evitar una apreciación errónea de las circunstancias que lo originan.

Si se quiere proteger al menor de forma adecuada, es imprescindible una definición lo más completa posible del desamparo, como venía reivindicando la doctrina desde la regulación

¹ GARCIA CANTERO: "La Reforma del Acogimiento familiar y de la Adopción (Ley 21/1987, de 11 de Noviembre)". Adición al Tomo V, Vol.II del "Derecho Civil español, comun y foral" de CASTAN TOBEÑAS, Madrid 1988, p.29; FELIU REY: <<Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/87 de 11 de Noviembre>> AC N°35, 1989, pp. 2749 y ss.; VARGAS CABRERA: <<El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas>> A.D.C., abril-junio, t.II 1991, pp. 622 y ss.; LLEBARIA SAMPER: "Tutela automática, Guarda y Acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre)". Bosch. Barcelona 1990, pp. 41-49; FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los TTM>>, R.G.D., Abril, 1989, p.1817 .

de 1970². Es preciso garantizar, tanto los derechos del menor a crecer en un ambiente familiar idóneo, como los derechos de los progenitores a ejercer su patria potestad.

Una vez que quede bien delimitado dicho concepto, será entonces cuando deba darse el siguiente paso, consistente en determinar qué institución jurídica es la más adecuada para proteger a los menores en situación de desamparo.

La dificultad del operador jurídico estará, caso por caso, en la decisión de si estamos o no en presencia de una situación de desamparo.

1.- EL ESTADO DE ABANDONO EN LA LEY ITALIANA DE 4 DE MAYO 1983, N°184.

Para el conocimiento de esta institución nos será de gran ayuda el Derecho Comparado y especialmente el Derecho italiano, por la gran influencia que éste ha tenido, a través de la Ley italiana de 4 de Mayo de 1983, en nuestra Ley 21/87, de 11 de Noviembre. También nos será de enorme utilidad la doctrina y la Jurisprudencia italiana, que han mostrado una gran preocupación y realizado un profundo estudio acerca de este tema.

² Vid. entre otros BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil... cit.", 1978, pp. 281-289.; CASTRO LUCINI: <<La nueva regulación de la adopción>> RCDI, 1971, pp. 584-586.

1.1- CONSIDERACIONES GENERALES DE LA LEY.

En el Derecho Italiano la institución de la adopción se regula en los artículos 291 a 314 del C.c. de 1942, en relación con la adopción de personas mayores de edad, y por la Ley n° 184, de 4 de Mayo de 1983, que regula la adopción y el acogimiento³ de menores.

Esta última es una Ley en la que se regulan la adopción y el acogimiento fuera del Código Civil. Consta de 82 artículos, y está dividida en 6 Títulos, que tratan respectivamente: del acogimiento de menores, Título I (arts.1-5); de la adopción, Título II (arts.6-28) -que consta a su vez de 4 Capítulos: el I dedicado a las disposiciones generales; el II a la declaración de adoptabilidad; el III al acogimiento preadoptivo y el IV a la declaración de adopción-; de la adopción internacional, Título III (arts.29-43); de la adopción en casos particulares, Título IV (arts.44-57); de las modificaciones al Título VIII del Libro I del C.c., Título V (arts.58-67) y de las Disposiciones Finales y Transitorias, Título VI (arts.68-82).

³ La palabra <<affidamento>> quiere decir promesa de hacer algo, confianza, seguridad..... Su significado en esta materia sería entregar al menor en confianza a una persona o a una familia. DE LA HAZA DIAZ:<<Notas sobre el <<affidamento>> familiar en Derecho Italiano y el Acogimiento familiar en el C.c. español>> en R.G.L.J., N°6, Dic. 1987, p.961, opta por mantener el vocablo original, ya que la palabra italiana no tiene una exacta, ni una buena traducción al castellano, y, además, designa un figura jurídica. No obstante, considero que, precisamente por tratarse de un término jurídico, es preferible traducirlo y emplear nuestro término *acogimiento*, equivalente a dicha institución.

La Ley contempla dos tipos de acogimiento: el acogimiento normal o simple de menores (Título I de la Ley) y el preadoptivo (Cap.III del Título II de la Ley, art.22 y ss.).

El acogimiento normal se caracteriza por ser una institución de protección del menor de carácter transitorio, cuyo fin es procurar su reinserción en la familia de origen. Este, a su vez, puede ser: familiar (art.2-1), para los casos en que el menor se encuentre temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo, o institucional -guarda con internamiento y función tutelar ejercida por un ente público hasta que se prevea el nombramiento de un tutor- (art.2-2), que tiene lugar cuando no sea posible el acogimiento familiar. El legislador establece un orden de preferencia entre estas dos medidas. Considera más idóneo el acogimiento familiar, y el institucional sólo tiene lugar en defecto del familiar.

En cuanto al acogimiento preadoptivo, su fin es procurar al menor abandonado una familia que reúna los requisitos exigidos para ser adoptante y proporcionar un período de convivencia -un año- de carácter experimental, en el que se encomienda la guarda provisional del menor a los solicitantes de la adopción, que normalmente acabará en una adopción.

En el acogimiento preadoptivo, en primer lugar el Tribunal de Menores declara en estado de adoptabilidad a los menores en

situación de abandono, por falta de asistencia material y moral por parte de los padres o de los parientes obligados a ello (art.8)⁴. Los cónyuges que quieran adoptar presentan una petición al Tribunal de Menores, y, tras el oportuno procedimiento, se dispone el acogimiento preadoptivo, que tiene un carácter temporal, normalmente un año (art.25), aunque puede ser prorrogado. Transcurrido dicho período, tiene lugar la declaración de adopción mediante resolución y tras el procedimiento oportuno.

Se regulan tres tipos de adopción: la adopción legitimante - equivalente a nuestra adopción plena- de los menores (arts.6-28), en la que es competente el Tribunal de Menores que ha declarado el estado de adoptabilidad (art.25) -la declaración de adopción puede tener lugar transcurrido un año desde el acogimiento preadoptivo-, y la adopción no legitimante o menos plena de menores, que actúa en los casos particulares⁵ regulados en los arts.44-57⁶ de la Ley de

⁴ Vid. DE CUPRIS: "Il diritto di famiglia". Padova, 1988, pp. 192 y ss.

⁵ Vid. AULETTA: "Il diritto di famiglia". Torino 1992, pp. 312-342 y FERRANDO: <<L'adozione>> en BESSONE: "Casi e questioni di diritto privato". III. Matrimonio e famiglia. Settima edizi. Giuffrè editore. Milano, 1993, pp. 232-235.

⁶ En el artículo 44, párrafo 1º, se recogen los distintos supuestos. Se establece que "*También podrán los menores ser adoptados, aunque no concurren las circunstancias del párrafo 1º del artículo 7 -es decir, que se trate de menores no declarados en estado de adoptabilidad según el artículo 8- : a) Por personas unidas al menor, huérfano de padre y madre, con vínculo de parentesco de hasta el sexto grado o por una relación estable y duradera existente al tiempo de la pérdida de los padres. b) Por el cónyuge cuando el menor sea ya hijo adoptivo del otro cónyuge. c) Cuando sea imposible el acogimiento preadoptivo*".

En el resto de los preceptos se establecen los requisitos

1983. Por último, está la adopción ordinaria que está prevista para los mayores de edad y se regula en el Código Civil (arts.291-314).

1.2- EL CONCEPTO DE ABANDONO DEL ART.8 DE LA LEY DE 1983.

El art.8⁷ introduce el Capítulo II del Título II de la Ley, titulado <<De la declaración de adoptabilidad>>; en tal artículo se establece que los menores en situación de abandono son declarados en estado de adoptabilidad por el Tribunal de Menores⁸.

El abandono surge ante la falta de asistencia moral y material por parte de los padres o de los parientes obligados a prestársela, siempre y cuando la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio.

El legislador nos da una definición no precisa, que es

propios de esta adopción, la revocación de la misma y el procedimiento, siendo el organismo competente el Tribunal de Menores.

⁷ Vid. sobre el artículo 8 de la Ley: UBALDI: <<Commentario dell'art.8>> en la obra de BIANCA, BUSNELLI, FRANCHI, SCHIPANI: "La nuova legge sull'adozione". Padova, 1985, pp. 55 y ss. MANERA: "L'adozione e l'affidamento familiare" (Commento alla L.4 Maggio 1983, n.184, con la giurisprudenza relativa alla parte della vecchia disciplina transfusa nella nuova). Napoli 1983, pp. 50 y ss.

⁸ Así, en el párrafo 1º del artículo 8 se dispone: "*Serán declarados en estado de adoptabilidad, incluso de oficio, por el Tribunal de menores del distrito en que se encuentren, los menores en situación de abandono que consista en privación de asistencia moral y material por parte de los padres y parientes obligados a prestársela, siempre que la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio*".

susceptible de ser aplicada a los contenidos más diversos⁹, dejando así al intérprete la valoración discrecional sobre la existencia en el caso concreto de la falta de asistencia.

Hay que tener en cuenta que toda tentativa de definición del concepto de abandono resulta limitada y no sería susceptible de adaptarse a las variadas situaciones existentes en la realidad social. Por tanto, no se enumeran los distintos supuestos sino que se opta por un concepto amplio de abandono que abarca las diversas situaciones en las que puede encontrarse un menor, evitando así cualquier discriminación arbitraria o irracional¹⁰.

El término <<privados>>, en su común acepción gramatical, indica una falta absoluta. Interpretado en sentido literal, comprendería sólo los supuestos límites en que fuera negado cualquier tipo de asistencia material y moral por parte de los padres o los parientes. Pero ésta no es ciertamente la ratio de la norma. Por tanto, quedan englobadas diferentes categorías, con tratamiento diverso, en el ámbito de situaciones que son efectivamente de abandono¹¹.

⁹ Sobre la legislación anterior a la ley de 4 de mayo de 1983, n° 184, Vid. BESSONE, DOGLIOTTI y FERRANDO: "Giurisprudenza dell'adozione". Milano 1991, pp. 54 y ss.

¹⁰ Vid. UBALDI, op. ult.cit., p.55 y MANERA: "L'adozione.... cit.", p.51.

¹¹ MANERA: "L'adozione....cit.", p. 54. ; FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori". Giuffré Editore. Milano 1983, pp. 103-104, el cual señala que la privación de la asistencia no debe ser necesariamente absoluta, sino que es

La comprobación de la privación de asistencia material y moral no se entiende en sentido absoluto, sino que se lleva a cabo mediante una valoración comparativa respecto a las prestaciones establecidas de que goza un menor de esa edad y en esas condiciones socioeconómicas; en un cierto sentido, se refiere a aquello que es un standard normal de cuidado, teniendo en cuenta que las necesidades del menor varían según las diversas situaciones en que éste se encuentra.

El abandono se sustenta en una reducción de prestaciones; ciertamente, no toda restricción respecto a las prestaciones <<normales>> constituye privación de asistencia material o moral. Tan sólo aquellas reducciones que, cuantitativa y cualitativamente, impiden al menor un correcto desarrollo de su propia personalidad¹².

Se trata de un concepto de carácter objetivo, correspondiendo al Juez la comprobación de un estado de hecho de abandono. Como señala MANERA¹³, la Jurisprudencia ha ido precisando el concepto

suficiente con que sea relativa. Se incluyen así también aquellos casos en que existe una reducción manifiesta, en los cuidados y atenciones que los padres deben prestar a todo menor.

¹² Vid. BRAND: <<Adoption-italie>>. Revue Internationale de Droit Comparé, n° 3, Julio-Septiembre, 1985, pp.638 y ss.

¹³ MANERA: "L'adozione...cit.", pp. 62 y ss. en las que cita varias Sentencias: Trib. Min. Genova, 15 Julio 1975, Giur. Merito, 1976, p.420; Cass.7 Marzo 1977, n.941, Dir. fam. pers., 1977, p.542; Trib. Min. Milano 12 Enero 1977, Dir. fam. pers., 1977, p.695.

de abandono y delimitando el sentido de la expresión "asistencia material y moral".

El art. 8 habla de asistencia material <<y>> moral. Efectivamente, en la mayor parte de las situaciones de abandono se encuentra una carencia, sea de asistencia material, sea de asistencia moral, o mejor dicho, se encuentra una carencia general de asistencia, que se refleja en el plano material o en el plano moral.

Es difícil establecer una precisa distinción entre asistencia material y moral, en cuanto la una se entrecruza y se combina con la otra en algunos supuestos de abandono.

El uso de la partícula copulativa <<y>> hace pensar que no nos encontramos ante una situación de abandono en el caso de falta sólo de asistencia material, o sólo de asistencia moral. Sin embargo, tanto la mayoría de la doctrina¹⁴, como la Jurisprudencia¹⁵, consideran que basta con la falta de asistencia en uno de estos planos, el moral o el material, para declarar el abandono.

¹⁴ UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge... cit.", p.55; MANERA: "L'adozione...cit.", pp. 58-59.

¹⁵ Vid. Corte di Cassazione 23 Abril 1990, n.3369. Dir. fam. pers., n.3 1990, pp. 828-829.

Un amplio sector doctrinal¹⁶ opina que ante la falta sólo de asistencia material, la solución debe ser diferente, ya que el menor que vive en una familia económicamente pobre, pero válida moralmente, debe ser ayudado con una medida distinta del alejamiento de su propia familia, llevándole a otra con mejor posición económica.

Varía la situación, cuando falta sólo la asistencia moral. Así, podemos considerar el caso de un menor abandonado por largo tiempo por sus progenitores en un instituto o acogido por terceros, siendo, por tanto, privado de un adecuado soporte formativo de tipo familiar¹⁷.

¹⁶ UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge... cit.", p.56 y p.66 opina que otra solución es establecer un subsidio en dinero a favor de la familia necesitada; tal solución es la más adecuada en el caso en que la falta de asistencia sea consecuencia exclusiva de la necesidad económica y exista para el menor la posibilidad de recuperar la familia de origen.; BIANCA: <<Commentario all'art.1>> en "La nuova legge sull'adozione... cit.", p.2, el cual señala, que si el menor recibe la adecuada asistencia moral y ante ésto se opta por el acogimiento, supondría un grave e intolerable sacrificio, tanto de los intereses del menor como de los de sus padres. En el mismo sentido PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.2>> en "La nuova legge ...cit.", p.19 los cuales opinan que antes de proceder al acogimiento familiar, el Estado, debe proporcionar a los padres que no pueden asistir materialmente a sus hijos, los instrumentos adecuados para proceder a su mantenimiento, educación e instrucción.

¹⁷ Vid. Trib. Min. Genova 24 Abril 1991. Dir. Fam. Pers. 1993-3, pp. 595-604, en la que se considera que no procede la revocación de la declaración del estado de adoptabilidad, aunque los progenitores encuentren un trabajo estable y una vivienda adecuada, puesto que, se mantienen las perturbaciones mentales de los padres, como ponen de manifiesto los informes médicos, que impiden prestar una adecuada y constante asistencia al menor.

El tenor literal de la norma resulta limitado si se considera que el término <<privado>> indica una falta o mejor dicho una reducción de las prestaciones debida a un comportamiento omisivo; quedarían excluidos de la definición de abandono todos aquellos casos en los que hay un comportamiento activo de tipo negativo y contrario a los intereses del menor, que se concreta por ejemplo, en el maltrato, y en la inducción a un comportamiento delictivo o inmoral.

En general, la doctrina italiana¹⁸ considera que en el artículo 8 se contemplan no sólo los comportamientos pasivos sino también los activos, cuando impidan el cumplimiento de la asistencia material y moral.

La comprobación de la situación de abandono se regula en el art.10. La competencia para la comprobación de la situación de abandono, que antes correspondía al Tribunal, ahora corresponde al Presidente del Tribunal o a un Juez por él delegado. Tiene lugar una mayor agilidad en el procedimiento y el consiguiente ahorro de tiempo, lo cual tiene gran importancia cuando estamos en presencia de situaciones de abandono.

Las comprobaciones sobre las condiciones jurídicas y de hecho del menor, sobre el ambiente en el que ha vivido y vive, con el fin

¹⁸ MANERA: "L'adozione...cit.", pp. 60-61; FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione... cit.", p.105.

de verificar si subsiste el estado de abandono, se llevan a cabo por los Servicios locales¹⁹ y los órganos de policía.

El art. 10 no establece la necesidad de comprobar los precedentes del menor, porque para verificar si subsiste o no el estado de abandono, sólo es preciso indagar sobre el presente. Se trata de comprobar su situación actual, ya que, aunque en el pasado el menor se encontrara en situación de abandono puede que la falta de asistencia haya cesado²⁰.

¹⁹ Vid. PINNA: <<Un nuovo ruolo dell'ente locale nella tutela dei minori>>. Dir. Fam. Pers. 1993-3, pp. 738 y ss., el cual destaca la obligación del Servicio Social de poner en conocimiento del Tribunal de Menores las situaciones de abandono ya evidentes o bajo sospecha, siendo básica la vigilancia preventiva.

²⁰ Vid Corte App. Milán, 21 Enero 1992, Dir. Fam. Pers. 1993-1, pp.138-147. Los hechos se inician con el nacimiento de la menor el 11 de marzo de 1987, fecha a partir de la cual la madre deja a su hija provisionalmente en acogimiento al Tribunal de Menores. Posteriormente, según informa el Servicio Social de Milán al Juez de Menores, la madre ha visitado regularmente a la hija, pero no tiene trabajo ni casa, por lo que el Tribunal declara el estado de adoptabilidad de la menor por resolución de 25 de Enero de 1989. Luego, el procedimiento se declara nulo por razones formales.

El 7 de Julio de 1990, contrae matrimonio con un hombre con el que había tenido un hijo. En Noviembre de 1990 ambos reclaman a la menor. Mediante la resolución de 5 de Febrero de 1991, el Tribunal de Menores, considerando que se mantienen los presupuestos de la situación de abandono, declara la adoptabilidad de la menor. La madre se opone a la misma, pero su petición es desestimada en Sentencia de 20 de mayo de 1991, basándose en la situación existente desde 1987.

Pues bien, la Corte de Apelación estima que la única declaración de adoptabilidad jurídicamente existente, y a la cual hay que atender para comprobar las condiciones del estado de abandono, es la que alude la resolución de 5 de Febrero de 1991. Por tanto, hay que tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas -matrimonio y formación de un núcleo familiar estable de la madre y el propósito común de ambos cónyuges de tener a la menor en su familia- para comprobar si subsiste o no el estado de abandono.

Por último, el Tribunal estima que la situación de abandono no existe y la menor debe permanecer con su madre, ya que la

En cuanto a los efectos de la declaración de adoptabilidad en la patria potestad, hay que tener en cuenta el artículo 19 en el que se establece que "durante el estado de adoptabilidad queda en suspenso el ejercicio de la patria potestad por los padres".

Por último, hay que señalar que el artículo 21²¹ de la Ley permite excepcionalmente²² la revocación de la declaración de adoptabilidad por el Juez, ante circunstancias sobrevenidas, como es la desaparición de la situación de abandono, es decir de las circunstancias del artículo 8, y siempre y cuando sea beneficioso para el menor recuperar su propia familia²³.

adoptabilidad es un remedio al abandono, pero no un instrumento para asegurar condiciones de vida mejores al menor, que las existentes en su propia familia.

²¹ El artículo 21-1 establece: "*El estado de adoptabilidad cesará también por revocación en interés del menor, cuando desaparezcan las circunstancias mencionadas en el artículo 8, después de dictada la resolución a que se refiere el artículo 15*".

²² Ponen de manifiesto dicho carácter excepcional de la revocación MANERA: "L'adozione...cit.", p. 168; UBALDI: <<Commentario all'art. 21 >> en "La nuova legge...cit.", p.97; PETITO: <<Commentario a la Sentencia del Tribunal de Menores de L'Aquila de 11 de Diciembre de 1992>>. Dir. Fam. Pers., 1993-3, pp. 646-651 entre otros.

²³ Vid. Trib. Min. de L'Aquila, 11 Diciembre 1992, Dir. Fam. Pers. 1993-3, pp. 632-646 en la que se señala que la revocación tiene carácter excepcional y se propone sólo por hechos nuevos sobrevenidos. Condición necesaria es que haya cesado el estado de abandono, y que la misma obedezca al interés del menor. Este último requisito ha de efectuarse con sumo rigor, ya que, la revocación no puede ser concedida si subsisten dudas acerca de la posibilidad de que el menor reciba adecuada asistencia de sus progenitores. Si sólo concurre una de las condiciones, no procederá la revocación.

En el presente caso no procede la revocación, puesto que, no concurren ninguno de los dos presupuestos, subsiste la situación de abandono, dado que el progenitor vive con su primera mujer y no desea hacerse cargo de la menor y la madre es inmadura, no atiende

1.2.1-IMPORTANCIA DE LA DURACIÓN DE LA FALTA DE ASISTENCIA.

La doctrina italiana se plantea el problema de si se debe establecer un período mínimo de duración de la falta de asistencia, a fin de que se pueda concretar la situación de abandono. La respuesta debe ser en sentido negativo, ya que la valoración debe ser llevada a cabo por el intérprete, analizando en el caso concreto la efectiva situación de falta de asistencia al menor.

1.2.2- CUALIFICACIÓN DEL ESTADO DE ABANDONO EN RELACIÓN A LOS SUJETOS POR LOS QUE ES PRESTADA LA ASISTENCIA.

El artículo 8 establece que se encuentra en estado de abandono el menor que no es adecuadamente asistido por sus padres o parientes. La ratio de la norma es del todo comprensible, en cuanto es una aplicación directa del principio dispuesto en el artículo 1, que establece que el menor tiene el derecho a ser educado en el ámbito de la propia familia. Es preferible, y más acorde con los intereses del menor, ser asistido adecuadamente por sus parientes, y crecer dentro del propio núcleo familiar, que ser atendido en otra familia²⁴.

a las necesidades materiales y afectivas de su hija, y no ha asumido su rol de madre ni los deberes que comporta.

²⁴ Como señala VERCELLONE: <<Evolución del régimen jurídico de la adopción en Italia. Aspectos metajurídicos de la acción judicial en materia de protección de menores>> en "Aspectos jurídicos de la protección a la infancia". Consejo Superior de Protección de Menores. Ministerio de Justicia. 1985, p. 163, la primera preocupación de la administración local, a quienes se les ha

Existe una conexión entre la situación de abandono y la actuación de los padres y de los parientes obligados a prestar asistencia al menor, dado que ambos tienen una obligación de cuidarlo. Se tiene en cuenta quienes son las personas que han provocado dicha situación. Así, aunque el concepto de abandono responde a criterios objetivos, en él también se valora el comportamiento de los padres²⁵.

La Ley, en los artículos 9 y siguientes, se refiere a los parientes dentro del cuarto grado. Por ello, parte de la doctrina considera que a éstos también se refiere el artículo 8. En cambio, otro sector doctrinal estima que en relación con el artículo 8 no se puede mantener esta acepción, ya que los parientes dentro del cuarto grado no están obligados a hacerse cargo del menor, ni a la obligación de alimentos.

En el ordenamiento italiano existe una obligación de mantenimiento del menor a cargo de los ascendientes. Por tanto, según este último sector doctrinal, el art. 8 se refiere a la categoría de los ascendientes, de los hermanos y hermanas del

confiado la labor asistencial, es la de ayudar a las familias, con el fin de que la permanencia del menor dentro de su familia de origen sea una realidad.

²⁵ MANERA: "L'adozione...cit.", p.51.; FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione...cit.", p.118.

menor²⁶; es decir, a los parientes obligados a alimentos. Esta cuestión no es pacífica en la doctrina como luego veremos.

1.2.3- ABANDONO DEL MENOR ACOGIDO EN UN INSTITUTO O EN ACOGIMIENTO FAMILIAR.

El párrafo segundo del artículo 8 establece que la situación de abandono subsiste, si se mantienen las condiciones del párr. 1º, incluso, cuando los menores estén acogidos en un instituto de asistencia o se encuentren en acogimiento familiar; la norma confirma que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia, en la que se encuentre establemente acomodado y que el Estado no puede remediar la falta de asistencia con el acogimiento en un instituto o con soluciones provisionales.

En el caso de acogimiento familiar se mantiene la situación de abandono, ya que el menor es atendido por personas que no son los progenitores.

Este párrafo 2º del artículo 8 tiene gran importancia, dado que en él se contempla el ámbito subjetivo del concepto de abandono, puesto que en los casos, en que la delegación de la

²⁶ FINOCCHIARO A: "Disciplina dell'adozione...cit.", p.118; UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge...cit.", p.57; BAVIERA: <<I parenti dei minori in stato di abbandono>>. Dir. fam. pers., 1983, p.239 ; CENCI:<<Minori parenti ed adozione legittimante>>. Dir. fam. pers., nº4, 1990, p.1355. En contra MANERA :"L'adozione...cit.", p.60 que considera que dicho precepto se refiere a los parientes dentro del 4º grado.

patria potestad adquiriera un carácter permanente, también podrá tener lugar la declaración de abandono. Por tanto, no se recoge en esta Ley un concepto en términos exclusivamente objetivos.

¿Se puede considerar que en este artículo 8-2 se prevé en esos supuestos la automática declaración de abandono? En principio no, pues dicho precepto no limita el poder discrecional del Juez que se contempla en el artículo 4, ya que es éste el que establecerá el tipo de acogimiento que procede, atendiendo a las distintas circunstancias en que se encuentre el menor, así como si en dicho supuesto cabe o no declarar el abandono.

En este sentido se pronuncia la Corte de Casación en Sentencia de 22 de Mayo de 1990²⁷, al señalar que, "para la declaración del estado de abandono en el sentido del artículo 8, no basta que el menor esté acogido en una Institución cuando dicho acogimiento se ha adoptado, no en base a la voluntad de los padres de delegar en otros la responsabilidad del cuidado, de la custodia y educación del menor, sino por la situación económico-social de los mismos...y más aún cuando las visitas a la Institución son frecuentes, así como el carácter serio e indubitado de las manifestaciones de afecto, teniendo aquéllos un comportamiento cuyo fin es remediar las dificultades materiales".

²⁷ Vid. Cass. 22 de Mayo de 1990, n°4615, Dir. fam. pers., 1991, pp. 481-482.

Por tanto, la Corte considera que sólo tendrá lugar la declaración de abandono cuando exista una certeza absoluta sobre el carácter permanente del acogimiento en la Institución. Destaca en el mismo sentido que la Sentencia anterior la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de Abril de 1990²⁸.

En estos supuestos se tiene en cuenta el elemento subjetivo, puesto que son los progenitores los que deben hacerse cargo del menor. Por eso, aunque reciban todo tipo de prestaciones por parte de la Entidad, subsiste el estado de abandono cuando los padres no mantengan una actitud activa posibilitando que el menor vuelva a su entorno, junto a ellos.

1.2.4- IMPORTANCIA DE LA FUERZA MAYOR Y SU EXCLUSIÓN EN CASO DE RECHAZO DE LAS MEDIDAS DE APOYO.

La situación de abandono queda excluida, cuando la falta de asistencia sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio²⁹. La

²⁸ Vid. Cass. 23 de Abril de 1990, n°3369, Dir. fam. pers., 1990 pp. 828-829, en la que se declara el estado de abandono de un menor acogido en una institución, ante el abandono moral de la madre, que sólo se mostraba afectiva con aquél cuando consideraba que existía alguna posibilidad de que su hijo fuese acogido por otra familia. Además los encuentros entre ambos eran fuente de conflictos afectivos, puesto que la madre no mostraba un interés real por su hijo.

²⁹ En el artículo 8-1 se establece que "serán declarados en estado de adoptabilidad...los menores en situación de abandono que consista en privación de asistencia material y moral...siempre que la falta de asistencia no sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio".

nueva Ley recoge la decisión, unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, de poner un límite temporal a la fuerza mayor, como eximente por la falta de asistencia al menor. Así MANERA³⁰, al comentar este artículo, señala que "la fuerza mayor se considera como un hecho reversible y temporal, mientras que el abandono se contempla como una situación irreversible y definitiva", y UBALDI³¹ considera que la declaración del estado de adoptabilidad implica la comprobación de la irreversibilidad del estado de abandono³².

La declaración del estado de adoptabilidad no es una sanción por el acto voluntario de abandono por parte de los padres sino la constatación de un estado de hecho del menor.

El derecho de los padres a no verse privado de los hijos tiene lugar sólo en los casos en que, superado el impedimento

³⁰ MANERA: "L'adozione...cit.", p.57.

³¹ UBALDI: <<Commentario all'art.15>> en "La nuova legge...cit.", p.78.

³² Vid. Corte App. Milán, 12 Julio 1991, Dir. Fam. Pers. 1993-1, pp. 128-137, en la que se estima que no procede declarar al menor en estado de adoptabilidad puesto que, aunque la madre tiene una alteración de la personalidad, ello no comporta una alteración de la conciencia ni de la relación con la realidad, manifestación típica de una verdadera enfermedad mental sino que se trata de una persona lúcida y responsable cuya alteración es susceptible de tratamiento psicoterapéutico.

Si a esta consideración se añade la reivindicación por la apelante de su papel de madre, así como la existencia de un programa de apoyo por parte de los Servicios Sociales, se debe excluir la existencia de una situación de abandono que podría comprometer, de manera grave e irreversible, el desarrollo físico y psíquico del menor. Además hay que tener en cuenta que la Ley n° 184/1983 valora el derecho del menor a crecer en su propia familia de origen.

temporal, el menor pueda continuar viviendo en su familia de origen³³.

Sólo las causas de fuerza mayor que tengan un carácter permanente o irreversible darán lugar a la declaración del estado de adoptabilidad del menor.

Un problema más grave es determinar sobre qué debe incidir la fuerza mayor para excluir el abandono.

La norma debe ser interpretada de manera rigurosa, excluyendo la situación de abandono cuando se trate de un impedimento transitorio e involuntario por parte de los padres y los parientes, y se mantenga la esperanza de que, superado el impedimento, el menor podrá encontrar una asistencia válida por parte del progenitor o del pariente.

El párrafo 3° del artículo 8 excluye la fuerza mayor cuando los padres o los parientes rechacen la medida de apoyo ofrecida por los servicios locales y el rechazo sea considerado injustificado por el Juez.

El legislador ha querido reducir al mínimo la actuación de la fuerza mayor, excluyéndola cuando el impedimento pueda ser superado

³³ UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge... cit.", p.58.; FINOCCHIARO M: "Disciplina dell'adozione... cit.", p.111; MANERA: "L'adozione... cit.", p.57.

acogiendo la medida de apoyo ofrecida por el servicio local. Es el intérprete el que debe valorar las razones justificativas del rechazo. Podrá considerar injustificado el rechazo de las medidas de apoyo y, por tanto, excluir la fuerza mayor, sólo cuando el acto voluntario de rechazo comporte un perjuicio tal para el menor que eso mismo constituye un supuesto de abandono.

2.- EL CONCEPTO DE DESAMPARO EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.

2.1-INTRODUCCIÓN.

Esta Ley tiene por objeto proporcionar una protección al menor, sobre todo cuando se encuentre en una situación de desamparo. Esta materia estaba regulada en el Título VI de la Ley 11/1985, de 13 de Junio, de Protección de Menores, la cual supuso un gran avance frente a la obsoleta e ineficaz normativa anterior, aunque comprendía también la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil.

Contiene una regulación completa de la faceta protectora, que debe inspirarse en los siguientes principios:

-El interés del menor, el cual debe prevalecer en todas las medidas que le conciernan frente a cualquier otro interés.

-El derecho a crecer en el seno de una familia que le proteja y atienda, tanto a sus necesidades materiales como afectivas, posibilitando un desarrollo integral y armonioso de su personalidad.

Consta de 35 artículos y está dividida en 3 Capítulos, en los que se regulan los siguientes temas: en el I, todos los aspectos relativos a la protección del menor, como la declaración de desamparo y la aplicación de la medida de protección más idónea (arts.1-17); en el II, la adopción (arts.18-31) y en el III, las disposiciones comunes del acogimiento y la adopción (arts.32-35). Tiene 5 Disposiciones Adicionales, 5 Transitorias y 2 Disposiciones Finales.

Corresponde a la Generalidad de Cataluña la protección de los menores desamparados domiciliados o que se encuentren eventualmente en Cataluña (art.1). El Organismo competente³⁴ adoptará las medidas necesarias en relación a los menores desamparados y preventivamente -antes de nacer- cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro menor (art.2-1°).

³⁴ El Decreto 332/1988, de 21 de Noviembre, de reasignación de competencias en materia de protección de menores, en su artículo 2, atribuye al Departamento de Bienestar Social (Dirección General de Atención a la Infancia) la tutela de los menores en situación de desamparo, así como el ejercicio de la acción preventiva individualizada y todas las otras funciones que la Ley del Estado 21/1987, de 11 de Noviembre, encomienda a la Comunidad en esta materia.

Esto tiene gran importancia, ya que los problemas ante los que se encuentran los menores requieren una solución urgente, evitando toda serie de dilaciones indebidas, por lo cual, el detectar lo más pronto posible -incluso antes de nacer- la situación de desamparo, permite la resolución del problema antes de su planteamiento, teniendo grandes efectos beneficiosos para el menor.

La Ley contempla dos tipos de acogida: la simple y la preadoptiva. La simple (arts.10-12) tiene lugar en los casos de desamparo, en los cuales existe la posibilidad de que el menor vuelva con su familia de origen, puesto que, en principio, la duración de esta medida no podrá ser más de un año (art.11-1°).

La acogida simple puede ser de dos tipos: familiar (arts 10-11)³⁵ e institucional (art.12)³⁶, que tiene lugar cuando no sea

³⁵ En el párrafo 1° del artículo 10 se dispone: "El menor desamparado que haya de ser separado de su hogar o entorno familiar será confiado a otra familia o persona que haga posible el desarrollo integral de su personalidad".

En los otros tres párrafos se establecen las reglas de la medida, dedicándose el artículo 11 a regular el procedimiento y la duración de la misma.

³⁶ En el párrafo 1° del artículo 12 se recogen los supuestos en que tiene lugar dicha medida en los siguientes términos: "La medida de acogida en una institución se aplicará cuando se prevea que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia serán transitorias y no haya sido posible o aconsejable la acogida por una persona o familia. También es aplicable cuando, habiendo los requisitos para la acogida preadoptiva, ésta no se haya constituido".

En el párrafo 2° se establece que esta medida consiste "en ingresar al menor en una institución pública o colaboradora adecuada a sus características, con la finalidad de recibir la

posible la acogida familiar, trasladando al menor a un Centro o residencia que reúna unas características lo más parecidas posibles a las que se dan en una estructura familiar. El legislador establece un orden de preferencia entre ambas medidas. Considera más idónea la familiar, y la institucional sólo tiene lugar en defecto de la familiar, cuando esta última medida no haya sido posible o aconsejable (art.12-1).

La acogida preadoptiva se establece como paso previo o período de prueba para la adopción (arts. 13-15).

En toda adopción -salvo determinados casos- se puede exigir un período de prueba constituido por la acogida preadoptiva, la cual tiene lugar en los supuestos en los que los padres o tutores estén sometidos a una causa de privación de la patria potestad o remoción de la tutela, o estén imposibilitados -siendo esta situación permanente- para ejercer su potestad, o lo soliciten al Organismo competente, abandonando sus derechos y deberes, así como en los casos en los que lo determine el Juez (art.13-1°).

2.2-LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.

2.2.1-DISTINTOS SUPUESTOS.

El desamparo es el presupuesto que legitima al Organismo atención y la educación necesarias".

competente para intervenir en el ámbito de la protección de menores, tomando las medidas necesarias.

El artículo 2-2º contempla los distintos supuestos en que el menor se encuentra desamparado³⁷. Frente al concepto de desamparo -calificado de abstracto, vago e impreciso por algunos autores- del artículo 172-1º del Código Civil, nos encontramos con que la Ley catalana regula dicha situación con sumo detalle, proporcionando un catálogo de situaciones de desamparo. Se puede objetar -como ya he señalado- que los catálogos pueden ser negativos en las leyes, porque siempre se queda algo fuera, si bien, no parece ocurrir así en este caso.

Se establecen tres grupos, los cuales engloban diversas situaciones cada uno:

a - Cuando las personas, a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, faltan o están imposibilitadas para su ejercicio, o, si las ejercen, es con grave peligro para el menor.

b - Cuando tenga lugar cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por

³⁷ Vid. PUIG I FERRIOL y ROCA I TRIAS: "Institucions del Dret Civil de Catalunya". Dret de la persona. Dret de Família. Volum III. 4ª edició. Tirant lo blanch. Valencia 1994, pp. 76-77.

las leyes para la guarda de los menores³⁸, o cuando los menores carezcan de los elementos básicos para el desarrollo completo de su personalidad.

c - Cuando el menor presente signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga. Nos encontramos ante un cajón de sastre, en el que quedarían englobados los demás comportamientos de este tipo -"..... u otros de naturaleza análoga"- no mencionados expresamente.

Es un concepto amplio. No es una lista cerrada, ya que las cláusulas recogidas en el artículo 2-2 a) y b) son bastante abiertas. Se contemplan, tanto los comportamientos activos, como omisivos, tanto las situaciones de desamparo menos graves y de carácter transitorio, como las más graves y de carácter definitivo. Se evita así que existan algunos supuestos que no se encuentren contemplados en dicho catálogo.

En el artículo 2-2 a), se recoge la situación en la que el menor se encuentra cuando carece de personas que lo protejan, o, aún existiendo, están imposibilitadas para ello -incumplimiento

³⁸ Este supuesto es el que se tuvo en cuenta en la Ley 21/87 de 11 de Noviembre, para definir la situación de desamparo en el artículo 172. Ahora bien, dicho artículo va más lejos, ya que el desamparo tiene lugar siempre y cuando los menores queden privados de la necesaria asistencia material o moral, lo cual no se recoge en la Ley objeto de análisis.

involuntario-, así como cuando padecen el ejercicio desviado de los deberes de protección por parte de los obligados a cumplirlos, exigiéndose el establecimiento de un mecanismo de protección³⁹.

El legislador, con gran acierto, ha incluido todos aquellos casos en los que hay un comportamiento activo de tipo negativo y contrario a los intereses del menor -por ejemplo, inducción a un comportamiento delictivo o inmoral-, con grave perjuicio para el menor.

También contempla el legislador la imposibilidad de ejercer las funciones de guarda. No obsta a la apreciación del desamparo el hecho de que las causas que lo motiven procedan de una circunstancia de la que no es responsable el guardador del menor, pero que imposibilita el ejercicio de las funciones que conlleva la guarda de los menores.

El incumplimiento, en este supuesto, consiste en falta - están imposibilitadas- de cumplimiento y es inimputable (imposible) al titular de la potestad. En el artículo 2-2 a), se incluyen todos

³⁹ El artículo 54 de la LPM de 13 de Junio de 1985 recogía dos supuestos que pueden conducir a la tutela (protección) de los menores: 1-la inexistencia de un régimen de patria potestad o del derecho de guarda y educación; 2-cuando existiendo estos regimenes, su ejercicio era inadecuado.

La medida tutelar contemplada en la LPM, solamente será efectiva ante el incumplimiento por parte de los padres o tutores de los deberes que conlleva la potestad en sentido estricto -los personales-. No es causa suficiente para aplicar las medidas descritas en esa Ley catalana, el incumplimiento de los deberes que afecten a la esfera patrimonial.

los casos de no ejercicio de los derechos-deberes familiares que tienen su origen en causas distintas a la voluntad de sus titulares. Por todo ello, la ausencia o incapacidad no será necesario que estén declaradas judicialmente, sino que bastará que concurren de hecho. Quedan comprendidas las enfermedades mentales, aunque no sean determinantes de la incapacidad, las físicas, las situaciones de alcoholismo y drogadicción y las de necesidad económica, motivadas por la emigración o el paro⁴⁰.

El presupuesto que se establece en el apartado b) del artículo 2-2 es bastante amplio, dado que se tiene en cuenta "cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado....". Frente al artículo 172 del Código Civil, que alude a la carencia de asistencia moral o material <<necesaria>>, en este caso nos encontramos con una fórmula amplia, puesto que, al decir expresamente que, ante cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección, se considera que el menor está desamparado, revela que pueden encuadrarse en el concepto aquellas situaciones en que se cumplan, aunque de modo

⁴⁰ En distintos Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona se recogen supuestos de desamparo.

En el de 24 de Mayo de 1991 (R.J.C., 1991-4, p.1000), éste obedece a la falta de madurez de los padres lo que impide el desarrollo de una vida familiar normal de la menor.

En el de 20 de Junio de 1991 (R.J.C., 1991-4, p.1005), viene motivada por la vida desordenada del padre, toxicomanía y falta de trabajo estable de la madre.

Finalmente, en el de 30 de Septiembre de 1992 (R.J.C., 1993-1, p.102), es el carácter violento del padre -debido a su dependencia del alcohol- y el carácter débil y no formado de la madre el que da lugar a la situación de desamparo.

limitado o imperfecto, los deberes asistenciales mínimos.

Otra cosa es que en estos supuestos la medida de protección que se adopte sea la atención del menor en su propia familia mediante actividades de apoyo por parte de los servicios sociales.

En este supuesto, la situación de desamparo tiene su origen en el incumplimiento voluntario de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o en su inadecuado ejercicio.

En cuanto a la determinación de los deberes que se considere que resultan incumplidos, habrá de hacerse por remisión a los preceptos del Código Civil que regulan el contenido de la patria potestad y la tutela (básicamente artículos 154 y 269 C.c.).

Se basa en el incumplimiento de lo que constituye el contenido personal de la patria potestad y de la tutela. Incumplimiento, que puede consistir en defecto -inadecuado ejercicio- de cumplimiento, el cual es imputable al titular de la potestad.

El incumplimiento se relaciona con una ausencia de ejercicio, que suele caracterizarse por una omisión general. En cambio, en el inadecuado ejercicio se presupone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidónea. Por

consiguiente, en la hipótesis legal, caben los incumplimientos totales o parciales. Caben distintos grados de incumplimiento, siendo, por lo tanto, diversas las medidas de protección que se aplican, como se establece en el artículo 5, según el cual pueden ir desde la atención en la propia familia del menor hasta la acogida preadoptiva.

No obstante, ha de tratarse, no de la mera infracción formal de los deberes, sino del incumplimiento real, material de los mismos cuya gravedad justifique, en interés del que sufre la situación las importantes consecuencias jurídicas.

Quedan englobados los comportamientos que se caracterizan por la total omisión de afectos y de atenciones, así como las actividades de absoluta indiferencia y omisión, que hacen prácticamente inexistente la relación con los hijos o personas sometidas a potestades tuitivas.

Cabe plantearse, si los inadecuados cumplimientos de deberes familiares son o no, los que están relacionados con todos los que integran el contenido personal y patrimonial de la patria potestad (artículos 154 a 158; 259 a 285 del Código Civil). El artículo 2-2 b) utiliza la expresión "deberes de protección", que es omnicomprendensiva, a la que se añade "establecidos por las leyes para la guarda de menores", forzando ésto último a valorar sólo aquellos deberes que integran el contenido personal de la potestad familiar:

"velar por los menores, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos".

Las expresiones "incumplimiento o inadecuado ejercicio" se refieren a actuaciones culposas de los titulares de las potestades-deberes, y se pueden reconducir a la idea de abandono, descuido, desinterés, despreocupación y, en general, a falta de la debida diligencia.

Caben numerosas posibilidades, quedando englobados los comportamientos externos que sean contrarios a las exigencias ético-sociales, que obstaculicen una atención adecuada al menor, ya por ser un modelo perjudicial o ser incompatible con la dedicación que él requiere -conductas asociales o delictivas de los padres-.

En el artículo 2-2 b), también se contemplan los casos en que falten a los menores los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad. Se emplea una fórmula bastante genérica.

La comprobación de la falta de los elementos básicos no se entiende en sentido absoluto, sino que tiene lugar mediante una valoración comparativa respecto a las prestaciones que goza un menor de esa edad y en esas condiciones socio-económicas. Se alude a aquello que es un standard normal de cuidado, pero hay que tener en cuenta que las necesidades del menor cambian según las distintas

situaciones en que éste se encuentra.

El desamparo se fundamenta en una reducción de prestaciones; pero, no toda restricción respecto a las prestaciones <<normales>> constituye una carencia de los elementos básicos. Tan sólo aquellas reducciones que, cuantitativa y cualitativamente, impiden al menor un correcto desarrollo de su propia personalidad.

La falta de dichos elementos básicos puede ser, aunque la Ley no especifique, material o moral, siendo, por lo tanto, distinta la medida de protección que se aplique. Ante la falta sólo de asistencia material, el menor debe ser ayudado con una medida distinta del alejamiento de su propia familia, llevándole a otra con mejor posición económica. La medida más adecuada será recibir atención en su propio núcleo familiar, facilitando una ayuda económica por parte de la Administración⁴¹.

Cuando se encuentre una carencia de asistencia moral, siendo por tanto, el menor privado de un adecuado soporte formativo de tipo familiar, tendrá lugar, bien la acogida simple familiar o en un Centro público o colaborador o la acogida familiar preadoptiva según las circunstancias del caso.

⁴¹ EGEA I FERNANDEZ: <<La tutela de menors a la Llei Catalana 11/1985 de 13 de Juny de Protecció de Menors. L'Acolliment>> en R.J.C., Num.1. Barcelona 1987, p.34, señala que cuando la familia de origen se encuentre en una situación de penuria económica se concederá una ayuda económica a dicha familia. Dicha medida es acorde con el principio constitucional del art.39-1 CE ya que se evita separar al menor de su familia.

En el último grupo del artículo 2-2, en el apartado c), se mencionan una serie de supuestos: los malos tratos de obra o psicológicos, los abusos sexuales o las situaciones de explotación del menor -de orden laboral o para la mendicidad- u otros análogos. Quedan englobados los comportamientos internos en el núcleo familiar que se caracterizan por la agresividad y violencia. Se recogen diversos comportamientos activos.

2.2.2- CARACTERÍSTICAS.

A - Es una situación de hecho. No se exige que, para que produzca sus efectos, exista una previa declaración judicial como ocurría con el antiguo concepto de abandono en el Código Civil.

El Preámbulo establece: "Se considera desamparado al menor que se halla en una situación de hecho, en la cual le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad prescindiendo de la causa de esta situación".

Se trata de un concepto objetivo puesto que el desamparo se considera como una situación de hecho y expresamente se establece la irrelevancia de la causa que origine dicha situación.

Dicho carácter objetivo se atenúa en el artículo 2-2 b), dado que en este precepto no se establece expresamente que sea una situación de hecho, ni se alude a las causas.

Por otro lado, el legislador catalán incorporó en el artículo 9⁴², siguiendo en este punto a la Ley italiana de 1983, la cláusula de fuerza mayor de carácter transitorio como causa que excluye el desamparo, asumiendo el Organismo competente -la Generalidad de Cataluña, por medio de la Dirección General de Atención a la Infancia- sólo la guarda -y no la tutela- en estos supuestos.

B - Es apreciado por el Organismo competente, en resolución motivada⁴³. Dicha resolución debe ser comunicada al Fiscal, existiendo para ello una plazo máximo de dos días.

C - La resolución se notifica a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que hayan convivido últimamente con el menor. También se les informa de sus derechos, así como de los medios con los que pueden contar para oponerse (art.2-4°).

D - En el párrafo 6° del artículo 2, se encuentra la gran

⁴² En el artículo 9 se establece que *"si el desamparo es debido a fuerza mayor de carácter transitorio no es precisa la resolución formal que lo aprecie, y es suficiente para legitimar la intervención del organismo competente la solicitud de los padres o los guardadores. En estos casos, el Organismo competente ejercerá sólo la guarda mientras se mantenga aquella situación"*.

⁴³ En la Ley Catalana se determina el órgano encargado de apreciar la situación de desamparo. Difiere por tanto de la legislación común, ya que en ésta, partiendo de la redacción literal del artículo 172-1°, no es posible encontrar una solución adecuada en esta materia. Nada se dice en ese artículo sobre el sujeto u órgano capacitado para decidir este tema. No hay ninguna referencia expresa a un posible procedimiento judicial de declaración de desamparo. Por lo que excluido el Juez, la decisión parece que corresponde a la Entidad Pública.

novedad al establecer que "el Juez, a petición de los padres, del tutor, del guardador, de los familiares citados en el apartado 4 de este artículo, del Ministerio Fiscal, o del Organismo competente debe confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo".

Por lo tanto, es apreciado por el Organismo competente, pero sobre la resolución administrativa cabe un control judicial a posteriori.

En este punto, la legislación catalana -como luego veremos- es más precisa que la legislación común, ya que en ésta última no se contempla quien aprecia el desamparo.

Esta falta de regulación ha dado lugar -como más adelante se verá- a una gran polémica doctrinal, encontrándose dividida la doctrina civil en dos amplios sectores, defendiendo unos que no es necesaria la intervención judicial previa para declarar la situación de desamparo sino que es la Entidad pública el órgano competente, y entendiendo otros que es el Juez, quien aprecia el desamparo y declara las pertinentes consecuencias jurídicas.

Por consiguiente, en la legislación catalana no existe un control judicial previo. El desamparo no exige declaración judicial para ser apreciado. Pero esto no impide que el Juez tenga amplias facultades en las situaciones de conflicto u oposición de los padres o tutores a la medida en cuestión.

E - Toda persona está obligada a poner en conocimiento de la autoridad pública -del Juez u Organismo competente- cualquier tipo de maltrato. Así se prevé en el párrafo 3° del artículo 2.

En especial, tienen la obligación de denunciar quienes, por razón de su profesión, tienen conocimiento de la situación de abandono. La obligación de denuncia existe en los casos en que el servicio o la función se caracterizan -por sí mismos, por la función que cumplimenten en relación con los menores- por tener conocimiento de dichas situaciones conflictivas.

F - En el párrafo 5° del artículo 2, se prevé que los Centros de acogida, si procede, se encargarán de la atención inmediata y transitoria de los menores desamparados, para analizar el supuesto y proponer las medidas más adecuadas que deban aplicarse.

En la LPM de 13 de Junio de 1985 la tutela de menores comprendía el estudio de la realidad personal, familiar y social del menor, la acogida provisional, en caso de necesitarla y la atención continuada. Constaba de dos fases: la primera, de diagnóstico, que no provoca la asunción de un régimen jurídico, sino que se limita al estudio de la realidad del menor⁴⁴, y la segunda, de decisión de la medida.

Los Centros de acogida son un lugar de protección de los

⁴⁴ EGEA I FERNANDEZ: <<La tutela de menores...cit.>>, pp. 39-40.

menores, mientras no se adopte una medida definitiva en aquellos casos en los que el menor necesita una atención inmediata. Tienen como misión proporcionar un hogar transitoriamente a los menores abandonados o maltratados, con el fin de realizar un informe-diagnóstico y proponer el tipo de medida aplicable.

Estos Centros de acogida se distinguen de los Centros públicos o colaboradores, que se destinan al acogimiento simple de menores desamparados.

Ante la situación en la que el menor se encuentra, al carecer de personas que lo protejan o al padecer el ejercicio desviado de los deberes de protección por parte de las personas obligadas a cumplirlos, se exige el establecimiento de un mecanismo de protección inmediato, aunque con carácter transitorio, por parte de los Centros de acogida.

En estos casos la situación de indefensión del menor suele ser absoluta, completa. Por tanto, no cabe dudar acerca de la legitimidad y la urgente necesidad de poner a un menor bajo la protección de una persona distinta de la de sus progenitores o sus representantes legales.

El desamparo es el presupuesto inexcusable que legitima al Centro de acogida competente para intervenir en el ámbito de la protección de menores.

2.2.3 - MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

La Administración cuenta con distintos mecanismos de protección⁴⁵ -art.5-1º- para salvaguardar mejor el interés social de protección del menor.

2.2.3.1- AYUDAR A LA FAMILIA DEL MENOR.

En los casos en que la situación de desamparo del menor sea susceptible de superarse mediante el trabajo social en la familia, como paso previo, intentar la implicación de la misma en la asunción de sus funciones y responsabilidades para con el menor, asignándoles recursos cuando sea necesario.

La Ley propugna esta solución directa, a través de la familia propia del menor⁴⁶, mediante ayudas de apoyo psico-social, de índole personal o económica, por parte de la Administración. La familia de origen tiene el derecho y la obligación de cuidar y educar el menor, siempre que su actuación sea beneficiosa para éste. Si esto puede llevarse a cabo, aunque sea mediante ayudas - bien de tipo personal, bien de índole económica- por parte de la

⁴⁵ Vid. MARTIN MORÓN: <<Breve comentario a la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción>>. RGD Num. 572. Mayo 1992, pp. 3935-3938.

⁴⁶ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1 de la Ley italiana de 4-Mayo-1983, n°.184 que establece: " El menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de la propia familia". Veáse MANERA: "L'adozione e l'affidamento familiare...cit.", p.24

Administración, es ésta la solución que debe primar.

No se establece ningún orden de preferencia en el artículo 5-1°, el cual se limita a enumerar las distintas medidas. Ahora bien, en el párrafo 3° del artículo 5, al igual que en el Preámbulo, el legislador manifiesta una cierta preferencia hacia esta medida, ya que se recomienda que se procure -siempre que sea posible- aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar.

No obstante, en el caso de que la familia propia, no pueda o no quiera hacerse cargo del menor, se regulan una serie de soluciones indirectas, a través de la solidaridad de otra familia o de otra persona, como los distintos tipos de acogida previstos en la Ley.

Por todo ello, sólo están justificados la adopción y el acogimiento en el caso de que la familia propia no pueda cuidar al menor.

2.2.3.2 - LA ACOGIDA SIMPLE EN FAMILIA.

Puede tener lugar por una persona o una familia que sustituye "provisionalmente" a su núcleo familiar natural. Esta acogida, está pensada principalmente para situaciones de desamparo, en las cuales parece posible el reintegro futuro a la familia de origen, como se

señala en el Preámbulo de la Ley.

Es una situación de carácter transitorio, no definitiva, y se fomentan -siempre que sea en interés del menor-, los derechos de visita y comunicación con su familia natural, en los casos de separación transitoria (art.5-3°).

El legislador establece un orden de preferencia entre la acogida simple en familia y la acogida simple en institución. En el artículo 12-1°, considera más idónea la acogida simple familiar y sólo está permitida la acogida simple del menor en una institución asistencial, cuando la familiar no ha sido posible o aconsejable.

2.2.3.3-LA ACOGIDA SIMPLE EN UN CENTRO PÚBLICO O COLABORADOR.

Ya en el Preámbulo, se señala que, siempre que sea posible, hay que dejar en último término la consideración de esta medida. No obstante, si la acogida simple tiene lugar en una residencia o en un Centro, la Ley establece un principio básico: "el régimen de convivencia debe parecerse al máximo a un régimen familiar que proporcione un trato afectivo y permita una vida cotidiana personalizada"⁴⁷.

⁴⁷ Igualmente, en el párrafo 3° del artículo 12 se establece que "las instituciones de acogida serán totalmente abiertas, integradas en un barrio o Comunidad, y se organizarán siempre en unidades que permitan un trato afectivo y una vida cotidiana personalizados".

2.2.3.4-LA ACOGIDA FAMILIAR PREADOPTIVA.

Se concibe como paso previo o período de prueba para la adopción.

Tendrá lugar en los casos extremos que evidencien el desamparo de menores, susceptibles de darles una familia sustituta a la de origen, ya que se prevé que no será posible el reintegro futuro a su familia de origen. Es la solución, que debe ser privilegiada, cuando la familia del menor no cumpla con sus obligaciones y no quepa el retorno de éste a la misma.

2.2.3.5-OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

Cabe adoptar cualquier otra medida aconsejable, de carácter asistencial, educativo o terapéutico, atendiendo a las circunstancias del menor.

Nos encontramos ante un cajón de sastre. En esta cláusula general quedan englobadas cualesquiera otras medidas de protección del menor. Por lo tanto, no es una lista cerrada. Caben los supuestos más diversos.

Antes de adoptar cualquier medida se requiere siempre un informe previo de los equipos técnicos competentes (art.5-1º).

En el párrafo primero de la Disposición Adicional Segunda se contemplan las funciones de estos equipos pluridisciplinarios: recogerán toda la información sobre los casos, evaluarán la situación, así como las necesidades del menor; informarán y propondrán la medida aplicable y el plan terapéutico o educativo que sea más adecuado.

En definitiva, se trata de conocer cuál es la realidad del menor y qué medida es la que más le beneficia.

Cuando sea necesario, estos equipos también darán apoyo psico-social a la familia natural del menor y asesorarán a la familia acogedora.

Lógicamente, no basta con determinar la medida, sino que se precisa que ésta se cumpla. De ahí, la necesidad de hacer un seguimiento del cumplimiento de las medidas, tanto por la familia natural como por la familia acogedora, función que también corresponde a los equipos anteriormente citados.

Al hacerse la declaración de desamparo se puede adoptar la medida que corresponda (art.5-2°). Esto será lo más normal, ya que nada se dice en la Ley, respecto a otro momento en que puedan adoptarse. No obstante, al decir "se puede adoptar en el momento de hacerse la declaración de desamparo", empleando un tiempo hipotético, caben otras posibilidades, como sería su adopción en un

momento posterior a la resolución de desamparo.

Partiendo de la tendencia general, de atribuir a la personalidad y a la voluntad del menor un valor preeminente, el artículo 5-4° establece que a la hora de adoptar cualquier medida debe ser oído el menor de más de 12 años, y si tiene suficiente conocimiento y es posible, también debe ser escuchado el de menos de 12 años⁴⁸.

El procedimiento de adopción de estas medidas se recoge en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley. Se acuerdan siempre por escrito.

Se concede gran protagonismo al Organismo competente, el cual, cuando se tomen medidas que conlleven la separación del menor de su familia, se lo comunicará al Ministerio Fiscal, el cual puede acudir al Juez, para que sea éste último, quien modifique o suspenda, la medida en cuestión.

Es un sistema que, sin ser netamente judicialista, siempre deja abierta la posibilidad de acudir al Juez, siendo éste el que tiene la decisión última, en la solución de los diversos problemas.

En el caso de que proceda, el Organismo competente también puede pedir la privación de la patria potestad o la remoción de la

⁴⁸ Lo mismo se establece en el artículo 10-5° de la Ley italiana citada anteriormente.

tutela, así como ejercer las acciones penales que correspondan (art.6-2°).

Al decir "puede pedir" es evidente que será al Juez, y que el Organismo competente, al tratarse de pronunciamientos bastante graves en sus consecuencias, no puede adoptarlos él mismo.

Quedan así solucionados los numerosos problemas que -como luego analizaremos- han surgido en la legislación común, al establecerse la tutela automática de los menores desamparados, sin señalar qué órgano era el competente para apreciar el desamparo, ni aludir para nada a la declaración judicial.

En los artículos 7 y 8 quedan garantizados los derechos de los padres a tener conocimiento, así como a oponerse a la medida adoptada por la Administración. En efecto, a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hayan convivido con el menor se les notifica inmediatamente, la adopción de cualquier medida, así como su fin y su alcance. Dichas personas pueden impugnar la medida que se adopte ante la autoridad judicial, ahora bien, sin perjuicio de la eficacia inmediata de la medida.

La actividad judicial se mantiene en esta Ley en las situaciones de conflicto u oposición de los padres o tutores a la medida en cuestión. Ahora bien, dado que muchas veces son situaciones que no admiten demora, la medida, ante la urgente

necesidad de proteger al menor, se aplica inmediatamente, a pesar de que los padres la impugnen.

3.- ANTECEDENTES Y GÉNESIS DEL ARTÍCULO 172-1 C.c.

Para analizar el concepto de desamparo, hay que tener en cuenta la definición de abandono del derogado art.174 de la Ley de 1981. Este era una transcripción del art.174 de la Ley de 1970⁴⁹, que posibilitaba la adopción sin el consentimiento de los padres o tutores, los cuales, sin embargo, debían ser oídos. Sólo varía el plazo de declaración judicial de abandono, de 6 meses a 30 días. Dicho abandono, para producir tales efectos, requería siempre una previa declaración judicial.

Esto, actualmente, ha llevado, no ya sólo a que gran parte de

⁴⁹ Dicho artículo, en su párrafo segundo y siguientes, definió así la situación de abandono: <<Se considera abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que esta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias.

La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandono en los siguientes casos: a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación, b) Cuando, aún siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores.

En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre o tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sólo el referido plazo.

La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción>>.

la doctrina científica estime que tal situación de desamparo debía ser igualmente declarada por el juez, sino -y ésto ha sido más grave- a que, en un primer momento, las Comunidades Autónomas, ante la novedad de la regulación legal, no asumieran directamente tales funciones, produciéndose un cierto compás de espera en la utilización de tal instrumento de protección.

Dicho art.174 C.c., ya fué, en su momento, duramente criticado por la doctrina. R. BERCOVITZ⁵⁰ puso de manifiesto "la incorrección del concepto de abandono establecido para facilitar la adopción de los menores abandonados", así como la necesidad de "definir con agilidad (para ajustarse a la realidad) la situación de abandono de los menores, sin menoscabo de las garantías imprescindibles para sus guardadores legales".

En la materia que tratamos, el desamparo sustituye a la figura anterior del abandono de menores. De la comparación de ambas figuras, se observa como el desamparo se diferencia básicamente del abandono por las siguientes características:

- Su mayor amplitud (art.172-1 C.c. en relación con lo dispuesto en el derogado art.174 C.c.), ya que, por un lado, no se

⁵⁰ Veanse al respecto las críticas de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III, vol. segundo. Madrid 1982, pp. 339 a 351 y <<Comentarios a los artículos 172 al 180 del Código Civil>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", Vol.II. Tecnos. Madrid 1984, pp. 1147 a 1201.

refiere exclusivamente a los menores de catorce años, sino a cualquier menor de edad y, por otro, frente al abandono que resultaba de la falta de persona que asegurara al menor, la guarda el alimento y la educación, en la nueva figura del desamparo, se contempla un mayor número de posibilidades de apreciación.

- No precisar, desde una interpretación literal, declaración judicial para ser apreciado (art. 172-1 en relación con el anterior art.174 in fine). En éste último, se establecía que dicha competencia correspondía al Juez, el cual lo declaraba en el mismo procedimiento y expediente en que decidía la adopción. No existía -como ocurre actualmente- la declaración del desamparo como un trámite independiente del proceso adoptivo.

- Dar lugar a una tutela de la Entidad pública con la consiguiente guarda inherente a la misma y a un control administrativo de las medidas a adoptar respecto del menor en desamparo (art.172-1 y 3 C.c.), frente a la derogada declaración de abandono que cumplía la función de poder prescindir del asentimiento de los padres del adoptando.

- No exigir un plazo para ser apreciado. En cambio, en la adopción si se tiene en cuenta éste, ya que el artículo 177-2 C.c. establece que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto".

Ambos preceptos -el artículo 172 y el derogado artículo 174- tienen en común el carácter objetivo del concepto legal, siendo actualmente calificado el desamparo como una situación de hecho.

En efecto, en el derogado artículo 174-2, se consideraba que era irrelevante que el abandono se hubiese originado por causas voluntarias o involuntarias. Esta concepción objetiva del abandono fué criticada por la mayoría de la doctrina⁵¹, pronunciándose en este sentido R. BERCOVITZ⁵² al señalar que "el abandono debería apreciarse en relación con las personas a quienes corresponde la custodia legal de los menores y no únicamente porque nadie se ocupe de ellos".

No era adecuado que en los distintos supuestos, en que el menor era abandonado por sus padres o tutores voluntaria e intencionadamente, pero era atendido por un tercero no se declarase el abandono y sí, en cambio, cuando entregasen al menor a una Casa o Establecimiento Benéfico. Máxime, cuando en el artículo 174-3 b) -que recoge el supuesto de abandono en Establecimiento Benéfico- y

⁵¹ Vid. entre otros BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil... cit., p.341; LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Barcelona 1984, p.691; ARCE y FLOREZ VALDES: <<El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados>>, R.D.P., 1978, p.367

⁵² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil...cit.", p.340.

174-4⁵³, entra en juego el elemento volitivo.

El actual artículo 172-1 C.c. mantiene este mismo carácter objetivo, que posteriormente analizaremos.

En cuanto al cambio terminológico, el abandono de 1970 mira más a la conducta del guardador, el desamparo a la situación del que sufre sus consecuencias⁵⁴.

La definición del artículo 172-1 C.c. procede del Informe de la Ponencia del Congreso. La situación de desamparo no se concretó, ni en el Proyecto de Ley de 5 de Marzo de 1986 (BOCG del día 10), ni en el de 29 de Enero de 1987 (BOCG de 4 de Febrero). Ello dió lugar a diversas enmiendas de los Grupos Parlamentarios.

Por un lado, en la enmienda N° 7, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, se proponía mantener el término abandono⁵⁵,

⁵³ En dichos párrafos precisamente se alude a la "voluntad de abandonar" y a la "voluntad de asistencia".

⁵⁴ GIL MARTINEZ: "La Reforma de la Adopción". Dykinson, Madrid 1988, p.20 señala: "terminológicamente <<abandono>> parece estar definido desde la óptica del que produce la situación por su dejación de la obligación de cuidado, mientras que <<desamparo>> contempla más propiamente al que lo padece, dando idea de falta de protección y auxilio, que sume a quien lo sufre en una situación de indefensión y desvalimiento".

⁵⁵ Vid. BOCG de 13 de Marzo de 1987. Congreso de los Diputados. III Legislatura. Serie A. N°22-4. Enmienda número 7, p.15. Esta enmienda se justificó de la siguiente manera: <<Es necesario recordar lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 1970 aclarando la situación de abandono y eliminando dudas>>.

estableciéndose la siguiente definición: <<Se considerará abandonado el menor no emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación, será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente, bastando para que se dé la misma, que hayan transcurrido treinta días continuos sin que nadie, padre o tutor del menor, se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren la voluntad de asistencia. La nueva petición de noticias no interrumpe por sí sola el mencionado plazo>>.

Por otro lado, la enmienda N° 37, presentada por el Grupo Socialista⁵⁶, proponía lo siguiente: << Se considera como situación de desamparo aquella, en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, que la ley establece en favor de los menores>>.

En la definición actual de desamparo se tuvieron en cuenta ambas enmiendas: la presentada por el Grupo Socialista, en cuanto al rechazo de un plazo, así como de la intervención judicial en la declaración del desamparo, y la presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, en lo relativo a la exigencia de un resultado final específico para que el desamparo pueda ser apreciado por la Entidad pública competente.

⁵⁶ Ibidem, p.24.

También la doctrina ha criticado la ausencia de definición del desamparo. PILLADO MONTERO⁵⁷ mostró su disconformidad en relación a "la indefinición de la situación de desamparo, un concepto altamente confuso, que necesita delimitarse claramente, lo que sin duda se intentará por vía de enmienda".

En la misma línea se pronunció LLEDÓ YAGÜE al comentar el primer Proyecto de 5 de Marzo de 1986⁵⁸, indicando que "no hubiera estado de más concretar qué se entiende por situación de abandono y las circunstancias atinentes a la autoridad que debe apreciarla y declararla". Al comentar el segundo Proyecto de Enero de 1987,⁵⁹ se reafirma en su postura: "Para una mayor clarificación del problema, es obligado definir qué se entiende por situación de abandono, que puede cubrir hipótesis muy variadas v.gr., hijos sin filiación conocida, o aquellos que carecen de personas ad hoc que aseguren su guarda, alimento y educación".

Estas críticas, junto a otras razones, llevaron a la Ponencia del Congreso a definir la situación de desamparo, dando al artículo

⁵⁷ Vid. PILLADO MONTERO: <<Notas sobre el proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción>>. R.D.P. Mayo de 1987, pp .447 y 448 el cual señala que es imprescindible definir el desamparo, así como indicar "qué grado del mismo da lugar a la entrada en juego de la Entidad Pública con la categoría de tutora y qué papel corresponde al Juez en todo esto".

⁵⁸ LLEDÓ YAGÜE: << Comentario al proyecto de Ley de Adopción>>. ADC, T.XXXIX, Fasc.IV. Octubre-Diciembre 1986, p.1198.

⁵⁹ LLEDÓ YAGÜE:<<Apéndice adaptado al BOCG. Congreso de los Diputados (4 Febrero de 1987, III Legislatura) >>. ADC, T.L, Fasc. I. Enero-Marzo 1987, pp. 211 y 212.

172-1 C.c. la redacción actualmente vigente. Lo cual fue acertado, a pesar de las incorrecciones existentes en el mismo, puesto que, de poco habrían servido las distintas medidas de protección del menor, si no se hubiera partido de una determinación del supuesto de hecho que da lugar a aquéllas.

4-CARACTERÍSTICAS.

Configuran la noción de desamparo las siguientes características.

4.1- SITUACIÓN DE HECHO.

La objetividad del desamparo precisa, relacionarlo "exclusivamente con una situación de hecho de desatención del adoptando menor, sin perjuicio de que coincida o no con relaciones legales de filiación"⁶⁰.

Se trata de atender a datos puramente externos, sin valorar causas ni intenciones. Basta con que el menor <<quede "de hecho" privado de la necesaria asistencia moral o material>>⁶¹. En efecto,

⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil...cit.", p.343.

⁶¹ En este sentido se pronuncian FELIU REY: "Comentarios a la Ley de Adopción". Tecnos. Madrid 1989, p.30 ; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores>>. Actualidad Civil. Num.2 y 3 1988, p.63 y FERRER VANRELL: <<El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <<potestad>> de guarda>>. ADC Tomo XLVI. Enero-Marzo 1993,

en el artículo 172-1, no se tienen en cuenta las distintas causas, ni las intenciones que puedan tener los responsables del menor.

Se configura un concepto objetivo, puesto que el actual artículo 172 in fine, señala que es preciso que, como consecuencia del incumplimiento, los menores <<queden privados de la necesaria asistencia material o moral>>. Se deduce así, si mantenemos una postura objetiva, que, aunque haya un incumplimiento de los deberes de protección por padres o tutores, si alguien ampara al menor no entrará en juego la tutela automática (arts. 303 y ss. C.c.). Este incumplimiento de los deberes de protección no se refiere a ninguna persona en concreto, luego la declaración de desamparo no tendrá lugar si dichos deberes se cumplen, no importando por quién se cumplen.

La situación en que el menor se encuentra, cuando carece de personas que le protejan o cuando padece el ejercicio inadecuado de los deberes de protección por parte de los obligados a cumplirlos, exige el establecimiento de un mecanismo de protección automático a cargo de la Entidad pública. Se pone de manifiesto la inmediatividad de la medida protectora por parte de la Entidad pública.

Otro posible significado de la expresión <<de hecho>> conecta

p.173, la cual afirma que se trata de "una situación existente actualmente".

con la no exigencia de declaración judicial previa. No es, pues, a diferencia del concepto de <<abandono>> (que en el antiguo art.174 C.c. posibilitaba la adopción sin consentimiento de los padres o tutores, que, sin embargo, debían ser oídos) una situación que exija para producir sus efectos una previa declaración judicial. Frente al antiguo abandono, la Ley la configura como situación <<de hecho>>, que, apreciada por la Entidad pública, genera su obligada intervención asumiendo la tutela regulada en el art. 172-1 C.c.⁶².

4.2 - LA FALTA DE ASISTENCIA MATERIAL O MORAL.

El desamparo es la situación, en la que el menor se encuentra como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección.

Tal situación es de privación, ésto es, de carencia de asistencia moral o material <<necesaria>>. En cuanto a estos vocablos, es evidente la influencia del Derecho italiano⁶³.

⁶² Así lo entienden entre otros: GIL MARTINEZ: "La Reforma... cit.", p.22, el cual señala "la no necesidad de declaración previa de la existencia de tal situación para su apreciación por tener un carácter más material que jurídico" y FERRER VANRELL: <<El Acojimiento familiar...cit.>>, p.173 para la cual el calificar al desamparo como situación de hecho quiere decir que "no requiere una previa declaración judicial".

⁶³ Vid. arts.401 y 403 del Codice Civile y el art.8 de la Ley italiana 184/1983 de 4 de Mayo que considera la falta de <<asistencia material o moral>> como presupuesto de la situación de abandono, así como de la posterior declaración de adoptabilidad del menor que se encuentre en dicha situación. Si bien difiere en que en el Ordenamiento italiano corresponde al Juez declarar el abandono.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado -ya que no se especifica que significado tiene la expresión "privado de la necesaria asistencia material y moral"-, que hay que poner en conexión con el artículo 39-3 CE, que establece la <<asistencia de todo orden>> que deben prestar los padres a sus hijos. Se alude al trato que deben recibir los menores, el cual debe ser correcto, socialmente adecuado y básico para su desarrollo personal, físico y psíquico.

Es el elemento determinante de la situación de desamparo. En la definición del art.172-1, se aprecia que la declaración de desamparo no requiere resolución judicial -por lo menos, ésta no se establece expresamente-, ni plazo alguno, pero se exige un resultado final para que el desamparo pueda ser apreciado por la Entidad pública competente, consistente en que el menor estuviera desasistido moral y materialmente o que, simplemente, medie inasistencia moral o, en su caso, inasistencia material⁶⁴, sin que,

⁶⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla, de 11 de Enero de 1994, Ar.C. 45, Abril 1994, Num.1. En ella se declara que no ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal- en relación a la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia, el 27-7-1993. En esta última se deja sin efecto el desamparo acordado respecto de los menores, por falta de acreditación de malos tratos o abusos sexuales sufridos por los menores por parte de los progenitores así como de la falta de asistencia material o moral por parte de su padre.

En el Fundamento de Derecho Noveno, se expone que "se ha acreditado que el progenitor no ha dejado de atender a las necesidades de sus hijos, puesto que ha cuidado de ellos con los medios materiales de que disponía, sin que los mismos puedan considerarse insuficientes, ni supongan desprotección o desamparo de los menores, dado que el padre ha justificado cierta solvencia económica, disfrutando de una vivienda idónea y suficiente para

a tales efectos, sea por sí mismo suficiente el incumplimiento o un ejercicio deficiente de las funciones inherentes a la guarda.

Ambos requisitos, el causal -el incumplimiento o inadecuado ejercicio- y el de resultado -falta de asistencia-, se presentan como acumulativos, han de concurrir ambos para que tenga lugar el hecho, en que consiste la situación de desamparo.

En primer lugar, hay que señalar, como pone de manifiesto SANCHO REBULLIDA⁶⁵, que no está del todo claro si la privación de la necesaria asistencia moral o material es un requisito, bien acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o bien alternativo al mismo. Esto es, si para que exista desamparo en sentido legal, tiene que existir un incumplimiento productor de inasistencia o basta que haya incumplimiento (aunque haya otra asistencia subsidiaria) o que haya desasistencia (pese al cumplimiento de los deberes).

cubrir sus necesidades, habiendo dispuesto de la ayuda de familiares para cuidar a los menores, contratando incluso, los servicios de una persona cuando su ayuda fue precisa; y los menores han estado en todo momento escolarizados, sin que de los informes obrantes en los autos se desprenda, en absoluto, que dicha escolarización sea impropia o inadecuada, teniendo en cuenta que el internamiento colegial de los menores, no implica una falta de cariño, ni una falta de asistencia a los mismos, si no que constituye una válida opción de su progenitor, que, atendidas las circunstancias concurrentes, puede considerarse, incluso, como una medida adecuada".

⁶⁵ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y Adopción". Cuadernos Civitas. Madrid 1989, p.35

Que es preciso, señala dicho autor, que haya siempre incumplimiento (imposible o inadecuado ejercicio de los deberes) parece lógico. Ciertamente, es difícil imaginar que, existiendo un adecuado ejercicio de los deberes de protección, se pueda producir inasistencia moral o material, puesto que, si los guardadores cumplen dichos deberes, no habrá en ningún caso situación de desamparo; hay en ello una cierta contradicción lógica y también -parece- de hecho.

En efecto, la duda, como opina SANCHO REBULLIDA entre otros⁶⁶, se suscita en la otra hipótesis contraria: al decidir si conviene o no la tipificación legal de desamparo al supuesto de incumplimiento de los deberes por parte del titular de la patria potestad o tutela, sin que, a pesar de ello, el menor se vea privado de la necesaria asistencia moral o material, porque se la preste un guardador de hecho (un abuelo, por ejemplo).

Una interpretación objetiva del artículo 172-1 nos llevaría a considerar el desamparo como una situación de falta de asistencia moral o material, sin tener en cuenta a las personas que lo han

⁶⁶ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.36 y 62; VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo>>, en "Centenario del Código Civil (1889-1989)", Tomo II, realizado por la "Asociación de Profesores de Derecho Civil", Madrid 1990, p.2045; PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción". Civitas 1989, p.84, n.108 y DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Tecnos. Madrid 1993, p.45 los cuales consideran que si el menor no está privado de asistencia material o moral, porque exista un guardador de hecho, aquél no se encuentra en situación de desamparo.

provocado. Interpretación ésta deseable, como luego veremos.

Se exige, por lo tanto, un resultado final para que el desamparo pueda ser apreciado, no siendo por sí mismo suficiente, el incumplimiento o un ejercicio deficiente de las funciones inherentes a la guarda. Dichos requisitos -la falta de asistencia y el incumplimiento o inadecuado ejercicio- son acumulativos, han de concurrir ambos, para que tenga lugar el hecho en que consiste la situación de desamparo.

La rotundidad de los términos empleados (privación-necesaria) revela que no pueden encuadrarse en el concepto aquellas situaciones, en que se cumplen, aunque de modo limitado o imperfecto, los deberes asistenciales mínimos, es decir, los casos de semi-desamparo, supuestos que pueden demandar actividades de apoyo por parte de los servicios sociales, pero no la asunción de la tutela por la Entidad pública, sólo procedente ante situaciones límites de ausencia (carencia, privación) de la asistencia indispensable (necesaria, mínima)⁶⁷.

Esta necesidad debe valorarse <<pro casu>>. Se debe tener en cuenta el interés del menor, existiendo proporcionalidad entre la

⁶⁷ Así VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.631 considera que la falta de asistencia ha de ser grave. Ello obedece a los términos "privados" y "necesaria" que emplea el artículo 172-1 C.c., ya que, según dicho autor "la expresión "privados tiene un cierto sentido de totalidad y "necesaria" puede entenderse como mínima, imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad".

situación del menor, y la medida que se va a aplicar, optando por la más adecuada, que no siempre será la establecida en el artículo 172-1 C.c., sino que también hay que tener en cuenta el artículo 172-2 C.c. .

Una vez más, se pone de manifiesto la dificultad de establecer una separación entre los supuestos que llevan a la tutela del artículo 172-1 C.c. y los que conducen a la guarda del artículo 172-2 C.c. . RUIZ-RICO⁶⁸ señala que, desde una perspectiva literal, la diferencia entre ambos supuestos radica en que en la guarda existe una solicitud por parte de los titulares de las funciones de guarda, si bien, a continuación, descarta que éste argumento opere en las situaciones límites⁶⁹ entre guarda y tutela.

No obstante, no hay que olvidar el artículo 174 C.c., que establece la superior vigilancia del Fiscal en la tutela, acogimiento y guarda, así como la obligación que tiene éste de comprobar semestralmente la situación del menor y promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. Se pone de manifiesto la elasticidad de dichas medidas, de tal modo que la guarda del artículo 172-2 C.c. puede dar lugar a una tutela automática y viceversa si se modifican las causas que han originado

⁶⁸ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit.>>, p. 62 y 63.

⁶⁹ En la misma línea se pronuncia FELIU REY: <<Breve estudio... cit.>>, p.2752.

la situación de desamparo.

La Ley precisa que la <<necesaria asistencia>>, para lograr el más completo desarrollo de la personalidad, cuya falta genera la tutela de la Entidad pública, tanto puede afectar al plano material, como al moral. Es preciso que el menor esté desasistido moral y materialmente, o que, sólo medie inasistencia moral o, en su caso, inasistencia material, siendo, por ello, los supuestos que pueden presentarse en la práctica casi ilimitados.

Precisamente, es la diversidad de situaciones en las que el menor puede estar desprotegido, la que justifica el carácter genérico de esta expresión para describir el elemento básico que configura el concepto de desamparo.

En la indagación de cuál sea el ámbito de <<lo moral>>, debe huirse de valoraciones subjetivas, considerando que sólo la vulneración del mínimo ético colectivamente asumido resulta abarcado por la norma. Se impone, pues, una interpretación restrictiva, objetiva⁷⁰, es decir, lo que el colectivo social

⁷⁰ EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)>> en "V Jornades de Dret Català a Tossa". Universitat de Barcelona. PPU. Barcelona 1990, pp. 182-183 estima que hay que "tratar de objetivar al máximo este concepto" puesto que "es un elemento complicado porque puede comportar consideraciones de tipo religioso y se podría incluir en esta expresión la concepción personal, en materia religiosa o moral en sentido estricto, de aquél que haya de apreciar el desamparo".

En el mismo sentido se pronuncia FERRER VANRELL: <<El acogimiento familiar...cit.>>, p.175.

entiende por moral o ético.

Dicha postura es la recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 1992⁷¹ y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de Marzo de 1993⁷² en las que -con las mismas palabras- se manifiesta que la situación de desamparo "ha de apreciarse con una cierta interpretación restrictiva de tal manera que sólo se estime cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común..."⁷³. Así, en el presente caso, los menores "quedaron privados de la necesaria asistencia moral y material, atendiendo a estados mínimos de cuidado y protección admitidos por el general sentir social" (Fundamentos de Derecho Cuarto y Primero respectivamente).

Como hemos señalado, la asistencia material o moral es un concepto jurídico indeterminado. No existe en la regulación de la Ley 21/87 una definición de dicho supuesto. ¿Cuál es su significado?.

En cuanto a la asistencia moral, comprendería velar por el

⁷¹ Vid. Sentencia AP de Madrid de 21 de Enero de 1992 (Ar.C. 78) 1992.

⁷² Vid. Sentencia AP de Vitoria de 9 de Marzo de 1993 (Ar.C. 316) Mayo 1993. Num.9.

⁷³ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla de 11 de Enero de 1994 (Ar.C. 45), Abril 1994, num.1 .

menor, cuidarlo, convivir con él, tenerlo en su compañía, guardar y asistir al menor, ya que es el núcleo familiar el lugar más adecuado para el desarrollo de éste; educarlo, transmitirle valores o principios, proporcionarle cariño, atenciones y afecto, mantener unas relaciones afectivas, asegurándole un normal desarrollo en la esfera psico-afectiva y emocional; es decir, recibir el menor todo tipo de prestaciones afectivas, la existencia de una relación afectiva entre padres e hijos. Se alude a los valores de amor, ternura y tuitivos propios de una mínima relación paterno-filial.

Respecto a la asistencia material, presenta menos problemas, abarcando la obligación de mantener a los hijos, es decir, proporcionarles todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, velar por su salud y seguridad.

En concreto, refiriéndonos a los distintos supuestos de abandono, en el ámbito material parece que el desamparo puede quedar claramente delimitado; se producirá cuando no queden cubiertas las necesidades primarias: alimento, vestido, habitación...

Sin embargo, el ámbito moral es, en cierto modo, más complicado de precisar, ya que entramos en el resbaladizo terreno subjetivo de qué debe entenderse por una suficiente cobertura moral, y cual ha de ser el ambiente idóneo para que un niño se desarrolle y llegue a potenciar todas sus posibilidades.

Se entiende que una adecuada vida en común con sus padres es el entorno ideal para cualquier menor: un mínimo de cariño y convivencia con los miembros de su familia. Hay que atender a las necesidades afectivas o morales tendentes a procurar el buen desarrollo psíquico del menor, procurarle además un ambiente familiar y afectivamente estable, entorno donde el niño pueda desarrollar libre y normalmente su personalidad. La falta de dichos caracteres dará lugar a la declaración de desamparo.

Tanto si el menor está sujeto a patria potestad o tutela, la falta de asistencia moral podría consistir en impedir el libre desarrollo de su personalidad, o incidir negativamente sobre la misma, así como no proporcionarle una formación integral, ni educación (art.154-1 y 269-2 C.c.).

Esta distinción se refleja claramente en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Octubre de 1991⁷⁴, en el que se concede con cautela a la madre biológica el derecho de visitar a su hijo, que se encuentra acogido en una familia.

En dicho Auto, se señala expresamente: "De lo expuesto se infiere que, si bien, en cuanto a los aspectos económicos, la apelante ha hecho frente en todo momento al mantenimiento en sentido amplio de su hijo, que nunca ha convivido con ella, ni con

⁷⁴ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Octubre de 1991. RJC 1992-I, p.86

familia estable u normalmente estructurada, la vida y el desarrollo del menor, desde su más tierna infancia, ha estado sujeta a disfuncionalidades afectivas, que obviamente tenían que impactar en el desarrollo normal de su crecimiento psíquico de forma desfavorable".

Continúa señalando que "...por lo tanto, procede declarar conforme a Derecho (arts. 172 y 154 C.c.) la declaración de desamparo que se hizo, al ser evidente que el hijo de la recurrente, que fué atendido en cuanto a sustento, vestido y habitación, no gozó de la indispensable asistencia moral con vinculación afectiva materna estable; por el contrario, siempre estuvo cuidado por otras personas. No cabe olvidar que la patria potestad no puede quedar reducida a meros cuidados físicos, sino también a prestaciones emocionales y persistentes".

Se pone así de manifiesto como la asistencia material y moral no son requisitos acumulativos, basta con la existencia de una falta de asistencia en cualquiera de dichos órdenes para que un menor sea declarado en situación de desamparo. Como se establece en el Auto, aunque estén perfectamente cubiertas las necesidades materiales del menor, si no existe una relación afectiva entre madre e hijo y éste es atendido por terceras personas, dicho menor estará desasistido en el plano moral, y, por tanto, procede la declaración de desamparo, así como la posterior adopción de la medida de acogimiento familiar, creando una relación afectiva

similar a la normal entre padres e hijos.

Quedan incluidas en el concepto de desamparo las situaciones más diversas. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de Marzo de 1993⁷⁵ se estima que existe situación de desamparo -que afecta a ambos planos: material y moral- ya que los menores "quedaron privados de la necesaria asistencia material y moral...a causa del imposible e inadecuado ejercicio por sus padres de los deberes de protección legal respecto a aquéllos, puesto de manifiesto a través de, la carencia de recursos económicos imprescindibles para atender a su alimentación, la falta de las condiciones de higiene personal y de vivienda, desintegración del matrimonio, abandono reiterado de los menores, ausencias del núcleo familiar o incluso la falta de comunicación en alternancias largas del padre para con sus hijos".

4.3 - EL INCUMPLIMIENTO O EL IMPOSIBLE O INADECUADO EJERCICIO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS POR LAS LEYES PARA LA GUARDA DE LOS MENORES.

La situación de desamparo tiene su origen en la imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (que abarca todos los incumplimientos involuntarios), en el incumplimiento voluntario de

⁷⁵ Vid. Sentencia AP de Vitoria de 9 de Marzo de 1993 (Ar.C. 316) Mayo 1993, Num.9.

los mismos o en su inadecuado ejercicio. Se trata de conceptos no exactamente determinados, generales, amplios, puesto que no se establecen los casos en que puede hablarse "de incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio". Existe una falta de precisión al no concretar los distintos supuestos.

Hay que tener presente, que, según resulta del art.172-1 C.c., no obsta a la apreciación del desamparo el hecho de que las causas que lo motivaran procedieran de un incumplimiento de los deberes inherentes a la guarda, o de una circunstancia de la que no fuera responsable el guardador del menor, pero que imposibilitara el ejercicio de las funciones que conlleva la guarda de los menores.

Se pone de manifiesto el carácter objetivo del concepto de desamparo, puesto que no se tiene en cuenta ni la conducta de los padres, tutores o guardadores del menor, ni, en principio, las causas de fuerza mayor de carácter transitorio.

Tiene lugar como consecuencia de un incumplimiento del contenido personal de la patria potestad y de la tutela. Dicho incumplimiento puede consistir en ausencia -ejercicio imposible- o en defecto -inadecuado ejercicio- de cumplimiento. Se le puede imputar al titular de la potestad -inadecuado- o ser inimputable -imposible-.

Literalmente, el texto presenta como dos conceptos distintos, separados por la disyuntiva "o", el incumplimiento y el imposible o inadecuado ejercicio; sin embargo, como pone de manifiesto SANCHO REBULLIDA⁷⁶, parece que la causa del abandono -el incumplimiento- es la que puede ser, a su vez, consecuente a la imposibilidad o a la inadecuación del ejercicio de los deberes de protección; en el primer caso, sería incumplimiento inimputable al titular; en el segundo, imputable. Los términos <<imposible o inadecuado ejercicio>> son en definitiva aspectos del incumplimiento y éste tendrá lugar, tanto si obedece a razones subjetivas, como objetivas.

4.3.1- NATURALEZA DE LOS DEBERES OBJETO DE INCUMPLIMIENTO.

Se plantea la cuestión de si los inadecuados cumplimientos de deberes familiares pueden ser o no los relacionados con todos los que forman parte del contenido personal y patrimonial de la patria potestad y tutela -art.154 a 168, 259 a 285 C.c.-. El enunciado legal lleva a centrarse en los artículos 154, 269 y 173-1. El art. 172-1 emplea la expresión "deberes de protección", que es omnicomprendensiva, a la que se añade "establecidos por las leyes para la guarda de menores", que lleva a valorar en principio aquellos deberes que integran el contenido personal⁷⁷ o moral de la potestad

⁷⁶ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.35.

⁷⁷ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.49 considera que "dado el espíritu de la reforma y la realidad social merecedora de su protección, la preocupación queda enfocada en el desamparo personal

familiar.

Tales deberes son los incluidos en las enumeraciones de los artículos antes citados y en definitiva:

a - "Velar por el menor" - Se traduce en la vigilancia de sus actos con el fin de evitar cualquier supuesto que entrañe, bien un peligro físico, bien moral, y en cualquier caso, es precisa una actitud de atención, interés y preocupación por la persona del menor, por sus comportamientos, así como por su formación.

b - "Tenerlo en su compañía" - Es la obligación de convivencia material; conlleva también la comunicación afectiva e intelectual.

Cabe que, con carácter temporal, el menor resida en un domicilio diferente al de sus padres, siempre y cuando sea beneficioso para el mismo; por lo tanto, el menor podrá ser internado en un colegio durante el período escolar con fines educativos.

Esto se encuentra relacionado con los distintos supuestos de delegación que posteriormente serán analizados.

c - "Alimentarlos" - proporcionarles una asistencia del menor, verdadero sustrato de su personalidad".

alimenticia, higiénica y material. Este deber tiene una doble dimensión: de cobertura económica, por un lado, que implica que los padres han de sufragar todos los gastos producidos por sus hijos no emancipados, y de asistencia directa por otro lado, extendiéndose así al sustento, habitación, vestido y asistencia médica⁷⁸.

d - "Educarlos" - procurándoles una formación integral. Se parte del contenido que la Constitución -art.27-2- atribuye a la educación: <<tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana>>.

En relación con el derecho a la educación del menor destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de Octubre⁷⁹. El Tribunal Constitucional desestima los recursos de amparo, interpuestos por la Generalidad de Cataluña contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de Mayo de 1992, en los recursos de apelación, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia num.19 de Barcelona, de fecha 6 de Noviembre, de 1991 en los autos de jurisdicción voluntaria, seguidos a instancia del nombrado apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección

⁷⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 154-161 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia". Vol.II. Tecnos. Madrid 1984, pp. 1052 y ss.

⁷⁹ Vid. STC 260/1994, de 3 de Octubre de 1994. BOE núm. 267 de 8 de Noviembre de 1994.

General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña.

La Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña acordó declarar la situación de desamparo y asumir la tutela automática de los menores, en base al riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Los padres de los menores se opusieron a las medidas acordadas por la Generalidad. Tras ser desestimada tal oposición por el Juzgado de Primera Instancia, promueven recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dicta Autos revocatorios de los de Instancia, dejando sin efecto las medidas administrativas adoptadas. Según la Audiencia, los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física intelectual, espiritual y moral. Por lo que a su escolarización se refiere, señala la Audiencia que su formación educativa, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución. La misma opinión mantiene el Ministerio Público, ya que a su juicio, no existe vulneración del artículo 27 de la Constitución.

La Generalidad recurre en amparo contra los Autos dictados en

apelación, alegando infracción del artículo 27 (apartados 1 a 5) en relación con el artículo 15 CE. A juicio de la Generalidad de Cataluña, se ha vulnerado el artículo 27-1 CE en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral; entiende que "la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el artículo 27 CE reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de la Leyes, sin que tal reserva suponga injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral...". Por tanto, "hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral".

En el Fundamento Jurídico Segundo, el Tribunal Constitucional, tras considerar que la apreciación de desamparo como cuestión de hecho no es objeto de esta sede, estima que los Autos impugnados no han impedido la escolarización de los menores, "sino que, simplemente se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad. La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela y correspondiente desposesión de la

patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación".

Por último, señala que con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización, pues los Autos recurridos "se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables...".

El Magistrado don Vicente Gimeno Sendra discrepa de esta Sentencia, tanto de su fundamentación jurídica, como del fallo que debió haber estimado el presente recurso de amparo. Frente a la tesis mayoritaria considera que la Audiencia Provincial de Barcelona ha infringido los derechos a la tutela y a la educación de los artículos 24-1 y 27-1 CE.

Opina que el recurso de amparo plantea ante el Tribunal el problema de determinar "si el derecho a la educación consiste en la <<total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática>> -en cuyo caso

dicho derecho se confundiría con la <<libertad ideológica y religiosa>> del artículo 16, reconvirtiéndose al derecho contemplado en el artículo 27-3- o, si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario".

A su parecer el artículo 27-1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercitarlo a través de la representación. Por consiguiente, en el caso que nos ocupa el problema que se plantea es "el de un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres (que subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de enseñanza religiosa en el seno de una secta) y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por la Generalidad Catalana, quien exige esa escolarización obligatoria, previa declaración de abandono, y aun en contra de la voluntad de los padres".

Pues bien, en su opinión, la libertad religiosa *no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos* bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente. Por esta razón, la Sentencia del Tribunal Constitucional debió haber concluido en que la Generalidad actuó constitucionalmente cuando instó la declaración de abandono en

orden a poder obtener la escolarización efectiva de los niños.

La situación de desamparo se produce respecto de la esfera personal del menor. Así, se alude a los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Teniendo en cuenta el artículo 215 C.c., dicha guarda se concreta en la persona del menor, frente a la que se refiere a sus bienes. Son los artículos 158, 163, 167 y 168 C.c. los que se tendrán en cuenta cuando tenga lugar un incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes paternos en la esfera patrimonial del menor. Si dicho incumplimiento se atribuye al tutor, también serán distintas las medidas legales, pudiendo aplicarse incluso el artículo 247 C.c. y siendo, por lo tanto, removido de su cargo.

En contra se pronuncia FERRER VANRELL⁸⁰, ya que defiende - aunque no lo argumenta- que también serían causa que dan lugar a la constitución de la tutela automática "el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración de los bienes de los hijos (art.154-2 C.c.), porque colocan al menor en una situación de desamparo".

Hay que tener en cuenta, por un lado, el fin de la Reforma que hace especial hincapié en el desamparo del menor y, por otro lado, que la mayoría de los menores desamparados carecerán de un patrimonio que gestionar y administrar.

⁸⁰ FERRER VANRELL: <<El Acoqimiento familiar...cit.>>, p.176.

Cuestión distinta es que la tutela automática, como tutela que es, pueda o no abarcar ambas esferas, la personal y la patrimonial y, por tanto, conlleve también la representación y administración de los bienes del menor.

4.3.2 - GRADO DE INCUMPLIMIENTO.

Debe tratarse, no de la mera infracción formal de los deberes, sino del incumplimiento real, material de los mismos, cuya gravedad justifique, en interés del menor que sufre la situación, las importantes consecuencias jurídicas que conlleva.

Aunque la Ley del 87 no se pronuncie en este aspecto, es preciso que dicho incumplimiento sea grave, dadas las consecuencias que implica la declaración de desamparo.

Como señala VARGAS CABRERA⁸¹, "la privación de la patria potestad y la atribución de tutela o guarda a la administración, que regula nuestro derecho positivo, no puede abarcar situaciones de mera inidoneidad en el medio familiar. En algunas familias se producen desajustes propios de la condición humana y social, que no deben originar sin más la intervención de las Entidades públicas".

Ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley 21/87, se utiliza la expresión "atendiendo a la urgencia del caso", cuando se

⁸¹ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 623-624.

refiere a la tutela automática y guarda de los menores desamparados.

El Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de Junio de 1992⁸², estima el recurso de apelación interpuesto por el padre del menor y revoca el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, dejando sin efecto la medida de acogimiento adoptada en favor de los abuelos y ordenando que la menor quede bajo el cuidado y la guarda de su padre.

Ello obedece a que lo que constituyó un simple acercamiento, ayuda o colaboración de los abuelos, provocado por un hecho meramente circunstancial, como el del fallecimiento de la madre de la menor, "no puede traducirse con el tiempo en una medida de acogimiento, sancionando una situación de hecho, normal por otra parte en la vida familiar española, como es la que se crea por la imposibilidad de asumir personalmente los padres durante la veinticuatro horas del día, el proceso de guarda y educación de sus hijos, por circunstancias ajenas a una situación de abandono, de falta de capacidad o de pérdida de afectividad, sino por razones meramente circunstanciales derivadas de una situación laboral. Ello no es definitivo ni suficiente para alterar el sistema normal de relación entre padres e hijos....".

Por tanto, en el presente caso, no existe situación de

⁸² Vid. Auto AP Oviedo de 22 de Junio de 1992 (Ar.C. 969) 1992.

desamparo y por ello no debe intervenir la Entidad pública, y, menos aún, estimar que la inicial ayuda de los abuelos por un hecho circunstancial pueda convertirse con el tiempo en una medida de acogimiento, cuando la imposibilidad del padre de asumir en todo momento la guarda y custodia se debe sólo a razones meramente laborales.

Sólo los supuestos urgentes originados por incumplimientos graves de los deberes de protección deben incluirse en el concepto objeto de estudio.

4.3.3 - CAUSAS DEL INCUMPLIMIENTO Y SUPUESTOS CONCRETOS QUE PUEDEN INCLUIRSE.

Los términos "incumplimiento ó inadecuado ejercicio" aluden a actuaciones culposas de los titulares de las potestades-deberes y se refieren al abandono, a la despreocupación, al descuido, al desinterés y en general, a la falta de la debida diligencia.

El incumplimiento debe relacionarse con una ausencia de ejercicio caracterizada por una omisión general, por una desatención total. Se caracteriza por la falta de asistencia mínima por parte de aquellos que tienen atribuída la potestad y que, pudiendo hacerlo, no cumplen con sus deberes (art.154 y 269 C.c.). El inadecuado ejercicio supone que los deberes se ejercitan, pero en el contexto de una realización irregular o inidónea debiendo

formularse una exigencia de gravedad al respecto.

MANERA y FINOCCHIARO⁸³, como ya vimos, consideran que en el artículo 8 de la Ley italiana, tienen cabida tanto los comportamientos omisivos como los activos si impiden el cumplimiento de la asistencia material y moral, declarándose, por tanto, el estado de adoptabilidad en ambos supuestos.

Como se señala en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de Mayo de 1991⁸⁴, "un menor está en situación de desamparo (privado de una vida familiar normal por causas atribuibles a los padres -desamparo culposo-, o por causas no atribuibles a los mismos -desamparo forzoso-)".

Dicha distinción igualmente se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 20 de Junio de 1991⁸⁵. En efecto, se manifiesta que "la situación de desamparo puede tener un carácter forzoso cuando se produce por circunstancias graves que impiden la función asistencial del menor por parte de quien ostenta su guarda y custodia....". "...Pero el desamparo también puede ser culposo cuando los padres o tutores se

⁸³ MANERA: "L'adozione...cit.", pp. 60-61 ; FINOCCHIARO A: "Disciplina dell'adozione...cit.", p.105 .

⁸⁴ Vid. Auto A.P. Barcelona de 24 Mayo 1991. R.G.D. Num.570. Marzo 1992, p.2037.

⁸⁵ Vid. Auto A.P. Barcelona de 20 de Junio de 1991, RJC. 1991-4, p.1005.

desentienden de sus deberes o los ejercen incorrectamente".

Por tanto, la conclusión a la que llega un importante sector doctrinal⁸⁶, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de Octubre de 1990⁸⁷ en su Fundamento Jurídico Cuarto, es que "...deben distinguirse dos tipos de desamparo, uno culpable por parte de los progenitores, que da lugar a la tutela por parte de la Entidad pública y que otorga a ésta el control del acogimiento y de la adopción en su caso, y otro, recogido en el artículo 172-2, que implica sólo la asunción de la guarda por parte de los Organismos Oficiales cuando quienes tienen potestad sobre el menor así lo solicitan....".

Se puede afirmar que el desamparo constituye una situación objetiva, ya que sean los padres inocentes o culpables, siempre da lugar a la acción protectora de la Entidad pública, pero, según se trate de uno u otro tipo de desamparo, la acción será distinta, así como el régimen aplicable.

No obstante, el carácter objetivo del artículo 172-1 C.c., conlleva que no se valoren las causas o las intenciones de los

⁸⁶ VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes...cit.>>, p.33; RUIZ-RICO: <<La tutela <ex-lege>>...cit.>>, p.63 ;VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 635 y ss; EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menors...cit.>>, p.183; GARCIA Y GARCIA: <<Notas para una construcción jurídica del Acogimiento de Menores en el Derecho español>>, La Ley N° 2128, 1988-4, p.1001.

⁸⁷ Vid. Sentencia AP Córdoba de 20 de Octubre de 1990. R.G.D., Num 567, Diciembre 1991, pp. 11496 y ss.

sujetos que provocan la situación de desamparo, sino que, para declarar éste, basta la existencia de una situación de hecho de desasistencia. Lo que se valora es la situación objetiva del menor y no la situación subjetiva de los progenitores.

En este sentido, se pronunciaba también el derogado artículo 174-2 C.c. al establecer que "para apreciar la situación de abandono será irrelevante que éste se haya producido por causas voluntarias o involuntarias". Dicho párrafo, como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1985⁸⁸, "sitúa al intérprete ante una situación fundamentalmente objetiva en la que nada o poco importan las motivaciones". Actualmente, lo mismo se establece, al incluir en el artículo 172-1 C.c., el término "imposible ejercicio", siendo también irrelevante que el mismo sea culpable o forzoso.

El número de posibilidades es elevado, y, sin carácter exhaustivo, algunos supuestos son:

a - Comportamientos externos que se oponen a las exigencias ético-sociales e impiden una asistencia adecuada al menor, bien por tratarse de un modelo perjudicial o ser incompatible con la atención que el menor precisa. Podríamos señalar las conductas delictivas o asociales de los padres o guardadores.

⁸⁸ Vid. STS de 27 de Febrero de 1985, Ar. 817.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 4 de Diciembre de 1991⁸⁹, nos encontramos con una de estas situaciones, en la que la madre reclama judicialmente la recuperación de su hija, que ha sido acogida por una familia, sin que, hasta ese momento, -habían transcurrido dos años desde su abandono por la madre- la menor "haya tenido ninguna visita de su padre, muy escasas de su madre, la cual lleva una vida de total inestabilidad, trabajando en distintos bares de alterne y domicilios, de difícil localización, manteniéndose dicha situación hasta producirse el acogimiento familiar que ahora se discute".

b - Comportamientos internos en el núcleo familiar, siendo características propias de los mismos: la agresividad y violencia, la desviación de conductas, el desequilibrio o la total omisión de atenciones y afectos. Los casos más relevantes serían los malos tratos de obra y psicológicos, las situaciones de explotación del menor de orden sexual, laboral, o para la mendicidad, y las actividades de absoluta indiferencia y omisión, siendo en todos ellos la relación con los hijos o personas sometidas a las potestades tuitivas, prácticamente inexistente⁹⁰.

⁸⁹ Vid. Auto AP Oviedo de 4 de Diciembre de 1991. RGD 1992, p.2210

⁹⁰ En el diario "El País", Sábado 25 y Domingo 26 de Diciembre de 1993, se señala que en el año 1993 son más de 2000 los menores sin familia que viven en Centros de Acogida de la Comunidad de Madrid. "Su ingreso en estos Centros se debe a que en sus casas reciben malos tratos físicos y psíquicos, o a la falta de ingresos económicos de los padres para cuidarles y, cada vez en más casos, a que sus progenitores sufren toxicomanías y no pueden hacerse con la responsabilidad".

Un supuesto de malos tratos es el que se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de Septiembre de 1992⁹¹, en el que aquélla declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por los padres de los menores contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia que desestimó su demanda. En ella se oponían los progenitores a la declaración de desamparo, asunción de tutela y entrega de sus hijos en guarda a familias ajenas, acordada por la Dirección General de Atención a la Infancia.

Destacan los siguientes hechos. Los tres menores, en virtud de Resolución del Tribunal Tutelar de Menores de 22 de Junio de 1986, quedaron bajo la custodia de dicho Tribunal, debido a los malos tratos dados a los hijos y la desunión de la pareja. Dicha resolución se modificó a finales de 1986, quedando los menores bajo la protección de sus padres en régimen de tutela vigilada. Posteriormente el 25 de Marzo de 1988, la madre, ante los malos tratos que su compañero ejercía sobre ella y sus hijos, solicita el internamiento de los mismos en un centro de protección, si bien el 18 de Abril de 1988, tras reconciliarse con aquél, reclama su custodia, lo que es denegado por la Dirección General de Atención a la Infancia que declara el desamparo y asume su tutela. El 7 de Septiembre de 1989, tras pasar las vacaciones con su padre, regresan al centro con diversos hematomas en la cabeza, a

⁹¹ Vid. Auto AP Barcelona de 30 de Septiembre de 1992 (Ar.C. 1326) Enero 1993, Num.2.

consecuencia de los golpes dados por su padre, como manifiestan los menores, por lo que se interrumpen las visitas.

En el Fundamento de Derecho Tercero, se señala que nos "encontramos ante una situación de desamparo de las que se recoge en el artículo 172 C.c., ya que los hijos están privados de una vida familiar por causas atribuídas a los progenitores, debido al carácter de ambos, el padre es muy violento, con problemas físicos, debido a una anterior dependencia del alcohol y la madre de carácter muy débil y no formada para hacer frente a la vida y a la propia familia y siempre sometida a la voluntad de su compañero, del que recibe constantes palizas que también propinaba a los hijos de su primer matrimonio, seis, cinco de los cuales pasaron por diversas instituciones, y después sometidos a acogimiento familiar y adopción...".

Luego no procederá la petición de contacto con los padres biológicos, puesto que aunque vuelvan a vivir juntos no hay garantía que acredite que la actitud de aquéllos hacia los hijos haya cambiado. Además, los menores manifiestan que quieren continuar con los padres de acogida.

También se estima que los menores se encuentran en situación de desamparo en el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 4

de Diciembre de 1992⁹², ante el incumplimiento por los padres de sus deberes de protección y asistencia necesarios, supuesto que no en todo momento respondía a una situación económica precaria, sino que también se daba cuando el padre tenía trabajo. El padre no queda exculpado de responsabilidad en la constatada deficiencia de higiene, alimentación y habitabilidad de la vivienda -pese a haber contado con una persona del Servicio de Ayuda Domiciliaria- porque la madre tuviera una conducta desordenada. Y lo más importante es que "no llega a asumir de verdad su rol de padre". Por tanto, procede la tutela institucional ya que se acredita convenientemente la situación de desamparo en sentido legal de los menores.

Por último, en el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de Junio de 1992⁹³, el Servicio Provincial de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo acuerda la situación de desamparo del menor, dado que, "se comprobó un deterioro grave de la situación familiar, constituída por sus padres y hermanos, sin planes ni organización de futuro inmediato familiar" y, sobre todo, los informes periciales acreditan "la existencia de una falta de capacidad de los padres para el cuidado y educación de su hijo".

Además del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, la Ley contempla también la imposibilidad

⁹² Vid. Auto AP Vitoria de 4 de Diciembre de 1992 (Ar.C. 1681), Marzo 1993, Num.6.

⁹³ Vid. Auto AP Zaragoza de 10 de Junio de 1992 (Ar.C. 894) 1992.

de ejercerlos. En el art.172 se incluyen todas las hipótesis de no ejercicio de los derechos-deberes familiares que procedan de causas distintas a la voluntad de sus titulares. Son supuestos inimputables al sujeto que se encuentra imposibilitado de ejercer la función tuitiva.

Así, la incapacidad o ausencia, no es preciso que estén judicialmente declaradas, sino que es suficiente si concurren de hecho. Algunos de estos supuestos serán las enfermedades físicas y mentales, aunque no sean determinantes de la incapacidad, situaciones de drogadicción y alcoholismo, necesidad económica motivada por el paro o emigración. Igualmente, se incluyen los supuestos relacionados con la inexistencia de las personas encargadas de la protección -muerte o declaración de fallecimiento de los padres o tutor- o la privación a aquéllos de la patria potestad sin que hayan entrado en juego los mecanismos sustitutorios que evitarían el desamparo (tutela ordinaria art.222-1 C.c.).

Una de dichas situaciones se refleja en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de Octubre de 1990⁹⁴, en el que un menor es declarado en situación de desamparo por la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña, "ya que los padres

⁹⁴ Vid. Auto AP Barcelona de 11 de Octubre de 1990. "Derecho de familia. Vol.I". Corona Quesada. Diccionario práctico de Jurisprudencia. Barcelona 1992, pp. 41-42.

no se ocuparon de él, tras abandonarlo en el centro hospitalario, hasta transcurridos cinco meses de su nacimiento..." "...y, por otra parte, de los certificados médicos acompañados a los autos, resulta que la madre padece una enfermedad mental incurable y grave que requiere un prolongado tratamiento médico para su estabilidad".

Otro supuesto de desamparo forzoso se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de Mayo de 1991⁹⁵, según el cual, "la menor se encuentra en situación de desamparo forzoso, ésto es, que su madre biológica primero y, en la actualidad, sus padres legales no pueden ofrecerle una vida familiar normal por causas ajenas a su voluntad (obsérvese la juventud de ambos, que se estima -según los informes psicológicos- de una cierta inmadurez para hacer frente a las responsabilidades inherentes del ejercicio de la patria potestad, así como también su actual situación económica)".

Una situación parecida es la expuesta en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de Junio de 1991⁹⁶, ya que el Tribunal Tutelar de Menores suspendió a ambos padres de los derechos de guarda y educación relativos a su hija, "ante la vida desordenada de los padres, su consumo de sustancias tóxicas, y ejercicio de la prostitución por parte de la madre".

⁹⁵ Vid. Auto AP Barcelona de 14 de Mayo de 1991, en Diccionario práctico de Jurisprudencia cit., p.33.

⁹⁶ Vid. Auto AP Barcelona de 20 de Junio de 1991. RJC. 1991-4, p.1005.

Posteriormente, la Dirección General de Protección y Tutela de Menores de la Generalidad declaró el desamparo de la menor y asumió su tutela y, finalmente, la Dirección General de Atención a la Infancia ratificó la tutela de la menor y formalizó el acogimiento familiar indefinido a favor de sus abuelos, ya que "el padre se encuentra en tratamiento de su toxicomanía, no así la madre, puesto que los informes coinciden en manifestar su vinculación al consumo de drogas y dedicación a la prostitución como recurso económico para su adquisición".

4.3.4 -LA CLAÚSULA DE FUERZA MAYOR DE CARÁCTER TRANSITORIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

No existirá un abandono jurídicamente relevante, cuando estemos ante una situación de falta de asistencia material o moral, si dicha carencia es debida a fuerza mayor.

El concepto de fuerza mayor debe interpretarse en el ámbito del Derecho de Familia, en relación a la peculiaridad de las relaciones que la institución de la adopción está llamada a regular. Se atiende, ante todo, al interés del menor, al pleno desarrollo de su personalidad, así como a su derecho a crecer en un ambiente familiar normal.

Dicha cláusula de fuerza mayor ya se contemplaba en el antiguo artículo 314/4, párrafo 1º, C.c. en el que se establecía

para el supuesto de adopción especial, que el estado de adoptabilidad del menor no podrá ser declarado si la falta de asistencia material y moral por parte de los progenitores o de los parientes obligados a prestársela es debida a fuerza mayor. Pero en dicho concepto no tenía ninguna relevancia el requisito de la temporalidad.

Existe una exclusión recíproca entre abandono y fuerza mayor: si tiene lugar el primero, no entra en juego el segundo y viceversa.

Como señala MANERA⁹⁷, en un primer momento, la fuerza mayor se consideraba como un hecho no culpable, independiente de la voluntad de los padres, como un hecho invencible, irresistible que no era imputable a los progenitores. Tal concepción es a juicio de dicho autor errónea, ya que la consideración de dicha fuerza como un hecho no culpable encontraría como única justificación la defensa a ultranza del vínculo de sangre, negando en la práctica los derechos del menor y condenándole a una institucionalización perpetua, incluso en el caso de irreversibilidad del abandono.

Así DOGLIOTTI Y BOCCACCIO⁹⁸ señalan que, de seguirse dicha orientación, la existencia de una enfermedad mental del padre,

⁹⁷ MANERA: "L'adozione...cit.", p.56 .

⁹⁸ Vid. DOGLIOTTI y BOCCACCIO: <<La problematica della forza maggiore nell'adozione di minori>>. Dir. fam. pers. 1992-4, p.1208.

grave e irreversible, que conlleva una total privación de atención al menor, puesto que no es <<deseada>>, excluiría la declaración de adoptabilidad. Y, en cambio, no se considerarían causas de fuerza mayor el encarcelamiento -por su carácter voluntario-, o la emigración que se considera expresión de un comportamiento voluntario y egoísta de los padres.

Sucesivamente, se consolida la postura en la cual, la fuerza mayor se valora, al igual que el abandono, en sentido no subjetivo o voluntarista o culpable, sino objetivo, atribuyéndose un valor decisivo a la irreversibilidad o reversibilidad del abandono.

Como ya vimos, la fuerza mayor es un hecho temporal o reversible, frente al abandono que se caracteriza por ser una situación irreversible o definitiva. Sólo un hecho temporal, transitorio, que impida objetivamente a los progenitores hacer frente a sus deberes paterno-filiales, se considerará causa de fuerza mayor, y, por tanto, se excluirá el abandono, así como la declaración de adoptabilidad. Sólo un abandono temporal, de duración limitada y reversible, no puede considerarse verdadero abandono. En cambio, cuando la situación de abandono no sea temporal, sino que tenga una duración ilimitada, es evidente que se trata de un supuesto de abandono y no de fuerza mayor.

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia señalaba que es el carácter temporal, el que diferencia a la fuerza mayor del

abandono, siendo dicha característica contemplada expresamente en el artículo 8 de la nueva Ley.

La nueva Ley recoge el acuerdo unánime de la doctrina⁹⁹ y de la Jurisprudencia¹⁰⁰ de poner un límite temporal a la fuerza mayor, como eximente de la falta de asistencia al menor, siendo decisiva la existencia de una esperanza razonable, sobre el retorno del menor a su familia de origen, una vez que sea superado el impedimento en cuestión. La fuerza mayor para ser relevante debe ser transitoria.

No obstante, hay que señalar que la fuerza mayor tiene un carácter excepcional y, por tanto, deberá ser valorada rigurosamente.

La Sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 6 de Febrero de 1984¹⁰¹ señala que, "dado el carácter transitorio que tras la nueva Ley debe tener la fuerza mayor, es indiferente, a la hora de determinar si subsiste o no el estado de abandono, el carácter involuntario de la detención de los padres, debiendo tratarse

⁹⁹ FINOCCHIARO, A.: "Disciplina dell'adozione...cit.", p.111; MANERA: "L'adozione...cit.", p.57; BESSONE: "Giurisprudenza dell'adozione". Giuffrè Editore. Milano 1983, p.11; UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge...cit.", p.58; DE LUCA: <<Lo Stato di abbandono>> Dir.fam.pers., 1989, p.292.

¹⁰⁰ Vid.Cass.27 Julio 1989, n.3526 en Giust.Civ., 1990 I, p.109. Cass.7 Marzo 1990 n.1801, en Giust.Civ., 1990 I, p.1794.

¹⁰¹ Vid. Trib. Min. Roma, Sentencia de 6 de Febrero de 1984. Dir.fam.pers. 1984, pp. 637-646.

sólamente de comprobar si la causa que impide los cuidados paternos tiene o no carácter transitorio". Por tanto, sólo un impedimento temporal que dure un lapso de tiempo, que no perjudique al desarrollo físico y psíquico del menor, podrá considerarse fuerza mayor.

¿Cuándo se puede hablar de transitoriedad? El artículo 8 no se pronuncia y, por consiguiente, no cabe señalar una indicación general, y, menos aún, un término temporal preciso, que necesariamente variará en relación a los distintos supuestos. Aunque es obvio que una situación de falta de asistencia, que se prolongue durante más de 6 meses o, incluso un año, será extremadamente perjudicial para el menor.

Cabe también que desde el inicio se conozca el término de dicha situación, por ejemplo, ante un caso de alejamiento forzoso del padre, que se sabe que concluirá en una fecha determinada. En definitiva, deberán existir indicios que hagan prever razonablemente el fin de la falta de asistencia, como, por ejemplo, una enfermedad, que se sepa que, tras el tratamiento oportuno se pondrá fin a dicha situación.

El artículo 8 no se pronuncia acerca de si la cláusula de fuerza mayor de carácter temporal, puede ser invocada por los parientes obligados a prestar asistencia al menor, es decir sobre quienes debe incidir la fuerza mayor para excluir el abandono.

UBALDI¹⁰² considera que la fuerza mayor puede venir tanto de los padres, como de los parientes. Así, se excluirá la situación de abandono, cuando estemos ante un impedimento temporal y transitorio, bien de los padres, bien de los parientes y exista una esperanza razonable acerca de que, una vez superado el mismo, el menor podrá volver a ser asistido adecuadamente por su padre o su pariente.

No obstante, DOGLIOTTI¹⁰³ considera que dependerá de los distintos supuestos. Por un lado, si el pariente que presta continua y adecuada asistencia al menor enferma, no por eso se declarará la adopción. Pero, por otro lado, el menor que es abandonado por sus padres, y ahora alejado de sus parientes si se dispone otro acogimiento familiar, puede ser perjudicial para él y ser más conveniente la declaración de adoptabilidad.

4.3.4.1-DISTINTOS SUPUESTOS.

Las causas de fuerza mayor son diversas. Analizaremos algunos de los supuestos más relevantes.

En primer lugar, el alejamiento del progenitor puede deberse al encarcelamiento del mismo. Dicha situación impide atender al

¹⁰² UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge... cit.", p.58.

¹⁰³ DOGLIOTTI: <<La problematica della forza...cit.>>, p. 1217.

menor, pero nuevamente será el carácter temporal (no más de 6 meses o 1 año), el que determine si puede hablarse de fuerza mayor. En cambio, si dicha situación adquiere un carácter definitivo, debiendo ser el menor institucionalizado permanentemente, se procederá a declarar la adopción del menor.

Dicho supuesto se recoge en la Sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 6 de Febrero de 1984, anteriormente citada, en la que ambos padres, a consecuencia de su toxicomanía, son frecuentemente encarcelados, no existiendo, por tanto, una relación afectiva entre padre e hijo, ya que las visitas son esporádicas y de breve duración y, cuando se encuentran en libertad, no se ocupan ni mínimamente del hijo, puesto que están inmersos en el mundo de la droga. Por consiguiente, no se trata de un impedimento temporal, que tenga lugar durante un lapso de tiempo tal que no perjudique al menor, sino más bien al contrario.

El hecho incierto y aleatorio de que ambos padres se recuperen de su drogadicción no puede recaer sobre el menor. Además, en el presente caso, concurre la incapacidad educativa, la ausencia de un trabajo adecuado -la madre se prostituye para obtener la droga-, así como la falta de voluntad para huir de dicha situación.

En otros casos, puede obedecer a la enfermedad mental, que si es irreversible deberá declararse la adopción cuando exista una

falta de asistencia y de cuidado del menor. Hay que tener en cuenta también los avances científicos que podrán limitar los efectos de la enfermedad, y hacerse, por tanto, los padres cargo del menor. Lo realmente importante es la repercusión de dicha circunstancia en las relaciones con el menor. La declaración de incapacitación que tiene por objeto excluir al sujeto de la patria potestad no implica necesariamente un juicio sobre la ausencia de prestaciones y cuidados al hijo, ya que la incapacitación puede referirse sólomente sobre la inidoneidad para administrar su patrimonio y el de su hijo.

Un caso de enfermedad mental es el que se contempla en la Sentencia del Tribunal de Menores de Roma de 13 de Noviembre de 1984¹⁰⁴. Se declara el estado de adoptabilidad del menor puesto que la madre siempre delegó el cuidado del hijo a terceros, sea por incapacidad educativa debida a sus condiciones personales, familiares y a su enfermedad mental, o por su absoluta falta de voluntad de encontrar y mantener de modo estable un trabajo, con el fin de hacerse cargo de su hijo. El menor no tenía ningún ligamen afectivo con la madre, y tampoco era asistido materialmente.

En el supuesto de una parálisis que impida moverse al progenitor, se podrá excluir el abandono si existe una relación afectiva entre padre e hijo.

¹⁰⁴ Vid. Trib.min. Roma, Sentencia de 13 de Noviembre de 1984, Dir.fam.pers. 1985, pp. 183 y ss.

Otros supuestos quedarían englobados en la ausencia de los progenitores para desempeñar una actividad laboral, en el que podrían incluirse los casos de emigración absolutamente necesaria, ante la imposibilidad de trabajar en el lugar donde vive la familia. En dicho supuesto, para que actúe la causa de fuerza mayor, debería tener esa circunstancia un carácter temporal, ya que si no tendría lugar la adopción del menor, puesto que éste no debe ser internado durante largo tiempo, teniendo sólo contactos esporádicos, telefónicos o por carta, con sus padres, pues iría contra sus intereses.

El Tribunal de Menores de Roma en Sentencia de 10 de Octubre de 1984¹⁰⁵, considera que concurre una causa de fuerza mayor, en el abandono de una menor por sus padres nómadas, durante 2 meses en un hospital, puesto que la madre debía atender a otros 7 hijos, y sabía que su hija allí recibiría los cuidados necesarios. No existió contacto telefónico por desconocimiento del idioma, pero la visitó una vez por semana. Posteriormente fué abandonada otros dos meses por enfermedad de la madre, sin mantener ningún contacto, considerándose también la existencia de fuerza mayor.

Por último, cabe plantearse si puede la pobreza constituir causa de fuerza mayor. Se puede afirmar que dicha causa no tiene por sí misma que llevar al abandono, dado que la persona que

¹⁰⁵ Vid. Trib. Min. Roma, Sentencia de 10 de Octubre de 1984 Dir.fam.pers. 1985, pp. 172 y ss.

carezca de medios, puede mantener con el menor una relación óptima, así como administrar bien el subsidio. Pero también puede ocurrir que dicha falta de medios sea buscada por los progenitores, bien porque no se preocupen de buscar un trabajo, bien porque abandonen voluntariamente el mismo. Ahora bien, puede objetarse que la indigencia, la ignorancia y la incapacidad laboral y educativa están estrechamente vinculadas y son fruto de unas condiciones de marginación de las que es muy difícil salir.

Es en este supuesto en el que la doctrina italiana¹⁰⁶ considera que la desasistencia material y moral se han de dar conjuntamente. Por consiguiente, sólo en el caso de falta de asistencia material -por indigencia de la familia- acompañada también de abandono moral es posible declarar el desamparo.

No obstante, el carácter temporal de la situación será decisivo. Aunque se considere que la pobreza y la marginación es una causa de fuerza mayor, es preciso que éstas no sean permanentes, porque, si es grave e irreversible, influirá negativamente en el desarrollo de la personalidad del menor.

4.3.4.2-RECHAZO INJUSTIFICADO DE LAS MEDIDAS DE APOYO.

En el párrafo último del artículo 8 se establece que *"no se considerará que existe fuerza mayor cuando las personas mencionadas*

¹⁰⁶ FINOCCHIARO A.: <<Disciplina dell'adozione...cit.>>, p.113.

en el párrafo anterior hayan rechazado las ayudas que les hubieran sido ofrecidas por los servicios locales, de modo que se estime injustificado por el Juez".

Cabe que una familia sin medios rechace, bien el subsidio, bien la ayuda a domicilio, o bien la oferta de trabajo. En la Sentencia, anteriormente citada, del Tribunal de Menores de Roma de 13 de Noviembre de 1984, la madre rechaza injustificadamente las medidas de apoyo de los Servicios Sociales, ya que prefiere beneficiarse de la asistencia gratuita que le ofrece la institución que se hizo cargo de ella con carácter indefinido, que trabajar. Destaca su absoluta falta de voluntad para encontrar y mantenerse de modo continuado en un trabajo honesto, que le lleva a rechazar injustificadamente las distintas ofertas de trabajo, así como el alojamiento que le proporcionaron los Servicios Sociales y que habrían resuelto todos sus problemas.

Por tanto, si los padres, que tienen dificultades para encontrar alojamiento o trabajo, rechazan los programas de apoyo ofrecidos por los Servicios Sociales, es evidente que luego no podrán invocar como causas de fuerza mayor excluyentes del abandono, aquellas circunstancias de indigencia o pobreza.

También queda englobado en dicho precepto el rechazo de la terapia que ofrezca el Servicio Social en los casos de toxicomanía, alcoholismo ó enfermedad mental para mejorar su situación, que les

impide asistir adecuadamente al menor.

Supuesto más bien raro, será aquél en el que el Juez considere justificado el rechazo por el padre de la medida de apoyo. Se trataría de medidas inadecuadas para poner fin a la causa de impedimento ó nocivas para el menor, como podría ser acoger a un menor en un instituto bastante alejado de la residencia de los progenitores.

Por consiguiente, en el Ordenamiento italiano, a pesar de que el concepto de abandono del artículo 8 es objetivo, al introducir en el mismo la cláusula de fuerza mayor, pone de manifiesto la necesidad de realización de un estudio del abandono en el que se analicen las causas que lo han motivado. Si estas son temporales queda excluída la declaración de abandono y el menor será insertado, al cesar las mismas, en su familia de origen, cumpliéndose lo establecido en el artículo 1-1 de la Ley.

4.3.5 - LA CLAÚSULA DE FUERZA MAYOR EN LA LEY 21/87.

¿Cómo se articula dicha cláusula en la Ley 21/87? La respuesta no es fácil, ya que en nuestro Ordenamiento, a diferencia del italiano, que en su artículo 8 recoge expresamente dicha causa, no se contempla la misma en el concepto de desamparo.

Si analizamos el artículo 172-1 C.c., vemos que dentro del

concepto de desamparo se incluye el "imposible ejercicio", sin aludir para nada a las causas de fuerza mayor de carácter transitorio. Es obvio que, cuando el imposible ejercicio sea permanente, tendrá lugar el desamparo del menor, pero la situación no será la misma cuando aquél no pueda ser atendido transitoriamente por sus progenitores. Luego, en dicho precepto no se otorga un trato especial a los casos en que los padres se ven objetiva y temporalmente imposibilitados para ejercer sus deberes de guarda.

El concepto del artículo 172 C.c. es marcadamente objetivo. No parece contemplar las distintas causas que pueden provocar el desamparo -pobreza, ignorancia, enfermedad-; con lo cual difícilmente, según VARGAS CABRERA¹⁰⁷, "se podrán distinguir los incumplimientos culpables de los forzosos, y las situaciones temporales de aquellas otras dominadas por la nota de la probable irreversibilidad". Puede así convertirse a la Ley 21/87 en "un instrumento para ahondar en las injusticias del sistema".

No obstante, dichas causas de fuerza mayor sí se recogen en el artículo 172-2 en el que se establece que "*la Entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves.....*". Es obvio que en dicha expresión se recogen causas de fuerza mayor, ya

¹⁰⁷ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.638.

que, por un lado, se alude al límite temporal y, por otro, se menciona a la enfermedad u otros supuestos graves -prisión, emigración, pobreza-, pero no claramente como ocurre en la Ley italiana.

En efecto, en dicho párrafo segundo del artículo 172 no se establece el concepto de desamparo, sino que lo que se dispone es la medida de protección, que tendrá lugar cuando concurra dicha causa que será la guarda de la Entidad pública y no la tutela.

Según VALLADARES RASCON¹⁰⁸, el texto legal permite diferenciar dos tipos de desamparo, que, según los casos, darán lugar a la adopción o a la reinserción del menor dentro de la familia por naturaleza.

A juicio de dicha autora existen dos situaciones distintas de desamparo:

- Una, que da lugar a la tutela de la Entidad pública y a la consiguiente extinción de la patria potestad de los progenitores, siendo la Entidad la que tiene el control de la adopción.

- Otra, que implica que la Entidad pública asuma sólo la guarda, y que suele dar lugar a la reinserción del menor dentro de

¹⁰⁸ VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción>>. Poder Judicial, n°9. Marzo 1988, p.33

la familia por naturaleza, permitiendo a los padres controlar la adopción -en el caso de que ésta tuviese lugar- de sus hijos, puesto que conservan la patria potestad, siendo ellos los que deben asentir la adopción para que ésta se produzca (art.177-2-2°). Ahora bien, en aquellos casos, en los que la Entidad pública asuma la guarda, es potestativo de los padres el hacer cesar la situación de desamparo, cuando cesen las causas que lo motivaron. Si dichas causas cesan y los padres o tutores no reclaman al menor, la Entidad pública asumirá la tutela, pudiendo tener lugar la adopción sin el asentimiento de los padres¹⁰⁹.

Discrepa SANCHO REBULLIDA¹¹⁰ para el cual, por un lado, más que dos situaciones de desamparo, son dos momentos cronológicos de una misma situación, según sea producida, pues si los padres o el tutor solicitan la guarda administrativa, cuando ya se ha producido el desamparo, habrá surgido ya, automáticamente, ministerio legis, la tutela de la Entidad pública correspondiente.

Y por otro, el desamparo, que da lugar sólo a la guarda de la Entidad pública (art.172-2), se producirá cuando quienes tienen potestad sobre el menor así lo soliciten, justificando no poder

¹⁰⁹ Vid. VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes...cit.>>, p.34; SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.55 y PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.107, n.136 el cual considera que también tiene lugar la tutela de la Entidad Pública si la fuerza mayor transitoria que hubiera determinado la guarda deviniera en definitiva.

¹¹⁰ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.39.

atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez. Si los titulares de la potestad sobre el menor, no se ocupan, ni siquiera de solicitarlo, desde una perspectiva literal, se considerará que están en situación de desamparo total y la Entidad pública asumirá la tutela; se dejan a salvo los supuestos en que, a pesar de no existir esta solicitud, el Juez acuerde que la entidad asuma sólo la guarda.

Igualmente, FERRER VANRELL¹¹¹, considera que en los supuestos del artículo 172-2 C.c. no existe situación de desamparo sino que "nos hallaríamos, más bien, en la fase previa, que de no solicitarse unas determinadas medidas (que la Entidad pública asuma la guarda) desembocaría en una situación de desamparo". Continúa señalando que "la situación de desamparo, en consecuencia, sólo da entrada a la constitución automática de la tutela legal, no a la mera guarda que es insuficiente. La sola guarda es consecuencia de circunstancias menos graves que el desamparo".

Estas situaciones límites entre la tutela y la guarda plantean numerosos problemas. No considero que la solución literal antes apuntada sea la más adecuada. Es obvio que, mientras que en el artículo 172-2 C.c. se exige una solicitud de los titulares de la función de guarda, ésta no tiene lugar en el supuesto en que la Entidad pública asume la tutela. Ahora bien, como señala RUIZ-RICO

¹¹¹ FERRER VANRELL: <<El acogimiento familiar...cit.>>, p.170.

RUIZ¹¹², distinguir dichas instituciones, en estos casos limítrofes, en base sólo a la solicitud, puede que no sea lo más conveniente para el menor, ya que cabe que los padres o tutores de aquél, aún estando en alguna de esas circunstancias graves - accidente, enfermedad, emigración- y sin tener intención de desamparar al menor, no lo solicitasen por ignorancia, o por estar imposibilitados para ello.

El artículo 172-2 C.c. es claro respecto a la exigencia de solicitud -desde una interpretación literal, que rechazamos-, luego, en caso de ausencia de aquélla, tendrá lugar la tutela automática, con la consiguiente suspensión de la patria potestad sin culpa del progenitor, así como la ausencia del asentimiento de los progenitores en la adopción. Si aceptamos la interpretación literal en estos supuestos límites, no existiría proporcionalidad entre la situación del menor y la medida adoptada.

Aunque en el artículo 172-2 C.c., no se utiliza, expresamente, como hace el artículo 8 de la Ley italiana, la expresión -más acertada- "carácter transitorio", este carácter de las causas se contempla en el mencionado precepto, mediante la expresión "durante el tiempo necesario"¹¹³. Luego la temporalidad

¹¹² RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit.>>, p.63; FELIU REY: <<Breve estudio...cit.>>, p.2752 y "Comentarios... cit.", pp. 32-33.

¹¹³ Así EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, p.190 estima que la expresión "durante el tiempo necesario" no es muy acertada en su formulación, ya que, "igualmente, la tutela

es un factor esencial tanto de dichas causas como de la guarda.

En efecto, en el Fundamento de Derecho Tercero, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de Enero de 1992¹¹⁴, se pone de manifiesto que el artículo 172-2, que contempla un caso en el que la Entidad pública asume únicamente la guarda, está en relación a un "estado provisional o transitorio de incapacidad de los padres para atender a sus hijos, y, por ello, dice la norma que la <<Entidad pública asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario>>".

En relación con los hechos hay que tener en cuenta que la madre tuvo primero cuatro hijos -todos ellos internados en instituciones protectoras- y luego los dos menores a los que se refiere el procedimiento, sobre los que solicitó en 1985 al Tribunal Tutelar de Menores que fueran internados en un Centro al no tener su marido trabajo y consumir con frecuencia alcohol, padecer una situación económica muy precaria, y necesitar el internamiento para poder trabajar, así como por causar su marido malos tratos a ella y a los niños al embriagarse.

Ante tales hechos, el 20 de Junio de 1985 se acoge a los

(automática o no) se ejercerá, también, durante el tiempo necesario, que en el caso del menor, se alargará, como máximo, hasta la mayoría de edad".

¹¹⁴ Vid. Sentencia AP Madrid de 21 de Enero de 1992 (Ar.C.78) 1992.

menores en régimen de internamiento, continuando ingresados hasta el 2 de Febrero de 1989 en que el Director General de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, dicta Resolución en la que aprecia la situación de desamparo de los menores y acuerda que se asuma la tutela por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, y el 19 de Junio de 1989 la Comunidad de Madrid da en acogimiento a los menores.

Pues bien, en el presente caso, "no nos encontramos ante una incapacidad de atención provisional o transitoria, por muy ampliamente que se aplique, sino permanente y mantenida -al menos desde el año 1985- no pudiéndose pretender que ante una situación permanente de desamparo, por el hecho de que la Entidad pública se haya hecho cargo del menor a solicitud de quienes tienen potestad sobre él, aquélla sólo va a asumir a perpetuidad la guarda y no la tutela a que se refiere el párrafo primero del artículo 172".

Por tanto, podemos entender que es el carácter reversible de la situación de desamparo el que justifica que la Entidad pública no asuma más que la guarda, ya que, de otro modo, es decir, si es irreversible, la Entidad pública asumirá automáticamente la tutela.

Es lógico que dichas situaciones no duren más tiempo del necesario teniendo en cuenta las circunstancias que pudieran concurrir, dado que es cierto que, en ocasiones, los padres biológicos se despreocupan en exceso de sus hijos internados en

Centros, produciéndose un doble abandono, el que se daba cuando vivían con ellos y el que se produce en el internamiento.

Por otro lado, en el artículo 172-2 C.c. se establece que es preciso que quienes tienen la potestad sobre el menor lo soliciten, "justificando no poder atenderlo...". Luego, en principio, la carga de la prueba corresponde al solicitante¹¹⁵. De no ser así, entraría en juego el concepto de desamparo del artículo 172-1 atribuyéndose a la Entidad pública la tutela automática. Ahora bien, no hay que olvidar que la Entidad pública debe investigar las condiciones del desamparo y determinar la existencia de causa justificada.

Así, vemos que la primera diferencia que se produce con respecto al Ordenamiento Jurídico italiano es que, en éste, los menores no serán declarados en estado de adoptabilidad -equivalente a nuestro desamparo- si existe una causa de fuerza mayor de carácter transitorio. Es decir, como vimos, ambos son excluyentes: si existe desamparo no hay causa de fuerza mayor y viceversa.

Pues bien, en nuestro sistema, la causa de fuerza mayor influirá a la hora de determinar la medida de protección que debe tomarse. Es decir, si existe fuerza mayor transitoria, la Entidad

¹¹⁵ EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, p.191, n.30 estima que "existe por tanto una presunción "iuris tantum" de que el desamparo no es justificado".

pública asumirá la guarda; en caso contrario la tutela¹¹⁶.

En el concepto general de desamparo del artículo 172-1 C.c. no se recoge la cláusula de fuerza mayor, como causa excluyente de éste. Es más, en dicho precepto se habla del "imposible ejercicio", como una de las causas que provocan el desamparo, sin aludir para nada a las distintas circunstancias que originan esa situación. Esta deficiencia se suple, en parte, a través del art.172-2.

Sí que coinciden ambos Ordenamientos en la intención perseguida, que es la reinserción del menor en su propia familia, puesto que en la Ley 21/87, al señalar que la Entidad pública asume sólo la guarda, se pone de manifiesto el carácter temporal de esta medida, cuyo fin es que el menor pueda volver junto a sus padres una vez que cese el motivo que lo impedía, ya que no se puede olvidar que se debe procurar que el menor sea reinsertado en la familia propia -art.172-4 C.c.-.

Así, en las hipótesis tan frecuentes de imposibilidad por razones de índole económica, sociocultural, etc...para el ejercicio de los deberes de la patria potestad, no cabe que se penalice por ello a familias con notorias carencias sociales. Por eso, sin perjuicio de que la Entidad pública asuma la guarda, una de las

¹¹⁶ En contra PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.85 n.109 y p.102 que señala que del artículo 172-2 "se infiere que el desamparo resulta excluido en relación con los guardadores del menor cuando, mediando determinadas circunstancias, reclamen el auxilio de la Entidad Pública justificando no poder atenderlo".

vías de tratamiento será la elaboración de un plan de ayuda a la familia¹¹⁷.

Se evaluarán los medios con que cuenta el entorno social del menor, elaborando las medidas de apoyo que se estimen viables (prestaciones asistenciales, económicas y sanitarias, ayuda escolar, organización del tiempo libre del menor, ayuda a domicilio en el hogar, familia de apoyo con tiempo de guarda parcial...) ¹¹⁸.

También podemos tener en cuenta, el supuesto en que los progenitores sean drogadictos o enfermos mentales, en los que la drogadicción o enfermedad se empieza a detectar por los servicios sociales y todavía no se puede considerar que haya un estado de abandono del menor. La solución de la guarda administrativa puede ser la medida adecuada para el menor mientras se trabaja con los padres biológicos en su curación, para que puedan atender nuevamente a sus hijos.

¹¹⁷ Vid. RIPOL-MILLET y RUBIOL: "El Acogimiento familiar". Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 152 y ss.

¹¹⁸ En el diario "El Adelantado de Segovia", Martes 15 de Marzo de 1994, se pone de manifiesto que en la Provincia de Segovia, en el año 1993, 206 menores fueron atendidos en régimen abierto, mediante apoyo económico y humano a su familia, permaneciendo el menor en su hogar familiar.

En dicho año, 70 menores fueron puestos bajo protección de la Entidad pública, de los cuales, 7 fueron adoptados, 24 acogidos administrativamente por familias extensas, 1 acogido judicialmente, y el resto internado en Centros Colaboradores. En Castilla y León, en 1993, se atendieron 86 solicitudes de Adopción de los 700 expedientes estudiados.

Por otro lado, no hay que olvidar que, en el artículo 172-2, se establece que también la Entidad pública asumirá la guarda "cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda".

Uno de los supuestos en que el Juez puede ordenar la asunción de la guarda, es en base al artículo 158-3° C.c., el cual será de gran utilidad cuando los padres, bien por una enfermedad súbita, un accidente grave o emigración temporal, estén imposibilitados para ello. En este caso, las personas legitimadas, el menor, cualquier pariente o el Ministerio Fiscal, podrán solicitar al Juez que éste ordene la asunción de la guarda.

Lo que es sorprendente, como pone de manifiesto VALLADARES RASCÓN¹¹⁹, es que la Entidad no esté legitimada para solicitarlo así del Juez¹²⁰, por lo que deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de dichas circunstancias, para que solicite al Juez que ordene la asunción (art.174-1 y 2).

Idéntica solución cabría en los supuestos, en los que los padres, por ignorancia, no hayan podido presentar la solicitud de

¹¹⁹ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores....cit.>>, p.2059.

¹²⁰ En el artículo 29 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece que " el propio menor, cualquier pariente, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrán solicitar del Juzgado de 1ª Instancia o de Familia donde éste exista, del domicilio de menor, la adopción de las medidas cautelares que contempla el art.158 del Código Civil".

guarda, pero no deseen abandonar al menor.

Sorprende así la concepción que se tiene de la fuerza mayor, ya que no se incluye en el concepto general de desamparo, siendo la Entidad la que aprecie si concurre o no en el supuesto de que los padres soliciten la guarda, y, en cambio, será el Juez en caso de ausencia de solicitud, si los padres acuden a él en base al artículo 158-3°C.c.

Sería una fuerza mayor de carácter transitorio bastante peculiar, ya que el que se aprecie o no dependerá en todo caso de la actitud de los padres, dado que se exige un comportamiento activo por parte de éstos, bien hacia la Entidad pública -solicitud de guarda-, bien hacia el Juez, en virtud del artículo 158-3, no cabiendo que la Entidad pública directamente la aprecie y valore la medida que procede. Se debería haber concedido expresamente a la Entidad pública poder discrecional suficiente para valorar las circunstancias concretas de cada supuesto de desamparo y decidir declararlo o no, en base al interés del menor, máxime cuando la Ley reconoce a éstas un amplio campo de actuación en mucho aspectos.

Lo que no cabe es entender, como hace VARGAS CABRERA¹²¹, que la Ley 21/87 "atribuye a las Entidades Públicas una titularidad formal de guarda que las legitima para intervenir inmediatamente en las situaciones urgentes, quedando, así, ex lege investidas de un

¹²¹ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.638.

poder jurídico, de un título legal, para el ejercicio de facultades tuitivas de orden personal sobre el menor que adquirirán materialmente por los siguientes modos: ope legis, por convención y por decisión judicial".

Dicha Ley, lo que atribuye a la Entidad pública es la tutela y no la guarda -problema distinto es como se concibe dicha tutela- sobre los menores en situación de desamparo. Mientras que la guarda sólo tiene lugar por solicitud de los padres o por decisión judicial, la tutela actúa ope legis. Cuestión diferente es que la solución apuntada por el citado autor, hubiera sido lo deseable que se contemplara en la Ley en los supuestos de fuerza mayor, al igual que ocurre en el artículo 9 de la Ley Catalana, en donde, lo que adquieren ex lege las Entidades Públicas es la guarda en los supuestos de fuerza mayor de carácter transitorio.

4.3.6-LA CLAÚSULA DE FUERZA MAYOR EN LA LEY CATALANA 37/91.

Una regulación más completa es la que nos ofrece la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, en cuyo artículo 9, se establece que *"si el desamparo es debido a fuerza mayor de carácter transitorio no es precisa la resolución formal que lo aprecie, y es suficiente para legitimar la intervención del Organismo competente la solicitud de los padres o los guardadores. En estos casos, dicho Organismo ejercerá sólo la guarda mientras se mantenga aquella situación"*.

El artículo 9 prevé la posibilidad de que se atribuya al Organismo competente la guarda de menores con carácter provisional.

Se trata de una institución legal, sólomente de guarda, que se atribuye en exclusiva a la Administración, sin perjuicio de que ésta pueda desempeñar la función a través de persona distinta y física, como por ejemplo del Director de la institución en que el menor es internado, el cual ejerce por delegación los derechos y las obligaciones inherentes a la guarda (art.12-5).

Conforme al artículo 9 el Organismo competente puede ejercer sólo la guarda del menor cuando el desamparo sea debido a fuerza mayor de carácter transitorio¹²² y así lo soliciten quienes tienen la potestad sobre él o los guardadores.

En este caso, no es necesario una resolución formal que aprecie el desamparo siendo la solicitud de los padres o guardadores, el presupuesto que legitima la intervención del Organismo competente.

Se caracteriza este supuesto por la petición de quienes son titulares de la guarda, solicitando al Organismo competente que se ocupe temporalmente del menor.

¹²² Expresión ya utilizada en el artículo 8 de la Ley italiana, antes citada, para excluir la situación de abandono cuando la falta de asistencia sea debida a fuerza mayor de carácter transitorio.

La expresión "fuerza mayor de carácter transitorio" comprende todos aquellos supuestos en que existe voluntad de asistencia e imposibilidad o extrema dificultad de prestarla. Los padres o guardadores ceden su derecho-deber de guarda al Organismo competente que asume una provisional obligación de custodia. Se trata de casos de imposibilidad del ejercicio de la patria potestad o de la tutela, en los que, esta imposibilidad no deriva de una conducta contraria a las funciones inherentes al cargo, sino de causas ajenas a la voluntad del titular de estas funciones.

Es evidente que no se sanciona la libre dejación de las funciones que conlleva la guarda de menores, ya que para la viabilidad de la solicitud se precisa que el desamparo se deba a fuerza mayor.

Son circunstancias graves que impiden el debido ejercicio de la potestad ("fuerza mayor" dice el precepto) y han de ser -como la enfermedad- inimputables a los solicitantes. Igualmente, quedarían comprendidas el encarcelamiento del titular de la patria potestad y el trabajo temporal en un lugar distinto al de residencia, que impide la convivencia con el menor.

Por lo tanto, no cabría ampararse en este precepto para renunciar temporalmente a la patria potestad o a la tutela y así, por ejemplo, tomarse unas vacaciones o hacer un viaje sin causa justificada.

La guarda se prevé como una solución urgente y además transitoria¹²³, como se desprende del artículo 9, al decir que el Organismo competente la ejercerá "mientras se mantenga aquella situación", es decir, el desamparo debido a fuerza mayor de carácter transitorio.

Se trata de un impedimento transitorio e involuntario por parte de los padres o guardadores y se mantiene la esperanza de que superado el impedimento, el menor podrá encontrar una asistencia válida por parte de sus progenitores o guardadores.

El derecho de los padres a no verse privado de los hijos, tiene lugar sólo en los casos en que, superado el impedimento temporal, el menor puede continuar viviendo en su familia de origen.

La guarda regulada en el artículo 9 se caracteriza:

1-No es automática puesto que sólo la asume el Organismo competente en virtud de una solicitud de los padres o de los guardadores del menor. Esto supone que el Organismo competente no está legitimado para intervenir por propia iniciativa.

¹²³ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de Marzo de 1993, RJC, 1993-3, p.666, en el que se estima que no es causa de desamparo el hecho de que los padres, por motivos laborales y de integración, ingresasen a su hija en un centro religioso, que acogía a hijos de familias emigrantes, aceptando meses después que, por el bien de la niña, ésta pasara a convivir con la familia recurrente.

2-Su naturaleza es pública, ya que la titularidad la ostenta en todo caso el Organismo competente.

3-Es susceptible de delegación en su ejercicio dado que se posibilita la participación de instituciones colaboradoras (art-32-1º) y del Director de la institución (art.12-5º) en el ejercicio de la función de guarda que pudiera corresponder al Organismo competente.

4-El contenido básico de la guarda será el correspondiente al contenido personal de la patria potestad y de la tutela, pero no al restante. Como se señala en el Preámbulo de la Ley "la guarda, por su propia naturaleza, queda limitada al cuidado personal".

5-Su provisionalidad, ya que el Organismo competente sólo la ejercerá mientras se mantenga el desamparo debido a fuerza mayor de carácter transitorio. La guarda tiende, por su propia naturaleza, al restablecimiento pleno de la situación que la precedió.

6-En cuanto a la cesación de la guarda tendrá lugar, en la generalidad de los casos, a solicitud del peticionario, justificando que la situación o causa que motivó la entrega al Organismo ha cesado, o aún no habiendo cesado totalmente, que se encuentra en condiciones de atenderlo.

¿Qué ocurrirá si no hay una solicitud paterna de devolución

del hijo por el Organismo habiendo desaparecido la causa justificante de la adopción de dicha medida? En este caso el menor se encontraría en situación de desamparo total, siendo precisa una resolución formal que lo aprecie, así como la adopción de la medida de protección que más beneficie al menor.

Se recoge, por tanto, dicha cláusula de fuerza mayor, y en estos casos no se procederá a la declaración de desamparo, que se regula en el artículo 2-4 de la Ley, y la Entidad pública no asumirá las funciones tutelares sobre el menor (art.3-1). Ahora bien, al igual que en la Ley 21/87, se exige una solicitud de los padres o guardadores con los inconvenientes que ello conlleva.

No obstante, el artículo 13-1-b) de la Ley Catalana clarifica la situación al disponer que la medida de acogida preadoptiva tendrá lugar cuando los padres o tutores estén imposibilitados para ejercer su potestad y se prevea que esta situación pueda ser permanente. Se establece así la diferencia entre los supuestos de desamparo y la concurrencia de causas de fuerza mayor, en base al carácter temporal o no, de la imposibilidad de atender al menor, ya que sólo cuando las causas de fuerza mayor dejen de ser transitorias entrará en juego la acogida preadoptiva.

4.4 - AUSENCIA DE PLAZO DE DURACIÓN.

No se exige ningún plazo de duración para apreciar el estado

de desamparo, en contraste con el derogado artículo 174-4 C.c., que establecía un plazo de 30 días continuos.

Como ya se expuso, se presentaron dos enmiendas al artículo 172, apartado 1º, del proyecto de ley. Una, la número 7, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, proponía, entre los requisitos de la situación de abandono, el transcurso de 30 días sin que medien actos que demuestren la voluntad de asistir al menor. Y otra, la número 37, presentada por el Grupo Socialista que, en cambio, no precisaba de ningún plazo para ser apreciado, siendo ésta última la opción seguida en la definición vigente de desamparo.

A diferencia de lo que ocurría anteriormente, la situación de desamparo no se conecta directamente con la adopción, sino con la tutela automática, destacando, como señala LLEBARIA SAMPER¹²⁴, más su intensidad -privación de la necesaria asistencia material o moral- que su duración.

No obstante, ésta última se tendrá en cuenta, a la hora de valorar la situación en la que se halla el menor, para determinar si procede la medida establecida en el artículo 172-1 o la del 172-2 C.c. .

Muchas situaciones de desamparo tendrán un carácter irreversible, pero no siempre será así, máxime, cuando uno de los

¹²⁴ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.53.

principios de la Ley es, siempre que sea posible, "la reinserción del menor en la familia" -art.172-4 C.c.-, pudiendo, por tanto, los titulares de la patria potestad reclamar el amparo y compañía del menor, siempre y cuando le beneficie.

Precisamente, al contemplarse en el concepto de desamparo diversas situaciones, que darán lugar a distintas medidas de protección, se opta por no establecer ningún plazo de duración. Se trata de proteger al menor urgentemente ante la situación de desprotección en la que se encuentra.

El plazo de duración es relevante a la hora de adoptar una u otra medida. La única alusión temporal la encontramos en el artículo 172-2, al definir la guarda, la cual se asumirá "durante el tiempo necesario". Se trata de una medida de carácter transitorio, cuya duración está condicionada a que se mantengan las circunstancias, que motivaron su adopción. Luego, dependerá de cada caso concreto, sin que pueda fijarse un plazo de tiempo determinado.

En cuanto al acogimiento, al formalizarse por escrito, normalmente se establecerá el plazo de duración del mismo. A diferencia de la Ley 21/87, en la Ley Catalana 37/1991 de 30 de Diciembre, sí que se establece expresamente en el artículo 11, que, en la resolución, en la que se constituya la acogida simple en familia, se especificará "el tiempo de duración, que no puede ser

más de un año, salvo que la medida sea prorrogada"¹²⁵. Y en el artículo 12-1, se dispone que será acogido en una institución cuando se prevea que el desamparo será transitorio y no haya sido posible o aconsejable la acogida por una persona o familia.

Se pone de manifiesto el carácter residual, así como la temporalidad de ésta medida en el Derecho Catalán.

Por último, en cuanto a la adopción, hay que señalar que ya en el antiguo abandono cualificado del menor en un Establecimiento Benéfico, regulado en el artículo 174-3 y 4, se exigía que desde el internamiento del menor hubiesen transcurrido seis meses continuos, sin que el padre, madre, tutor u otros familiares, se hubieran interesado por él de modo efectivo. Dicho plazo quedó reducido a treinta días por la Ley de 13 de Mayo de 1981. Con éste plazo, lo que se pretendía era conceder a los padres un período de reflexión para que se cercioraran de la trascendencia que dicho acto conlleva, teniendo siempre en cuenta el interés del menor para evitar así un abandono tardío.

El plazo de 30 días, anteriormente aludido, se contempla actualmente en el artículo 177-2, in fine, del Código Civil, al

¹²⁵ En el artículo 36 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece que "el documento de formalización del acogimiento familiar, que se suscribirá también cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez, incluirá los siguientes aspectos:

2º) La duración prevista para el acogimiento....".

establecerse que "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto". Esto es lógico, ya que se trata de asentir la adopción de su hijo, siendo preciso establecer dicho período de reflexión, puesto que la adopción es irrevocable (art.180 C.c.).

4.4.1- DICTAMEN SOBRE "LA ADOPCIÓN" DE LA COMUNIDAD EUROPEA (92/C287/08) DE 1 DE JULIO DE 1992.

En el Dictamen sobre "La Adopción" (92/C287/08) de 1 de Julio de 1992¹²⁶, el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea define el abandono como el "acto judicial, por el que los padres biológicos (y, muy a menudo, una madre sola) renuncian a los vínculos de filiación que les unen a su hijo y a todos los derechos y obligaciones que de ellos se derivan".

Tras señalar la importancia de la protección del niño y el respeto de sus derechos y de sus intereses (ap.1.1.2.a), en el apartado 1.2.4., realiza un estudio del abandono indicando que "la honradez exige considerar objetivamente las causas (con la voluntad política de corregirlas), que apremian a una madre a renunciar definitivamente a los vínculos que la unen naturalmente a su hijo. Tiene que decidir bajo la presión de un desamparo material y moral, demasiado fuerte para soportarlo, pues a menudo está sola. (...)

¹²⁶ Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 4 de Noviembre de 1992.

Una persona en situación de gran pobreza es, a menudo, incapaz de hacer valer y ejercer los derechos reconocidos en nuestras sociedades y nuestros Estados a todo ser humano, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. No podrá acceder a los derechos sociales, ni a una protección social y sanitaria elemental. Sin embargo, debe distinguirse entre, por una parte, las situaciones permanentes, que ponen en peligro de forma duradera el futuro de un niño, y, por otra parte, las situaciones que podrían corregirse a corto plazo. Las soluciones, en uno y otro caso, no serán las mismas. Sólo, la incapacidad manifiesta y duradera de los padres para criar normalmente a su hijo, podrá llevar a dictaminar jurídicamente su abandono....".

Se tienen en cuenta ambos intereses: el del niño y el de sus padres, poniendo de manifiesto la necesidad de ser cauto a la hora de establecer la medida de protección que corresponda, teniendo lugar una medida de carácter permanente sólo en situaciones graves.

Aún es más explícito, si cabe, el apartado 2.3 que establece: "En el momento del abandono de un niño, sus padres deben recibir las ayudas psicológicas necesarias para la adopción de su decisión, y también ayudas de carácter moral, social y económico, adaptadas a la solución que se elija".

Cabrá, por tanto, cuando los padres tengan problemas económicos o de salud, prestarles distinto tipo de ayudas, antes

de separar al menor de sus progenitores.

En concreto, es el apartado 2.3.1., en el que se alude al plazo de retractación, durante el cual se puede invalidar la decisión de abandono, que "debe ser breve y servir enteramente al interés del niño"¹²⁷. Así, "un niño no deberá ser nunca adoptado antes de que termine el plazo de retractación. Durante este período se debe ayudar a los padres a tomar conciencia del carácter irreversible de su decisión".

Luego es obvia, la necesidad de dicho plazo cuando se trate de un supuesto de abandono, si éste queda estrechamente vinculado con la adopción.

En el Anexo de dicho Dictamen, se realiza un estudio comparativo de las legislaciones europeas sobre la adopción y en concreto, en cuanto a la imposición jurídica a los padres originales de un plazo de reflexión obligatorio, que comienza con el nacimiento del niño, antes de poder consentir legítimamente la adopción; hay que decir que, en todos los países, excepto en Italia y Países Bajos -en éstos en la práctica se observa un plazo de tres meses-, existe un plazo cuya duración varía de unos a otros; es de 3 meses en Francia y Luxemburgo, de 2 meses en Bélgica y de 6

¹²⁷ Vid. MADRIGAL DE TORRES: <<Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños>> en Revista de Estudios Europeos. N° 5, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 115-116.

semanas en Irlanda y el Reino Unido.

En definitiva, existe una ausencia de plazo en el concepto de desamparo, pero, la duración de dicha situación sí se tiene en cuenta a la hora de adoptar las distintas medidas de protección, que van desde la guarda, medida de carácter temporal por excelencia y que tiene lugar cuando el desamparo se produce por causas de fuerza mayor de carácter transitorio, hasta la adopción, medida definitiva e irrevocable que opera en aquellos supuestos de desamparo más graves e irreversibles, en los que no es posible la reinserción del menor en la familia de origen, pasando por el acogimiento, cuya duración dependerá del caso concreto y que podrá desembocar en una reinserción en la familia de origen o en una adopción.

4.5 - NO PRECISA DE DECLARACIÓN JUDICIAL.

En principio, la situación de desamparo, no precisa de declaración judicial.

Lo más inquietante de ésta materia, es la indeterminación del órgano, que deba apreciar tan delicada situación, la cual conlleva efectos jurídicos tan importantes como es el incumplimiento, el imposible ó inadecuado ejercicio de los deberes de protección. Frente al derogado artículo 174, párrafo último, -que atribuía al Juez la apreciación y declaración del abandono- el nuevo artículo

172-1 C.c. nada determina al efecto.

Este es uno de los problemas fundamentales que plantea la Ley, el cual será tratado más adelante en profundidad. En efecto, ya fueron numerosas las críticas al Proyecto por no establecer expresamente quién debía apreciar la situación de desamparo¹²⁸.

Si se parte del artículo 172-1 C.c., es evidente, que no contempla el órgano o sujeto competente para decidir esta cuestión. Por otro lado, frente al primer Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de adopción, en cuyo artículo 172-3 se disponía que "...corresponde al Juez la superior vigilancia de la tutela o guarda de menores...", en los distintos preceptos reformados no existe ninguna referencia expresa a esta cuestión.

No obstante, considero que, si algo parece defender la Ley, es que el desamparo, así como la tutela automática a favor de las Entidades Públicas, no son declaradas por la autoridad judicial, por lo que, si en principio se excluye al Juez, dicha decisión corresponderá a la Entidad pública.

En este tema la doctrina se encuentra dividida, manifestando

¹²⁸ Vid. LLEDO YAGÜE: <<Apéndice...cit.>>, pp. 211 y 212 el cual afirma que "naturalmente entiendo que en todo caso sería necesario una decisión judicial que viniera a esclarecer la situación ad hoc". Y que "en ningún caso como se dice estaremos en presencia de una tutela automática que funcionaría ope legis sin intervención judicial". También PILLADO MONTERO: <<Notas sobre el proyecto...cit.>>, p.447 exigía que se definiese "qué papel corresponde al Juez en todo esto".

distintas soluciones al respecto.

Algunos autores -considero que razonablemente- opinan que es la entidad administrativa la que define la situación de desamparo. De admitirse así, hay que tener en cuenta que, por lo menos, esta apreciación administrativa quedará también sometida a la superior vigilancia del Fiscal, al ser punto de partida de la tutela, guarda y acogimiento que le somete el artículo 174.1 C.c. y, en su caso, al control judicial a posteriori.

No obstante, se trata de materia muy grave, dado que afecta a la patria potestad o a la tutela, ocasionando situaciones de hecho conflictivas, ya que implica la separación del menor de la compañía de las personas, que tienen la potestad sobre él, padre o tutor, y su ingreso en el establecimiento (art.174-2) o en la familia de quien lo reciba en acogimiento. La medida está justificada y parece conveniente, si se parte del efectivo desamparo, más la apreciación de ésta situación se constituye en decisión grave y trascendental.

En cambio, otro sector doctrinal considera que habría sido mejor establecer expresamente el control judicial previo, mediante un procedimiento judicial sumario, siendo el Juez el que declarase el desamparo.

5.- EL ÁMBITO SUBJETIVO.

En el concepto de desamparo del artículo 172-1 C.c., no se contemplan los elementos personales, puesto que no se establece claramente quienes son las personas capaces de provocar el desamparo, ni -creo que acertadamente- se atiende a las intenciones de dichas personas.

Ante el problema, que dicha laguna genera, la doctrina ha buscado distintas soluciones, pudiéndose distinguir en términos generales dos posturas:

Una, la objetivista, que considera el desamparo como una situación de hecho, en la que lo decisivo es la falta de asistencia al menor, sin valorar las causas que han provocado la desasistencia o las intenciones de los responsables.

Otra, la subjetivista, que parte de subrayar la importancia del ámbito personal en el concepto de desamparo, siendo relevante también la situación de desasistencia material o moral. Habrá que precisar, por tanto, quienes son las personas que lo han originado, quienes estaban obligados a asistir al menor, así como las causas que han originado dicha situación.

Considero, con determinados matices, más adecuada la primera postura, ya que, para apreciar el desamparo, no se tiene en cuenta que los menores queden privados de la asistencia de las personas que tienen potestad sobre ellos, sino sólo el requisito de

resultado: que queden privados de asistencia. Esta postura es más respetuosa con el interés de aquél. Además, no habrá que valorar el comportamiento de los progenitores.

Podemos considerar partidarios de esta postura, como luego veremos, a SANCHO REBULLIDA¹²⁹, VALLADARES RASCÓN¹³⁰, DE PABLO CONTRERAS¹³¹, y FELIU REY¹³², entre otros.

Cuestión distinta es el carácter flexible de las medidas de protección, las cuales -excepto la adopción que es irrevocable- podrán ir variando, según se vayan modificando las causas que dieron lugar al desamparo, así como el comportamiento de los progenitores.

Además, hay que precisar que la postura objetiva no nos lleva a considerar el desamparo como una sanción al comportamiento de los progenitores, sino que lo decisivo es la protección del menor¹³³.

¹²⁹ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p. 36 y 62.

¹³⁰ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores....cit.>>, p. 2045.

¹³¹ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", p.45.

¹³² FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.31

¹³³ LOPEZ HERNANDEZ: "La defensa del menor". Madrid 1987, pp. 154-155, al reflexionar sobre el artículo 13-1 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores que atribuye a estos la facultad de suspender el derecho de guarda y educación de los menores de 16 años, señala que no cabe continuar haciendo una valoración del comportamiento de los padres en términos de culpabilidad porque "resulta desfasado cargar la responsabilidad del abandono y del

El desamparo en el orden civil no debe ser interpretado y entendido en términos de culpabilidad, ya que dicha declaración tiene unas características distintas a las de las medidas limitadoras de la patria potestad.

La privación de la patria potestad tiene un carácter sancionador, del que carece la declaración de desamparo, puesto que ésta última es independiente de la conducta de los padres o tutores del menor, según se desprende del tenor literal de la Ley.

Otra cuestión es que el deber de los padres de tener en compañía a sus hijos sea un deber sancionado civil (art.170 C.c.) y penalmente (arts.488,489,489 bis y 584 C.p)¹³⁴.

GITRAMA GONZALEZ¹³⁵ considera que "la privación de la titularidad de la patria potestad responde indudablemente a criterios de culpabilidad y subsiguiente sanción, criterios de los que, por mucho que se pretenda objetivizar y privatizar el Derecho

maltrato del menor a las familias, cuando es evidente que estas familias marginadas son el efecto inmediato de los fallos e injusticias sociales".... "Lo más relevante no es la falta de los padres en sí, sino el daño a que queda expuesto el menor".

¹³⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 154-161 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia ...cit.", p.1050. Igualmente, en este sentido se pronuncia CASTAN VAZQUEZ: <<Comentarios a los artículos 154-171 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.III, Vol.2 Madrid 1982, p.119 .

¹³⁵ GITRAMA GONZALEZ: <<Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales>> en "La tutela de los derechos del menor". Córdoba, Marzo 1984, p.180.

de Familia, difícilmente se podrá prescindir".

Igualmente considero acertada la postura de VARGAS CABRERA¹³⁶, que, al hacer un análisis del artículo 170 C.c., expone que "la estructura de la norma sigue siendo la de incumplimiento, sanción basada en el descuido, desinterés". Añadiendo que "la configuración de la hipótesis fáctica determinante de la privación por el artículo 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 artículo 174".

Por ello, tanto en nuestra doctrina¹³⁷, como en la italiana¹³⁸, no se considera la declaración de desamparo como una sanción ante el comportamiento de los progenitores, sino como una forma de protección urgente del menor ante la situación en la que se encuentra.

¹³⁶ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.620.

¹³⁷ VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p.32 ; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.50; PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.85 n.109; FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa...cit.>>, p.1865.

¹³⁸ FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione....cit.", pp. 106-107. MANERA: "L'adozione....cit.", p.51; UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge...cit.", p.56.

Así, el sector doctrinal que defiende la postura objetiva¹³⁹, considera que debe hacerse una interpretación del artículo 172-1 C.c. que tenga, exclusivamente, dicho carácter y ensalza la regulación que del desamparo lleva a cabo la Ley 21/87, por entender que lo relevante para apreciar aquél es sólo la desasistencia de hecho.

En efecto, PEREZ ALVAREZ¹⁴⁰ parte de reconocer que el abandono y el desamparo tienen en común el ser ambas situaciones de hecho de carácter objetivo, que, por tanto, serán excluidos cuando un tercero se haga cargo del menor proporcionándole la asistencia moral y material que necesita.

Dichó autor¹⁴¹ elogia la anterior interpretación literal del artículo 172-1 C.c. Considera que "lo determinante de la tutela administrativa es la existencia de un menor privado de asistencia moral o material, con independencia de quien sea la persona - padres, tutor o guardador- que le proporcione la asistencia necesaria".

Considero acertada esta concepción, puesto que el menor no

¹³⁹ Vid. LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 51 y ss, y PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 86 y ss.

¹⁴⁰ PEREZ ALVAREZ, op.ult.cit., p.88, n.113

¹⁴¹ PEREZ ALVAREZ: <<Sobre el desamparo y la tutela administrativa>> en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo". Vol. primero. Bosch. Barcelona 1992, p.691.

será perjudicado si es atendido aunque sea por terceros en vez de por sus progenitores. Es obvio que, desde un punto de vista objetivo, el menor quedará asistido.

El desamparo se refiere a la privación de asistencia sin más, y no a la de aquellos a quien corresponde por ministerio de la Ley la custodia del menor. Luego queda excluído cuando el menor sea voluntariamente abandonado por sus padres a terceros si está perfectamente atendido por estos últimos.

También LLEBARIA SAMPER¹⁴² considera que hay que prescindir del elemento intencional. Discrepa de la postura que mantiene RUIZ-RICO RUIZ¹⁴³, el cual critica que este concepto objetivo de desamparo beneficie a los padres o tutores, que, con intención de abandonar, entregan temporal o definitivamente el menor a terceros, puesto que en tal caso queda excluído el desamparo.

LLEBARIA SAMPER considera que "no debe hablarse de perjudicar o beneficiar a los desamparadores, sino de beneficiar¹⁴⁴ y proteger al desamparado", ya que, además, "no existe beneficio

¹⁴² LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 50-51.

¹⁴³ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.63.

¹⁴⁴ En relación con los problemas psicológicos del menor como consecuencia de las carencias y privaciones afectivas, acaecidas en el niño, ante el desinterés mostrado por sus progenitores, vid. SEVA DIAZ: <<El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico>> en "El régimen jurídico de la adopción". Diputación General de Aragón. Zaragoza 1988, pp. 34-35.

alguno para quien con intención de desinteresarse del menor lo entrega a un tercero".

5.1- EN EL ANTIGUO CONCEPTO DE ABANDONO.

En el derogado artículo 174-2, se establecía que "se considerará abandonado al menor de 14 años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias".

La doctrina¹⁴⁵ criticó el carácter demasiado objetivo de este concepto, puesto que el abandono queda reducido a una mera situación de hecho, sin valorar las causas o intenciones que lo han originado, surgiendo por tanto numerosos problemas en su aplicación práctica.

Entre los inconvenientes de dicho concepto se señala en primer lugar, el que la fuerza mayor pueda alegarse con posterioridad a la adopción, pero no con carácter previo a la misma. Con dicha concepción no se obtiene ningún beneficio, ni para los padres, ni para el menor, ya que aquellos pueden solicitar la

¹⁴⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil...cit.", pp. 341-342; LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia." Barcelona 1984, p.691. En la misma línea se pronuncia ARCE y FLOREZ-VALDES: <<El abandono y su declaración judicial...>>, p.367.

extinción judicial de la adopción en base a la fuerza mayor (art.177-3°, ap.2° C.c.), pero no alegarla en un principio al tramitarse el expediente de adopción. Así, aunque concurra dicha causa, sólo deberán ser oídos (art.174-1 C.c.) pero no consentir.

En segundo lugar, se considera injusto que, a la hora de la adopción, se requiera el consentimiento de los padres o tutores que han dejado -con voluntad de abandonarle- al menor a cargo de un tercero -guardador de hecho- y que, en cambio, no se requiera en los casos en que no es atendido por nadie, pero dicho abandono obedece a causas de fuerza mayor¹⁴⁶.

En conclusión, como expone R. BERCOVITZ¹⁴⁷, "el abandono de un menor debería apreciarse en relación con las personas a quienes corresponde la custodia legal de los menores y no únicamente porque nadie se ocupe de ellos"¹⁴⁸. Resulta inadecuado que no se declare el abandono, cuando el menor es atendido por terceros, aunque haya sido voluntariamente abandonado por sus padres o tutores. Máxime

¹⁴⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., op.ult.cit., p.341 .

¹⁴⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., op.ult.cit., p.340.

¹⁴⁸ En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 30 de Noviembre de 1987 -La Ley, 1988-1, p.810- señalando en relación al artículo 174-2 C.c. que "hay que estimar, como interpretación más lógica, operativa y acorde con la realidad social, que la referencia legal a la persona con cuya carencia se vincula la virtualidad del abandono, no es en general cualquier persona que pudiera efizcamente cumplir las misiones que el citado artículo 174 enumera, sino únicamente y específicamente aquélla a quien corresponde por ministerio de la ley la custodia del menor.....".

cuando el elemento intencional sí se tiene en cuenta al regular el abandono cualificado del artículo 174-3.

En efecto, el abandono cualificado tenía lugar cuando se entregaba al menor en un establecimiento benéfico, ya de forma anónima, ya manifestando -con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores- la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor. Se exige en ambos casos, que hayan transcurrido desde el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se hubiesen interesado por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia (art.174-4). Se pone de manifiesto la relevancia del elemento intencional en las expresiones "voluntad de abandonar" y "voluntad de asistencia".

Cabe criticar de dicho concepto que el declarar la situación de abandono cuando se entregue el menor a una Casa o Establecimiento Benéfico, y no cuando aquél sea confiado a un particular, es una distinción injusta. También es incongruente que el interés de cualquier familiar impida que se declare el abandono, y, más aún, que se posibilite de este modo la prestación del consentimiento por parte de los padres en el procedimiento de adopción en vez de ser oídos, a pesar de ser clara su voluntad de abandonar al menor¹⁴⁹.

¹⁴⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil...cit.", p.347.

5.2- EL CARÁCTER OBJETIVO DEL DESAMPARO EN EL ARTÍCULO 172-1 DEL CÓDIGO CIVIL.

En el artículo 172-1 no se contemplan las causas que han provocado el desamparo, ni las intenciones de los progenitores, sino que el elemento básico para declarar el desamparo es la situación de hecho de desasistencia. Nos encontramos con un concepto objetivo¹⁵⁰.

Según el derogado artículo 174-2, era irrelevante para apreciar la situación de abandono, que ésta se hubiera producido por causas voluntarias o involuntarias. Actualmente, el artículo 172-1 C.c., al emplear la expresión "imposible ejercicio", parece dar a entender que será irrelevante también que el incumplimiento sea culpable o forzoso.

Dicho precepto permite que no se declare el desamparo cuando el menor es atendido por un tercero (guardador de hecho), aunque los padres o tutores tengan la intención de desentenderse de aquél. Luego, el desamparo no se aprecia en atención a la situación subjetiva de los progenitores, sino en relación a la situación objetiva del menor, siendo el interés de éste el elemento determinante en base al artículo 172-1 C.c.

¹⁵⁰ Según GONZÁLEZ LEÓN: <<Del abandono y la tutela ex artículo 172-1 del Código Civil>>. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. 1993, p.167, dicho concepto es excesivamente objetivo e incurre en los mismos errores que los del antiguo artículo 174-2 C.c. .

La intencionalidad o no del mismo será relevante en el orden penal. En cambio, en el ámbito civil, en el artículo 172-1 C.c., no se impone sanción alguna, no se tiene en cuenta la culpabilidad o no de los progenitores. Es irrelevante que dicha situación se produzca por causas voluntarias o involuntarias, es independiente de que concurra o no un factor volitivo al respecto.

De todo ello, se puede deducir que al apreciar la falta de asistencia material o moral como presupuesto del desamparo, será indiferente que exista o no intencionalidad o voluntariedad en los guardadores del menor, en relación con las causas que den lugar al mismo.

Dicha postura es defendida por la mayoría de la doctrina¹⁵¹. No obstante, discrepa RUIZ-RICO¹⁵², el cual critica esta consideración del desamparo por prescindir de la intencionalidad. No se valoran causas ni intenciones y entiende que con ello se

¹⁵¹ Así VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p.32, señala que " la situación de abandono no requiere, según la dicción literal del artículo 172, culpabilidad de los progenitores, sino situación objetiva de desamparo". Para SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit", p.35 caben tanto el incumplimiento imputable como el inimputable al titular, sin diferenciarse en las consecuencias que conllevan. FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.31 señala "que es independiente de que tal desatención connote la finalidad, mediata o inmediata, de liberarse de la guarda del menor desamparado". También PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.85, n.109 considera dicha interpretación la más adecuada.

¹⁵² RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p. 63 pone de manifiesto que no se valoran "las intenciones (manifestadas o no en hechos concluyentes, que, en mi opinión son los que de verdad hay que valorar)".

perjudica a aquellos padres o tutores, respecto de los cuales, en un momento dado, se produzca, aunque sea de forma muy transitoria y humanamente inevitable, un <<desamparo>>, esto es, una <<falta de asistencia moral o material>> aún sin voluntad exteriorizada de desamparar o abandonar y, por el contrario, se beneficia a los padres o tutores "que, con intención de desamparar, entregan temporal o definitivamente el menor a terceros, no produciéndose la referida falta de asistencia precisa para que se cumpla el supuesto de hecho determinante de la tutela automática en favor del ente"¹⁵³.

Por el contrario, LLEBARIA SAMPER¹⁵⁴ discrepa de ésta última postura, ya que lo fundamental es proteger al menor y no favorecer o perjudicar a los que desamparan. Y además, según dicho autor, es obvio que, en ningún modo, se favorece al que, con el propósito de no atender al menor, lo entrega a un tercero. En este supuesto, no existiría tal desamparo, sino que se encuadraría en el ámbito de la guarda de hecho -art.303 C.c.- con lo que el menor quedaría cuidado y atendido por el mismo. Es cierto que, desde un punto de vista objetivo, el menor está atendido, pero otra cosa distinta es la obligación que tienen los progenitores de tener consigo al menor y las consecuencias que conlleva su incumplimiento.

¹⁵³ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", pp. 145-146.

¹⁵⁴ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.50.

Como señala VALLADARES RASCÓN¹⁵⁵, "lo definitorio, entonces, para calificar al menor de desamparado, será el hecho de que reciba o no asistencia". También, en este sentido, se pronuncia RUIZ-RICO RUIZ¹⁵⁶, que considera que no existe falta de asistencia, cuando los padres o tutores entregan, bien temporal, bien definitivamente, el menor a terceros, sea con intención de abandonar o sin ella, según se desprende del concepto de abandono.

Por tanto, podemos decir que la preocupación básica de la Ley 21/87 es ofrecer una solución rápida a los distintos supuestos, en los que el menor está de hecho desasistido, centrándose por ello en la falta de asistencia, así como en la protección automática de aquellos, a través de la Entidad pública.

Ahora bien, aunque se mantenga una postura objetiva, ello no supone que se prescindan de las circunstancias que rodean a cada menor. Así se ha puesto de manifiesto, tanto por la doctrina¹⁵⁷, como por los Tribunales¹⁵⁸.

¹⁵⁵ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2045.

¹⁵⁶ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.63.

¹⁵⁷ Vid. VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2059; RUIZ-RICO RUIZ: "Acojimiento y delegación de la patria potestad". Granada 1989, p.144 ;FELIU REY: "Comentarios ...cit.", p.31 entre otros.

¹⁵⁸ Vid. STC 298/1993, de 18 de Octubre. BOE de 9 de Noviembre de 1993 (Ar.TC 1993, 298); Sentencia AP Córdoba de 20 de Octubre de 1990, RGD, Num.567, Diciembre 1991, pp. 11496 y ss. y Sentencia AP Sevilla de 11 de Enero de 1994 (Ar.C. n°45), Abril 1994, N°1.

Destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 20 de Octubre de 1990, que realiza un análisis bastante completo del artículo 172 C.c. En el Fundamento Jurídico Segundo, se señala la necesidad de realizar un estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto para alcanzar la solución más justa y equitativa.

Un interés especial tiene el Fundamento Jurídico Tercero, en el que se transcriben las acertadas reflexiones que realizó VALLADARES RASCÓN¹⁵⁹, estableciendo que "ciertamente, a la hora de proteger a los menores, nos encontramos con dos vías posibles. Una de ellas sería la de proteger al menor por encima de todo, sin tener en cuenta las circunstancias que rodean su entorno familiar; problemas de trabajo de sus padres, estado de salud...etc., no constituirían circunstancias a tener en cuenta a la hora de actuar en este terreno. Llevada al extremo esta vía podría suponer ciertamente una especie de <<confiscación>> de los hijos de los pobres en favor de los ricos, pues el interés del menor estaría mejor atendido en una familia en buena posición económica y social. Parece evidente que una postura tal no es defendible en el terreno de los principios. La segunda vía vendría a coordinar el interés del menor con el de la familia en conjunto. El menor tendría que ser protegido en todo caso, pero el tipo de protección vendría determinado por sus circunstancias familiares. Esta es una solución mucho más adecuada y más defendible desde el punto de vista

¹⁵⁹ VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p. 31.

constitucional".

Por último, en el Fundamento Jurídico Cuarto, siguiendo igualmente la postura de VALLADARES RASCÓN¹⁶⁰, se establece que "la situación de abandono no requiere según la dicción literal del artículo 172 del Código Civil, culpabilidad de los progenitores, sino situación objetiva de desamparo. Esto, que es no sólo defendible, sino también loable, cuando se trata de proteger al menor, resulta menos encomiable cuando puede conducir al acogimiento y ulterior adopción del hijo".

Igualmente, se pone de manifiesto la necesidad de tener en cuenta las distintas circunstancias en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de Enero de 1994¹⁶¹, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, se expresa que "para apreciar y valorar la situación de desamparo, se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor conforme a lo dispuesto en el artículo 39-1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores, en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación

¹⁶⁰ VALLADARES RASCÓN, op.ult.cit., p. 32.

¹⁶¹ Vid. Sentencia AP Sevilla de 11 de Enero de 1994 (Ar.C. N°45), Abril 1994, N°1.

restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, ..., ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación".

El artículo 39 CE protege tanto al menor como a su familia. Por consiguiente, a la hora de interpretar al artículo 172-1 C.c., se debe tratar de coordinar el interés de ésta junto con el del menor. Se tendrán en cuenta las circunstancias propias de cada familia, en el momento de adoptar cualquier decisión, dado que, si se prescindiera de las mismas, podría tener lugar una <<confiscación>>¹⁶² de los hijos de los pobres en favor de los ricos, solución ésta rechazada por la mayoría de la doctrina, ya que cuando la familia tiene problemas económicos caben otras soluciones más convenientes que la de separarle de sus padres por naturaleza. Se mantiene, por lo tanto, que no es justo privar a unos padres de la compañía de sus hijos, así como de todos sus poderes, cuando dicha familia tenga problemas económicos o de salud¹⁶³.

¹⁶² VALLADARES RASCÓN, E: <<Notas urgentes...cit.>>, p. 31.

¹⁶³ Así se pronuncian, VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p.32 y RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex -lege>> ... cit.>>, p.63.

Así, las Entidades Públicas deben tener en cuenta el interés de la familia, valorar las circunstancias de cada supuesto concreto de desamparo, tanto a la hora de declararlo o no, como a la de decidir el tipo de protección que se ha de otorgar¹⁶⁴.

6.- SUJETO PASIVO DEL DESAMPARO: EL MENOR.

En el artículo 172-1 C.c., se define el presupuesto causal, el supuesto de hecho que hace surgir la tutela automática, es decir, la situación de desamparo. Nos dice claramente quienes pueden beneficiarse de esta tutela automática: "los menores que se encuentren en situación de desamparo".

El desamparo es el presupuesto inexcusable que legitima a la Entidad pública competente para intervenir por propia iniciativa en el ámbito de la protección de menores. Constituye el requisito legal para que la Entidad pública pueda asumir la tutela que le atribuye el artículo 172-1 del Código Civil.

Aunque, en ningún momento se afirma que para que se produzca

¹⁶⁴ Vid. MORENO QUESADA: <<La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil>> en "Centenario del Código Civil". Tomo II. Madrid 1990, pp. 1514 y 1539.

Aunque sólo alude a la institución de la adopción, pone de manifiesto que ésta "implica la pugna entre distintos grupos de intereses de carácter personal (los de adoptantes y adoptando), de carácter familiar (los de la familia de origen y los de la familia adoptiva), y de carácter social (los de la infancia abandonada)". Estima que es conveniente realizar un estudio jurídico de la misma enfocado desde la perspectiva de los intereses.

la propuesta previa de adopción o el acogimiento es preciso que se trate de un menor desamparado, es lógico pensar que la mayor parte de las actuaciones de la Entidad pública se referirán a ellos.

6.1 - MENORES: EMANCIPADOS Y NO EMANCIPADOS.

En principio, se puede pensar que con el término <<menores>> se alude a los menores de edad no emancipados¹⁶⁵, en base a que el párrafo 4° del artículo 222 del Código Civil no lo especifica, pero sí el párrafo 1° de dicho precepto.

Es lógico que los menores emancipados no queden englobados en el concepto de desamparo, puesto que la emancipación del menor constituye hoy en día un medio para anticipar su independencia y el reconocimiento de una capacidad de obrar similar a la de los mayores de edad.

En el artículo 323 C.c., se establece que "*la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor.....*". Por tanto, al considerar al menor emancipado como el mayor de edad, es obvio que éste no precisará asistencia material o moral.

¹⁶⁵ En este sentido se pronuncia LLEBARIA SAMPER: "Tutela ... cit.", p.39. En contra FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 37 y ss. y DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil ...cit.", pp. 55 a 57.

Por otro lado, el artículo 169-2° C.c. establece expresamente la extinción de la patria potestad por la emancipación; por lo cual, los progenitores no tendrán deberes de protección hacia aquéllos, caracterizándose el desamparo por un incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, establecidos por las leyes para la guarda de los menores.

Otro argumento para mantener dicha opción, nos lo proporciona el artículo 175-2, que, salvo la excepción que en el mismo se recoge, establece que "únicamente podrán ser adoptados los menores *no emancipados*". Ahora bien, cabe objetar que en dicho precepto se alude a la adopción y no al desamparo. Además la adopción es sólo una más de las distintas medidas de protección que pueden tomarse ante una situación de desamparo.

Lo mismo ocurrirá con aquellos menores que estando sometidos a un régimen de tutela se les concede el beneficio de la mayor edad.

Difiere de esta postura DE PABLO CONTRERAS¹⁶⁶, dado que considera que "los sujetos a la potestad administrativa en que la tutela del artículo 172-1 consiste, son todos los menores de edad en situación de desamparo, con independencia de cual sea su situación jurídico-civil...". Por tanto, también quedan incluidos

¹⁶⁶ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 55 y ss.

los emancipados y los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad¹⁶⁷.

Basa su postura en la interpretación literal del artículo 172-1, que habla de menores y en el artículo 222, cuyo número 4, considera sujetos a tutela "a los menores que se hallen en situación de desamparo" y el número 1 a "los menores no emancipados que no se hallen bajo patria potestad". Según dicho autor, la tutela tiene lugar aunque los desamparados estén bajo la patria potestad y aunque estén emancipados.

Defiende una postura absolutamente objetiva, ya que lo básico es proteger al menor, con independencia de que existan o no personas obligadas a prestar tal asistencia, puesto que, según él, "ésta, para el artículo 172-1, es la que el menor objetivamente necesita, no la que alguien esté jurídicamente obligado a proporcionarle".

Si bien, finalmente, reconoce que esta interpretación sólo puede hacerse considerando que la potestad que se atribuye a las Entidades Públicas es de naturaleza jurídico pública y no de Derecho privado.

En primer lugar, discrepo en la naturaleza atribuída a la

¹⁶⁷ En la misma línea se pronuncia FELIU REY: "Comentarioscit.", p.28 y 37-40. En cambio mantiene la postura contraria LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.39

tutela de las Entidades públicas, puesto que considero que es verdadera tutela, como luego veremos. Por otro lado, sólo desde ese punto de vista cabría esa extensión porque, de no ser así, mantener dicha postura supondría un desconocimiento pleno de la institución de la emancipación, así como de las consecuencias que ésta conlleva. La emancipación produce la extinción, bien de la tutela, bien de la patria potestad (art. 276-4° y 169-2° C.c.).

Otra cuestión distinta es que, si la curatela tiene lugar tras la emancipación, teniendo en cuenta el artículo 292 C.c., lo lógico es que en este caso la Entidad pública tutora pase a ostentar la curatela¹⁶⁸. No existe inconveniente para que sea una persona jurídica la que ostente dicho cargo¹⁶⁹.

6.1.2- EL MENOR DE VIDA INDEPENDIENTE.

Lógicamente, también debemos plantearnos qué ocurre en este supuesto.

En el artículo 319 C.c., se establece que *"se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años*

¹⁶⁸ Ahora bien, este supuesto será bastante difícil que tenga lugar en la práctica, dado que la curatela abarca el ámbito patrimonial y normalmente estos menores carecerán de bienes para administrar.

¹⁶⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos, Madrid 1986, p.366.

que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento".

En primer lugar, atendiendo a la ubicación de dicho precepto, éste se encuentra en el Título XI "De la mayor edad y de la emancipación". Ahora bien, este caso no se contempla en el artículo 314 C.c. en el cual, se recogen los supuestos de emancipación.

En segundo lugar el artículo 319 C.c. establece que "se le reputa" emancipado y no que sea emancipado y, más aún, al final del mismo se establece la revocación de dicha situación¹⁷⁰, cuando en principio la irrevocabilidad es consustancial a la emancipación (art.318-2° C.c.).

Por tanto, sin hacer un estudio profundo¹⁷¹ de este precepto, y sólo a los efectos que nos interesan, parece ser que no estamos ante una emancipación propiamente dicha sino, más bien,

¹⁷⁰ Vid. ALONSO PEREZ: <<Estatuto jurídico del menor emancipado tras las Reformas del Derecho de familia>> en "La tutela de los Derechos del Menor". Córdoba, Marzo, 1984, p. 23.

¹⁷¹ Un análisis profundo del antecedente de este precepto, en concreto del artículo 160 C.c., es llevado a cabo por BERCOVITZ-RODRIGUEZ-CANO, R.: <<La vida independiente del menor emancipado>> A.D.C., Fasc. 4° 1972, pp. 1083-1151.

Vid también PEREZ DE CASTRO: "El menor emancipado". Tecnos. 1988, pp. 56-60 y MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil)>> ADC Octubre-Diciembre 1992, pp. 1454-1459.

ante una equiparación¹⁷² con ese status.

Lo fundamental es que se trata de una persona que tiene unos medios que le permiten vivir independientemente, subsistir -con independencia de que viva o no en el domicilio paterno¹⁷³-. Tiene capacidad económica y de autogobierno¹⁷⁴. Frente a la emancipación en la que la capacidad natural de autogobierno se presume legalmente, en este supuesto nos encontramos con una capacidad natural demostrada fácticamente, en el plano de los hechos, por su vida independiente. En su actuación tiene una autonomía idéntica a la del emancipado.

Pues bien, en relación con el desamparo, y dado que en el supuesto de menor de vida independiente existe una suspensión de

¹⁷² Ya BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en <<La vida independiente.. cit.>> pp. 1128-1135, tras hacer un análisis de las distintas interpretaciones del artículo 160 C.c.: la amplia, que estima que se trataría de una emancipación tácita y la restrictiva, que partiría de una autorización genérica de los padres para que aquél actúe en relación con determinados bienes, opta por considerar que "la vida independiente del menor emancipado corresponde a una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad".

PEREZ DE CASTRO: "El menor emancipado...cit.", p.58 también estima que no se trata de una persona que tenga la condición de emancipado, sino de una equiparación.

¹⁷³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., op.ult.cit., pp. 1142-1143 y PEREZ DE CASTRO, op.ult.cit., pp. 59-60.

¹⁷⁴ Aunque el artículo 319 C.c. se refiera textualmente al menor sometido a patria potestad, la doctrina aboga por una interpretación amplia y considera que el precepto es igualmente aplicable al menor sometido a tutela. En este sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO y GULLÓN: "Sistema I...cit.", p.260 ; PEREZ DE CASTRO: "El menor emancipado...cit.", p.59 y MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección...cit.>>, p.1457 n.196 y 1493 n.143.

las funciones que conlleva la patria potestad o la tutela por voluntad de sus titulares, en principio no habrá situación de desamparo por falta de asistencia material y moral. Partiendo de que la patria potestad y la tutela son instituciones de protección del menor, no será lógico que aquellas actúen en los supuestos en que las personas, por sus circunstancias físicas y mentales, no precisan de su actuación.

En cuanto a la asistencia material es obvio, ya que ese menor, que tiene dieciséis años o más y que está emancipado, se caracteriza por tener realmente independencia económica, por hacer frente a sus gastos con ingresos debidos a su actividad.

También tendrá capacidad personal, puesto que la vida independiente hay que entenderla referida a ambas facetas.

Por consiguiente, tampoco habrá una falta de asistencia moral, ya que el menor está en condiciones para gobernarse en general, dado que su situación es equiparable a la del emancipado.

6.2 - MENORES: INCAPACITADOS Y NO INCAPACITADOS.

En la Ley 21/87, no se alude para nada al estado de incapacitación o no del menor. Sólo se precisa que el desamparo afectará a los menores, por tanto, es obvio que debe incluirse a los menores con incapacidad presunta o declarada.

Es incuestionable que los artículos 172 y 173, así como la rúbrica del Capítulo V del Título VII, -"La adopción y otras formas de protección de menores"- y la de la Sección primera -"La Guarda y Acogimiento de menores"- se refieren a los menores de edad. Por tanto aquéllos, como menores que son, también quedarán incluidos.

6.3 - MAYORES INCAPACITADOS.

El desamparo tiene lugar respecto a menores. Por tanto, en principio, y dado que la Ley no se pronuncia al respecto, quedarían excluidos del concepto de desamparo los incapacitados mayores de edad. Los mayores incapacitados lo serán en virtud de una declaración judicial, en la que, a su vez, se establecerá la protección y guarda de su persona y bienes -art.199 C.c. en relación con el art.210 C.c.- .

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de Julio de 1993¹⁷⁵, puntualiza que la constitución del organismo tutelar debe tramitarse por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art.231 C.c.), que debe iniciarse una vez que haya recaído Sentencia firme de incapacitación, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el artículo 222-2º C.c. .

La Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de reforma del

¹⁷⁵ Vid. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 33, Septiembre/Diciembre 1993, Resolución 884, pp. 973-979. Comentada por R. BERCOVITZ.

Código Civil en materia de tutela, establece que para el procedimiento de incapacitación se aplicarán transitoriamente las normas del juicio declarativo de menor cuantía.

Aunque parte de dicha separación de procedimientos, la Sala, en el presente caso y en función de la economía procesal, acepta que en el mismo procedimiento declarativo de menor cuantía se acumule la demanda de incapacitación con la petición de nombramiento del tutor. Se basa tanto en la situación de la incapacitada, como en la estimación de que en dicho procedimiento se respetan todas las garantías necesarias en relación al nombramiento de tutor.

R. BERCOVITZ, al comentar la mencionada Sentencia, pone de relieve que en la práctica es el funcionamiento habitual, el más adecuado. Estima que la Jurisdicción voluntaria debería quedar reservada a aquellos casos en que, no siendo necesaria la incapacitación (por tratarse de un menor o por haberse ya producido), proceda nombrar un tutor.

En cuanto a los incapaces, susceptibles de ser incapacitados, se estará a lo dispuesto en los artículos 202 y siguientes.

No obstante, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 278 C.c., si la Entidad promueve la declaración de incapacitación de un menor sujeto a su tutela, -art.201 en relación con el art.

205 C.c.- la Entidad continuará siendo tutora, pese a rebasar el incapacitado la mayor edad. En este supuesto, como vemos, cabe que la tutela automática de un menor devenga en tutela de incapacitado.

Ahora bien, el supuesto anterior es el único, y en los restantes casos de mayores incapacitados no entrarían en juego las previsiones introducidas por la Ley 21/87. Estos quedarán protegidos por medio de las medidas establecidas en los Títulos IX y X del Libro I¹⁷⁶. La Sentencia determinará el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido -art.210 C.c.- . Si en este caso, el tutor lo desampara, ello dará lugar a su remoción y al nombramiento de uno nuevo en base a los artículos 247 y siguientes del Código Civil.

De esta opinión son LLEBARIA SAMPER¹⁷⁷ y VARGAS CABRERA¹⁷⁸, entre otros. Este último considera que en este supuesto es inaplicable la analogía.

Discrepa, en cambio, FELIU REY¹⁷⁹, el cual defiende la

¹⁷⁶ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", p.50, al comentar el artículo 172-4 C.c. defiende que: "no cabe, pues, la tutela administrativa ope legis de los incapacitados que se hallen en situación de desamparo". En contra FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.39, el cual a pesar de la letra de la ley, defiende la aplicación analógica de la tutela asistencial, a los mayores de edad incapacitados que se encuentren en situación de desamparo.

¹⁷⁷ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 39-40.

¹⁷⁸ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 632-633.

¹⁷⁹ FELIU REY: "Comentarios....cit.", p. 39.

aplicación analógica, a pesar de la letra de la Ley, a los mayores de edad incapacitados que se encuentren en situación de desamparo, pues considera que el desamparo de una persona que no puede gobernarse por sí misma a causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico -art.200 C.c.-, debido a la inasistencia de las personas que están obligadas a prestarla, se equipara a la del menor. Por tanto, entiende procedente dicha aplicación analógica hasta que el legislador no establezca una figura similar a la establecida por la Ley 21/1987 para la menor edad.

No parece que esta opinión pueda compartirse. Por un lado, de la normativa establecida en los Títulos IX y X del Libro I se deduce que la protección allí establecida es de otro tipo. Por otro, hay que señalar que en la Ley 21/87 el legislador no ha previsto este supuesto, precindiendo de si ello es o no correcto.

7.- SUJETO ACTIVO DEL DESAMPARO.

7.1- EN LA LEY 21/87.

Partiendo del concepto de desamparo del artículo 172-1 en el mismo se establece que el desamparo se produce *"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"*.

Al aludirse a unos deberes de guarda, se pone de manifiesto que habrá determinadas personas obligadas a cumplirlos. Luego, cuando se aprecie el desamparo, se hará un análisis acerca del comportamiento de las personas obligadas legalmente a asistir al menor, para ver si han incumplido o no dichos deberes, así como si su ejercicio ha sido imposible o inadecuado.

Como manifiesta R.BERCOVITZ¹⁸⁰, "el abandono deberá apreciarse en relación con las personas, a quienes corresponde la custodia legal de los menores y no únicamente porque nadie se ocupe de ellos". Considerando el mencionado autor, que era inadecuado, según el derogado artículo 174-2 C.c., que no se pudiese declarar el abandono cuando el menor era cuidado por terceros, ante el abandono voluntario e intencionado de sus padres o tutores.

Por consiguiente, habrá que determinar quienes son los que están obligados a cumplir dichos deberes. Por un lado, los principales obligados a cuidar al menor son los progenitores y, en su caso, los tutores.

Los titulares de la patria potestad, junto con los tutores, van a ser los sujetos activos del desamparo. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en principio, del tenor literal del artículo 172-1 C.c., se deduce que éste puede proceder de toda persona

¹⁸⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 172-180 C.c. >> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales... cit.", p.341.

física ó jurídica, a la que la citada Ley otorgue facultades jurídicas en orden a la guarda de menores.

Por tanto hay que incluir en primer lugar a los padres, tanto biológicos, como adoptivos, ya que la reforma coloca a los segundos en idéntica posición jurídica; a los tutores ordinarios, puesto que, aunque éstos no tengan un deber de convivencia con el menor, sí que recae sobre ellos un deber de cumplimiento de los deberes básicos que forman parte del contenido personal de la patria potestad (art.269 C.c.); al guardador de hecho, a los acogedores formales, y a los delegados paternos en los supuestos de acuerdos válidos de delegación de la patria potestad.

En efecto, RUIZ-RICO¹⁸¹ considera que *"el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores"*, puede proceder, no sólo de los padres titulares de la patria potestad y de los tutores ordinarios, sino también de los acogedores -ya que éstos también tienen deberes de protección (art.173-1 C.c.)- e, incluso, de la propia Entidad pública cuando asuma la guarda del menor en base al artículo 172-2 C.c. .

Excluye, en cambio, el supuesto en el que el menor sea desamparado por la Entidad pública, en cuanto tutor automático, por

¹⁸¹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela<<ex-lege>>...cit.>>, p.62. También sigue esa línea SANCHO REBULLIDA: " El nuevo régimen... cit.", p.36.

considerar absurda esta hipótesis¹⁸². Incluso, considera que podría pensarse en el desamparo producido por guardadores de hecho o por delegados o encargados paternos "por cuanto a ellos se les impone por las leyes, si no directamente, si indirectamente, un deber genérico de protección de los menores de edad".

7.1.1- LOS PROGENITORES Y TUTORES.

Respecto a que el incumplimiento de los deberes de protección inherentes a la patria potestad y a la tutela ordinaria puede originar el desamparo, y por tanto la tutela automática a favor de la Entidad, no se plantea ninguna duda. En efecto, debe tenerse en cuenta que la inclusión del precepto en el Código Civil obliga a considerar que <<los deberes de protección>> a los que alude, son los que corresponden a las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: patria potestad y tutela ordinaria.

7.1.2- LOS ACOGEDORES.

En cuanto al acogimiento, los acogedores formales del artículo 173 C.c. pueden, por el incumplimiento de sus deberes -

¹⁸² Discrepa de esto último VARGAS CABRERA: <<El desamparo... cit.>>, p.627 ya que afirma que "el texto del artículo 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 las que el menor es internado, privados de la necesaria asistencia material y moral".

también de protección, dado que, como manifiesta SANCHO REBULLIDA¹⁸³, quedan incluidos en la encomienda que de su guarda hace la Ley- hacia el menor, colocar a éste en situación de desamparo.

Ahora bien, habría que distinguir los acogimientos que vienen dados como consecuencia del ejercicio de la guarda, bien porque la Entidad pública haya asumido la tutela del artículo 172-1 o la guarda del artículo 172-2, de aquellos otros, más bien excepcionales -y que podrá formalizarse como medida provisional hasta la constitución de la tutela ordinaria, la adopción o la reinserción del menor-, en que el acogimiento se constituye sin que haya una precedente tutela o guarda.

En el primer caso -acogimiento como consecuencia del ejercicio de la guarda-, si los acogedores incumplen los deberes de protección, quedando el menor desasistido moral o materialmente, cesará dicho acogimiento y tendrá lugar otro o cualquier otra medida, pero, lo que es evidente, es que no se genera una nueva tutela ex lege a favor de la Entidad pública, porque ésta nunca perdió la que tenía.

En relación con el segundo supuesto -en el que el acogimiento se constituye sin que haya una precedente tutela-, el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio por los

¹⁸³ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen jurídico...cit.", p.36.

acogedores de sus deberes de protección para con el menor, daría lugar a que la Entidad pública asumiese la tutela automática o la guarda de dicho menor¹⁸⁴.

7.1.3- ENTIDAD PÚBLICA GUARDADORA DEL MENOR.

Respecto de los supuestos en los que la Entidad pública asume la guarda ex artículo 172-2 C.c., mediante solicitud de los titulares de la patria potestad o tutela, la doctrina no es unánime.

RUIZ-RICO RUIZ¹⁸⁵ estima que en este supuesto "aunque una de las mayores lagunas de la nueva Ley radica en la falta de explicitación del régimen jurídico de la institución de la <<guarda>>, por contraposición al del acogimiento, debe quedar claro que la ley OBLIGA -aunque no lo diga- al ente <<guardador>> a cuidar y proteger al menor bajo su custodia temporal".

En cambio, DE PABLO CONTRERAS¹⁸⁶ considera que "la Entidad

¹⁸⁴ En este sentido se pronuncia DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.44, n.27 puesto que estima que en el primer supuesto no se origina una situación de desamparo y sí, en cambio, en el segundo.

¹⁸⁵ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.62. En la misma línea se pronuncia SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", p.36.

¹⁸⁶ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.44 n.27.

pública nunca desampara a los menores sobre los que tienen la tutela o la mera guarda". Es decir, no distingue según que la entidad pública asuma la tutela o la guarda.

Además, si no varían las circunstancias que la originaron, la Entidad pública no podrá pasar a ostentar la tutela del artículo 172-1 C.c. sin más.

7.1.4- ENTIDAD PÚBLICA TUTORA DEL MENOR.

Por el contrario, existe unanimidad en la doctrina¹⁸⁷ respecto a la no existencia de desamparo en el supuesto de la propia entidad asistencial, tutora automática por vía del artículo 172-1. Como señala RUIZ-RICO RUIZ "en estas situaciones, únicamente cabría la exigencia de responsabilidad, a través del artículo 174-3, o en su caso, del artículo 216 C.c.". Luego, la Entidad pública, en principio, nunca desampara a los menores sobre los que tiene la tutela o la guarda.

7.1.5- EL CURADOR.

¹⁸⁷ Vid. RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.62; SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", p 36; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.44 n.27 y EGEA I FERNANDEZ : <<La protección a menores...cit.>>, p.193, n.31, el cual considera que "la Entidad pública no puede desamparar a un menor, aunque, sí que responderá del hecho de no ejecutar adecuadamente las medidas adoptadas".

Tampoco el incumplimiento, o el imposible o inadecuado ejercicio de sus deberes por el curador queda contemplado en el artículo 172-1 C.c.¹⁸⁸, ya que los deberes de aquél -arts.288 y 323 C.c.- no son de "protección", ni tienen por objeto la "guarda" de menores, en el mismo sentido en el que dichos vocablos se emplean en el artículo aludido¹⁸⁹.

7.1.6- EL GUARDADOR DE HECHO.

Por último, queda la figura de la guarda de hecho en relación con el desamparo.

Respecto a esta institución se plantean dos problemas: el primero, consiste en determinar si el guardador de hecho puede ser sujeto activo del desamparo y el segundo, si existe situación de desamparo ó no, cuando estemos ante una guarda de hecho.

Centrándonos en el primer problema, la mayoría de la doctrina estima que sí puede ser sujeto activo del desamparo¹⁹⁰.

¹⁸⁸ En este sentido se pronuncian EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menores...cit.>>, p.193 y VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.627 ya que sus funciones radican en la potestad de asistencia referida a actos de tipo patrimonial.

¹⁸⁹ Mantiene la opinión contraria FELIU REY: "Comentarios... cit.", pp. 36 y ss.

¹⁹⁰ Vid. VARGAS CABRERA: <<El desamparo ... cit.>>, p.627 puesto que considera que ejercita deberes de guarda; EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menores...cit.>>, p.193, ya que, estima que "no hay inconveniente en incluir al guardador de hecho, en la medida que es posible asimilarlo al tutor de hecho; PEREZ ALVAREZ:

Respecto a los argumentos que apoyan esta postura podríamos señalar, por un lado, que si el guardador de hecho tiene responsabilidad penal, lógicamente, y, con más razón, la tendrá civilmente y, por otro, aunque no se contemple en ningún artículo que sus deberes sean de protección, el artículo 228 le exige proceder a la constitución de la tutela, luego es lógico exigirle una mayor responsabilidad hacia el menor.

En el supuesto de que el guardador de hecho no preste la asistencia debida al menor, bien en su plano material o bien en el moral, si se parte de una concepción objetiva, tan pronto como la Entidad pública tenga conocimiento de la situación, declarará el desamparo ante la falta de asistencia, sin importar por tanto por quien se incumplen los deberes.

Mantiene esta postura PEREZ ALVAREZ¹⁹¹, entre otros, puesto que estima que "el desamparo puede proceder por la falta de ejercicio o por un ejercicio deficiente de la patria potestad, tutela y de la guarda de hecho a que estuviera sometido el menor".

Los argumentos que alega para ello son que, por un lado, si

"La nueva adopción...cit.", p.84,n.108 y <<Sobre el desamparo y la tutela administrativa>> en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo". Vol.I. Barcelona 1992, pp. 690-691. Finalmente, RUIZ-RICO RUIZ: "Acoqimiento...cit.", p.143 n.288 apunta dicha posibilidad pero no se pronuncia al respecto.

¹⁹¹ PEREZ ALVAREZ: <<Sobre el desamparo y la tutela ..cit.>>, pp. 690-691 y en "La nueva adopción.....cit", pp. 84-85.

la guarda de hecho se excluye del ámbito del artículo 172-1, resulta que la tutela de las Entidades Públicas sería subsidiaria de la patria potestad y de la tutela, más no de la guarda de hecho, de lo cual discrepa.

Por otro lado, PEREZ ALVAREZ considera que la guarda de hecho también queda incluida en los "deberes de protección establecidos por la Ley para la guarda de menores", a los que alude el artículo 172-1 C.c., en base a tres argumentos: 1°-el reconocimiento legal de dicha guarda en la Ley de 24 de Octubre de 1983; 2°- porque si, para apreciar el desamparo, es preciso la existencia de un resultado específico, ello nos lleva a considerar que no existe desamparo cuando un tercero proporcione asistencia moral y material y 3°- porque si no, a partir de la Ley 21/87 la guarda de hecho habría sido sustituida por la tutela administrativa, y, sin embargo, tras la Reforma del 87 se otorga relevancia al guardador de hecho por medio del artículo 177-3 C.c.

En cuanto al punto segundo, hay que decir ahora, aunque ese supuesto será analizado al tratar la delegación de la patria potestad y los límites a los que está sujeta, que dicha interpretación es correcta y adecuada.

Una postura intermedia es la que mantiene DE PABLO

CONTRERAS¹⁹². Estima que la Ley no impone al guardador de hecho ningún deber de protección -principio éste cierto, pero que, como hemos visto, no impide que su responsabilidad se deduzca en base a otro argumentos-, sino que se limita a autorizar una cierta intervención judicial y a regular sus efectos por lo que "en cuanto al requisito causal del desamparo la guarda de hecho no puede ser considerada". En cambio, "si cabe incluir dicha institución en relación a su requisito de resultado". Es decir, "si, a consecuencia de una guarda de hecho, el menor no está privado de la necesaria asistencia material y moral, no hay desamparo; y si, por el contrario, aquél está privado, pese a tener un guardador de hecho, de tal asistencia, hay desamparo". Ahora bien, en este último caso, el mencionado autor, estima que ello obedece al incumplimiento o al imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, de los padres o del tutor, pero no del guardador de hecho que no los tiene.

Por tanto, aunque admite el desamparo, lo hace con recelo, y liberando al guardador de hecho de toda responsabilidad, ya que según el citado autor, ésta sólo compete a los progenitores y tutores.

En íntima conexión con este tema, se encuentra el segundo problema antes mencionado, la relación que existe entre el

¹⁹² DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.44 n.27.

desamparo y la guarda de hecho. Una lectura del artículo 172-1 C.c., nos lleva a pensar que no se declara el desamparo cuando un tercero se ocupe del menor a pesar de que exista un incumplimiento de los deberes tuitivos de guarda por parte de los progenitores o tutores.

Por tanto, no se otorga ninguna relevancia al comportamiento de los progenitores o tutores. Este tema será estudiado en el apartado siguiente sobre la delegación de la patria potestad.

7.2 - IMPORTANCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA REGULACIÓN PENAL DEL ABANDONO.

Frente al concepto objetivo de desamparo que se recoge en el Código Civil, en el ámbito penal, el elemento subjetivo es fundamental en la regulación del abandono. Resulta pues oportuno poner de manifiesto la regulación del abandono en el orden penal, frente al concepto establecido en la Ley 21/87.

En la regulación del abandono de menores en el Código Penal, tiene gran importancia la determinación de las personas que lo han provocado para delimitar el tipo correspondiente. Los sujetos que provocan dicha situación forman parte del concepto de abandono. No se mantiene una concepción objetiva que identifique aquél con una mera situación de hecho.

Es dicha relación personal, la que lleva a distinguir el abandono propio (art.488 C.p.)¹⁹³ del abandono impropio (art.489 C.p.)¹⁹⁴ e, incluso, dentro del propio, el tipo básico del párrafo 1º del tipo cualificado del párrafo 2º.

En el artículo 488-1 se tipifica "el abandono de un niño menor de siete años¹⁹⁵ por parte de la persona encargada de su guarda", que será castigado con pena de arresto mayor y multa. Recogiendo en el párrafo 2º el tipo cualificado (prisión menor y multa), "si el hecho es ejecutado por los padres, tutor, o guardador de hecho". Distinción ésta acertada -salvo la referencia al guardador de hecho-, puesto que los principales obligados a cuidar al menor serán los progenitores de aquél o los tutores.

Lo que sorprende del citado precepto es la inclusión en el tipo cualificado del guardador de hecho, frente a los demás guardadores, que quedarían incluidos en el tipo básico.

¹⁹³ En el artículo 488, párrafo 1º del Código Penal se establece que "*El abandono de un niño menor de 7 años por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con la pena de arresto mayor y multa*".

¹⁹⁴ En el párrafo 1º del artículo 489 del Código Penal se dispone: "*El que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor lo entregue a un establecimiento público, o a otra persona, sin anuencia de quien se lo hubiera confiado, o de la Autoridad en su defecto será castigado con multa*".

¹⁹⁵ MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal. Parte especial". Valencia 1991, 8ª ed., p.182 considera que "lo decisivo debería ser la situación de desamparo en que se coloca el niño independientemente de la edad de éste", criticando, por tanto, el límite objetivo de la edad puesto que también puede ponerse en peligro con el abandono la seguridad de un niño que rebase dicho límite.

Sin pretensión de analizar con profundidad este tema, estudiado por la doctrina y la Jurisprudencia penales, hay que señalar que este error legislativo trató de solucionarlo la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Diciembre de 1972¹⁹⁶, entendiendo que la cualificación se refiere al guardador de hecho como persona que ejerce una autoridad familiar o ético social sobre el menor, diferente del simple encargado, al que se refiere el párrafo 1º, que no tiene más que la simple custodia del menor, a nombre de otro, sin ejercicio de autoridad.

No obstante, como señala MUÑOZ CONDE¹⁹⁷, la única solución para subsanar dicho error será la reforma legislativa del artículo y no la vía interpretativa. Hay que lamentar que no se haya modificado este aspecto en la reforma del Código Penal de 1989.

Con respecto al abandono impropio, en el artículo 489-1º C.p., se tipifica la entrega de un menor a un establecimiento público o a otra persona, por el que tiene a su cargo la crianza o educación de un menor, sin anuencia de quien se lo ha confiado o de la autoridad. Se trata de una infracción de un deber de vigilancia y custodia, que será relevante al estudiar los supuestos de delegación de la patria potestad.

¹⁹⁶ Vid MUÑOZ CONDE, op.ult.cit., pp. 182-183 el cual recoge y realiza un estudio de la misma.

¹⁹⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, op.ult.cit., pp. 182-183.

Por otro lado, en la Ley Orgánica de 21 de Junio de 1989 de Actualización del Código Penal¹⁹⁸, en concreto en el Preámbulo, se señala que "muchas son las faltas dedicadas en la actualidad a la protección de menores y de enajenados. Su número claramente excesivo se reduce notoriamente, sin menoscabo alguno de la tutela penal que se considera imprescindible, razón por la cual se mantiene la punición de los abandonos, omisiones leves de socorro o asistencia, aprovechamiento lucrativo -exceptuándose la utilización para la mendicidad, que pasa a la condición de delito- e incumplimiento de los deberes de custodia".

En el Título III del Libro III (De las faltas contra las personas), en el artículo 582, párrafo 2º, se sanciona (arresto menor y multa) al que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión. Estableciéndose a continuación que *"cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona, a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será de arresto menor en toda su extensión"*.

Y en el artículo 584 del Código Penal¹⁹⁹ se sancionan, con

¹⁹⁸ Vid. BOE 22 Junio 1989 (Num.148). Aranzadi, 1989 Vol. III, n.1352, pp. 3922-3933.

¹⁹⁹ En dicho precepto se establece: *"Serán castigados con la pena de arresto menor o con la multa de 25000 a 75000 pesetas al arbitrio del tribunal:*

1º- Los padres de familia que, dejaren de cumplir los deberes de guarda o asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su

pena de arresto menor o multa, una serie de conductas, que afectan más o menos directamente a la seguridad del menor. Se observa una reducción de los supuestos -de 15 a 7- aludiéndose en los dos primeros párrafos a los incumplimientos de los deberes de guarda y asistencia, según quien sea el sujeto que los incumpla: padres, tutores o los encargados de un menor. Además, en el último párrafo, se señala que los padres o tutores mencionados en los números 1° y 2° podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor.

conducta desordenada.

2°- Los tutores o encargados de un menor de dieciocho años que dejaren de cumplir los deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior.

3°- Los encargados de un enajenado que dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda o los que dejaren de atender a ancianos que dependan de su cuidado.

4°- Los que, sin haber tenido participación en faltas contra la propiedad cometidas por menores de dieciseis años, se lucraren en cualquier forma con los productos de las mismas.

5°- Los que, encontrando abandonado a un menor de siete años, no le presenten a la autoridad o a su familia, o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

6°- Los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez en el ejercicio de su facultad protectora, apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida en la resolución judicial, y los padres, tutores o guardadores que, igualmente, sin llegar al delito de desobediencia, incumplieren una resolución judicial en el ejercicio de su facultad reformadora, retirando al menor, del establecimiento, familia o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado para su observación o tratamiento.

Incurrirán también en dicha pena las terceras personas que realicen los actos de apoderarse o recibir indebidamente al menor o cooperen con ellas.

7°- Los representantes de asociaciones o instituciones tutelares o directores de establecimientos u otras personas que, incumpliendo las resoluciones a que se refiere el número anterior, entreguen indebidamente a sus padres o tutores, o a terceras personas, el menor que se les hubiere confiado, salvo que el hecho constituya delito".

En la regulación de estas faltas, se tiene en cuenta el comportamiento de las personas a las que corresponde la guarda legal del menor poniéndose de relieve la importancia que tiene en este Ordenamiento el ámbito subjetivo.

También se modifica el Capítulo VIII del Título VII del Libro II del Código Penal. En efecto, ante la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces.

El artículo 487 C.p.²⁰⁰, en el que se tipifica el abandono de familia, también fue modificado y se introduce un nuevo artículo 487 bis, en el que se sanciona el incumplimiento de la prestación económica a favor del cónyuge e hijos en los supuestos de separación legal, divorcio, o nulidad del matrimonio²⁰¹.

²⁰⁰ En el artículo 487, párrafo 1º, se establece que "será castigado con las penas de arresto mayor y multa el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio en los casos siguientes: 1º) si abandonare maliciosamente el domicilio familiar 2º) si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada".

En el párrafo 3º, se prevé que "en todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo".

²⁰¹ Vid. SIRO GARCIA: <<Notas sobre la reforma del abandono de familia y de niños en la LO 3/1989 de 21 de Junio>> en "Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal". Poder Judicial. Número especial XII, pp. 223-226.

Y por último, en relación con los menores, destaca la inclusión en el Código Penal de una nueva modalidad de abandono de familia, que comprende las conductas consistentes en destinar a menores de 16 años a la práctica de la mendicidad.

Se considera un acierto la incorporación al Capítulo III del Título XII, del Libro II del Código Penal de un nuevo artículo, el 489 bis, en el que se sanciona (arresto mayor) a "los que utilizaren o prestaren a menores de 16 años para la práctica de la mendicidad". Recogiéndose en el párrafo 2º tres situaciones con penalidad agravada: el tráfico de menores, el empleo de violencia o intimidación y el suministro de sustancias perjudiciales para su salud siempre que se realicen con el fin de destinar al menor a la práctica de la mendicidad²⁰².

Como señala MUÑOZ CONDE²⁰³, lo castigado no es la práctica de la mendicidad, sino la dedicación de menores a la misma por un tercero, que se supone obtiene beneficios con ello. En el párrafo 1º, la conducta típica consiste tanto en utilizar al menor de 16 años como el préstamo a terceras personas para la práctica de la mendicidad²⁰⁴.

²⁰² Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1991, pp. 548.550.

²⁰³ MUÑOZ CONDE, op.ult.cit., pp. 186-187.

²⁰⁴ En el mismo sentido se pronuncia SIRO GARCIA: <<Notas sobre la reforma...cit.>>, pp. 222-223.

En el párrafo 3° se establece que "el Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá privar de la patria potestad o de los derechos de guarda o tutela a los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos". Aludiendo en el último párrafo a la función protectora del Ministerio Fiscal, que podrá solicitar al Juez que adopte las medidas adecuadas para la protección del menor, medidas éstas, que son las previstas en la legislación civil y en la de menores. Ello obliga a la cooperación con las Entidades públicas tuitivas, con el fin de prevenir y perseguir la explotación de los menores en la mendicidad.

Queda así regulado penalmente el supuesto, cada vez más frecuente, de la práctica de la mendicidad de menores, con los irreparables perjuicios que ésta tiene para el menor, estando presente el elemento subjetivo en toda su regulación.

7.3 - EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY ITALIANA DE ADOPCIÓN.

Frente al concepto objetivo del desamparo que nos ofrece la Ley 21/87, en el sistema italiano aunque se parte también de un concepto objetivo del abandono, no por ello deja de precisarse el ámbito subjetivo. Estimo, por tanto, que es importante conocer el concepto establecido en dicho Derecho.

En el artículo 8-1 de la Ley italiana de 1983, se establece

un concepto objetivo de abandono, pero, a su vez, queda expresamente delimitado el ámbito subjetivo, ya que aquél consiste en una privación de asistencia material y moral "por parte de los padres y parientes obligados a prestársela...", precisando en el párrafo 2° que el estado de abandono subsiste, aunque el menor haya sido internado en un instituto de asistencia o en acogimiento familiar, puesto que en ambos supuestos existe una falta de asistencia por parte de la familia de origen.

Dicho párrafo 2° tiene gran importancia, puesto que en él se contempla el ámbito subjetivo del concepto de abandono, ya que, según el mismo, la situación de abandono subsiste aunque el menor sea adecuadamente asistido por personas, -bien a través de un acogimiento familiar o institucional- que no sean los progenitores o los parientes obligados a prestar asistencia al menor.

Sólo esas personas mencionadas al final, podrán hacerse cargo del menor, quedando excluída la declaración de adoptabilidad.

Se pone de manifiesto el carácter temporal del acogimiento, dado que el menor tiene la necesidad de crecer en una familia, en la que se inserte establemente, no pudiendo el Estado ampararse en soluciones de carácter transitorio como el acogimiento familiar.

Existe una estrecha relación entre el mencionado precepto y el artículo 1-1 de la Ley, en el que se dispone el derecho del

menor a ser educado en el ámbito de la propia familia, entendida, por tanto ésta, no como familia nuclear -sólo los progenitores- sino en su concepción amplia -progenitores y demás parientes-.

El primer problema que se nos plantea es dilucidar quienes son "los parientes obligados a prestar asistencia al menor", precisar esta expresión genérica. Dicha categoría es introducida por primera vez en la reforma de 1983, puesto que, con anterioridad, se aludía a "los parientes obligados a alimentos²⁰⁵", es decir, a los ascendientes y hermanos del menor.

Esta cuestión no es pacífica en la doctrina. Un sector doctrinal, que podríamos decir mantiene una interpretación restrictiva, considera que dicha expresión se sigue refiriendo a los parientes obligados a alimentos. Otro sector, que propugna una interpretación amplia, entiende que se alude a los parientes hasta el cuarto grado, en base a que en el resto de los artículos de dicha Ley (arts. 9 párrafos 6º y 7º, 11-1, 12-1, 13, 15 y 17), se alude a aquéllos, siempre y cuando hayan mantenido relaciones significativas con el menor.

²⁰⁵ En efecto, con anterioridad a la Ley de 4 de Mayo de 1983, n.184 dicha categoría estaba bien determinada en el Código Civil italiano, ya que se aludía a "los parientes obligados a alimentos" (arts.314/4, 314/7, 314/8 C.c.) que comprendía a los ascendientes y hermanos del menor (art.433 C.c.).

Son partidarios de la primera acepción UBALDI²⁰⁶, BAVIERA²⁰⁷ y DE LUCA²⁰⁸, que entienden que dicha expresión sigue refiriéndose a los parientes obligados a alimentos, ya que, por un lado, los parientes hasta el cuarto grado no tienen obligaciones determinadas respecto al menor, y, por otro, no todos ellos deben prestar alimentos.

De hecho, cuando el menor sea convenientemente asistido por los ascendientes o los hermanos, estamos ante una especie que no se considera de abandono, en cuanto se realiza directamente el prioritario derecho del menor de ser educado en el ámbito de su familia; en dicho supuesto de asistencia por los ascendientes o hermanos, el mecanismo para proceder a la declaración de adoptabilidad, sólo tendría lugar en el caso de que existiese una deficiente asistencia material o moral por parte de éstos.

Distinto es el problema en el caso de que la asistencia sea prestada al menor por un pariente dentro del cuarto grado, que no sea ascendiente o hermano -que no esté obligado a prestar alimentos-; en tal hipótesis la Ley consiente una delegación a tal

²⁰⁶ UBALDI: <<Commentario all'art.8>> en "La nuova legge... cit.", p.57.

²⁰⁷ BAVIERA: <<I parenti dei minori in stato di abbandono>>. Dir. fam. pers. 1983, pp. 241-242, que parte de criticar duramente la nueva expresión del artículo 8, puesto que los problemas que surgirán serán numerosos.

²⁰⁸ DE LUCA: <<Lo stato di abbandono>>. Dir. fam. pers., 1989, pp. 286-287.

persona de las funciones educativas, pero la exigencia de tutela del derecho del menor impone que el ordenamiento establezca una forma de control para asegurarse de la efectiva idoneidad y adecuada asistencia prestada al menor por los parientes (art.12).

En cuanto al contenido de la asistencia por parte de los parientes, se concreta en los intereses del menor, debiendo prestarle una completa asistencia material y moral. Sólo se considerará en estado de abandono al menor que no reciba por parte de sus parientes las mismas atenciones que debería recibir por parte de sus padres.

Entre los defensores de la postura contraria se encuentran MANERA²⁰⁹, FINOCCHIARO²¹⁰ y CENCI²¹¹, entre otros, que abogan, por tanto, por la interpretación de la expresión del artículo 8, en favor de los parientes hasta el cuarto grado. Sólo estos desempeñarán una actividad similar a la de los progenitores en relación a la asistencia del menor con el fin de excluir la situación de abandono.

No obstante, consideran que ésto no quiere decir que esos

²⁰⁹ MANERA: "L'adozione....cit.", p.60

²¹⁰ FINOCCHIARO A: "Disciplina dell'adozione....cit.", p.120.

²¹¹ CENCI: <<Minori, parenti ed adozione legittimante>>. Dir. fam. pers., n° 4 1990, p.1356 que aunque considera que es a los parientes hasta el cuarto grado a los que se refiere la expresión genérica del artículo 8, critica la reforma del 83 en este aspecto.

parientes tengan obligaciones particulares hacia el menor -tendrían acaso un deber moral-, sino que la situación de abandono, relevante para declarar el estado de adoptabilidad, no subsiste en este supuesto.

BAVIERA²¹² señala que esta última concepción puede causar un grave daño al menor, ya que en el supuesto de que un pariente de cuarto grado hubiese establecido una buena relación asistencial con el menor, superando la indiferencia de los progenitores y de los parientes más próximos, quisiera transformar esa relación ya consolidada en una relación paterno-filial sería imposible y no se podría por tanto iniciar el procedimiento para la declaración de adoptabilidad -ya que no hay falta de asistencia- que es condición indispensable para la adopción legitimante²¹³. Es este supuesto el que ocasiona mayores problemas, ya que, dependiendo de la interpretación adoptada, las soluciones serán contrapuestas.

Estas dos mismas posturas también se reflejan en la Jurisprudencia. El Tribunal de Menores de Torino, en el año 1984, mantuvo posiciones diversas en tres Sentencias. Dicho Tribunal el

²¹² BAVIERA: <<I parenti dei minori...cit.>>, pp. 241-242.

²¹³ Hay que precisar que en el Ordenamiento italiano existen tres tipos de adopciones: las dos primeras están reguladas en la Ley de 1983 y son la legitimante -equivale a nuestra adopción plena- y que se produce respecto de los menores de edad declarados abandonados (arts.6-28 de la Ley) y la adopción en casos particulares (arts.44-57 de la Ley); y por último está la adopción ordinaria reservada a los mayores de 18 años y regulada en el Código Civil (arts.291-314).

1 de Junio de 1984²¹⁴ admitió la adopción por sus tíos de la menor Estefanía, que había sido abandonada por sus progenitores, a los cuales se les privó de la patria potestad al considerar que la menor se encontraba en situación de abandono, procediendo declarar el estado de adoptabilidad de aquella, que había sido acogida por sus tíos.

Considera dicho Tribunal que los tíos maternos no se encuentran entre las personas obligadas a prestar asistencia al menor del artículo 8, ya que éstos sólo son las personas obligadas a prestar alimentos.

Señala que no cabe como argumento en contra, el hecho de que sea consentido el acogimiento (art.9 párrafos 5° y 6°) en favor de los tíos, parientes hasta el cuarto grado, puesto que existe un abandono por parte de los progenitores. Además, el artículo 8-2 establece que el abandono subsiste aunque el menor se encuentre acogido en una familia.

Cabría también renovar el acogimiento a los tíos, pero el Tribunal desecha esta opción por no ofrecer a la menor ninguna seguridad. No obstante, a esta Sentencia se opuso el Ministerio Público, dándole posteriormente el Tribunal la razón -como luego veremos- y defendiendo, por tanto, la postura contraria.

²¹⁴ Trib.min.Torino, Sentencia de 1 de Junio de 1984. Dir. fam. pers. 1984, pp. 1037-1039.

Idéntica postura mantiene ese Tribunal en la Sentencia de 30 de Noviembre de 1984²¹⁵, afirmando que "puede ser declarado el estado de adoptabilidad del menor mantenido a todos los efectos por sus tíos-abuelos, los tíos de su madre -parientes de cuarto grado-, con los cuales convive, porque el estado de abandono subsiste cuando el menor no recibe asistencia moral y material de los parientes obligados a prestársela, es decir, los ascendientes y los hermanos, mientras que ninguna obligación alimentaria o de asistencia tienen los otros parientes hasta el cuarto grado.

Trata dicho Tribunal de precisar la expresión del artículo 8 de la Ley de adopción, "parientes obligados a prestar asistencia". Interpretada en un sentido literal no tendría un contenido concreto puesto que los únicos parientes obligados a prestar asistencia material y moral con el contenido de mantenimiento, instrucción y educación son los padres.

Para dar un significado a la norma, en el sentido de que individualice los parientes obligados a prestarla en sujetos distintos de los progenitores, habrá que identificar en el Ordenamiento, la categoría de los parientes a los que se ha impuesto obligaciones de asistencia, ciertamente menos fuertes que las que tienen los progenitores.

²¹⁵ Trib.Min.Torino, Sentencia de 30 de Noviembre de 1984. Dir. fam. pers. 1985, pp. 214-223.

El artículo 148, párrafo 1° del Código Civil, establece una obligación indirecta de los ascendientes de asistencia económica, la obligación de dar a los progenitores los medios necesarios para ayudar al desempeño de sus deberes en sus relaciones con los hijos, cuando aquellos no tengan medios suficientes.

En el artículo 433 C.c., se dispone la obligación directa de prestar alimentos a cargo de los ascendientes y los hermanos. Es cierto que esta obligación no comprende la asistencia material y moral, pero, como señala el Tribunal²¹⁶, el legislador con la expresión técnicamente imperfecta del artículo 8, se ha referido a los ascendientes y hermanos que tienen una obligación legal de asistencia material, basando la asistencia moral en un compromiso espontáneo en virtud de un deber de solidaridad que deriva del estrecho vínculo de sangre. Lo que es evidente es que estos sujetos están (o pueden estar) obligados a una prestación a favor del menor.

Con anterioridad a la Ley de 1983, era a estos parientes a los que se refería expresamente en los artículos 314/4, 314/7 y 314/8 C.c. Por otro lado, en el proyecto de Ley DE CAROLIS se establecía que "se encuentra en estado de abandono el menor que no reciba asistencia por << sus padres o parientes hasta el cuarto grado >>". Pero, dicha propuesta fue rechazada por el Parlamento,

²¹⁶ Vid. última Sentencia citada, Dir. fam. pers. 1985, pp. 216-217.

poniendo así de manifiesto su preferencia por la fórmula antigua con el contenido que la Jurisprudencia y la doctrina le había dado, máxime, cuando en otras disposiciones, sí que se alude expresamente a los parientes hasta el cuarto grado.

Siendo precisamente esta referencia explícita a los parientes hasta el cuarto grado en distintas normas de la nueva Ley de adopción, lo que ha llevado a parte de la doctrina, recogida incluso en una reciente decisión de este Tribunal, a concluir que el artículo 8 se refiere a estos parientes.

En efecto, el Tribunal de Menores de Torino -tan sólo 10 días antes de esta Sentencia, objeto de análisis-, en Sentencia de 20 de Noviembre de 1984²¹⁷, se pronunció en sentido contrario defendiendo, que el menor adecuadamente asistido por sus parientes hasta el cuarto grado, en dicho caso por sus tíos, no se encuentra en estado de abandono y, por tanto, no procede su adopción por estos tíos paternos, a pesar de que los padres consideraron justo que su hija fuese acogida por sus tíos desde que tenía dos meses y los llamase papá y mamá y no se opusieron a su privación de la patria potestad. Incluso, una vez privados los progenitores de la patria potestad, fueron nombrados tutores los tíos y se declaró el estado de adoptabilidad de Estefanía en la Sentencia antes citada de 1 de Junio de 1984, estando de acuerdo la madre en que estos

²¹⁷ Trib.Min.Torino, Sentencia de 20 de Noviembre de 1984. Dir. fam. pers. 1985, pp. 203-214

parientes se convirtieran en adoptantes de su hija.

Fue el Ministerio Público, el que se opuso a esa Sentencia de 1 de Junio de 1984, al tener una concepción amplia del artículo 8, que engloba a los parientes hasta el cuarto grado, dando el Tribunal la razón a aquél, en base a los artículos 11 y 12 a 15 de la Ley, a pesar de que no cabe una ejecución forzosa de la obligación de asistencia a cargo de esta persona y de que no existe una sanción para el caso de su incumplimiento.

Por último, considera relevante el interés del menor en el caso concreto para adoptar la solución que corresponda²¹⁸.

Por ello, volviendo a la Sentencia de 30 de Noviembre de 1984, que defiende la interpretación estricta del artículo 8 -que se referirá, por tanto, a los parientes obligados a prestar alimentos al menor-, vamos a analizar los distintos argumentos que expone el Tribunal para defender su postura, rebatiendo así los fundamentos de la interpretación amplia.

En primer lugar, invoca el artículo 9-6²¹⁹, afirmando que la

²¹⁸ En base a ese interés, el Tribunal considera más conveniente para Estefanía un acogimiento de carácter definitivo que la adopción por sus tíos a la que califica de anómala. (Dir. fam. pers. 1985, p.213).

²¹⁹ En el artículo 9-6 de la Ley se dispone que "toda persona que, no siendo pariente dentro del cuarto grado, haya acogido de modo estable en su casa un menor, por tiempo superior a 6 meses debe, pasado ese tiempo, ponerlo en conocimiento del Juez

no obligación de comunicar al Juez el acogimiento llevado a cabo por los parientes hasta el cuarto grado, no nos puede llevar a considerar que los padres puedan abandonar para siempre a su hijo en uno de estos parientes, sin ninguna consecuencia de cara a su adoptabilidad. Y, más aún, cuando en el artículo 2 de la Ley, se configura en todo caso el acogimiento como temporal.

En cuanto al siguiente argumento, serían los artículos 12, 13, 15 y 17 de la Ley de adopción, puesto que los que defienden que el artículo 8 se refiere a los parientes hasta el cuarto grado, se apoyan en aquellos preceptos, en base a que si, en ellos se permite a esos parientes a oponerse a la declaración de adoptabilidad, es porque la Ley reconoce explícitamente a estos parientes, si asisten al menor, el derecho de impedir la adopción por otras personas.

El Tribunal afirma que dichas normas, dado su carácter procesal, -en las que se contemplan, que en determinados trámites del procedimiento para la declaración de abandono se dé audiencia o se informe de los mismos a los parientes del menor hasta el cuarto grado, o se les concede a aquellos parientes que hubieran mantenido relaciones significativas con el menor²²⁰, el derecho a tutelar..".

²²⁰ En cuanto a la obligación del artículo 12 de convocar a los parientes hasta el cuarto grado que hayan mantenido relaciones significativas con el menor y sea conocida su residencia, vid. Corte Cass. 24 Febrero 1988, n°1952, Dir. fam. pers. 1988, pp. 1312-1316; Corte Cass. 7 Septiembre 1988, n°5060. Dir. fam. pers.

recurrir-, no constituyen un argumento para fundamentar el sentido del artículo 8 de la Ley.

Además, el legislador, cuando se adoptan decisiones importantes en relación con los intereses de un menor, -no sólo en este tema sino en otros como en los procedimientos de privación de patria potestad- quiere hacer partícipes a las personas, que por los vínculos de sangre están más relacionadas con la situación, pero sin atribuirles ningún derecho sustancial.

Por otro lado, estos parientes hasta el cuarto grado, que han mantenido relaciones significativas con el menor, no se identifican con los parientes que hayan prestado asistencia, mantenido, instruido y educado al menor, puesto que un pariente puede haber tenido en un período lejano una relación importante con el menor, -y por ello debe ser oído y puede recurrir- pero esta relación no supone una asunción directa de asistir al menor, que impida la declaración de adoptabilidad.

Como tercer argumento, el Tribunal tiene en cuenta los

1988, pp. 1679-1680 que pone de relieve que sólo se llamará a aquéllos que hayan tenido una relación significativa con el menor, es decir, "un vínculo afectivo, que existan manifestaciones concretas y tangibles de asistencia y de interés....", no se trata de que el pariente haya realizado visitas esporádicas al menor. Dicha audiencia será relevante para comprobar la situación de abandono; Corte Cass. 27 Mayo 1989, n.2574 Dir. fam. pers. 1990, pp. 52-53; Corte App.Torino 22 Mayo 1990, Dir. fam. pers. 1990, pp. 1196-1200.

artículos 11 párrafo 1^o²²¹ y 12 párrafo 4^o²²². El artículo 11-1^o se interpreta en el sentido de que cuando hayan fallecido los padres y existan parientes hasta el cuarto grado serán estos llamados directamente para hacerse cargo de la asistencia del menor. Tiene dicho precepto clara y únicamente un significado procesal: impone al Juez la declaración de adoptabilidad, si los parientes hasta el cuarto grado no existen y la continuación de la instrucción si existen, aunque informando a éstos que pueden llevar a cabo la adopción en casos particulares, en virtud del artículo 44-a)²²³ de la Ley.

Por tanto, como se establece en el artículo 11, si existe una solicitud de adopción en base al artículo 44, el Tribunal debe decidir, atendiendo exclusivamente al interés del menor, que es

²²¹ En dicho artículo 11-1 de la Ley se establece que "cuando de la información prevista en el artículo anterior, resulte que han fallecido los padres del menor y no existen parientes dentro del cuarto grado, el Tribunal de Menores declarará el estado de adoptabilidad salvo que haya solicitudes de adopción de las previstas en el artículo 44. En tal caso el Tribunal decidirá lo que convenga al exclusivo interés del menor".

²²² El artículo 12-4 dispone que "oídas las declaraciones de los padres o parientes, el Presidente del Tribunal de Menores o el Juez delegado, si lo estiman oportuno, impartirán a los padres y a los parientes, en resolución motivada, instrucciones idóneas para garantizar la asistencia moral, alimentos, instrucción y educación del menor...".

²²³ Se establece en el artículo 44: "Que también podrán los menores ser adoptados, aunque no concurren las circunstancias del párrafo primero del artículo 7:

a) por personas unidas al menor, huérfano de padre y madre con vínculo de parentesco de hasta el sexto grado o por una relación estable y duradera existente al tiempo de la pérdida de los padres".

huérfano, entre la adopción en casos particulares y la declaración de adoptabilidad. Esto impide que el artículo 11 pueda ser invocado a la hora de interpretar el artículo 8 con el fin de mantener la identificación de los parientes hasta el cuarto grado con los parientes obligados a asistir al menor.

Por otro lado, el artículo 12-4, según el cual podrán ser impartidas indicaciones en resolución motivada a los padres y a los parientes, no significa que los parientes que hayan mantenido relaciones significativas estén obligados a asistir al menor en virtud del artículo 8.

Finalmente, el Tribunal²²⁴ establece que en la Ley de 4 de Mayo de 1983 num.184, nos encontramos con varios ámbitos familiares, según círculos concéntricos y decrecientes: la familia nuclear (art.1, la familia en cuyo ámbito el menor tiene el derecho a ser educado); los parientes obligados a alimentar al menor (art.12, párrafo último) que coincide, por todo lo dicho, con los parientes obligados a prestar asistencia al menor (art.8-1); los parientes hasta el cuarto grado, que hayan mantenido relaciones significativas con el menor y los parientes hasta el sexto grado.

En el centro estaría la familia nuclear, ya que los progenitores están obligados a educar al hijo en el ámbito de la

²²⁴ Vid.Sentencia citada anteriormente, Dir. fam. pers. 1985, pp. 222-223.

propia familia (art.1) y además son los primeros sujetos, que pueden provocar la situación de abandono. Si los abuelos y los hermanos se ocupan²²⁵ del menor no asistido por sus progenitores no se declarará el estado de adoptabilidad, porque el menor permanece, en cierto sentido, en su familia. Se posibilita así que el menor -si están dispuestos a ocuparse de él convenientemente- pueda, en cambio, tener una relación estable con sus tíos y primos mediante la adopción, dado que, a los parientes hasta el cuarto grado y los parientes hasta el sexto grado, se les otorga una preferencia frente a terceros para proceder a la adopción en casos particulares (art.44) y, además, no se les prohíbe realizar una adopción legitimante.

Una vez analizadas las distintas posturas, considero que la tesis que propugna una interpretación restrictiva es la más adecuada, quedando mejor salvaguardados los intereses del menor. Por un lado, hay que tener en cuenta los razonamientos antes expuestos, así como el Dictamen sobre <<La Adopción>> de la Comunidad Europea (92/C287/08) de 1 de Julio de 1992 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 4 de Noviembre de 1992), en el que el Comité Económico y Social en el Anexo, lleva a cabo una comparación de las legislaciones europeas sobre la adopción,

²²⁵ En la Sentencia de Corte di Cassazione de 9 de Febrero 1990, n. 903. Dir. fam. pers. 1990, pp. 815-816 se establece que el estado de abandono subsiste, aunque haya parientes obligados a prestársela, -abuelos en este supuesto- si estos no le prestan una asistencia adecuada, debiendo valorarse sólo las relaciones en este caso entre los abuelos y el nieto sin tener en cuenta la relación que los abuelos hubiesen tenido y tengan con su hija.

exponiendo que, en cuanto a la adopción por un miembro de la familia no nuclear, "es posible en todos los países, salvo en Italia. Sin embargo, en Bélgica la Jurisprudencia pone reparos a la adopción por parte de los abuelos, que está prohibida en los Países Bajos. En Francia, este tipo de adopción se refiere sobre todo a la adopción simple".

En el artículo 175-3 C.c. se establece que "no puede adoptarse: 1° A un descendiente. 2° A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad" (hermanos o cuñados).

Por tanto, si -teniendo en cuenta la exposición anterior- entendemos que en el artículo 8 de la Ley italiana, cuando se alude a los parientes obligados a prestar asistencia, se está refiriendo a los parientes obligados a prestar alimentos, es lógico que si el menor es atendido adecuadamente por éstos²²⁶ -abuelos y hermanos- se excluya en dicho Ordenamiento el estado de abandono, y no pueda declararse el estado de adoptabilidad. Por consiguiente, no cabe la adopción por estas personas.

Pero no es lógico extender dicha prohibición más allá, ya que los parientes dentro del cuarto grado no tienen obligación, ni

²²⁶ Vid. CENCI: <<Minori parenti ...cit.>>, pp. 1352-1355 el cual hace una exposición acertada acerca del comportamiento que deben tener los ascendientes y los hermanos del menor para excluir el estado de abandono.

material ni moral, de asistir al menor. Además, como señala CENCI²²⁷, la doctrina critica dicha postura, dado que el menor podría llegar a encontrarse en las casas de los parientes que lo reciben en una posición incómoda y mortificante, del pariente pobre, abandonado por sus padres, que es el pariente indigno de la familia.

En algunas ocasiones, esos parientes consideran que se trata de una obra de caridad, causando un daño gravísimo al menor, porque se le niega a aquél el derecho, garantizado constitucionalmente de tener una familia "propia". Así BAVIERA²²⁸ estima que dicho daño sería irreparable, porque se cierra la puerta al menor de una familia, extraña en cuanto a las relaciones de sangre, pero muy cercana por sentimientos de afecto.

Por otro lado, se posibilita que el interés del menor quede atendido al permitir, como hemos visto en la última Sentencia analizada, la adopción del menor por sus tíos. En efecto, si el menor desde que ha nacido ha vivido con ellos, es a éstos a los que identifica como padres, su plena integración en la familia a través de la adopción, será mejor que un acogimiento indefinido.

Cabe objetar que uno de los inconvenientes de esta postura, como se establece en la Sentencia del Tribunal de Menores de Torino

²²⁷ CENCI: <<Minori parenti...cit.>>, p.1359

²²⁸ BAVIERA: <<I parenti dei minori....cit.>>, pp. 239 y ss.

de 20 de Noviembre de 1984²²⁹, es que nos "encontramos ante la grotesca situación de un menor, que al ser adoptado cesa toda relación con su familia de origen en virtud del artículo 27-3^o²³⁰, y, al mismo tiempo, establece con los padres biológicos una relación parental nueva y distinta en virtud del artículo 27-1^o²³¹". Por eso, estima más conveniente considerar que un menor no se encuentra en estado de abandono cuando sea adecuadamente asistido por parientes hasta el cuarto grado.

Pero, se olvidan de que las situaciones pueden ser muy diversas, por ejemplo, si los padres, como ocurre en el caso contemplado en esta Sentencia, son incapaces de asistir al menor y se muestran conformes con la decisión, difícilmente, a pesar del nuevo parentesco que les una, tendrán relación con el menor. Mientras que el beneficio de éste al quedar insertado en una familia estable es notable.

7.4 - ¿ ES EXTRAPOLABLE A NUESTRO ORDENAMIENTO LA REGULACIÓN ITALIANA ?.

Creo que según el tenor literal del artículo no es posible la

²²⁹ Sentencia citada. Dir. fam. pers. 1985, p.210.

²³⁰ En el párrafo 3^o del artículo 27 se establece que "con la adopción cesan las relaciones entre el adoptado y su familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales".

²³¹ En el párrafo 1^o del artículo 27 se dispone que "por efecto de la adopción, el adoptado adquiere la condición de hijo legítimo de los adoptantes, de los cuales asume y transmite el apellido".

aplicación en nuestro Derecho de los supuestos antes analizados.

En primer lugar, si nos ceñimos al artículo 172-1 del Código Civil, en el que se recoge el concepto de desamparo, ya hemos visto el carácter objetivo del mismo. Al considerar que el desamparo procede del "incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores", es obvio que existen unas personas obligadas a cumplirlos, aunque no se determinen éstas específicamente. Estas son los progenitores, los tutores y los guardadores de hecho.

En dicho precepto, a diferencia del artículo 8 de la Ley italiana, no se señala que el abandono consista en la privación de asistencia, no sólo de los padres, sino también de los parientes obligados a prestársela o de los parientes obligados a prestar alimentos.

En segundo lugar, si dichas personas asisten al menor - supuesto de guarda de hecho-, en base al artículo 172-1 del Código Civil, no habría desamparo al estar ausente uno de los requisitos: la falta de asistencia.

Al no incluirse en el concepto de desamparo la expresión genérica "parientes obligados a prestar asistencia", en nuestro sistema no se plantea la duda acerca de si con dicha expresión se alude a los parientes hasta el cuarto grado o a los parientes

obligados a alimentos.

En nuestro Ordenamiento los abuelos y hermanos, en función del estrecho vínculo de parentesco que les une con el menor, también están obligados a alimentarlo (art. 143 C.c.).

Ahora bien, debemos tener en cuenta qué elementos integran el concepto de alimentos.

Según el artículo 142 C.c. "*se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*" y a continuación añade que comprenden también "*la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*²³²"

Es fundamental determinar si estos parientes están obligados a cuidar, guardar, asistir al menor²³³.

²³² Sobre este precepto vid. DELGADO ECHEVERRIA: <<Comentario a los artículos 142-148 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", vol. II, pp. 1027-1039; LACRUZ BERDEJO: "Derecho de familia", 3ª ed., Fascículo 1º, 1989, pp.47 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLON: "Sistema de Derecho Civil IV", 4ª ed., 1988, pp. 45 y ss. y PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derecho de Familia", 1989, pp.626 y ss.

²³³ En el Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia, de 8 de Julio de 1993. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General de Protección Jurídica del menor, en el Capítulo II -Derechos Fundamentales-, del Título I -Derechos Fundamentales-, en el artículo 4, en el que se establece el Derecho a la protección familiar y social, en el párrafo 1º, se señala expresamente que "El menor tiene derecho a ser cuidado y educado por sus padres o

Por un lado, como vemos, no comprenden la obligación de velar²³⁴. En el artículo 110 se señala que "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". Se configuran como dos obligaciones distintas. Igual ocurre en el artículo 269 y en el artículo 154 del Código civil.

Pero, por otro lado, al señalar que abarcan tanto la educación, como el mantenimiento y la instrucción del menor alimentista, podemos deducir que estos parientes tienen obligaciones de asistencia, aunque ciertamente menos fuertes que las que tienen los progenitores o tutores.

Los ascendientes y hermanos tienen una obligación legal de asistencia material. En cambio, la asistencia moral se basará en un compromiso espontáneo en virtud del deber de solidaridad que deriva del estrecho vínculo de sangre.

En cuanto al modo, la prestación de alimentos puede consistir bien en una cantidad de dinero pagada periódicamente, bien en

tutores y, en su defecto, por los parientes que tengan obligación de prestarle alimentos". El fin último es que el menor permanezca en el seno de su familia nuclear o externa.

²³⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 154 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Derecho de familia... cit.", p.1048, en relación con el deber de velar señala que este deber, "en cualquier caso, no se extiende al deber de alimentos, puesto que, éstos son mencionados expresamente como cuestión diferente".

acoger el alimentante al necesitado en su domicilio, proporcionándole allí lo necesario (art.149 C.c.).

Esto nos lleva a distinguir ambos supuestos. En el primer caso, si el alimentante se limita a pagar una pensión periódicamente pero no convive con el menor, podríamos estar ante un supuesto de desamparo, dado que quedan cubiertas las necesidades materiales del menor, pero no las afectivas.

En cambio, en el segundo caso, si la prestación se satisface mediante el acogimiento del menor en el domicilio del alimentante, lógicamente éste tendrá el deber de cuidar y asistir al menor.

Partiendo del tenor literal del artículo 172-1 C.c., si el menor es asistido adecuadamente por los ascendientes o hermanos, el desamparo quedará excluído, puesto que no concurre el requisito de resultado: la falta de asistencia. En dicho supuesto, el desamparo sólo tendría lugar en el caso de que existiese una deficiente asistencia por parte de aquéllos.

En Italia, dicha construcción ocasiona más problemas, al vincularse la adopción con el abandono. En cambio, en nuestro Ordenamiento no existe dicha relación, sino que el desamparo puede dar lugar a distintas medidas de protección. Incluso, en el artículo 239-2 del Código Civil, se facilita la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que quieran hacerse cargo

del menor.

La relación de parentesco con el menor desamparado será relevante a la hora de adoptar las distintas medidas de protección. Así, la tutela de la Entidad pública puede dar paso a la constitución de una tutela ordinaria cuando algún familiar del menor lo solicite (art.239-2 C.c.). También estos podrán pedir que se les dé al menor en regimen de acogimiento familiar (art.173 C.c.).

En cuanto al acogimiento, puede solicitarlo cualquier pariente, ya que no existen prohibiciones como las impuestas a ciertos parientes para adoptar. Si bien, cuando se trate de un ascendiente o un pariente del menor en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, como se les prohíbe adoptar al menor (art.175-3 ap.1 y 2 C.c.) y no pueden pedir el acogimiento preadoptivo, tal vez sea más oportuna la constitución de la tutela según las normas ordinarias.

Creo que esa obligación de asistir al menor por los parientes obligados a prestar alimentos debería haber sido expresamente establecida en la Ley 21/87.

Esta línea es la que se ha seguido en el último Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994. En la Exposición de Motivos, en el apartado tercero, se señala que el primer tema

que se aborda en el Título II "es la modernización del concepto y el término de patria potestad, optándose por el de función parental y dando a ésta un contenido más amplio. La redacción del artículo 154 del Código Civil, ha quedado en parte incompleta ya que, desde 1981 hasta ahora, ha cambiado la sociedad española, por lo que procede completar o desarrollar dicho artículo a la luz de la Convención y de los Textos de los Organismos Europeos que hablan de función o responsabilidad parental, así como incluir un orden de prelación de las personas llamadas a prestar cuidado y educación al menor".

Por consiguiente, en el artículo 15 del Borrador del Proyecto de Ley de Derechos del Menor se regula la función parental y en la Disposición Adicional Segunda se modifica el vigente artículo 154 del Código Civil, reproduciéndose el contenido del artículo 15 del Proyecto.

Y, en el artículo 16 del Borrador del Proyecto se establece que "en defecto de padres o tutores o cuando aquéllos no puedan ejercer adecuadamente sus funciones, el cuidado y la educación del menor se confiará preferentemente a alguna de las personas obligadas a prestarle alimentos o comprendidas en su entorno familiar, con las que haya mantenido vínculos afectivos preexistentes, siempre que ello no sea contrario al interés de aquél".

8.- LA DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS LÍMITES.

En primer lugar, hay que señalar que, ni el Código Civil, ni la Ley 21/87, ni otras leyes especiales contemplan la figura de la delegación, aunque la Ley de Adopción ha sido un instrumento de gran ayuda al abarcar algunos supuestos prácticos de la misma. Por consiguiente, es la doctrina la que propugna tanto la existencia como el carácter autónomo²³⁵ de esta figura, la cual no se identifica con ninguna de las instituciones reguladas en el Código Civil.

La mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de la delegación de la función de guarda, es decir, a favor de la licitud de la entrega temporal del menor a terceras personas, pero dentro de unos límites, que, en principio, serán: que se trate de una situación transitoria, que beneficie al menor, y que los padres no se desentiendan de aquél, sino que continúen ejerciendo el control de las actividades de su hijo mediante un contacto directo con el guardador y con el menor. En la delegación un concepto clave -al igual que en la tutela- es la obligación de velar por el menor.

Así, RUIZ-RICO RUIZ²³⁶ considera como límite de la delegación de la función de guarda, desde un punto de vista

²³⁵ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", pp. 220 y ss.

²³⁶ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", p.113 y VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.629.

negativo, la imposibilidad de desatender el cuidado del hijo, y, desde un punto de vista positivo, el control efectivo y real de los progenitores sobre el ejercicio de la guarda y custodia por el tercero.

Es evidente la necesidad de establecer unos límites porque, tras un aparente supuesto de delegación, puede encontrarse un caso de abandono, cuando los progenitores se desentiendan del menor, bien al iniciarse la delegación, al manifestar que esa es su voluntad, bien con posterioridad, al no mantener ningún tipo de contacto con aquél -supuesto éste bastante complejo en su valoración-. Por consiguiente, debe evitarse la abdicación encubierta de la patria potestad.

No obstante, si se traspasan dichos límites por los progenitores, aparte de la ilicitud de esos pactos de delegación, hay que tener en cuenta que también podrá tener lugar la privación de la patria potestad.

Idénticos presupuestos y límites actuarán en el supuesto de delegación de la tutela. Será preciso que ésta sea transitoria, beneficie al menor y que el tutor no se desentienda de aquél. Aunque una de las diferencias entre la delegación de tutela y la delegación de patria potestad es la inexistencia del deber de convivencia a cargo del tutor, hay que señalar, que sobre éste recae un deber de cumplimiento de los deberes básicos que forman

parte del contenido personal de la patria potestad (art.269 C.c.).

Es más, el deber genérico del tutor es el de velar por el tutelado, siendo los cuatro apartados restantes del artículo 269 C.c. una concreción de dicho deber, pero a través de los cuales no se agota aquél. Como señala R.BERCOVITZ²³⁷, el contenido propio del deber de velar reside "en el deber de controlar a aquellas otras personas que en las más diversas circunstancias tienen competencias legales concurrentes sobre el hijo no emancipado". Sería un deber de vigilancia y control.

Por consiguiente, si los progenitores pueden delegar sus funciones de guarda, también podrán hacerlo los tutores, ya que, aunque no tengan ese deber de convivencia, existen evidentes e imprescindibles paralelismos entre la patria potestad y la tutela²³⁸.

8.1- EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

En dicho Ordenamiento tampoco se regula de manera expresa la figura de la delegación, pero, en cambio, sí que se contemplan, con

²³⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 154 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Derecho de Familia... cit.", pp. 1048-1049. Aunque su observación es en relación al artículo 154 C.c., ésta es igualmente trasladable al artículo 269 C.c. .

²³⁸ Vid. GOMEZ LAPLAZA: <<Comentario al artículo 269 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 506-507.

bastante detalle, los distintos supuestos de acogimiento de menores por terceros, tanto si existe como si no existe un control de los mismos. Nuevamente hay que tener en cuenta la influencia, en este tema, de la legislación italiana sobre nuestra Ley 21/87. De ahí la importancia del estudio de la misma.

En el artículo 1 de la Ley se consagra el derecho del menor a ser educado en su familia. Dicho principio debe ser coordinado con el artículo 2, en el que se regula el acogimiento.

8.1.1-EL DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO EN SU FAMILIA.

Se reconoce en el art.1 de la Ley, según el cual, "*el menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de la propia familia*".

De este artículo se desprende el derecho del menor de crecer en la propia familia, como principio de respeto de la persona.

Dicho derecho se establece al inicio de la Ley. De esta ubicación se infiere la importancia del mismo para la interpretación de la Ley.

Puede parecer una contradicción que esta Ley, que regula la protección del menor en los casos en que su familia no puede otorgársela, se inicie con este principio, según el cual es la familia de origen la obligada al cuidado material y moral del

menor.

Caben dos explicaciones al mencionado precepto. Por una parte²³⁹, se entiende el artículo como introductorio a la Ley de Adopción, y, así, se estima que el principio se refiere a la familia a la que pertenece el menor, sin distinguir entre familia natural y familia adoptiva. Dicho artículo garantiza el crecimiento del menor en un ambiente familiar, sea éste el de la suya propia o el de la familia adoptiva.

Según otra opinión²⁴⁰, dicho precepto <<parece configurar un derecho a ser educado por sus propios padres o por otros miembros de la propia familia>>. Por tanto, junto con el derecho del menor, impone la obligación a la familia natural de cuidar al menor y la obligación a la autoridad administrativa o judicial de procurar esta educación. Con lo cual, sólo están justificados la adopción y el acogimiento en el caso de que dicha familia no pueda cuidar al menor.

En esta segunda interpretación, que parece la más adecuada, la familia de origen tiene el derecho y la obligación de cuidar y educar al menor siempre que su actuación sea beneficiosa para el

²³⁹ BIANCA: <<Commentario all'articolo 1>> en "La nuova legge sull'adozione". Cedam. Padova, 1985, p.2

²⁴⁰ CATTANEO: <<Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori>>, Quadrimestre, num.I, 1984, p.24. En el mismo sentido MANERA: "L'adozione...cit.", p.24.

menor. Pero, en el caso de que ésta no pueda o no quiera hacerlo, es la sociedad la que debe hacerse cargo de estos menores, a través de otra persona o familia²⁴¹.

La adopción es indudablemente una solución subsidiaria, mas es la solución que debe ser privilegiada, cuando la familia de origen no cumpla con sus obligaciones.

El principio contenido en el art.1, párrafo 1º, de la Ley debe ser explicado diciendo que el menor tiene el derecho a una familia que sea la suya propia, a la que él pertenezca; tiene el derecho a ser "un hijo de familia".²⁴²

La Ley propugna soluciones directas, a través de la familia propia del menor. Pero también regula una serie de soluciones indirectas, a través de la solidaridad de otra familia. El acogimiento familiar (no preadoptivo) constituye una nueva modalidad especial de realización de la educación del menor en el ámbito de la familia propia, en el caso de que se encuentre <<temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo>> (art.2).

²⁴¹ MANERA: <<La legge sull'adozione nazionale ed internazionale>>. Dir. Fam. Pers., 1993-1 y 2, pp. 315-317.

²⁴² CANZI POGGIATO: <<Uno Statuto per i Minori?>>, Dir. Fam. Pers. 1994-2, p.808, estima que sería inútil atribuir a los menores una serie de derechos fundamentales, si no puede garantizarse el derecho principal a tener una familia. ¿Cómo podrán ejercer sus propios derechos fundamentales los menores que viven en una familia marginada, violenta?. Tras reconocer el acierto de la Ley n° 184/1983, considera que el Estado debe garantizar a todo menor una familia, sea esa la familia de sangre, la adoptiva o la acogedora.

No se realiza un alejamiento del menor de su núcleo familiar, y su educación no escapa del ámbito de este último.

8.1.2- DISTINTOS TIPOS DE ACOGIMIENTO.

En el Ordenamiento Jurídico Italiano bajo la expresión de "affidamento" se regulan todos los supuestos posibles de acogimiento de menores por terceras personas. Como señalan PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO²⁴³, caben tanto aquellos casos en que el menor está privado temporalmente de asistencia en su familia de origen (art.2 y ss. Ley de 4 de Mayo de 1983), como aquellos otros en los que así lo establece una decisión judicial en casos de pérdida o privación de la patria potestad (art.330 C.c.), o de conducta paterna perjudicial para el hijo (art.333 C.c.).

Cabe distinguir los acogimientos sometidos a control (arts. 2 a 5 de la Ley) -el familiar y el institucional- frente a los privados o de hecho (art.9), como ahora veremos.

8.1.2.1- LOS SOMETIDOS AL CONTROL ADMINISTRATIVO O JURISDICCIONAL:

²⁴³ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art 2>> en "La nuova legge.....cit.", pp. 22-25 distinguen entre: 1) acogimientos jurisdiccionales; 2) voluntarios ; 3) administrativos con fin educativo-asistencial. También señalan que los supuestos contemplados en los artículos 330-2 y 333-1 C.c. - según los cuales el Juez de Menores puede adoptar distintas medidas, entre las cuales está el alejamiento del hijo de la residencia familiar- son compatibles con los establecidos en la Ley de 1983.

8.1.2.1.1 - EL ACOGIMIENTO FAMILIAR: PRESUPUESTOS.

Para los menores no abandonados, y respecto de los cuales, por tanto, no se ha pronunciado el estado de adoptabilidad, pero que temporalmente necesitan cuidados y protección, el instrumento jurídico que se utiliza es distinto de la adopción y del acogimiento preadoptivo; se trata del acogimiento familiar, regulado por primera vez²⁴⁴ en la Ley de 4 de Mayo de 1983, número 4, especialmente en sus artículos 2º, 3º, 4º y 5º.

El art.2 en su párrafo 1º establece: *"El menor que está temporalmente privado de un ambiente familiar idóneo, puede ser acogido (<<affidato>>) por otra familia, a ser posible con hijos menores, por una persona sólo o por una comunidad de tipo familiar, con el fin de asegurarle la instrucción, el mantenimiento y la educación"*.

No cabe duda que el fundamento unitario del acogimiento regulado en este artículo, es exclusivamente el interés del menor.

El presupuesto básico es la falta temporal de un ambiente familiar idóneo. El acogimiento puede ser utilizado cuando un menor se encuentre en estado de abandono por condiciones de fuerza mayor de carácter transitorio; para menores que, teniendo con los padres

²⁴⁴ Antes de la Ley de 1983, el acogimiento estaba regulado en diversas normas administrativas.

una relación afectiva válida, no tienen un hogar estable o adecuado; para menores con carencia temporal de lazos familiares²⁴⁵. Incluso, puede servir para realizar funciones de naturaleza estrictamente sanitaria²⁴⁶.

El acogimiento familiar requiere una situación de abandono de carácter transitorio. Cuando se trate de una situación de abandono definitiva tiene lugar la declaración del estado de adoptabilidad.

Es la característica de la temporalidad²⁴⁷ la que distingue al acogimiento de otros instrumentos de sustitución de la familia de origen. Así, el art.4 párrafo 3º, señala entre los requisitos del procedimiento de acogimiento familiar, <<el período de duración>> del mismo, y el art.4, párrafo 4º, dispone <<que el acogimiento cesa, cuando desaparezca la situación de dificultad temporal de la familia de origen>>.

Esta característica sirve para perfilar los límites entre la

²⁴⁵ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.2>> en "La nuova Legge... cit.", pp. 16 y 17.

²⁴⁶ MANERA: "L'adozione...cit.", p.21.

²⁴⁷ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.2>> en "La nuova legge...cit.", p.17 señala que el acogimiento familiar tiene por su naturaleza carácter transitorio, siendo la nota de la transitoriedad lo que le distingue de la adopción. En la misma línea DOGLIOTTI: <<L'affidamento familiare ed il Giudice tutelare>> Dir. fam. pers. 1992-1, p.85 y MANERA: "L'adozione...cit.", p.25.

adopción y el acogimiento. Si la situación de dificultad temporal de la familia de origen se agrava, cabe que, aunque se tratase en un principio de un acogimiento familiar, se declare el estado de adoptabilidad, y tenga lugar la conversión del acogimiento familiar en acogimiento preadoptivo.

El acogimiento familiar se realiza a favor de una familia diversa de la de origen, a favor de una persona sola, o de una comunidad de tipo familiar. Entre estos tres sujetos no se establece preferencia alguna. Tan sólo, se precisa que entre las familias se elegirá como acogedora posiblemente a la que tenga hijos menores. Se pretende evitar que la familia acogedora se una excesivamente al menor acogido, dando lugar a que sea bastante problemática la reinserción del menor en su familia de origen. Por otro lado, se considera más idóneo semejante tipo de familia para acoger al menor.

En el acogimiento familiar se constituye, durante el período del acogimiento, una comunidad familiar; en la hipótesis de la familia y de la comunidad de tipo familiar con la inserción del menor en un grupo ya existente; en la hipótesis del acogimiento por una persona sola, con la constitución de un grupo socialmente relevante compuesto por la persona sola y el menor (art.2).

Así, el acogimiento institucional (art.5 párrafo 4º) no entra en las previsiones del párrafo 1º del artículo en examen, dada la

distinción funcional existente entre <<comunidad de tipo familiar>> e <<institución>>. En el acogimiento familiar es básica la participación en la vida familiar, en cambio, lo que caracteriza al acogimiento institucional es la función de custodia de la institución.

8.1.2.1.2 - EL ACOGIMIENTO INSTITUCIONAL: CONCEPTO Y SUPUESTOS EN QUE DICHA MEDIDA TIENE LUGAR.

Se regula en el párrafo 2° del art.2° que dispone: "*Quando no sea posible el acogimiento familiar está permitido el acogimiento del menor en una institución de asistencia pública o privada, debiendo realizarse preferentemente dentro de la región o lugar de residencia del menor*".

Por tanto, el art.2, prevé en sus dos párrafos dos tipos de acogimiento: el estrictamente familiar, al que atribuye preferencia (parr.1°), y el que tiene funciones de asistencia (parr.2°). Es evidente que el legislador establece un orden de preferencia entre estas dos medidas. Considera más idóneo el acogimiento familiar y sólo está permitido el acogimiento del menor en una institución asistencial en el caso de que tal acogimiento no sea posible²⁴⁸. Ello está justificado, ya que, con el acogimiento familiar se

²⁴⁸ MANERA: "L'adozione...cit.", p.26 señala que el acogimiento del menor en un instituto sólo tiene lugar cuando no sea posible un conveniente acogimiento familiar o como dice la relación al Senado, el acogimiento en un instituto está previsto <<tan sólo como hipótesis-límite>>.

quiere sustituir transitoriamente a la familia natural y, por tanto, se trata de insertar al menor en un ambiente lo más parecido posible al que tenía.

El acogimiento familiar constituye una institución de naturaleza civil, con obligaciones a cargo de la persona que acoge al menor (art.5).

El acogimiento institucional tiene una fisonomía cualitativamente distinta, y no tanto porque el sujeto titular sea un instituto de asistencia, sino, sobre todo, porque la función, que se propone realizar, se caracteriza preferentemente, aunque no exclusivamente, por la asistencia al menor. De ahí, la preferencia, prevista por el legislador, del acogimiento familiar sobre este otro tipo de acogimiento²⁴⁹.

El legislador establece una preferencia por el instituto ubicado en la región de residencia del menor. Ello obedece no tanto a la oportunidad de no alejar al menor de sus raíces culturales y ambientales de origen, como, sobre todo, a la voluntad de mantener las relaciones entre el menor y sus padres o parientes y de favorecer la reinserción en la familia de origen (art.5 parr.4°).

- SUPUESTOS EN QUE DICHA MEDIDA TIENE LUGAR.

²⁴⁹ Vid. CANOVA: <<I danni psichici dell'istituzionalizzazione>> Dir. Fam. Pers. n°4, 1993, pp. 1344 y ss.

El art.3 alude al acogimiento del menor en una institución asistencial en los siguientes términos:

"El instituto de asistencia público o privado ejercerá los poderes tutelares sobre el menor recogido o asistido siguiendo las normas del Capítulo I, Título X, Libro I del Código Civil, siempre y cuando no se prevea el nombramiento de un tutor y en todos los casos en que el ejercicio de la potestad de los padres o del tutor se vea impedido. Al instituto de asistencia corresponden los poderes y las obligaciones de la persona que acoge al menor ex artículo 5.

En el caso de que los padres reanuden el ejercicio de la potestad, el instituto debe pedir al Juez tutelar que fije eventualmente límites y condiciones a tal ejercicio".

En este precepto, se describen los casos en los que el menor debe ser acogido en un instituto de asistencia público o privado.

1- Cuando existan progenitores que ejerzan la patria potestad o tutor, es decir, cuando exista alguna persona obligada a cuidar al menor.

En este supuesto, estamos en presencia de imposibilidad de ejercicio de la patria potestad o de la tutela, con la consiguiente facultad para el Juez de pronunciar la privación de la potestad sobre los hijos, por violación o abuso de los poderes del padre

sobre el hijo, con grave perjuicio para el mismo, o, aún en el caso de conducta no reprochable, pero perjudicial para el menor²⁵⁰.

2- Cuando el menor no tenga padres, o no tenga nombrado tutor, ni se prevea nombrarlo.

En este caso, la institución asume las funciones de asistencia, en tanto se inician los trámites para el pronunciamiento del estado de adoptabilidad del menor o del acogimiento familiar.

Los procedimientos para la constitución del acogimiento familiar y el contenido del mismo se regulan en el art.4. Dicho

²⁵⁰ Vid. Trib. Min. L'Aquila, Sentencia 26 Octubre 1993, Dir. Fam. Pers. 1994-2, pp. 682-688. En la misma el Tribunal de Menores, el 23 de Octubre de 1992, dispone el acogimiento del menor en un Instituto y la privación de la patria potestad al progenitor, tras comprobar el Juez que la situación familiar es perjudicial, sobre todo en el plano psicológico y moral, para una adolescente próxima a alcanzar la mayoría de edad -tiene 17 años-. La situación es debida a un ambiente doméstico inidóneo para favorecer el armónico desarrollo de la personalidad ya que existe un clima de hostilidad, frialdad y de relaciones familiares anormales, debido fundamentalmente a la presencia de un padre déspota.

Aunque posteriormente se revoca la privación de la patria potestad, la Autoridad judicial considera que no puede disponerse el regreso de la menor a la casa paterna, dado que se mantienen las circunstancias anteriores, sería contraria a los intereses de la menor, y sobre todo el Juez no puede prescindir de la voluntad motivada -la simple presencia del padre la aterroriza-, decidida y constante de la menor de no regresar a su casa, optando por permanecer en el Instituto donde ha encontrado paz y serenidad. Además considera que la ejecución coactiva de dicha orden sería inoportuna, perjudicial e ineficaz ya que no se puede impedir que, si se obliga a una menor de 17 años a volver a la casa paterna, ésta se escape fácilmente, ante la convivencia intolerable y peligrosa en un ambiente familiar objetivamente inidóneo.

artículo considera el procedimiento de acogimiento familiar en su doble hipótesis, sea el servicio local (párr.1°)²⁵¹ o el Tribunal de Menores (párr.2°), el que disponga el procedimiento.

Será dispuesto por el Servicio local, cuando exista un consentimiento expreso de los progenitores o del padre que ejerza la patria potestad o del tutor. Mientras que, si falta dicho consentimiento -los padres no pueden o no quieren prestarlo-, será el Tribunal de Menores el que decida, el cual podrá declarar la privación de la patria potestad en base a los artículos 330 y siguientes del Código Civil²⁵².

Una vez dispuesto por el Servicio local, se requiere una resolución del Juez tutelar²⁵³ que haga ejecutivo el procedimiento

²⁵¹ En el artículo 4-1° se establece: "*El acogimiento familiar será dispuesto por el servicio local, previo consentimiento expreso de los progenitores, o del progenitor que ejerza la patria potestad o del tutor, con audiencia del menor que haya cumplido 12 años o de edad inferior si se considera oportuno. El Juez tutelar del lugar donde se encuentre el menor hará ejecutivo el procedimiento mediante resolución*".

²⁵² En los artículos 330 y siguientes del Código Civil se contemplan las medidas limitadoras de la patria potestad: privación, suspensión.

²⁵³ En la Sentencia del Tribunal de Menores de L'Aquila, de 23 de Noviembre de 1993, Dir. Fam. Pers. 1994-1, pp. 257-266, se considera nulo el acogimiento familiar, entre otras causas, por no ser dispuesto por una autoridad competente -la asistente social-, que se limita a informar al Tribunal de Menores que un menor ha sido acogido por el Director de la Institución, sin que exista ningún procedimiento formal de acogimiento, y sin comunicación alguna al Juez Tutelar.

de acogimiento²⁵⁴. En cuanto a la función del Juez, la doctrina italiana se encuentra dividida. Un sector²⁵⁵ considera que se trata simplemente de una mera formalidad. En cambio, otro sector doctrinal²⁵⁶ considera que el Servicio local hará una propuesta al Juez tutelar pero éste último es el que decide. Se trata de un control de legitimidad, que conlleva la comprobación de si concurren o no los presupuestos legales. Es una homologación del acogimiento.

Según esta segunda postura, se trataría de un acto complejo en el que la voluntad del Juez prevalece sobre la del Servicio. La resolución del Juez tutelar se encuadra en los actos de control, de control de legitimidad. Ahora bien, dicho control no se limita a la comprobación de los requisitos formales del procedimiento:

²⁵⁴ PATRONE: <<Rapporti tra Giudice per i minorenni e servizi sociali>>. Dir. Fam. Pers, n°4, 1993, pp.1337 y ss.

²⁵⁵ VERCELLONE: <<Il giudice tutelare, il Tribunale per i minorenni e l'affido familiare>>. Giur. Merito, 1984, p.373, para el cual se trata de un control formal puesto que el Juez se limita a comprobar la existencia de los requisitos formales, sin entrar en el fondo. Si dichos presupuestos concurren deberá hacer ejecutivo el procedimiento de acogimiento.

²⁵⁶ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.4>> en "La nuova legge....cit.", p.32 según los cuales el Juez no tiene la obligación de hacer ejecutivo el procedimiento, no existe ningún automatismo. MANERA: "L'adozione....cit.", pp. 28-32 que considera que el acogimiento no se puede considerar un acto meramente asistencial sino una medida de protección jurídica del menor cuando sus derechos no sean satisfechos, de ahí la importancia de la participación en aquél del Juez tutelar. También señala que si el Juez no hace ejecutivo el procedimiento dispuesto por el Servicio local será el Tribunal de Menores el que decida. Vid. también FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione...cit.", p.43 y DOGLIOTTI: <<L'affidamento familiare ed il Giudice Tutelare>>. Dir. fam. pers. 1992-1, pp. 91-92.

prestación del consentimiento de los progenitores, audiencia del menor, motivación de la propuesta del Servicio local, sino que se extiende a todos los presupuestos legales -en particular, a la inidoneidad temporal del ámbito familiar-. Sobre todo, el Juez tutelar llevará a cabo las investigaciones oportunas para comprobar que no existe una situación de abandono o una situación de dificultad no temporal. Si es así, lo pondrá en conocimiento del Tribunal de Menores.

Por tanto, según esta postura el Juez tutelar podrá negarse a hacer ejecutivo el procedimiento de acogimiento, al considerar que no se dan los requisitos de fondo necesarios para adoptar esta medida²⁵⁷.

La disciplina del artículo 4 se refiere exclusivamente al acogimiento calificado como familiar por la norma del párrafo 1º del artículo 2. Así, cuando se trate de un acogimiento institucional, éste será dispuesto por el Tribunal de Menores²⁵⁸.

En el Ordenamiento italiano se le concede al Juez un amplio poder discrecional, a la hora de adoptar las distintas medidas de

²⁵⁷ Sobre este tema vid. MANERA: <<Considerazioni sull'affidamento familiare>>. Dir. fam. pers. 1984, pp. 745-748.

²⁵⁸ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.4>> en "La nuova legge...cit.", p.30 consideran que los procedimientos de acogimiento institucional, al ser más incisivos sobre la libertad personal del menor requieren, al igual que en los supuestos de oposición al acogimiento por los progenitores o los tutores, que sea el Tribunal de Menores el que los disponga.

protección, siendo aquél el que deberá comprobar si se trata de una situación temporal y lo que procede es declarar el acogimiento, o, por el contrario, es más conveniente para el menor declarar el estado de abandono.

8.1.2.2 - LOS PRIVADOS.

Estos acogimientos privados o de hecho llevados a cabo por los padres y terceras personas sin ninguna intervención administrativa o judicial no se regulan expresamente en la Ley del 83.

Sin embargo, su existencia puede deducirse implícitamente del artículo 9, párrafos 6º y 7º²⁵⁹ a sensu contrario.

En efecto, según esos preceptos cabe que los progenitores entreguen su hijo a terceros, si es por un período inferior a seis meses, o a los parientes hasta el cuarto grado. Ello obedece en el primer caso al límite temporal, ya que se trata de un período de tiempo muy reducido, y en el segundo a los estrechos vínculos

²⁵⁹ Así en el artículo 9-6 se dispone que "*toda persona que, no siendo pariente dentro del cuarto grado, haya acogido de modo estable en su casa a un menor por tiempo superior a seis meses debe, pasado ese tiempo, ponerlo en conocimiento del Juez tutelar, quien dará cuenta del hecho, con su informe, al Tribunal de Menores....*".

Y en el artículo 9-7 se establece que "*....una comunicación igual deberá ser hecha por los padres que confien su hijo, a quien no sea su pariente dentro del cuarto grado por un periodo no inferior a seis meses*".

existentes entre los acogedores y el menor.

Sólo en esos supuestos cabrían estos acogimientos privados. En los demás, con el fin de evitar el tráfico de menores, si superan los seis meses, deben ser puestos en conocimiento del Juez tutelar para que el Tribunal de Menores, previamente informado por aquél, determine si se trata de un abandono o de un acogimiento.

Existe, por tanto, una obligación de informar del acogimiento, a cargo de los padres y de los acogedores. El incumplimiento de la misma dará lugar -como luego veremos- a sanciones civiles contempladas en los párrafos 6, 7, y 8 del artículo 9 e incluso penales (art.71 y 72 de la Ley).

8.1.3 -LOS LÍMITES A LA DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

8.1.3.1 -EL CARÁCTER TEMPORAL DEL ACOGIMIENTO.

En la Ley de 4 de Mayo de 1983 no se establece un término ni máximo, ni mínimo, pero se contempla como requisito esencial del acogimiento su carácter temporal, como ya vimos.

La duración concreta del mismo dependerá de cada caso concreto, así como de la situación en la que se encuentre el menor, pero no deberán ocultarse bajo dicha medida auténticas situaciones de abandono cuando las dificultades de la familia de sangre no se

resuelvan en un breve tiempo, ya que en el artículo 4 se habla de "una dificultad temporal de la familia de origen".

Además, en el artículo 4-4 de la Ley, se establece que el acogimiento finalizará "...cuando cese la situación de dificultad temporal de la familia de origen que lo determinó o cuando la prolongación del mismo perjudique al menor". BARENGHI²⁶⁰ estima que obviamente se perjudica al menor cuando los progenitores manifiesten su deseo de querer delegar definitivamente sus deberes de guarda a favor de terceros, desinteresándose del menor, y no colaborando con los acogedores.

Se conceden amplios poderes al Juez a la hora de analizar la situación del menor, así como la repercusión en aquél del acogimiento, especialmente en aquellos casos en que éste se prolongue en el tiempo.

BELLINI²⁶¹, al estudiar en su Ordenamiento la relación entre el concepto de abandono y la delegación de funciones paternas, considera que debe adoptarse una posición flexible en cuanto a la licitud de los pactos de delegación, excluyendo aquellos casos en

²⁶⁰ BARENGHI: <<Tipi e modalità di affidamento dei minori e relative problematiche (art.333 Cod.Civ. e 4 L.n.184/1983)>> Dir. fam. pers. 1990, p.248. En este caso dicho autor considera que lo más conveniente es que se declare el estado de adoptabilidad del menor por el Tribunal de Menores.

²⁶¹ BELLINI: <<Delega di potestà e stato di abbandono>>. Dir. fam. pers., num.1, 1987, p.333.

que exista una abdicación "total y definitiva" de las funciones y obligaciones paternas, no existiendo ningún control del delegante sobre el delegatario, porque en estos casos deberá declararse el estado de abandono del menor por sus padres.

Uno de los problemas que suscitan los acogimientos prolongados, es que, a veces, sirven de base para aplicar el artículo 44-1-c) de la Ley cuando "se constate la imposibilidad del acogimiento preadoptivo"²⁶² y aunque no concurren los requisitos del artículo 7-1, es decir, los presupuestos de la adopción legitimante. Se pretende formalizar así aquellos acogimientos ilícitos de carácter privado, que han durado un largo período de tiempo²⁶³.

La doctrina italiana²⁶⁴ se ha preocupado de la aplicación de

²⁶² Vid. Trib. Min. Potenza, Sentencia 15 Junio 1984. Dir. fam. pers. 1984, pp. 1039-1051. La imposibilidad del acogimiento preadoptivo ha de entenderse, según esta Sentencia, como una imposibilidad de hecho de acoger al menor, ya declarado en estado de adoptabilidad, por una pareja que lo adopte mediante la adopción legitimante. Ello obedecería a la existencia de causas relativas a la situación del menor, es decir, porque se trate de un menor "difícil", por ejemplo, por motivos de carácter o por la presencia de handicaps físicos o psíquicos.

²⁶³ DE ANGELIS: <<La Legge 4 Maggio 1983 n.184, sull'adozione e l'affidamento dei minori nella sua applicazione concreta>>. Dir. fam. pers. 1989, p.753 pone de manifiesto que antes de la Ley de 1983, estos supuestos se llevaban a cabo a través de la antigua adopción consensual u ordinaria de menores de edad.

²⁶⁴ Vid. DE LUCA: <<Lo stato...cit.>>, pp. 289-290; DE ANGELIS: <<La Legge 4 Maggio 1983...cit.>>, p.753 la cual considera que el artículo 44-1-c) es una norma peligrosísima por las cosas a las que se presta y en desarmonía con el sistema de la Ley 184, por lo que debería ser modificada ya que es contraria a la ratio de la Ley 184

dicho precepto, así como de los supuestos que quedan englobados en el artículo 44-1-c). Consideran que se corre el riesgo serio y real de eludir la normativa sobre adopción legitimante recurriendo a la adopción ex artículo 44-1-c) de la Ley y que se favorece la regularización de aquellas situaciones de hecho consolidadas en el tiempo²⁶⁵.

En efecto, como señala BARENGHI²⁶⁶, así ocurre al acordar la adopción en favor de parejas o de una persona física, que, durante largo tiempo, han tenido consigo al menor sin ningún procedimiento legitimante por parte del Juez y sin la valoración preventiva de idoneidad del Servicio Social. Además, no basta que el artículo 57 reserve al Tribunal de Menores la labor de verificar si "la adopción satisface el interés preeminente del menor".

A pesar de estos inconvenientes, y del riesgo que se corre en la aplicación práctica de dicho precepto, es obvio que, si el menor lleva mucho tiempo viviendo en una familia acogedora, la solución que satisface plenamente el interés del menor, y evita el perjuicio considerable que conllevaría un alejamiento de dicho núcleo familiar, es la adopción ex artículo 44-1-c) en favor de la familia

y BARENGHI: <<Tipi e modalità...cit.>>, p.243.

²⁶⁵ DE LUCA: "Lo stato...cit.>>, p.290 y 299, señala que estas situaciones son bastante frecuentes en aquellos núcleos familiares con muchos hijos, así como en las uniones de hecho inestables - bastante corrientes en la zona de Campania-, que dejan sus hijos al cuidado de terceros.

²⁶⁶ BARENGHI: <<Tipi e modalità...cit.>>, p.242.

con la que ha vivido durante tanto tiempo.

Por tanto, corresponderá al Juez la delicada y prudente decisión, caso por caso, y atendiendo al interés del menor, sobre si es más conveniente una adopción legitimante a favor de una pareja seleccionada o una adopción no legitimante en favor de la persona que ha acogido al menor²⁶⁷.

No obstante, al no establecerse un plazo máximo ni mínimo, sino sólo el carácter temporal del acogimiento, su duración dependerá del caso concreto. En base a ésto, cabe plantearse si cabe prorrogar el plazo previamente fijado si, al finalizar éste, la dificultad temporal que constituye el presupuesto del acogimiento no ha desaparecido.

Como señala DOGLIOTTI²⁶⁸, dado que la Ley no lo prevé, pero tampoco excluye tal posibilidad, las opiniones son bastante diversas. Así mientras unos niegan tal posibilidad de prórroga,

²⁶⁷ En la Sentencia Corte App. Torino, 9 Junio 1993, Dir. Fam. Pers., 1994-1, pp. 165-170, se opta por la adopción legitimante, en vez de por la no legitimante a favor de la persona soltera que acoge al menor. La Corte estima que la imposibilidad de acogimiento preadoptivo del artículo 44-1-c) debe depender de una condición de hecho o de derecho, del menor y no del aspirante a la adopción. Por ello, no se consiente la adopción no legitimante por parte de una persona no casada de un menor en perfectas condiciones de salud y fácilmente, bien aceptado en acogimiento preadoptivo por un elevado número de parejas casadas, aunque haya sido dado en acogimiento, poco después de nacer, por la madre natural a la persona que solicita la adopción no legitimante.

²⁶⁸ DOGLIOTTI: <<L'affidamento familiare ed il Giudice Tutelare>> Dir. fam. pers. 1992-1, pp. 91-92.

otros la admiten tan sólo una vez, o más veces. Por tanto, partiendo de los presupuestos del acogimiento, la temporalidad y la reinserción en la familia, cabe admitir la prórroga siempre y cuando aparezca como probable y próximo el regreso del menor a su familia, porque, en caso contrario, el acogimiento no habría cumplido su función.

En relación con este tema, la Corte Constitucional el 26 de Febrero de 1990²⁶⁹ desestimó el recurso de inconstitucionalidad del artículo 8, por considerarlo contrario a los artículos 2, 3-2 y 31-2 de la Constitución, presentado por el Tribunal de Menores de Trieste en base a la Ordenanza de 19 de Abril de 1989, emitida en un procedimiento de declaración de adoptabilidad de un menor, que se encontraba en régimen de acogimiento familiar desde 1982. A pesar de los años transcurridos, la situación de la menor no había cambiado, y, es más, tanto ésta como los acogedores, no querían solicitar la adopción.

Ante dicha negativa, los Servicios Sociales de Trieste consideran que la solución más razonable es prorrogar *sine die* dicho acogimiento, ya que llevar a la menor junto a otra familia, que pudiera adoptarla, la perjudicaría notablemente dada la integración de aquella en este ámbito familiar.

²⁶⁹ CORTE COSTITUZIONALE: Ordenanza 26 Febrero 1990, n.94, Dir. fam. pers. 1990, pp. 403-411.

El Tribunal de Menores de Trieste considera, por un lado, que dicha solución es la que mejor satisface el interés del menor, pero, por otro, al no existir la posibilidad de aplicar el artículo 44-1-c) por expresa voluntad contraria de los interesados, el Juez se encuentra en la alternativa de no aplicar el artículo 8-2, o de forzar una interpretación contra legem.

La Corte Constitucional no admitió el recurso porque considera que el artículo 8-2 no debe interpretarse rígidamente, sino que el Juez podrá valorar las circunstancias personales del menor. Parte de considerar que la ratio del acogimiento familiar es asegurar al menor un ámbito afectivo y asistencia adecuada en una fase necesariamente transitoria, que finaliza con la reinserción del menor en la familia de origen o con la adquisición del status de hijo adoptivo. Por consiguiente, no cabe cualquier "tertium genus", privado de los caracteres de estabilidad y no transitoriedad.

Finalmente, la Corte señala que el artículo 4 otorga al Juez el poder de modelar el tiempo y la modalidad de la institución, en razón de las situaciones concretas, pudiendo incluso decidir mantener un estado precario, si éste aparece como la mejor solución para el menor. Así, en los supuestos de delegación de la patria potestad, será el Juez el que decida lo más conveniente para el menor.

Por tanto, de todo lo expuesto se deduce que, salvo algunos supuestos excepcionales, como el presente, en principio el acogimiento tendrá carácter temporal, cesando el mismo, bien con la reinserción del menor en su familia, bien con la adopción, sea ésta legitimante o no legitimante.

8.1.3.2- LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR A CARGO DE LOS PADRES Y DE LOS ACOGEDORES Y LAS RESPECTIVAS SANCIONES CIVILES: ART.9 PÁRRAFOS 6º, 7º Y 8º.

Uno de los principales objetivos de la nueva Ley sobre adopción es poner coto al tráfico de niños.

El comportamiento del padre, que, en el momento del nacimiento o en épocas sucesivas, entregue el hijo a terceros, se concreta para el hijo en un acto de abandono definitivo, sea sobre el plano material o sobre el plano psíquico. El abandono se sustancia en la falta de asistencia directa, en cuanto que el haber confiado el menor a un tercero, aunque lo cuide y haya instaurado con el menor alguna relación afectiva, es ya una forma de abandono.

El menor en estado de abandono recibe adecuada tutela por parte del ordenamiento. Un aspecto de esta tutela es la garantía de que la elección de la familia adoptiva, sustitutiva de la familia de origen, sea efectuada por un órgano judicial. El ordenamiento no consiente que los padres puedan elegir directamente a la nueva

familia.

A tal efecto los párrafos 6°, 7° y 8° del art. 9. prevén una obligación de informar al Juez tutelar, a cargo de los que acogen al menor y no son parientes hasta el cuarto grado y a cargo del padre que entrega al hijo establemente, a quien no sea pariente hasta el cuarto grado, por un período no inferior a 6 meses. El Juez tutelar transmitirá los hechos al Tribunal de Menores.

La norma usa la expresión <<establemente>>. La obligación de informar subsiste cuando el acogimiento sea <<estable>> y superior a seis meses. Aunque a primera vista, podría parecer que solamente es de aplicación en los casos de acogimiento definitivo, es claro, que el término <<estable>> no es un término temporal sino que alude a la forma en que se lleva a cabo aquél.

La omisión de la información por parte de la persona que acoge al menor puede comportar la inidoneidad para obtener el acogimiento familiar y adoptivo y la incapacidad para el cargo tutelar, mientras que la omisión de la información por parte de los padres puede comportar la pérdida de la potestad sobre el hijo y la apertura del procedimiento de adopción.

El tenor literal de la norma es excesivamente rígido. Las sanciones son de tal gravedad que no pueden ser aplicadas como

consecuencia inmediata y directa de la sólo omisión de información²⁷⁰.

Las sanciones previstas en el art. 9 para la persona que acoge al menor podrán ser aplicadas sólo en el caso en que el acogimiento tenga efectos negativos sobre el menor y la omisión de la información sea indicio de la mala fe del acogedor.

La pérdida de la patria potestad es una sanción muy grave, que implica una valoración de desconfianza en los padres para salvaguardar los intereses del hijo. Eso presupone un incumplimiento grave de los padres.

La omisión de la información por sí misma no es un incumplimiento grave de los deberes de los padres. Sólo cuando ésta sea imputable al padre y haya causado un grave daño al hijo podrá tener lugar la pérdida de la patria potestad.

Análogamente, el procedimiento de adoptabilidad²⁷¹ sólo podrá iniciarse cuando aparezcan los requisitos sustanciales del estado de abandono, dentro de los cuales, la omisión de la

²⁷⁰ En este sentido se pronuncian UBALDI: <<Commentario all'art.9>> en "La nuova legge....cit.", pp. 63-64; BELLINI: <<Delega di potesta ...cit.>>, p.337 quienes consideran que dichas sanciones, excesivamente rígidas, deben ser atenuadas a través de la interpretación.

²⁷¹ Mantiene esta opinión UBALDI: <<Commentario all'art.9>> en "La nuova legge...cit.", p.64.

información puede ser sólo un indicio no determinante.

También considera excesivas dichas sanciones la Cámara de los Diputados²⁷², la cual presenta una Proposición de Ley el 4 de Mayo de 1989, en la que aboga por la modificación de los artículos 9, 71, y 72 de la Ley entre otros, en cuanto a algunas de las penas accesorias.

La Cámara considera que la comprobación de la existencia del comportamiento doloso del que tiene ilícitamente oculto un menor no puede comportar accesoriamente una condena de orden moral, ya que el que se incurra en alguna conducta sancionada en la Ley de 1983 no significa de por sí incapacidad de querer, de cuidar o de educar a un menor.

Así, en el artículo 2 se propone derogar la pena accesoria de la inidoneidad para obtener el acogimiento familiar o adoptivo y la incapacidad para ser tutores en el caso de omisión de la información al Tribunal por parte de quien ha acogido establemente a un menor por un período superior a 6 meses. Se propone derogar el artículo 9-6.

²⁷² Vid. Cámara de Diputados. Propuesta de Ley n.3887 presentada el 4 de Mayo de 1989, a iniciativa de los Diputados CAPIELLO, ANDÒ, FINCATO, BREDA, MASTRANTUONO, ALAGNA, LA GANGA, TIRABOSCHI, CELLINI: <<Modificación e interpretación a la Ley 4 de Mayo de 1983 n.184, relativa a la disciplina de la adopción y del acogimiento de menores>>. Dir. fam. pers. 1990, pp. 738-744.

En el artículo 3²⁷³ de la Proposición de Ley se prevé que, en el caso de un menor dado en acogimiento por los padres a quienes no sean parientes hasta el cuarto grado por un período no inferior a seis meses y de que no se haya efectuado la debida comunicación al Juez, corresponde al Juez competente efectuar las oportunas comprobaciones sobre la situación en la que se encuentra el menor. También le corresponde dicha función al Juez cuando el menor sea acogido ilícitamente por terceros con carácter definitivo. El Tribunal deberá tener en especial consideración los efectos positivos sobre el desarrollo psicofísico del menor de la inserción de aquél en el ambiente de la familia que lo ha acogido. El Tribunal podrá incluso estimar la demanda de acogimiento familiar o adoptivo propuesta por los que le han acogido ilícitamente.

Nuevamente vemos como el papel del Juez es fundamental en estos acogimientos ilícitos, correspondiéndole una profunda valoración de la situación en la que se encuentra el menor así como de los efectos que tendrán sobre él la medida que se adopte.

8.1.3.3- LAS SANCIONES PENALES: ARTS. 71 Y 72 .

Uno de los mayores logros de la Ley italiana de 1983 es la de sancionar penalmente el tráfico de menores a través de los

²⁷³ En el artículo 3 de la Propuesta se propone que lo que en él se establece se añada al primer párrafo del artículo 10 de la Ley.

artículos 71 y 72. Como señala PADOVANI²⁷⁴ se ha colmado la laguna que existía en el sistema penal italiano, en el que faltaba una norma que sancionara, tanto el acogimiento abusivo, como el comercio de menores, recayendo las sanciones en todas las personas que participen en ellos: padres, acogedores e intermediarios.

En el artículo 71-1 se castiga con reclusión de uno a tres años "al que contraviniendo las normas legales sobre adopción confíe a un tercero con carácter definitivo a un menor". En el artículo 71-5 se castiga con una pena igual a la anterior, "a los que entregando o prometiendo dinero u otro lucro a terceros, recibieren menores en ilícito acogimiento con carácter definitivo".

En dicho precepto, en el párrafo 3°, también se contemplan penas accesorias -similares a las sanciones civiles del artículo 9 párrafos 6° y 8° ya analizados-, variando éstas, según quienes sean los sujetos que realizan la acción. Si son los progenitores, comportará la pérdida de la patria potestad y la apertura del procedimiento de adoptabilidad. Si es el tutor, determinará su remoción de oficio. Si son los acogedores, dará lugar a la inidoneidad para obtener los acogimientos familiar o adoptivo y la incapacidad para las funciones tutelares.

Por último, en el párrafo 5°, in fine, del artículo 71, se

²⁷⁴ PADOVANI: <<Commentario all'art.71>> en "La nuova legge... cit.", p.227.

recoge idéntica sanción a la última señalada para los acogedores, cuando realicen la conducta prevista en dicho precepto.

La doctrina²⁷⁵ critica el artículo 71-3° en cuanto a la "automática apertura del procedimiento de adoptabilidad", ya que considera que deben valorarse las motivaciones que han inducido a los progenitores a abdicar de sus funciones paternas, puesto que éstas pueden revelar una finalidad altruista de evitar al hijo una vida llena de privaciones. Se prescinde, al menos en parte, del dolo, el cual requiere la conciencia del incumplimiento de los deberes legales.

En la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de Junio de 1990²⁷⁶, se establece "que no se debe declarar el abandono en una situación en que los padres biológicos han entregado temporalmente a su hijo en acogimiento, nada más nacer, a terceros extraños, cuando el acogimiento no suponía una abdicación de los deberes paternos, pues, aunque el acogimiento se prolongó en el tiempo, incluso, después de haber cesado las causas que lo habían provocado, se comprobó que esa situación se debía exclusivamente al ilegítimo comportamiento de los acogedores, que habían puesto sistemáticos obstáculos al ejercicio de los derechos-deberes de los

²⁷⁵ Vid. DE LUCA: "Lo stato...cit.>>, p.290; BELLINI: <<Delega di potestà e stato di abbandono>> Dir. fam. pers. 1987, pp. 335, 337 y 338.

²⁷⁶ Vid. Cass. 23 Junio 1990, n.6389. Dir. fam. pers. 1991, pp. 495-496.

progenitores".

Como vemos, si en éste caso se hubiera procedido sin más a la declaración de adoptabilidad, el perjuicio para el menor hubiera sido grande, y máxime cuando obedece a la conducta ilícita de los acogedores y no de los progenitores.

En este sentido, se pronunció también la Cámara de Diputados, en la Proposición de Ley -anteriormente analizada en cuanto a las sanciones civiles- de 4 de Mayo de 1989²⁷⁷, proponiendo la supresión de las penas accesorias que se contemplan en los últimos párrafos de los artículo 71-5 y 72-2 de la Ley.

La Cámara pone de manifiesto que la Ley de 1983, con el propósito de acabar con el tráfico de niños, prevé idénticas penas para el que confíe a un tercero con carácter definitivo un menor y para el que entregando o prometiendo dinero u otro lucro a un tercero, recibe menores en ilícito acogimiento. Y se establece como pena accesoria la inidoneidad para obtener un acogimiento familiar o adoptivo y la incapacidad para ser tutores.

Considera la Cámara que se trata de una sanción, que tiene una justificación jurídica, como es poner fin al ilícito tráfico de menores, pero que en esta materia tan delicada no es posible

²⁷⁷ Cámara de Diputados. Propuesta de Ley n.3887 presentada el 4 de Mayo de 1989. Dir. fam. pers. 1990, pp. 738-744.

atenerse a principios de puro derecho. Se trata, ante todo, de salvaguardar el derecho del menor a una vida tranquila y feliz, evitando añadir otros traumas posteriores al que ya sufrió a causa de la separación de su familia de origen. Por tanto, la Proposición tiende a separar la responsabilidad penal de los que acogen ilícitamente a un menor, de las consecuencias de ese ilícito comportamiento.

Así, en los artículos 6 y 7 de la Proposición, se aboga por la supresión de la pena accesoria, antes señalada en los casos de condena de los que hayan acogido ilícitamente y con carácter definitivo a un menor italiano o extranjero.

Además, como manifiesta BARENGHI²⁷⁸, la experiencia de estos últimos años ha revelado que las sanciones civiles -y penales- han resultado de escasa eficacia para detener el tráfico de menores. A ésto hay que añadir que el contexto normativo actual autoriza en los acogimientos abusivos e ilícitos que dichos acogedores, transcurrido un cierto tiempo, soliciten la adopción del menor recibido, a través del artículo 44-1-c) anteriormente analizado.

8.2 - EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

8.2.1 - INTRODUCCIÓN.

²⁷⁸ BARENGHI: <<Tipi e modalità...cit.>>, p.242.

Como ya he dicho, en primer lugar, hay que señalar que la figura de la delegación no se encuentra regulada, ni en el Código Civil, ni en otras normas especiales, ni en la Ley de adopción, si bien esta última ha servido para que algunos de los supuestos de delegación -más bien pocos- se contemplen en la misma.

Partiendo del concepto objetivo de desamparo del artículo 172-1 C.c., no cabe duda de que el menor no estará desamparado cuando sea acogido temporal y convencionalmente por un tercero, ya que, si ese tercero asegura su guarda, alimentación y educación, no habrá desamparo, puesto que no existirá una falta de asistencia material y moral, incluso, si sus progenitores posteriormente se desentienden de aquél. Desde este punto de vista, en cierto modo, se estarían permitiendo los pactos privados de delegación sin intervención de la autoridad judicial ni administrativa.

En cuanto a la regulación legal del ejercicio de la patria potestad por los progenitores cotitulares de la misma, hay que señalar que la autonomía de la voluntad cada vez desempeña un papel más importante, aunque normalmente existe una supervisión de los tribunales.

En el artículo 154-1 del Código Civil, se establece la obligación paterna de tener a los hijos en su compañía. Dicho precepto debe ser objeto de una interpretación flexible, no rígida, ya que ésta impediría los pactos privados de acogimiento a favor de

terceros en todos los supuestos.

Así, R.BERCOVITZ²⁷⁹, aunque parte de que el domicilio de los hijos es el paterno, admite que temporalmente la residencia de los hijos no sea la paterna, si bien es preciso que ello beneficie al menor y sea una situación transitoria, como en casos de internamientos médicos, en instituciones de enseñanza, viajes o estancias de los hijos con fines de recreo o de estudios. En estos supuestos no se requiere control judicial.

En el mismo sentido, se pronuncia DIEZ-PICAZO²⁸⁰, para el cual dicho deber significa la necesidad de una relación personal continuada, que presupone la comunidad de vivienda. Ahora bien, admite que las funciones de compañía se encomienden a otras personas o instituciones, si ello obedece a <<motivos legítimos>> y dichas situaciones son transitorias.

CASTÁN VAZQUEZ²⁸¹ también mantiene esta opinión, puesto que considera que la Ley deja margen a los padres para cumplir su deber de convivencia, teniendo el hijo en su casa, o en otra, o en una

²⁷⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 154 C.c.>> en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia", Vol.II. Tecnos. Madrid 1984, pp. 1049 y ss.

²⁸⁰ DIEZ-PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho Civil", Vol.IV, 4ª ed. Madrid 1988, p.270 .

²⁸¹ CASTÁN VAZQUEZ: <<Comentario al artículo 154 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III. Vol.2º. Edersa. Madrid 1982, pp. 113-114

institución idónea, cuando las circunstancias impongan el alejamiento de la casa paterna o sea conveniente para la guarda y educación del menor. Igualmente, PEÑA²⁸² comparte esta postura.

Lo decisivo será que los progenitores no pierdan el control sobre sus hijos y que las motivaciones sean legítimas, -laborales, educativas, sanitarias-.

En principio, se admite el acogimiento temporal por terceros, siempre que los padres no se desentiendan de su hijo menor, así como la de aquellos supuestos de delegación, en los que los padres se preocupen por sus hijos y por sus necesidades, ya de orden espiritual, ya material, aunque exista una separación física entre ellos y una delegación temporal a terceros de algunas de sus funciones.

Cabe la entrega temporal del menor a terceras personas pero dentro de unos límites, que, en principio serán: por un lado, que los padres no se desentiendan de aquél, sino que continúen ejerciendo el control de las actividades de su hijo mediante un contacto directo con el guardador y con el menor y, por otro, que beneficie al menor.

El primer límite para que la delegación sea lícita, lo

²⁸² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: "Derecho de familia". Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid 1989, pp. 518-519.

constituye la imposibilidad de desentenderse del cuidado -sea directo o indirecto- del menor. Corresponde a los progenitores el control efectivo sobre el modo en que el tercero ejerce la guarda y custodia.

Por consiguiente, aquellos pactos, en los que se renuncie a la patria potestad, o los progenitores, bien inicialmente o con posterioridad, se desinteresen por completo del menor y de la labor desempeñada por el encargado de la guarda y custodia, serán ilícitos.

El artículo 170 C.c. prohíbe la renuncia a la patria potestad en su conjunto o a algunas facultades de la misma. De dicho precepto, en relación con el artículo 154, se deduce que todo abandono o renuncia a la función de guarda y educación es ilícito, ya que aquellas son facultades de orden público y por tanto irrenunciables.

Sin embargo, como señala RUIZ-RICO RUIZ²⁸³, "<<el abandono de los hijos>>, entendido en su sentido subjetivo, no está tipificado en nuestro Código Civil, como una causa específica y diferenciada de privación de la autoridad paterna". Pero, sí lo está -prosigue dicho autor- de una manera indirecta, por un lado, por la conexión del artículo 170 C.c. con el artículo 154 C.c.; y por otro, por el

²⁸³ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento y delegación de la patria potestad". Granada 1989, p.116.

concepto subjetivista de abandono de la legislación penal (arts. 488, 489 y 489 bis C.p.), basado en factores de intencionalidad y no de resultado, en donde, "lo prioritario para la imposición de la sanción es, no tanto la desprotección efectiva del menor, venga de quién venga, sino el ánimo paterno, manifestado por hechos concluyentes externos (positivos o negativos), de no ocuparse del mismo".

Luego, en aquellos casos en que se incumpla el deber de "tenerlos en compañía", estaremos ante situaciones que deberán dar lugar, no a la declaración de desamparo, pero sí a la privación de la patria potestad. Dado el concepto objetivo del artículo 172-1 C.c., aunque el fin de la delegación a terceros sea desentenderse del cuidado del hijo menor de edad, o, posteriormente, se deduzca que ésta es la voluntad de los progenitores, no debería ser declarado el desamparo puesto que el hijo está <<de hecho>> asistido por un tercero.

La consecuencia que conllevaría dicho comportamiento sería la privación de la patria potestad. Hay que destacar que el artículo 170 C.c., a diferencia del artículo 172 C.c., no exige un resultado específico de falta de asistencia material o moral, sino que se limita a tener en cuenta exclusivamente la actuación de los padres, el incumplimiento por parte de aquéllos de los deberes inherentes a la patria potestad.

El segundo límite lo encontramos en el artículo 154-2 C.c., que establece que "la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos". Cualquier acto realizado por los progenitores, si redunda en beneficio de aquél, será válido, y no, en cambio, los que no le reporten ningún beneficio positivo y, menos aún, los que le perjudiquen.

Como manifiesta R.BERCOVITZ²⁸⁴, se trata de "un límite que condiciona todas las facultades que integran el contenido de la patria potestad....; límite de legitimación de los progenitores y punto de referencia primordial al ejercer el control judicial previsto en diversos preceptos (arts.158, 167, 170 C.c.)".

Dicho límite está presente también en los distintos supuestos de delegación. Por consiguiente, si lo que los progenitores acuerdan con los terceros traspasa ese límite, será ilícito por ser contrario al orden público de las relaciones paterno-filiales.

Por último, tras la Ley 21/1987, se puede deducir que los controles judiciales acerca de situaciones de convivencia del menor con terceras personas o Entidades distintas de los progenitores no son necesarios. Serán éstos los que ostenten los poderes de decisión sobre lo más adecuado para sus hijos en relación a su convivencia. Se reconoce una amplia autonomía paterna respecto de

²⁸⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 172-180 C.c.>> en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia...cit.", pp. 1046-1047.

la elección de la persona bajo cuya guarda quedará el menor. En principio, no es precisa la intervención judicial. La misma se limita a los supuestos de reclamación o impugnación del acuerdo, o a aquéllos en que se solicite al Juez la aprobación del mismo a través de las medidas cautelares del artículo 158 C.c. .

Los padres estarán legitimados para entregar a su hijo en acogimiento temporal a terceras personas.

Discrepo, por tanto, de la opinión de RUIZ-RICO RUIZ²⁸⁵, quien considera que *de lege ferenda* sería adecuado exigir la aprobación judicial previa de todos los convenios paternos, tanto los celebrados entre los progenitores como los realizados por éstos con terceros -pactos de delegación-, sean del tipo que sean, limitando la autonomía familiar a las decisiones cotidianas o a situaciones de guarda de brevísima duración²⁸⁶.

Cuando se obre dentro de los límites señalados anteriormente, nada impide que los padres, sin querer desinteresarse de su hijo y actuando en interés de éste, acuerden con un tercero la delegación sin que sea necesario un control judicial de los mismos. Sólo en

²⁸⁵ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", p.131.

²⁸⁶ En esta misma línea se pronuncia GONZALEZ LEÓN: "Del abandono y la tutela...cit.", p.249 la cual estima que los principales problemas del Código Civil, en esta materia, vienen dados por el excesivo ámbito de discrecionalidad que posibilita a la autonomía de la voluntad de los padres. Por tanto, estima que lo más adecuado sería exigir la aprobación judicial en los casos que conlleven delegación de las funciones paternas de guarda.

supuestos de transgresión de esos límites, será precisa la intervención judicial.

Incluso RUIZ-RICO RUIZ²⁸⁷ reconoce que *de lege lata*, hay que admitir "la autonomía familiar en la celebración de convenios de delegación <<en interés>> de los hijos, sin un genérico control previo, aunque sí posterior en su caso, y aprobación judicial previa en los escasos supuestos restantes previstos por la ley".

Los padres están legitimados para dar a sus hijos en acogimiento a terceras personas, actuando dentro de los límites antes señalados. Los controles judiciales en los supuestos de convivencia del menor con entidades o personas distintas de su padres son innecesarios, puesto que son los titulares de la patria potestad los que deciden en relación a la convivencia y desarrollo personal del menor, teniendo en cuenta el interés de éste. El principio general es el reconocimiento de una autonomía paterna -en términos bastante amplios- para decidir bajo la guarda de quién debe permanecer el menor. La Ley 21/87 confirma estos criterios.

Lo anterior se refiere a casos normales. Distinta solución se mantiene en las situaciones familiares anormales como son los supuestos de crisis matrimonial -art.90 C.c.- o internamiento del menor en centros de educación especial -art.271-1 C.c.-, en los que la intervención judicial sí está justificada.

²⁸⁷ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", pp. 131-132.

Por otro lado, dada la regulación del desamparo establecida en la Ley 21/87, una simple delegación o atribución temporal de funciones por los progenitores a terceros estaría justificada en base al último inciso del artículo 172-1 C.c., ya que en este precepto se exige un resultado específico: la privación de asistencia material o moral, para que exista el desamparo. Si hay delegación y el menor está asistido aunque sea por terceros, no habrá desamparo.

Si existe un guardador de hecho no habrá desamparo, puesto que el artículo 172-1 precisa de un resultado específico para que pueda apreciarse, dando ello lugar a que queden excluidas como situaciones de desamparo, los supuestos en que un tercero proporcione al menor asistencia material y moral²⁸⁸. El único supuesto en que sí cabría el desamparo sería cuando los guardadores de hecho, o los delegados dejasen al menor acogido privado de la asistencia material y moral, ya que concurriría el resultado previsto en el artículo 172-1 C.c.

8.2.2- DISTINTOS SUPUESTOS DE DELEGACIÓN DE PATRIA POTESTAD

²⁸⁸ Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.84, n.108 y p.87, el cual, aunque considera que cuando el menor esté sometido a guarda de hecho no tiene lugar la tutela de la Entidad Pública, entiende que la guarda de hecho debe tener también acomodo en los <<deberes de protección establecidos por la Ley para la guarda de menores>>. Afirma que la tutela ex artículo 172-1 actúa como una <<medida administrativa de cobertura>> por la cual se propicia el amparo de un menor, para cuya protección no han sido suficientes las medidas ordinarias -patria potestad, tutela o guarda de hecho- previstas por el Código Civil.

Y SU RELACIÓN CON EL DESAMPARO.

Los supuestos de delegación son muy variados y caben distintas posibilidades, que van desde los pactos de delegación lícitos -como cuando los padres solicitan a la Entidad pública que asuma la guarda del menor (art.172-2 C.c.)-, algunos casos de guarda de hecho, hasta aquellos considerados ilícitos. Las medidas que pueden adoptarse también serán diferentes: desde la simple intervención de los padres a aquellos casos en que se requiera una aprobación judicial, e incluso una privación judicial de la patria potestad (art.170 C.c.).

8.2.2.1-LOS PACTOS PRIVADOS.

Dichos pactos de delegación de las facultades de guarda son negocios jurídicos de Derecho de Familia. Tienen un carácter autónomo, puesto que no se identifican con ninguna de las instituciones de guarda actualmente reguladas.

Cabe, por lo tanto, que los progenitores confíen la guarda de sus hijos a un tercero, siempre que se haga dentro de los límites antes señalados: carácter temporal, existencia de una causa justificada, interés de los progenitores por su hijo y control sobre el desempeño de su función por el guardador -puesto que mantienen la titularidad de la patria potestad y el deber de velar- y, por último, que dicha medida beneficie al menor.

El guardador, en el ejercicio de la función de guarda sobre el menor, deberá atenerse a lo dispuesto en el Convenio y además actuará bajo la supervisión de los progenitores.

Si se traspasan dichos límites, falta alguno de estos requisitos de licitud, o los progenitores no muestran interés por sus hijos, ante la ilicitud de dicha delegación, nos encontraríamos en la guarda de hecho.

Si los progenitores entregan su hijo a un delegado de la patria potestad, con el fin de que atienda al menor, y si, posteriormente, se desentienden totalmente de éste, lógicamente se les podría privar de la patria potestad.

Será fundamental, en este supuesto, la colaboración del delegado paterno, a la hora de poner dicha situación en conocimiento bien de la Entidad pública, bien del Ministerio Fiscal, ya que, en este último caso el artículo 230 C.c. legitima a cualquier persona para "poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela".

En efecto, dicha colaboración es en este supuesto imprescindible, a diferencia de los supuestos, en que surge un desamparo progresivo, pero el menor está ya bajo el control de la Entidad pública, por haberse adoptado la medida de guarda o el

acogimiento.

8.2.2.2-LA GUARDA DE HECHO.

En esta figura quedan incluidas las situaciones previas a la constitución de la tutela. Tiene lugar cuando terceras personas asumen de hecho, es decir, sin ningún título legal o convencional, la guarda de un menor puesto que las personas obligadas legalmente a cuidarlos no lo hacen.

Como se pondrá de manifiesto más adelante al estudiar esta figura, característica de la misma es su temporalidad, aunque no se establezca expresamente. Dicha medida tendrá lugar hasta que se constituya la tutela -art.228 C.c.- u otra institución de protección de menores.

En el Título VI -arts.91 a 96- de la Ley Catalana 39/1991, de 30 de Diciembre, sobre la Tutela e Instituciones tutelares, se regula esta figura. En concreto, en el artículo 91, se establece que *"el guardador de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor, que ha sido desamparado por aquél que tiene la obligación de custodia o bien cualquier otra persona que por razón de sus circunstancias personales necesita ser sometida a una institución de guarda de la propia persona y de sus bienes"*.

Nuevamente esta regulación supera a la del Código Civil, ya que recoge expresamente el carácter temporal de esta medida, su ámbito de aplicación, así como su relación con el desamparo.

Es la relación entre la guarda de hecho y el desamparo una de las cuestiones más relevantes y delicadas de la reforma, sobre todo por la trascendencia ulterior que conlleva, en relación a la tutela de las Entidades Públicas.

Cuestión importante es el tipo de relación existente entre la guarda de hecho y el desamparo. Ello nos lleva a plantearnos si existe desamparo, cuando se atribuye a terceros la guarda, la educación y la alimentación del menor, o, por el contrario, en éste supuesto queda excluido.

Como establece el artículo 172-1 C.c., son necesarios dos requisitos para que un menor se encuentre desamparado: que tenga lugar un incumplimiento o un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, y que quede privado de la necesaria asistencia moral o material²⁸⁹. Luego, si el menor recibe dicha asistencia de terceras personas, quedando cubiertas sus necesidades de todo tipo, no se encuentra aquél en situación de desamparo, por lo que

²⁸⁹ Dichos términos han sido tomados en su literalidad del Derecho italiano. El artículo 8 de la Ley de 4 de Mayo de 1983 establece que el Juez ha de declarar en estado de adoptabilidad a los menores "in situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale".

la Entidad pública no asumirá ni la tutela ni la guarda.

RUIZ-RICO²⁹⁰ estima que esta interpretación es la única que cabe, dados los términos empleados en el artículo 172 -a pesar de disentir de la misma-, y, así, señala que no se produce la falta de asistencia precisa para que se cumpla el supuesto de hecho determinante de la tutela automática en favor del ente, cuando los padres o tutores entregan, temporal o definitivamente, al menor a terceros, sea con intención de abandonar o sin ella.

Si el menor está sometido a la guarda de hecho, deberá constituirse la tutela conforme a las normas ordinarias, sin que intervenga la Entidad pública, ya que dicho menor no estaría desamparado.

El elemento básico lo constituye el hecho de que reciba o no asistencia. En el artículo 172-1 C.c. se exige que queden privados de asistencia, pero no que dicha asistencia provenga sólo de las personas que tengan potestad sobre ellos. Luego si aquélla es proporcionada por terceras personas -tíos, abuelos,...- no habrá situación de desamparo.

Se excluyen del desamparo los supuestos en que un tercero y, por lo tanto, un familiar proporcione al menor asistencia de todo

²⁹⁰ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.63 y en "Acogimiento ...cit.", p.146 y VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores...cit., p.2045.

orden. De no ser así, una serie de supuestos que caen en la órbita de la guarda de hecho habrían sido, tras la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre, absorbidos por la tutela administrativa.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 15 de Junio de 1992²⁹¹, se declara improcedente la constitución de tutela a favor de la solicitante -tía y guardadora de hecho de la menor-, al no existir situación de desamparo en sentido legal, sin perjuicio de que mientras continúe la situación de ausencia de sus padres -madre internada en una institución por imposibilidad física, y padre ausente de la ciudad en la que aquéllos residen- cumpla sus obligaciones como guardadora de hecho de la menor.

En concreto, en el Fundamento de Derecho Segundo, se señala que "en el caso presente no se da tal presupuesto fáctico de desamparo, habida cuenta de que existe un guardador de hecho -la propia solicitante, tía de la menor- que viene ocupándose convenientemente de ésta, por lo que no cabe entender exista desamparo en sentido legal".

Es más, en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de Marzo de 1992²⁹², se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el padre contra el Auto dictado por el Juzgado de

²⁹¹ Vid. Auto AP Vitoria de 15 de Junio de 1992 (Ar.C. 845) 1992.

²⁹² Vid. Auto AP Oviedo de 24 de Marzo de 1992 (Ar.C. 516) 1992.

Primera Instancia, en el que, para evitar el desamparo y desprotección de los menores, se adopta, como medida cautelar y a instancia del Ministerio Fiscal, la guarda y custodia en favor de la tía materna -que había solicitado la tutela-, en detrimento del padre.

Como se señala, en el Fundamento de Derecho Cuarto, "la finalidad perseguida con la resolución judicial es evitar cualquier situación de desamparo, ante la situación fáctica, provisionalmente subsistente, que impide al padre-hacerse cargo de la custodia de sus hijos".

Aunque exista un incumplimiento voluntario de los deberes por los padres o por el tutor, o, si éstos no existen, no tendrá lugar el desamparo si existe un guardador de hecho del menor, el cual impedirá que éste quede privado de la necesaria asistencia material y moral.

Es indiferente que esta guarda se deba a que sus padres o tutores hayan fallecido sin que se constituya la correspondiente tutela o que obedezca a negligencia por parte de aquéllos. En este supuesto, la solución será igual que la existente antes de la reforma: constitución de la tutela ordinaria, aplicándose entre tanto el artículo 303 C.c.

También podría tener lugar la guarda de hecho cuando,

habiendo fallecido los padres, el menor fuese cuidado por otras personas durante el tiempo necesario para constituir la tutela ordinaria, la cual no tiene lugar automáticamente, sino que es el Juez, mediante el procedimiento adecuado, el que nombra al tutor. Dicho menor no estaría desamparado, con lo cual no habría tutela de la Entidad pública.

Por último, hay que tener en cuenta determinados casos en que la falta de asistencia por las personas que tienen potestad sobre él está justificada: residencia temporal de los padres en el extranjero por motivos de trabajo, de estudio. En ellos, si el menor permanece junto a sus abuelos o sus tíos, estará atendido y no procederá que la Entidad pública se haga cargo de ellos.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de Junio de 1992²⁹³, el padre, único titular de la patria potestad, no se hace cargo de la menor desde que murió la madre en accidente de tráfico, ejerciendo la guarda de hecho los abuelos maternos desde su nacimiento.

En dicho Auto se declara que ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el padre, se revoca el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, en el que se había dispuesto un acogimiento familiar en favor de los abuelos de la menor, y se

²⁹³ Vid. Auto AP Oviedo de 22 de Junio de 1992 (Ar.C. 969) 1992.

ordena que la menor permanezca junto a su padre.

Como se reconoce en el Fundamento de Derecho Segundo, "lo que constituyó en principio un simple acercamiento, ayuda o colaboración de los abuelos, provocado por un hecho meramente circunstancial, como el fallecimiento de la madre de Aida, no puede traducirse en el tiempo en una medida de acogimiento, sancionando una situación de hecho, normal por otra parte en la vida familiar española, como es la que se crea por imposibilidad de asumir personalmente los padres, durante las veinticuatro horas del día, el proceso de guarda y educación de su hijos, por circunstancias ajenas a una situación de abandono, de falta de capacidad o de pérdida de afectividad, sino por razones meramente circunstanciales derivadas de la situación laboral".

Cuestión distinta sería que no existieran parientes o terceras personas que pudieran cuidar de aquél, en cuyo caso, cabría que los padres o tutores solicitaran la guarda administrativa ex artículo 172 C.c., o si dejaran sólo al menor, entonces sí que éste se encontraría en situación de desamparo.

Si los progenitores delegan temporalmente su función de guarda en un tercero, el menor, al estar asistido por éstos, no estará desamparado. En éste supuesto no hay situación de desamparo en sentido legal, pues ésta consiste literalmente en "la que se produce de hecho": luego si no hay situación fáctica de desamparo

-por los motivos que sea, porque exista cualquier amparo de hecho- tampoco la habrá legal. Por la misma razón, cuando los padres se despreocupen de sus hijos, si son asistidos por un tercero, entrará en juego la guarda de hecho, no pudiendo en este caso declararse el desamparo.

Ya vimos que el desamparo actualmente no se concibe como una sanción a los progenitores, pero ello no es obstáculo para defender que los progenitores deben tener en su compañía a los hijos y velar por ellos. El margen concedido a la autonomía de la voluntad de los padres no puede traspasar determinados límites.

Por tanto, sobre lo que no existe duda es que, en esos casos de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, como consecuencia del abandono, desinterés con respecto a los hijos o incluso renuncia tácita a la patria potestad, entrará en juego el artículo 170 C.c. permitiendo la privación a los progenitores de aquélla.

Cuestión distinta es que la delegación sea lícita, y que los padres no se desentiendan de su hijo, ya que en este supuesto no se les privaría de su potestad.

Lo fundamental en los supuestos de delegación ilícita, es ponerlo en conocimiento del Juez. A ello están obligadas las personas mencionadas en los artículos 228 y 229 del Código Civil.

En relación con el artículo 229 C.c., hay que plantearse qué personas quedan comprendidas en los siguientes términos "personas bajo cuya guarda se encuentre el menor" del citado precepto.

Estimo, que, como señala R.BERCOVITZ²⁹⁴, queda incluido el guardador de hecho, dado que así se evitaría, como pone de manifiesto VALLADARES RASCÓN²⁹⁵, que estos casos se empleen como "una vía de escape a los objetivos perseguidos por la nueva Ley", puesto que, de lo contrario, los guardadores de hecho podrían, en base a que llevan un tiempo ocupándose del menor, por un lado solicitar su tutela y, por otro, posteriormente, su adopción, sin propuesta previa de la Entidad pública -art.176-2-3° C.c.-

Esta línea es claramente seguida en la Ley Catalana 39 /1991 de 30 de Diciembre, ya que en el artículo 92, se establece que el guardador de hecho "*pondrá en conocimiento del hecho determinante de la guarda y también de la situación de su persona al Juez o al Ministerio Fiscal*".

Lo normal es que la guarda de hecho desemboque en la constitución de la tutela según las normas ordinarias, pudiendo ser tutor el guardador de hecho o cualquier otra persona, que, por sus

²⁹⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 del Código Civil>> en "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela". Madrid 1986, p.788.

²⁹⁵ VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2061.

relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

Ello no impide que, si el que incumple es el guardador no prestando la asistencia adecuada al menor, la Entidad pública asuma su tutela, ya que, como el desamparo en virtud del artículo 172-1 es una situación de hecho, ese menor si que estaría desamparado.

También asumirá la Entidad pública la tutela cuando el guardador -bien porque no quiera o bien porque esté imposibilitado para ello- no pueda hacerse cargo del menor, y no existan las personas encargadas de desempeñar esa función, en virtud del artículo 228 C.c.

8.2.2.3-LA GUARDA Y EL ACOGIMIENTO.

Ambas son instituciones de guarda, de carácter transitorio, como se deduce de los artículos 172-2 y 173 del Código Civil. Tienen lugar cuando, por circunstancias justificadas, los progenitores no pueden atender a sus hijos, siendo, por lo tanto, la Entidad pública o los acogedores los que temporalmente asistirán al menor.

Serán las distintas causas que den lugar a esta delegación, así como la intención perseguida por los progenitores -bien desinteresarse del menor, bien superar cuanto antes los obstáculos

que impiden dicha relación con el fin de poder atender a sus hijos-
, los elementos determinantes para distinguir estas hipótesis de
los supuestos de desamparo.

Los supuestos más conflictivos a la hora de su apreciación
serán aquéllos en los que exista un progresivo desentendimiento de
sus hijos por parte de los progenitores. No obstante, ésto no
impide que, aunque en un principio la Entidad pública asuma la
guarda, posteriormente ésta adquiera la tutela si el menor está
desamparado.

Conviene analizar la problemática de los supuestos límites.
Denomino así aquellos casos, en los que los padres no tienen
intención de abandonar al menor, y, por ello, solicitan la guarda
a la Entidad pública, pero, posteriormente, ante la falta de
interés, dicho menor se encuentra en situación de desamparo.

En un principio, en estos supuestos no hay desamparo porque
en base al artículo 172-1 C.c., el menor está asistido. Sin
embargo, éste surge con posterioridad. La falta de interés
posterior de los progenitores si que tiene importancia en estos
casos, ya que da lugar a que desaparezcan las circunstancias que
legitiman la adopción de la medida de guarda.

La Entidad pública debería actuar con sumo cuidado en estos

supuestos, pero nada impide que la guarda se transforme en tutela²⁹⁶.

En dichos casos, es en los que el legislador debería haber establecido un plazo, con el fin de ayudar a las Entidades Públicas a apreciar estas situaciones y adoptar la solución más adecuada. Al mismo tiempo, éste beneficiaría al menor, ya que no hay que olvidar las repercusiones psicológicas sobre aquél, en caso de un progresivo desinterés, y, más aún, la prolongación en el tiempo de una medida, que no tiene carácter definitivo.

En los artículos 11-1²⁹⁷, 12-4²⁹⁸ y 17-3 de la Ley Catalana 37/1991, se imponen determinados plazos, tanto en el acogimiento familiar, como en el institucional. En la resolución de constitución, se especificará el tiempo de duración que no puede ser de más de un año, excepto cuando dicha medida sea prorrogada.

Más taxativamente, en el artículo 17-3, se establece que

²⁹⁶ Vid. PALACIOS y BERNAL DEL CASTILLO: <<Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento>>. Actualidad Civil N° 13/28 Marzo-3 Abril, 1994, p.241

²⁹⁷ En el párrafo 1 del artículo 11 se establece que "la acogida simple en familia se constituye por resolución del Organismo competente. Esta resolución ha de ser motivada y especificar la forma en que se tiene que ejercer la acogida y el tiempo de duración, que no puede ser de más de un año, salvo que la medida sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal".

²⁹⁸ En el párrafo 4° del artículo 12 se señala que "la acogida en una institución se constituye según las mismas reglas y duración de la acogida simple por una persona o familia".

"cuando haya transcurrido el tiempo de duración previsto en la resolución de constitución, que en ningún caso puede ser superior a un año, sin que haya sido revisada la medida adoptada o cuando lo determine el Organismo competente, se puede proceder a la adopción del menor de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II".

Estimo adecuada esta regulación, ya que, de un lado, anualmente se revisará la situación del menor y, de otro, se facilitará la labor de la Entidad pública. Además, nada impide que, si la prórroga beneficia al menor, ésta tenga lugar.

Tanto el Fiscal como la Entidad pública deberán extremar sus funciones de vigilancia y control. La Entidad pública está obligada a informar al Fiscal de todos los ingresos de menores, así como de los cambios que sufran mientras estén bajo su protección -arts.174-2 y 3 C.c.-, y el Fiscal "habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias" (art.174-2 in fine).

En base a lo anterior, vemos la importancia del artículo 174 C.c. . Tanto el Fiscal como la Entidad pública tienen el deber de vigilar y controlar a los menores que estén bajo su protección. Si dicha función es importante en todos los supuestos, aún lo es más en estos supuestos de abdicación encubierta de la patria potestad. Se deben, por tanto, tener en cuenta las causas subyacentes a la delegación, y llevar un seguimiento continuo de estos casos, pues

sólo a posteriori se podrá determinar con que fin han acudido los padres a la figura de la delegación.

A pesar de todo, en relación con el conocimiento de la situación, estos supuestos son menos problemáticos que los vistos anteriormente, de guarda de hecho o de delegación privada de la patria potestad, puesto que el menor está ya adecuadamente asistido por la Entidad o por los acogedores sometidos al control y vigilancia de la Entidad.

En el artículo 8-2 de la Ley italiana si que se contemplan estos supuestos, puesto que se establece que el abandono subsiste aunque el menor esté acogido en una institución o en una familia.

Ello obedece a que, cuando se valora si existe o no una situación de desamparo, se tienen en cuenta las prestaciones que ofrecen los progenitores, independientemente de que las supla la Institución.

8.3- DISTINTOS TIPOS DE ACOGIMIENTO EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.

En la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, tampoco se regula, de manera expresa, la figura de la delegación, pero, en cambio, al igual que en la legislación italiana, sí que se regulan

-con bastante detalle- los supuestos de acogimiento de menores por terceras personas, desde los que tienen un carácter temporal hasta la acogida preadoptiva, que se concibe como paso previo para la adopción.

8.3.1-LA ACOGIDA SIMPLE EN FAMILIA.

Para los menores desamparados, que hayan de ser separados de su hogar o entorno familiar, y necesitan temporalmente el cuidado y protección de otra familia o persona, el instrumento jurídico que se utiliza es distinto de la adopción y el acogimiento preadoptivo; se trata de la acogida simple en familia, regulada en los artículos 10 y 11 de la Ley.

8.3.1.1 - PRESUPUESTOS.

El artículo 10 en su párrafo 1º establece: *"El menor desamparado que haya de ser separado de su hogar o entorno familiar será confiado a otra familia o persona que haga posible el desarrollo integral de su personalidad"*.

El fundamento unitario de la acogida regulada en este artículo es exclusivamente el interés del menor.

El presupuesto básico es la falta temporal de un ambiente familiar idóneo, siendo necesaria la separación del menor de su

entorno familiar. La acogida puede tener lugar cuando el desamparo del menor sea debido a fuerza mayor de carácter transitorio (art. 11-2°); en el caso de menores que, aún teniendo una relación afectiva válida con sus padres, no tienen un hogar estable o adecuado; y en el supuesto de menores con carencia temporal de vínculos familiares.

La acogida familiar requiere una situación de desamparo de carácter transitorio. Cuando la situación de desamparo sea definitiva tendrá lugar la acogida preadoptiva.

La acogida familiar tiene por su naturaleza carácter transitorio, siendo la nota de la transitoriedad lo que la distingue de la acogida preadoptiva y de la adopción. Así, el artículo 11 párrafo 1°, señala entre los requisitos del procedimiento de la acogida simple en familia, "el tiempo de duración²⁹⁹, que no puede ser de más de un año, salvo que la medida sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal". Y, en el Preámbulo, se establece que esta acogida está pensada principalmente para situaciones de desamparo en las cuales parece posible el reintegro futuro a la familia de origen.

No obstante, si la situación de dificultad temporal de la

²⁹⁹ Este mismo requisito, se establece en el artículo 4 párrafo 3°, de la Ley italiana, siendo igualmente la característica de la temporalidad la que distingue el acogimiento de otros instrumentos de sustitución de la familia de origen.

familia de origen se agrava, cabría que, aunque en un principio se tratara de una acogida simple en familia, tenga lugar la conversión de ésta en acogida preadoptiva.

La acogida familiar se realiza a favor de una familia diversa de la de origen o a favor de una persona.

El procedimiento para la constitución de la acogida simple en familia se regula en el artículo 11. Se constituye mediante una resolución motivada del Organismo competente, en la que se especifica la forma en que se ejercerá la acogida, así como el tiempo de duración de la misma, que no puede ser superior a un año, salvo que se prorrogue.

Dicha resolución no requiere el consentimiento de los padres o tutor, salvo en el caso de que el desamparo sea debido a fuerza mayor de carácter transitorio, en cuyo caso sí que deberán expresar su consentimiento.

8.3.1.2- OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS QUE ACOGEN AL MENOR.

Según el párrafo 2º del artículo 10 consisten en "velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarle, educarle, y procurarle una formación integral, siempre bajo la vigilancia, el asesoramiento y la ayuda del Organismo competente".

Se procurará que los hermanos sean acogidos por la misma familia o persona, así como facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural³⁰⁰ y favorecer su reintegro en ésta.

Las obligaciones en la acogida simple en familia son las siguientes:

- 1-Velar por el menor.
- 2-Tenerlo en su compañía.
- 3-Alimentarle, educarle y darle una formación integral³⁰¹.
- 4-Tener en cuenta las prescripciones del Organismo competente.
- 5-Favorecer la reinserción del menor en su familia natural.

Deberes propiamente dichos son los tres primeros; los otros dos son más bien instrucciones sobre cómo deben llevar a cabo su función.

La convivencia del menor con la familia que lo acoge es el deber básico, estando dicha familia obligada a proporcionarle lo necesario para su pleno desarrollo como un miembro más de la misma.

³⁰⁰ Disposición esta, análoga a la del artículo 5 párrafo 2° de la Ley italiana.

³⁰¹ Igual contenido tiene el acogimiento familiar regulado en el artículo 173-1° del Código Civil.

En el artículo 5 de la Ley italiana se establecen los deberes de las personas que acogen al menor, los cuales tienen un contenido análogo, aunque se establecen dos instrucciones más sobre como deben llevar a cabo su función los acogedores: 1- en determinados casos deben tener en cuenta las indicaciones de los padres y 2- deben seguir las prescripciones de la autoridad judicial.

En una interpretación general y comprensiva de todo el artículo, hay que partir de que la acogida simple en familia es una medida de ayuda temporal, tanto del menor como de su familia. En este contexto se encuadra el deber de las personas que acogen al menor de facilitar las relaciones entre el menor y su familia natural y de favorecer su reintegro en ésta.

8.3.2.- LA ACOGIDA SIMPLE EN INSTITUCIÓN.

Se establece en el párrafo 2° del artículo 12. Esta medida consiste en *"ingresar al menor en una institución pública o colaboradora adecuada a sus características, con la finalidad de recibir, la atención y la educación necesarias"*.

Dicha medida tiene carácter subsidiario. Como se indica en el Preámbulo, en primer lugar, si es posible, se deben aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y, en último término, la acogida en una institución.

Estas instituciones tienen carácter abierto y se organizan en unidades donde sea posible otorgar al menor un trato afectivo y personalizado (art.12-3°). Se huye de las macroinstituciones³⁰²,

³⁰² En la práctica, algunas de las grandes instituciones han sido reformadas interiormente, construyendo diferentes viviendas, estando un educador o educadora al frente del mismo y viviendo en él un determinado número de niños -no superior a diez en la mayoría de los casos-, para que la atención sea más personal, y parecida a la de una estructura familiar.

tratando de que el ambiente en el que se desenvuelva el menor, sea lo más parecido a un núcleo familiar. Este objetivo se recoge también el Preámbulo de la Ley.

El procedimiento de constitución es idéntico al ya expuesto para la acogida simple en familia (art.12-4°).

Los derechos y las obligaciones inherentes a la guarda los ejerce por delegación el Director de la institución (art.12-5°).

La declaración de desamparo da lugar a la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor. Pero, en la acogida en institución, la Administración desempeña la función a través de persona distinta y física, el Director del establecimiento en que el menor es internado, ejerciendo éste por delegación los derechos y obligaciones que conlleva la guarda.

El contenido básico de la guarda, será el correspondiente al contenido personal de la patria potestad y de la tutela, pero no al restante, como se señala en el Preámbulo, ya que, la guarda -por su propia naturaleza- se limita al cuidado personal.

8.3.2.1- CASOS EN QUE DICHA MEDIDA TIENE LUGAR.

El párrafo 1°, del artículo 12, alude a la aplicación de la

acogida simple del menor en una institución en los siguientes términos: "Se aplicará cuando se prevea que el desamparo o la necesidad de separación de la familia serán transitorios y no haya sido posible o aconsejable la acogida por una persona o familia. También es posible cuando, existiendo los requisitos para la acogida preadoptiva, ésta no se haya constituido".

Se trata, por lo tanto, de una medida de carácter temporal y no definitiva, puesto que el requisito básico es la falta temporal de un ambiente familiar idóneo: es decir, tanto el desamparo, como la necesidad de tener que separar a un menor de su familia, tienen carácter transitorio.

La temporalidad es propia de los distintos tipos de acogidas, siendo esta característica la que distingue el acogimiento de otras medidas de sustitución de la familia de origen, como por ejemplo de la adopción, en la que la situación de abandono es definitiva.

Es preciso, para que tenga lugar la acogida en institución, que no haya sido posible o aconsejable la acogida simple en familia. Es evidente que el legislador establece un orden de preferencia entre estas dos medidas. Considera más idónea la acogida en familia, y sólo se permite el acogimiento del menor en una institución en el caso de que tal acogida no sea posible o aconsejable. Este último adjetivo pone de relieve que el interés del menor es prioritario al aplicar cualquier medida que le afecte.

Es más, en el Preámbulo se señala que siempre que sea posible se dejará en último término la consideración de la medida de acogida en un Centro público o colaborador.

Ello está justificado, puesto que, con la acogida familiar se quiere sustituir transitoriamente a la familia natural y, por tanto, se trata de insertar al menor en un ambiente, lo más parecido posible, al que tenía.

También se aplicará esta medida cuando la acogida preadoptiva no se haya constituido, a pesar de concurrir los requisitos propios de ésta. No se especifican los motivos por los que no es posible constituir la acogida preadoptiva, por lo que quedan comprendidos los supuestos más diversos (que no beneficie al menor, que no se encuentre una familia adecuada...).

La Ley está orientada en el sentido de un alejamiento de la idea de la institucionalización -tal solución no es privilegiada por el Ordenamiento- como primera alternativa a la familia de origen, y defiende una concepción de relaciones de colaboración interfamiliares.

8.3.2.2.- CLASES DE CENTROS.

Los Centros destinados a la acogida simple pueden ser públicos o colaboradores (art.5-1º-Tercera). Las Instituciones

Colaboradoras de integración familiar han de ser acreditadas como tales por la Administración de la Generalidad, y se considera que pueden serlo los Organismos de las Entidades Locales y las asociaciones, fundaciones y otras Entidades no lucrativas legalmente constituídas, en cuyos Estatutos figure como fin la protección de menores, y tengan los equipos y medios necesarios para desempeñar dicha función (art.32-1º).

No se equiparan las funciones a realizar por las Entidades públicas y las instituciones privadas. El párrafo 1º del artículo 32 sólo permite el ejercicio por las instituciones privadas de las funciones de guarda y mediación, y en todo caso, bajo la vigilancia y control del Organismo competente. Por tanto, no pueden apreciar y calificar la situación de desamparo de un menor, ni determinar la medida de protección susceptible de ser aplicada.

8.3.3 - LA ACOGIDA PREADOPTIVA.

Es un paso previo o período de prueba para la adopción y tiene lugar, como se establece en el artículo 13-1, en los siguientes casos:

1- Cuando el menor sea objeto de malos tratos físicos, psíquicos, de abusos sexuales, de explotación; o cuando los padres o tutores estén sometidos a una causa de privación de la patria potestad o remoción de la tutela, o no conste quién la tiene.

2- Exista imposibilidad, por los padres o tutores, de ejercer su potestad, y se considere que esta situación puede ser permanente. Quedarían aquí comprendidos los supuestos de desamparo que se producen cuando las causas de fuerza mayor, que han motivado la situación de desasistencia, pierden su carácter transitorio.

3- Haya una solicitud al Organismo competente por parte de los padres o tutores, los cuales abandonan sus derechos y deberes. Este supuesto, es semejante al abandono-exposición del derogado artículo 174-3-b) del Código Civil, que tenía lugar cuando los progenitores manifestaban el deseo de abandonar a su hijo entregándolo a una Institución.

4- Si lo establece el Juez. Estamos ante una cláusula abierta, que confiere al Juez un importante poder discrecional para determinar si constituye o no la acogida preadoptiva.

En todos ellos, en principio, no cabe la posibilidad de que el menor se reintegre en su familia de origen, dado que suelen ser situaciones de abandono definitivas. Por todo ello, lo más conveniente para el menor es proporcionarle una medida de protección definitiva: la adopción.

Se requiere el consentimiento del menor que tenga más de 12 años. Si tiene menos de 12 años será oído, siempre y cuando tenga suficiente conocimiento y sea posible. También, se precisa el

asentimiento de los padres o los tutores, que no hayan sido privados de la patria potestad o removidos de la tutela. No obstante, si no se conoce su domicilio, no comparecen en un plazo de 30 días o disienten, la acogida preadoptiva sólo podrá ser acordada por el Juez (art.14-1º).

Las obligaciones de las personas que acogen al menor mediante acogida preadoptiva son idénticas a las de la acogida simple en familia, a las cuales me remito.

8.3.4-LA IMPORTANCIA DEL LÍMITE TEMPORAL EN LA DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Si algo hay que agradecer a la regulación catalana es el establecer el carácter temporal del acogimiento. Es más, se establecen determinados plazos, tanto en el acogimiento familiar, como en el institucional. En efecto, en la resolución de constitución se especificará el tiempo de duración, que no puede ser más de un año, excepto cuando dicha medida sea prorrogada (art. 11-1, 12-4 y 17-3 de la Ley).

Se evita así que bajo la medida del acogimiento se oculten situaciones de desamparo, como ocurre, cuando las dificultades de la familia de origen no se resuelven en dicho período, sino que se prolongan en el tiempo.

Se pone fin a los problemas que surgían, tanto en la regulación italiana como en la nuestra, en relación con los acogimientos prolongados. Por un lado, anualmente, se revisará la situación del menor, y, por otro, nada impide que si la prórroga beneficia al menor, ésta tenga lugar.

Al mismo tiempo, al establecerse un plazo máximo, además de ser mayor la objetividad, se evita que su duración dependa de cada caso concreto, como ocurre en la legislación italiana.

Igualmente, se establece la diferencia entre el acogimiento temporal y preadoptivo, y, nada impide, que transcurrido dicho período de un año, si estamos ante un supuesto de imposibilidad permanente, se transforme el acogimiento, inicialmente temporal, en preadoptivo (art.13-1-b).

9.- AUTORIDAD COMPETENTE PARA APRECIAR LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.

9.1- INDETERMINACIÓN DE LA MISMA EN LA LEY 21/87.

Esta es la cuestión probablemente menos clara, compleja y a su vez trascendental de las que se tratan por la Ley 21/87 en su Sección Primera.

El derogado art.174, de la Reforma de 1970, establecía que la

situación de abandono era apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción.

El Proyecto de Ley de Gobierno para la reforma de la Ley de Adopción de 1970 proponía a los Tribunales Tutelares de Menores como los competentes para formular tal declaración.

En la Propuesta de Ley para reformar el capítulo de la adopción, presentado por el Grupo Parlamentario Popular, de enero de 1986, se continuó sosteniendo que fuera el Juez la autoridad competente para apreciar y declarar la situación de desamparo.

El primer Proyecto de Reforma del Código Civil en materia de adopción de 5 de Marzo de 1986, en cambio, no contempló la necesidad jurídica de una declaración de desamparo.

Partiendo de la redacción literal del art.172-1, no es posible encontrar una respuesta adecuada en esta materia. En este artículo, nada se dice sobre el sujeto u órgano que tiene la competencia en este tema, y, es más, aunque, atendiendo a la reciente legislación española de Derecho de familia, podría establecerse la necesidad de una intervención judicial previa, esto no puede mantenerse por la <<automaticidad>> que establece la ley en la constitución de este tipo de tutela.

La actitud adoptada por el legislador en este tema es cuanto

menos chocante, ya que, aún tratándose de un tema de gran trascendencia, ni siquiera se pronuncia sobre qué órgano es competente, si el judicial o el administrativo. Dicha laguna genera importantes problemas, por lo que habría sido mejor haber señalado el campo de acción de cada órgano, así como la función que a cada uno le corresponde.

Trás un análisis de los preceptos de la Ley que regulan la guarda, el acogimiento y la tutela, se observa que no hay ninguna referencia expresa a un posible procedimiento judicial de declaración de desamparo, ni de constitución de tutela por razón de aquél. Sólo en el artículo 1828-3° de la LEC, y en relación con el acogimiento, se establece que el Juez oirá a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, ni suspendidos en su ejercicio. Por tanto, si algo parece defender la Ley, ello es que el desamparo, e indirectamente la tutela ex lege en favor de las Entidades Publicas, no son declaradas por la autoridad judicial.

Así, excluido en principio el Juez, la decisión parece que debe corresponder a la Entidad pública.

En este punto hay planteada una interesante controversia en la doctrina civil, cuyo términos se tratarán de analizar.

Con el tenor literal de la Ley, se entiende por algunos autores 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. Dicho sector doctrinal, a su vez, defiende el carácter automático de la tutela de las Entidades Públicas, no siendo preciso un control judicial previo.

Otros autores entienden, por el contrario, que es el Juez quien aprecia el desamparo y declara las pertinentes consecuencias jurídicas.

Estimo que la postura recogida en primer lugar es la más adecuada en base a los siguientes argumentos.

De un lado, favorece esta interpretación el tenor literal de la norma, ya que considera que el desamparo se produce <<de hecho>>, luego no se exigiría una declaración judicial previa, sino que sería apreciada directamente por la Entidad pública.

De otro, el iter parlamentario, ya que la enmienda Num. 7, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, que exigía que fuera el Juez el que declarara el desamparo, fué rechazada. Este dato es importantísimo, puesto que, a través de la tramitación parlamentaria se conoce la voluntad del legislador. En este supuesto, como luego veremos, no puede ser más clara, ya que expresamente se rechaza esa enmienda.

También cabe alegar, dado el tiempo transcurrido desde la elaboración de la Ley, el modo en que ésta ha sido interpretada en la práctica por las Entidades Públicas.

Igualmente, hay que señalar que todas las disposiciones de las Comunidades Autónomas relacionadas con la materia estiman que dicha situación es apreciada por la Administración y no por la autoridad judicial.

Por último, esta tesis es más acorde con el interés del menor, ya que, ante la situación en la que se encuentra aquél, es preciso adoptar una medida de protección urgente³⁰³.

Se critica, por los detractores de esta postura, la situación de indefensión de los progenitores, al no ser oídos y no poder defender sus derechos en el momento de apreciación del desamparo. También consideran que esta interpretación vulnera el artículo 170 del Código Civil, que exige una Sentencia judicial para la privación de la patria potestad.

Cabé contraargumentar que la vía adecuada para solucionar

³⁰³ En el artículo 27, párrafo 1º, del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994 se establece que "la Entidad Pública competente cuando constate que el menor se encuentra en situación de desamparo en los términos del artículo 172 del Código Civil, asumirá la tutela del mismo por ministerio de la Ley, adoptando las medidas de protección necesarias para su guarda y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal".

La facultad de apreciar la situación de desamparo se atribuye expresamente a la Entidad pública.

estos problemas es el recurso a posteriori³⁰⁴ a la tutela judicial; con lo que los progenitores no quedan ni mucho menos desprotegidos.

En ningún artículo relativo a la patria potestad o tutela ordinaria, se establece que el desamparo sea causa de privación de aquélla. Posteriormente, veremos cuales son los efectos que conlleva el desamparo. Si da lugar a la privación de la patria potestad, por supuesto que será el Juez el que así lo establezca. Ahora bien, una cosa es que esa privación tenga lugar mediante Sentencia judicial, y otra distinta que tenga que ser la autoridad judicial la que declare el desamparo³⁰⁵.

Igualmente, hay que rechazar, por extremada, la apreciación de VARGAS CABRERA³⁰⁶, el cual estima que el defender que la Entidad pública es competente para apreciar el desamparo, sin someterse a ningún control judicial, desvirtuaría el Derecho de Familia y acabaría convirtiéndolo en una rama del Derecho Administrativo.

La Entidad pública es un órgano administrativo, y, como tal, puede apreciar el desamparo, sin que opere dicha conversión, ya que ésta sólo puede defenderse exagerando las connotaciones públicas de dicha rama del Derecho Civil, al aumentar innecesariamente la

³⁰⁴ VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes ...cit.>>, pp. 35 y ss.; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 35 y ss. ; PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.97.

³⁰⁵ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.31.

³⁰⁶ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.613.

intervención de los poderes públicos en las relaciones familiares.

En este aspecto, la Ley 21/87 difiere de la regulación italiana³⁰⁷, puesto que en ésta, en el artículo 8, se establece expresamente que corresponde al Juez la declaración de abandono y la de adoptabilidad del menor. Sin embargo, hay que tener en cuenta la estrecha vinculación que existe en aquel Ordenamiento entre el abandono y la adopción³⁰⁸ -en la cual sí se precisa la intervención judicial-, vinculación que no opera en nuestra regulación.

El legislador, con gran acierto, no vincula el desamparo con aquélla, sino que se trata de un concepto autónomo, siendo muy diversas las diferentes medidas de protección del menor que cabe tomar. Estas últimas no condicionan la interpretación del desamparo como ocurre en la legislación italiana.

9.1.1 - A FAVOR DE QUE SEA LA ENTIDAD PÚBLICA.

Aún matizándolo, la mayoría de los autores que se han ocupado de esta cuestión estiman que, de lo establecido en los artículos 172-1 y concordantes del Código Civil, parece deducirse que es la

³⁰⁷ Vid. entre otros, ALAGNA: <<L'intervento del giudice nella famiglia tra autonomia del grupo e libertà de la persona>>. Dir. fam. pers. 1983, pp. 219 y ss.; DE MARCO: <<Il giudice tra genitore e minore nelle procedure di adozione ed affidamento>>, Dir. fam. pers. 1988, pp. 512-517 ;DOGLIOTTI: <<Il giudice della famiglia nel diritto italiano>>, Dir. fam. pers. 1989, pp. 401-411.

³⁰⁸ Vid. BEGHE LORETI: "L'adozione dei minori nelle legislazioni europee". Milano, 1986, pp. 33 y ss.

Entidad pública la competente para declarar el desamparo.

El desamparo es una situación de hecho, es decir, no es una situación que exija, para producir sus efectos, una previa declaración judicial³⁰⁹. Se diferencia así de la situación de abandono, que no era una situación fáctica, en el sentido de que, constatada, produjera efectos, sino que tenía que ser declarado por el Juez. En el antiguo artículo 174, párrafo último se establecía que "la situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción".

En el artículo 172-1 se dice que es una situación de hecho. Esto contrasta con el antiguo concepto de abandono, en el que se exigía expresamente en la Ley que fuera declarado por el Juez.

El desamparo no exige declaración judicial para ser apreciado³¹⁰. Difícilmente se podrá defender que la situación de

³⁰⁹ FERNANDEZ BERMEJO: <<El concepto de desamparo, la tutela automática y las entidades públicas de integración familiar>>, en Documentos de Bienestar Social, nº16, Marzo, 1989, pp. 76-77 y EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors a Catalunya. Els diferents regims de protecció>> en el Vol. "V Jornades de Dret Catalá a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya". Barcelona 1990, p.201.

³¹⁰ Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit", p. 78 y n.100; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 52 y ss.; VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2054; EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció a menors...cit.>>, pp. 185 y ss.; BRENA SESMA: <<Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la Reforma de 1987>>, Actualidad Civil, nº 25, Junio 1991, pp. 4 y ss.; ARELLANO GÓMEZ: <<Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción>>, RCDI, num. 612, Septiembre-Octubre, 1992, pp. 2088 y

desamparo haya de ser estimada a priori por el Juez.

Por tanto, corresponde apreciar dicha situación a la Entidad pública, que tiene la responsabilidad de asumir la tutela sobre ese menor. Y, dado que es una situación de hecho, su competencia se limita sólo a constatar, a apreciar, a declarar la existencia de dicha situación.

En esta línea se encuentra SANCHO REBULLIDA³¹¹, el cual pone de manifiesto que lo más inquietante del desamparo es precisamente la indeterminación del órgano que debe apreciarlo. Ante el silencio del artículo 172-1 C.C., frente al derogado artículo 174, párrafo último, que atribuía al Juez la declaración de abandono, se puede entender que es la Entidad Administrativa la que define la situación de desamparo³¹². Señala dicho autor que la medida está justificada y parece conveniente, si se parte del efectivo

2103; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas...cit.", pp. 40 y ss.; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: "Curso de Derecho de familia". Tomo III. Patria potestad, Tutela y alimentos. Madrid 1988, p.157.

³¹¹ SANCHO REBULLIDA: "Derecho de Familia". Elementos de Derecho Civil IV. 3ª edición. Bosch 1989, p.186.

³¹² Igualmente esta postura es defendida en la "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, pp. 229, 241 y 246 y "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1989, p.250 en la que se señala que si fuera el Juez el que declarara el desamparo "tal solución nos llevaría con el estado actual de la Administración de Justicia a un procedimiento excesivamente lento y burocratizado y que se revelaría como claramente inoperativo en las situaciones no conflictivas que precisamente por no serlo enervan o hacen innecesario el pronunciamiento judicial".

desamparo; no obstante, la apreciación de esta situación se constituye en decisión grave y trascendental.

Como argumentos que avalan esta teoría, se encuentran los siguientes. Por un lado, el propio artículo 172-1 se refiere a la situación de desamparo como la que <<se produce de hecho>>. Frente a lo que se establecía en el antiguo artículo 174 del Código Civil, que era que la situación de abandono fuera apreciada y declarada por el Juez, ahora no es necesaria dicha declaración.

Por otro lado, hay que tener en cuenta el iter parlamentario. En el Proyecto de Ley de 29 de Enero de 1987 no se definía la situación de desamparo. La definición que nos ofrece el vigente artículo 172-1 es fruto de la Ponencia, que informó el proyecto en el Congreso, la cual asumió una <<formula transaccional>>³¹³ de dos enmiendas presentadas al párrafo 1º del artículo 172 del proyecto. La número 7, del Grupo Parlamentario Vasco, en la que expresamente se señalaba que "la situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente". La número 37, del Grupo Parlamentario Socialista, que se caracterizaba, por no requerir declaración judicial para ser apreciado. Siendo este último criterio el que pasó a la redacción definitiva del artículo 172-1 C.c., rechazando las enmiendas que expresamente pedían que se apreciara judicialmente el desamparo.

³¹³ En cuanto a éste carácter transaccional, vid. BOCG. CD, III Legislatura, num.22-5, de 2 de Junio de 1987, p.64.

En el Senado fueron rechazadas las enmiendas que abogaban por un procedimiento previo de declaración de la situación de desamparo. Así ocurrió con la número 43, del Grupo Parlamentario Coalición Popular. En ella se defendía que la situación de desamparo fuera declarada por el Juez, a instancia de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, en base a que "la intervención judicial se hace precisa para evitar dudas y arbitrariedades".

También se rechazó la enmienda número 59, del mismo Grupo, al apartado 4º del artículo 222. Se quería que dicho párrafo aludiera a "los menores que se hallen en situación de desamparo judicialmente declarada", insistiendo en que "es precisa una declaración judicial de la situación de desamparo para evitar dudas y conflictos en la constitución de la tutela".

En los debates parlamentarios³¹⁴ se puso de manifiesto el carácter innecesario de la declaración judicial.

Igualmente significativo es el Preámbulo de la Ley, en el que se afirma, que en la legislación anterior <<resultaba inapropiado el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores, porque,

³¹⁴ Vid. "Diario de Sesiones del Senado", III Legislatura 1987, num.46, p.1731. La Sra. SAUQUILLO, portavoz del grupo socialista en el Senado, señaló que "sería muy grave y no haríamos nada con este proyecto de ley, si tuviéramos que esperar a que los jueces decidiesen para esas situaciones de desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrían estar en la presencia del Juez, porque se habrían muerto de frío y de hambre".

debido a su rigidez, impedía o dificultaba en la práctica la realización de adopciones a todas luces recomendables>>. Entre otras causas, dicha rigidez podía obedecer a la necesidad de que la situación de abandono fuera declarada judicialmente, tal y como se exigía en el artículo 174, párrafo último, de la Ley de 4 de Julio de 1970.

Abogan también por esta interpretación las diversas disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas, con posterioridad a la Ley de 1987, en las cuales se establece que la situación de desamparo es apreciada y declarada por la Administración, y no por el Juez³¹⁵.

³¹⁵ En Cataluña, en la Ley autonómica de 13 de Junio de 1985 de protección de menores <<la tutela de los menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación>> (arts.1 y 2) era atribuida a la Generalidad y tenía lugar sólo por decisión judicial (art.54). Posteriormente el Decreto 343/1987 sobre aplicación en Cataluña de la Ley estatal de 11 de Noviembre de 1987, atribuyó a la Administración autonómica sólo la tutela y guarda de los menores desamparados que se produzca a causa del incumplimiento o del ejercicio imposible o inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes, "en los que medien medidas judiciales" (art. 2º). Más allá va la Orden del Departamento de Justicia de 14 de Marzo de 1988, sobre tutela de menores desamparados, que establece: <<los servicios territoriales de la Dirección General de Protección y Tutela de Menores asumirán la tutela automática en el momento en que sean concedores de una situación de desamparo y se harán cargo del menor desamparado, dándole la atención inmediata necesaria, se formalizará el documento correspondiente a la declaración de desamparo y se tramitará la constitución de tutela>>, luego parece ser que no es necesaria la declaración judicial. Actualmente, tras la Ley del Parlamento de Cataluña de 30 de Diciembre de 1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, el artículo 2-4 dispone que la situación de desamparo ha de ser apreciada y declarada por el órgano administrativo competente, y no por el Juez; Ahora bien, a solicitud de las personas mencionadas en el artículo 2-6 el Juez "a posteriori" podrá controlar la oportunidad de la medida en cuestión, confirmándola o dejándola sin

También cabe alegar la interpretación de la Ley que han efectuado en la práctica las distintas Entidades Públicas.

Claramente se refleja esta postura en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de Junio de 1991³¹⁶, en el que se señala que la Dirección General de Protección y Tutela de la Generalidad, en resolución de 8 de Noviembre de 1988, declaró el desamparo de la menor Natalia y asumió su tutela. Posteriormente, el 30 de Mayo de 1989, la Dirección General de Atención a la Infancia ratificó la tutela. Por consiguiente es a la Entidad pública a la que corresponde apreciar aquella situación.

Finalmente, hay que señalar que esta ausencia de declaración no implica una carencia de control judicial. En efecto, al Fiscal le incumbe la superior vigilancia de la tutela y guarda (art.174-1 C.c.), para lo que la Entidad le notificará los sucesivos ingresos de menores, y el Juez, a instancia del Fiscal, podrá dictar las medidas de protección necesarias (art.174-2 C.c.).

efecto.

En Extremadura, en el artículo 8 de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención de menores, se dispone que "corresponde a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura la declaración de la situación de desamparo de los menores".

También confieren la declaración de la situación de desamparo a la Administración, la Comunidad de Castilla-León (art.14 del Decreto 57/1988 de 7 de Abril), la de Madrid (arts.5 y 9 del Decreto 121/1988 de 23 de Noviembre que confieren dicha función a la Comisión de Tutela del Menor) o la de Andalucía (art.2 ap.a) del Decreto 281/1988 de 13 de Septiembre).

³¹⁶ Auto AP Barcelona 20 Junio 1991. RJC 1991-4, p.1005

Cierto sector doctrinal³¹⁷, aunque parte de que la situación de desamparo se declara por la Entidad pública, hace algunas matizaciones, decantándose por una postura intermedia. Defienden la necesidad de un procedimiento en que los padres afectados puedan formular las alegaciones y pruebas que tengan por conveniente, y ello sin perjuicio del control judicial a posteriori de la resolución administrativa.

Reconocen que esta postura no es acorde con el texto de la Ley, por lo que abogan por la nulidad parcial de los artículos 172-1 y 239-1 del C.c. por razón de inconstitucionalidad.

El desamparo es apreciado por la Entidad pública, y es ésta la que acuerda la tutela. La falta de control judicial previo provoca problemas³¹⁸, pero ello no impide que, una vez comunicado al Ministerio Fiscal, éste dé cuenta al Juez, para que "a posteriori"³¹⁹ se controle, por el procedimiento que corresponda, la oportunidad de dicha medida. De tal modo que si reviste gravedad la situación en la que se encuentra el menor, dará lugar a la privación de la patria potestad. No obstante, la dificultad, según

³¹⁷ FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores>>, en R.G.D., Num. 535, Abril, 1989, p.1867 y SERRANO GARCIA: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. 1991, p.579.

³¹⁸ SERRANO GARCIA, op.ult.cit., p.579.

³¹⁹ VALLADARES RASCON: <<Notas urgentescit.>>, p.35.

SERRANO GARCIA³²⁰, está en determinar cual será el procedimiento, que debe terminar con una autorización judicial, como la del art.211 C.c. para el internamiento de un presunto incapaz, o con una Sentencia del art.170 C.c.

Los problemas de esta interpretación, que cuenta con un mayor apoyo legal que la tesis que defiende la intervención judicial, son complejos, destacando sobre todo la conexión entre tutela y patria potestad. Nuestro Ordenamiento Jurídico parte en principio de la incompatibilidad entre patria potestad y tutela³²¹; es decir, no pueden subsistir simultáneamente en el tiempo: o hay patria potestad y no hay tutela o viceversa.

Ya el Código Civil, en su primera redacción, en el artículo 199, ponía de manifiesto el carácter incompatible de la tutela con la patria potestad de la siguiente manera: <<El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o sólomente de los bienes, de los que "no estando bajo la patria potestad" son incapaces de gobernarse por sí mismos>>. Se considera a la tutela como supletoria de la patria potestad. Esta línea fue seguida por la Ley de 24 de Octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de

³²⁰ SERRANO GARCIA: <<Comentario al artículo 172 c.c.>> en Comentarios al Código Civil...cit.", p.579.

³²¹ En este sentido se pronuncian RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>... cit.>>, pp. 65 y ss; VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2051; VARGAS CABRERA: <<El desamparo ...cit.>>, pp. 652 y ss. Para EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció a menors.... cit.>>, p.204 sólo hay suspensión en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

tutela.

La Ley 21/87 atribuye a las Entidades Públicas la tutela de los menores, que se encuentren en situación de desamparo. Se parte de que dicha tutela es verdadera tutela. En efecto, lo que el legislador denomina <<tutela>>, no puede sino ser <<tutela>>, la cual es por definición en principio incompatible con la patria potestad y con otra tutela. Ambas potestades atribuyen a su titular parecidos poderes jurídicos sobre los sujetos que están sometidos a ellas, y se le confieren para cumplir fines muy similares; por eso, no cabe que coexista el ejercicio de ambas sobre un mismo sujeto.

Que se trata de auténtica tutela, lo corroboran los siguientes argumentos. En la Exposición de Motivos se señala que "la presente Ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados". El propio artículo 222 del Código Civil, en sede de tutela, considera a los menores que se hallen en situación de desamparo sujetos a la misma, y en el artículo 239 C.c. se defiere a la entidad, por ley, la tutela de los menores desamparados, y mediante las reglas ordinarias en los demás casos. Luego, ambas tutelas difieren únicamente en el carácter automático del nombramiento en el supuesto de la tutela administrativa.

Discrepan de esta postura PEREZ ALVAREZ y DE PABLO CONTRERAS³²², ya que consideran que la tutela administrativa puede ser compatible con la patria potestad e, incluso, con la existencia de un tutor ordinario. Entre los argumentos que emplean los mencionados autores para apoyar dicha interpretación se encuentran, la Memoria del Fiscal General del Estado de 1988, el número 3 del artículo 173-3 y el artículo 172-4.

En primer lugar, señalan que en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1988³²³, se afirma que "esta tutela del artículo 172-1 no se conforma del todo con la tutela de corte clásico. Por lo pronto, sostenemos, dados los términos legales, que es perfectamente compatible con la patria potestad. Se expresa en el artículo 173-2, que para la constitución del acogimiento, será necesario que lo consientan, <<cuando fueren conocidos>>, los padres que no estuvieran privados de la patria potestad. Esta norma no puede referirse únicamente al acogimiento derivado de la guarda del artículo 172-2, porque, en estos casos, es manifiesto que <<son siempre conocidos los padres>>, hasta el punto de ser ellos mismos quienes solicitan la guarda de los hijos ante la imposibilidad de atenderlos debidamente. Esta interpretación, que se conforma con la literalidad de la norma, significa que habrá padres de menores

³²² Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", pp. 92 y ss. y DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas...cit.", pp. 37-40.

³²³ "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, p.224.

sujetos a la tutela del artículo 172-1, que no estén privados de la patria potestad. Luego la constitución de esta tutela puede concurrir en algunos casos con el ejercicio de la patria potestad. La misma conclusión se extrae del artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues para la constitución del acogimiento - consecuencia de la tutela o de la guarda- el Juez oirá a los padres que no estuvieren privados de la patria potestad, ni suspendidos en su ejercicio "³²⁴.

En contra de esta posición, hay que tener en cuenta que, tanto la Exposición de Motivos como la rúbrica del Capítulo V, del Título VII, del Libro I del Código Civil -"De la adopción y otras formas de protección de menores"- consideran el acogimiento y la adopción como instrumentos destinados a solucionar los problemas de los menores en situación de desamparo, y, así será, en la mayoría de los casos. No obstante, dichas figuras son reguladas en los artículos 173 y siguientes con entidad propia, desconectándolas de la definición de desamparo del artículo 172.

Al regular la adopción, en los artículos 174 y siguientes, no

³²⁴ Dicho razonamiento demostraría también la compatibilidad de la tutela de las Entidades Públicas con la tutela ordinaria, ya que igualmente se exige el consentimiento del tutor si fuere conocido.

Finalmente otro argumento que proporciona la Memoria anteriormente citada -p.224- <<lo proporciona el artículo 222 del Código Civil, pues en su número 1 declara sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, y en el número 4, al comprenderse los menores que se hallen en situación de desamparo, debe incluirse a éstos aunque estén bajo la patria potestad >>.

se exige el desamparo con carácter previo, o la inadecuación del ambiente familiar, ni tampoco lo exige el acogimiento, que se regula en el artículo 173, al margen del artículo 172 que define el desamparo.

El artículo 173 exige el consentimiento de los padres que no se hallen privados de la patria potestad. En dicho precepto, nada se precisa. Luego, en principio, se entiende en el sentido de privación total del contenido personal y patrimonial de ésta institución.

Quedan englobados tanto los supuestos de privación temporal como permanente (privación o suspensión eran los términos empleados antes de la reforma de 1981), según establece el artículo 1828-2 L.E.C., el cual se refiere a los padres "que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio".

Si el ente público tiene la tutela en base al número 1 del artículo 172, no tiene lugar el consentimiento de los padres o tutores, ya que en muchos casos conllevará la privación plena de sus facultades tuitivas. En los supuestos en los que el ente público ha asumido sólo la guarda, sí que es preciso el consentimiento de los padres o tutores, que sólo han quedado suspendidos en el ejercicio de la guarda que conlleva la patria potestad y la tutela.

En segundo lugar, DE PABLO CONTRERAS³²⁵ alega en defensa de su tesis el número 3 del artículo 173-3 C.c., según el cual, el acogimiento del menor cesará <<a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía>>. Según dicho autor, esta causa de cesación funciona tanto en el supuesto de que la Entidad pública tenga la tutela del menor, como en caso contrario.

Cabe argüir, por un lado, que dicho artículo se refiere exclusivamente al acogimiento y no a la tutela administrativa, y, por otro, que, cuando la Entidad pública tiene la tutela, no existe un consentimiento de los padres o tutores, ya que han sido suspendidos de la patria potestad -sin perjuicio de que, posteriormente, sean privados de aquella-. Por tanto, éstos no podrán tampoco pedir que cese dicha medida. Esta causa de cesación se aplicará en los supuestos del artículo 172-2, es decir, cuando la Entidad pública asuma sólo la guarda.

Por último, PEREZ ALVAREZ³²⁶ invoca el artículo 172-4 C.c., el cual contiene un mandato dirigido a la Entidad pública que tiene la tutela administrativa: procurar la reinserción del menor en la propia familia. Señala dicho autor que "si ello es así -si la tutela administrativa puede derivar en la situación familiar que la

³²⁵ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas...cit.", p.38 .

³²⁶ PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.93.

precedió-, no cabe afirmar la extinción de una patria potestad, tutela o guarda de hecho, que después recobrará toda su plenitud, si la Entidad aprecia la conveniencia de mantener al menor en el ámbito familiar, del que ha sido extraído por la Entidad al asumir la tutela administrativa".

Parece olvidar dicho autor que la privación de la patria potestad no tiene carácter irreversible, así como lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 170 C.c., según el cual, los Tribunales podrán acordar la recuperación de la patria potestad cuando cese la causa que motivó la privación. Parece prescindir también del artículo 277-1, que recoge como causa de extinción de la tutela <<cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere>>.

En los supuestos del artículo 172-1 C.c., la finalidad puede ser la vuelta a la familia cuando es posible -en pocos supuestos lo será, dado que nos encontramos ante incumplimientos graves-, y, en caso contrario, tendrá lugar otra medida de protección de carácter estable para el menor.

En aquellos casos en los que no exista una previa declaración de desamparo, el acogimiento también puede desempeñar la misma función de auxiliar de manera temporal en el ejercicio de la patria potestad o tutela, con el fin de que tenga lugar la futura reinserción familiar o de preparar el camino para la adopción.

Puesto que la Entidad pública, desde el mismo momento que se produce la situación de desamparo, tiene la tutela plena, verdadera tutela (art.222 C.c.) del menor desamparado, es decir, dado el supuesto de hecho previsto en la ley -desamparo-, la consecuencia jurídica -tutela- es automática, la consecuencia inmediata es la suspensión de la patria potestad o de la tutela anteriormente constituida.

La tutela y la patria potestad son incompatibles, así que sobre un menor en concreto se ejercerá una u otra. En el artículo 172 C.c., nos encontramos con dos instituciones: la tutela y la guarda, no quedando afectada la patria potestad cuando la Entidad pública asume sólo la guarda y no la tutela.

A igual solución, llegaríamos en el caso de que el menor estuviera sometido anteriormente a tutela, ya que ésta también quedaría suspendida en el momento de atribución de la tutela automática por la Entidad pública -art.277-1º C.c.-, puesto que este supuesto de solapamiento de dos tutelas no quedaría englobado en el artículo 236 C.c., en el que se prevé la existencia de una pluralidad de tutores. Además, es lógico que, si la asunción de la tutela automática por la Entidad pública da lugar a que la patria potestad se suspenda, también deberá suspenderse la tutela anteriormente constituida.

La Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre medidas de

protección de los menores desamparados y de la adopción, contiene una regulación más completa, coherente y técnica que la del Código Civil. Aunque se tiene en cuenta la regulación de éste, ya que se atribuyen a la Administración las <<funciones tutelares>> sobre los menores en desamparo, y éste es declarado, en resolución motivada por la Administración, la Ley Catalana carece de las lagunas y deficiencias de aquél, solucionando muchos de los problemas antes señalados.

Se recoge en dicha Ley la necesidad de que el Juez confirme o deje sin efecto la declaración de desamparo, se establece que la asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, durante el tiempo de aplicación de la medida, se ponen de manifiesto las diferentes medidas que puede tomar la Administración en ejercicio de su tutela, se establece la incompatibilidad de la tutela con la emancipación del menor....

9.1.2 - LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Un grupo de autores optan por atribuir a la autoridad judicial la declaración del desamparo de un menor. Esta corriente parte de que sólo el Juez cuenta con elementos que le permiten comprobar la situación jurídica del menor.

Únicamente cuando la autoridad judicial ha definido la

situación jurídica del menor podrá evaluar y decidir si éste se encuentra en situación de desamparo; y, por lo tanto, si se confía su tutela legal a la Entidad pública.

RAMOS SANCHEZ³²⁷ afirma que sólo el Juez "por la suprema autoridad que le conceden las leyes y la propia Constitución, puede ordenar medidas tendentes a garantizar la debida protección del menor desamparado".

Esta solución es congruente con los criterios introducidos en la Ley española de adopción de 1970 y los principios de tutela de autoridad³²⁸, evidentemente judicial, instaurados en la reforma de Octubre de 1983.

A partir de estos cambios legislativos, el Juez cuenta con amplias facultades para declarar el abandono y constituir la tutela. Por tanto, ante las nuevas situaciones planteadas por las reformas de 1987, es el Juez el que declara la situación de desamparo³²⁹.

³²⁷ RAMOS SANCHEZ: <<Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/87 de 11 de Noviembre sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad>>. La Ley, 1989-2, p.3

³²⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos, Madrid 1986, p.347.

³²⁹ CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los Menores en situación de desamparo>>, La Ley, Mayo 1988, p.2, va más allá y defiende que el Juez al declarar la situación de desamparo constituye también la tutela legal.

Igualmente, GARCIA CANTERO³³⁰, señala que "nada se dice en el vigente artículo 172 sobre esta cuestión, dándose a entender que es la entidad administrativa, a quien se encomienda la tutela automática de tales personas, la que define la situación de abandono".

El mencionado autor, critica dicha conclusión y estima que "de prevalecer esta interpretación se trataría de que una importante situación del menor quedaría excluida de la intervención judicial, lo que no parece concorde con la protección integral de aquél, que asegura el artículo 39 de la Constitución Española, ni con la garantía jurisdiccional del artículo 24-1 de la misma".

Aunque se muestra disconforme, acaba reconociendo que corresponde a la Entidad pública apreciar el desamparo. Pone de manifiesto que "motivo de perplejidad es que el concepto clave de desamparo, a efectos del acogimiento y de la adopción, ya no está encomendado exclusivamente a los Tribunales. Es verdad que se define por el Código Civil, pero parece que su estimación va a corresponder a la Entidad pública encargada en cada territorio de la protección de menores"³³¹.

³³⁰ GARCIA CANTERO: <<La Reforma del acogimiento familiar y de la adopción>> (Ley 21/1987, de 11 de Noviembre). Adición al Tomo V. Vol.II del "Derecho civil español, común y foral" de CASTAN TOBEÑAS, Madrid 1988, p.11.

³³¹ GARCIA CANTERO: <<La Reforma del acogimiento...cit.>>, p.20.

GONZALEZ LEÓN³³², teniendo en cuenta dichas argumentaciones, defiende a ultranza que el abandono debe ser apreciado y declarado por el Juez, en base a "un procedimiento en el que se estudien, detallada y exhaustivamente, las circunstancias concretas que rodean a cada menor, y que ofrezca a los padres la posibilidad de ser oídos y de defender sus derechos". Además estima que esta postura es la más respetuosa con el interés de menor, ya que la que defiende que es competente la Entidad pública sin necesidad de ningún control judicial, es "mucho más problemática y difícil de defender porque choca con los principales principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico en materia de patria potestad y tutela".

La situación de desamparo, sabidas las consecuencias que conlleva, ha de decretarla en todo caso³³³ la autoridad judicial: en este sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO Y GULLON³³⁴, PEÑA³³⁵,

³³² GONZALEZ LEÓN: "Del abandono...cit.", p.377.

³³³ LLEDO YAGÜE: <<Apéndice adaptado al Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, (4 Febrero de 1987, III Legislatura)...cit.>>, pp. 211-212 opina que aun en el caso de que no exista una relación de filiación sigue siendo necesaria la decisión judicial que defina el desamparo.

³³⁴ DIEZ PICAZO Y GULLON: "Sistema de Derecho Civil I", 7ª ed., Tecnos. Madrid, 1990, p.290 señalan que debía de haberse precisado quién es el que decide si hay una situación de desamparo, que priva a los padres de la patria potestad. Consideran que debe ser la autoridad judicial, por ser la única que en el Código Civil tiene el poder de privar a los padres de la patria potestad (art.170).

³³⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derecho de Familia...cit.", pp. 612-615.

RUIZ-RICO³³⁶, ARCE y FLOREZ VALDÉS³³⁷, CERDA GIMENO³³⁸ y GONZALEZ LEÓN³³⁹ entre otros³⁴⁰.

Esta postura, que propugna la intervención judicial, choca con el art.172-1 C.c., aunque se pueden esgrimir los siguientes argumentos a su favor:

En primer lugar, consideran dichos autores que la situación de desamparo es causa de privación de la patria potestad y ésto

³³⁶ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69, estima que lo más razonable es que sea la autoridad judicial la que deba decidir el desamparo, pero no constituir la tutela, ni nombrar al ente como tutor del menor.

³³⁷ ARCE Y FLOREZ VALDES: <<El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de Noviembre de 1987>>, RGLJ N°5, Madrid, 1987, pp. 756-757 expresa que la apreciación de desamparo y su efecto inmediato de sometimiento tuitivo al menor no deben ser objeto de una mera resolución administrativa sino judicial..... no se trata de romper a un sistema cada vez más judicializado, pero no se puede pretender que se coloque en vías administrativas la extinción de relaciones paterno-filiales previas.

³³⁸ CERDA GIMENO: <<Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción>>, RCDI LVIII, Madrid 1987, pp. 749 -750.

³³⁹ GONZALEZ LEÓN: "Del abandono...cit.", p.295 y 377 y ss.

³⁴⁰ También se incluyen en dicho sector doctrinal ROGEL VIDE: <<Comentario al artículo 222 C.c.>>; LETE DEL RIO: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> Y SERRANO GARCIA: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, los cuales señalan que la declaración de que existe situación de desamparo corresponde a la autoridad judicial y por tanto la Entidad Pública podrá pedir y proponer la existencia de dicha situación pero no efectuará la declaración. También defiende esta postura GONZALEZ LEÓN: "Del abandono...cit.", pp. 413 y ss.

sólo puede producirse por Sentencia³⁴¹ (art.170 C.c.). Con la declaración judicial de desamparo se produce la privación de la patria potestad. Es al Juez³⁴² al que corresponde declarar dicha situación, ya que así lo exige el art.170, al regular las causas de privación de la potestad, y, de no ser así, tendría lugar una situación de indefensión de los padres.

En segundo lugar, estiman que la patria potestad y la tutela están bajo la salvaguardia de la autoridad judicial. No caben, pues, medidas sobre los menores contra la voluntad de padres o tutores, salvo si lo acuerda el Juez en los casos en que legalmente proceda.

En tercer lugar, ante una situación de desamparo, la Entidad

³⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69. En contra VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes...cit.>>, p.35 ya que defiende que los artículos 239 y 172 C.c. contemplan un nuevo supuesto de privación de la patria potestad por ministerio de la Ley.

³⁴² FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 19-50 y RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 64-71.

También PALACIOS y BERNAL DEL CASTILLO: <<Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento>>, Actualidad Civil, N° 13/ 28 Marzo-3 Abril 1994, pp. 230-233, mantienen la posición judicialista. Es más, estiman que "lo que no se puede admitir es que, mediante una resolución, aunque sea judicial, en la que se declare el desamparo se prive a los padres biológicos de la patria potestad, que es lo que sucede de hecho, ya que es bien sabido que la misma es incompatible con la tutela...El primer paso será, pues, tras el procedimiento adecuado y por Sentencia, decretar la privación de la patria potestad... Ello no obsta para que, para evitar una duplicidad de procedimientos, pueda en el mismo (declarativo sobre privación de patria potestad) hacerse la declaración de desamparo.

pública³⁴³ debe proponer al Juez competente, la medida privativa o limitadora de derechos que corresponda. Entonces será el Juez, debidamente asesorado, quien ordenará medidas tendentes a garantizar la debida protección del menor desamparado, ésto es, desamparado a juicio del Juez.

En cuarto lugar, se alega que esta interpretación no choca con el art.229, ni con el 239, ya que en él se contempla la atribución de la tutela a las Entidades Públicas por ministerio de la Ley, pero ésto no supone que la Ley deje en manos de la Entidad pública el apreciar si existe o no desamparo, sin intervención judicial. El 2º párrafo de dicho artículo faculta al Juez para nombrar tutor en los demás casos de tutela, mientras que en el desamparo el nombramiento viene dado por la Ley, pero previo desamparo declarado por el Juez.

En quinto lugar, otro argumento, a favor de la intervención judicial, que esgrimen RAMOS SANCHEZ y RUIZ-RICO³⁴⁴, es la similitud del supuesto de hecho contemplado, con el del art.211 C.c., sin que parezca razonable arbitrar consecuencias jurídicas diversas para los mismos. En el art. 211, hay un evidente control judicial en el internamiento de menores e incapaces, por tanto, no sería coherente exigir control judicial en estos casos y, en

³⁴³ RAMOS SANCHEZ: <<Algunas consideraciones jurídicas.... cit.>>, p.3.

³⁴⁴ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.70.

cambio, excluirlo en los casos más graves de desamparo.

Por último, alega este sector que las otras soluciones al respecto tampoco cuentan con base legal, o llegan a conclusiones absurdas y en algunas ocasiones injustas.

En mi opinión, esta interpretación no es aceptable, en base a los argumentos en contra que a continuación expondré y, más aún, teniendo presente que la protección urgente de los menores aboga por una actuación rápida, eficaz, que puede ser llevada a cabo por las Entidades Públicas. Además es esta postura la que carece de apoyo legal, como se puso de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la Ley.

La apreciación del desamparo y sus efectos son dos cuestiones distintas que no deben confundirse. Es decir, que el órgano competente para apreciarlo se debe determinar con independencia de las consecuencias que la situación de desamparo tenga en la patria potestad. Además estimo, que dicha apreciación sólo conlleva la suspensión de la patria potestad o la tutela, sin perjuicio de que si posteriormente lo que procede es la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, ésta sea solicitada por la Entidad pública a la autoridad judicial.

Lo único que justifica la intervención judicial es que sea el Juez el que prive de la patria potestad o remueva la tutela. Pero

la salvaguarda del artículo 170 C.c., nos llevaría a una interpretación equívoca del artículo 172 C.c., ya que los efectos son otros distintos a los de privación total o remoción. Según nosotros es la suspensión, bien de la patria potestad o de la tutela, la medida que procede.

La postura que defiende la intervención judicial, es contraria al texto legal. La Ley define el desamparo como una situación de hecho y no como el resultado de una decisión judicial. El legislador tuvo la intención de imponer nuevos criterios en materia de tutela al derogar el art.174 anterior y suprimir la declaración judicial de abandono. El desamparo provoca un estado de emergencia, que justifica que la Entidad pública intervenga inmediatamente, sin necesidad de una declaración judicial previa.

De mantenerse esa postura favorable a la intervención judicial, el Juez al declarar el desamparo podría también constituir la tutela. De ser esto así, carecería de sentido la regulación de 1987, pues dicho sistema ya fué establecido en la Ley de 1983. Además, una interpretación acorde con su espíritu impide dicha tesis, ya que, si algo parece defender la Ley, es que, con la declaración de desamparo, se produce la automática³⁴⁵ asunción de

³⁴⁵ Esta postura es defendida por LETE DEL RIO: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.734; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69 y FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 19-50 entre otros.

Discrepa CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los menores ... cit.>>, p.2, para el cual la tutela como institución jurídica, no opera con automatismo, se requiere resolución judicial.

la tutela por parte de la Entidad pública, sin necesidad de constitución formal de la tutela, ni de nombramiento de tutor. Si no carecería de sentido la automaticidad que prevé la Ley en la constitución de la tutela.

Como hemos visto, el Ordenamiento Jurídico italiano contempla la presencia garante del Juez a la hora de proteger a los menores desamparados. El Derecho italiano³⁴⁶ exige la constitución judicial en el acogimiento institucional y en el familiar, y el Juez ejerce funciones de vigilancia y control del proceso. Es éste el que declara el abandono y el estado de adoptabilidad (art.8).

Pero, frente al Ordenamiento italiano, en el que el abandono se encuentra en íntima conexión con la adopción, en la Ley 21/87 se destaca el carácter autónomo de aquél, con lo cual no es precisa la intervención judicial.

Nuestra regulación en este aspecto es más acertada que la italiana, puesto que en el artículo 172-1 C.c, se establece una vinculación entre el desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas, sin perjuicio de que quepan otras medidas de protección del menor desamparado. Ello no nos debe llevar a condicionar la aplicación y características del desamparo, y, mucho menos, determinar el órgano competente para apreciarlo en función

³⁴⁶ PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art. 4>> en "La nuova legge...cit.", p.30.

de la institución jurídica de la tutela.

Así, lo establece LLEBARIA SAMPER³⁴⁷ que afirma que "el artículo 172-1 ha confundido lo que constituye la innegable protección del menor con la institución jurídica que debía acompañar a dicho desamparo".

Por todo lo expuesto, no me parece correcta la postura que se mantiene en el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 29 de Noviembre de 1991, que obedece a los recursos interpuestos por el Letrado del Departamento de Bienestar Social y por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Gerona el 26 de Marzo de 1991.

Se cuestiona en el mismo si se trata de una tutela legal, en la que se excluya totalmente la intervención judicial o, por el contrario, si debe ser el órgano judicial quién decida si se da la situación de desamparo. El Juez a quo defiende que, en el supuesto de oposición por parte de quienes ostenten la patria potestad, sí tiene lugar la tutela legal, "dadas las circunstancias que ello implica para la patria potestad, será mediante una declaración judicial previa de desamparo". La Sala dá la razón al Juez a quo, confirmando el Auto recurrido y desestimando el recurso.

Expresamente, en el Fundamento Jurídico Cuarto, establece

³⁴⁷ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.30.

"que la declaración de que existe desamparo corresponde a la autoridad judicial, bien entendido que con ésto termina la actividad judicial, sin que tenga, ni que constituir la tutela, ni nombrar tutor, pues la tutela es por ministerio de la Ley y no por constitución judicial, y el tutor es el Departamento de Bienestar Social".

Se trata de un Auto polémico, que lleva a cabo una interpretación curiosa del artículo 172 C.c., ya que como se afirma en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1992³⁴⁸, se reducen los presupuestos de la Ley a los huérfanos, puesto que limita la aplicación de la tutela automática, exclusivamente, a los supuestos de menores nacidos como anónimos en Centros hospitalarios o abandonados si no consta la identidad de sus padres".

En la Memoria, se trae a colación dicho Auto, como ejemplo de interpretación errónea de la Ley 21/87, lo que ha motivado que la Fiscalía haya preparado el correspondiente recurso de casación, aún a sabiendas de que resulta discutible si contra dichas resoluciones cabe este recurso.

9.1.2.1- LA INDEFENSIÓN DE LOS PROGENITORES Y TUTORES.

Cuestión a su vez relacionada con el órgano competente es la

³⁴⁸ "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1992, pp. 501-502.

existencia o no de indefensión de los progenitores y tutores, al ser la Entidad pública la que declare el desamparo.

Los defensores de la intervención judicial estiman que si se atribuye dicha competencia a la Entidad pública existirá indefensión.

Por el contrario, los defensores del automatismo acertadamente consideran, por un lado, que las intenciones del legislador son buenas ya que se trata de evitar <<el tráfico de niños>>. Por otro, opinan que no hay indefensión puesto que cabe el recurso judicial a posteriori.

RUIZ-RICO³⁴⁹ afirma que el fin -evitar el tráfico de niños- no justifica los medios, y, si se deja en manos de la Entidad pública la decisión acerca de si existe o no desamparo, provocaría un alto nivel de indefensión por parte de los progenitores, surgiendo todo tipo de problemas derivados de una posterior oposición paterna o tutelar.

Por mi parte, opino que no existe tal indefensión puesto que cabe el control judicial posterior en caso de oposición. Es obvio, que no es lo mismo la existencia de un control judicial previo a la declaración de desamparo, que el que dicho control tenga lugar a posteriori, cuando ya se ha apreciado el desamparo por la Entidad

³⁴⁹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.66 .

pública y ésta se ha convertido en tutora del menor.

Tanto en un caso, como en otro, los derechos del menor quedarán garantizados. Difiere, eso sí, el momento, según se aprecien ab initio o con posterioridad. No obstante, dicho autor, tiene razón en cuanto a los problemas que conllevaría una posterior oposición por parte de los progenitores o tutores, dado que este supuesto será el que entrañe más dificultades.

PEREZ ALVAREZ³⁵⁰ considera que "la reforma del 87 arbitra cauces para posibilitar una eventual intervención jurisdiccional al fin de que pueda ser apreciada judicialmente la realidad del desamparo que, detectado previamente por la Entidad, ha dado lugar a la tutela administrativa". En estos supuestos de oposición cabrá acudir con posterioridad al Juez con el fin de que éste decida lo más adecuado para el menor.

Nos encontramos con dos intereses en juego; por un lado, el de los padres o tutores de no verse privados de la potestad sobre los menores sin procedimiento previo, y, por otro, el de los menores, que es el que prevalece tras la Reforma de la adopción, estableciéndose, por ello, que no es necesario dicho procedimiento. Es obvio que ambos intereses deben ser tenidos en cuenta.

Que no exista un control a priori, no implica que éste no

³⁵⁰ PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.141.

tenga lugar con posterioridad. Y, además, previamente la Entidad pública también habrá tenido en cuenta ambos intereses. Las diferencias estarán en que el control sea a priori o a posteriori, pero no en la ausencia absoluta de aquél.

La defensa de la actuación en un primer momento de las Entidades Públicas no es obstáculo para que, en caso de litigio, porque las personas que tengan la guarda del menor se opongan, sea el Juez el que decida si existe o no dicha situación.

La potestad de la Entidad pública sobre el menor depende de que el menor se halle o no desamparado, no pudiendo -según el sector doctrinal que defiende la intervención judicial- la Entidad pública, contra la oposición de los padres o tutores, sin ningún tipo de trámite hacerse cargo del menor. No puede apoderarse por las buenas del mismo en el supuesto de que exista una oposición por parte de las personas que hasta ese momento, han ejercido la patria potestad.

Sin embargo, estimo que la tutela automática llevaría a la protección inmediata del menor, sin perjuicio de la necesidad de dicho procedimiento en el que tiene lugar una inversión de la carga de la prueba. Serán los padres o tutores los que tendrán que probar en el correspondiente procedimiento que dicha situación no se produjo por culpa suya y que no existe una causa de suspensión de la patria potestad.

Por consiguiente, este sector doctrinal -del que discrepo- estima que hubiera sido mejor disponer expresamente un control judicial previo, a través de un procedimiento judicial sumario, lo que conllevaría automáticamente la privación de la patria potestad y de la tutela.

Lo lamentable es que el legislador no se haya pronunciado, ya que se habrían acabado todos los problemas, si al rechazar en la tramitación parlamentaria, como hizo, la intervención judicial, hubiera dispuesto expresamente que esa competencia correspondía a las Entidades Públicas.

9.2 - EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.

En esta Ley se determina el órgano encargado de apreciar la situación de desamparo.

Es apreciado por el Organismo competente -que aunque en la Ley no se establece expresamente en concreto quién es, éste es, como vimos, la Dirección General de Atención a la Infancia-, en resolución motivada que será comunicada, en un plazo máximo de dos días al Ministerio Fiscal (art.2-4).

Esta resolución, como se establece en el párrafo 4º del artículo 2º, se notifica a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares, que hayan convivido últimamente con el menor.

Incluso, se les informa tanto de sus derechos, como de los medios existentes para canalizar su oposición.

Dicha regulación -creo que bastante acertada- protege, no sólo el interés del menor, sino también el de la familia. Las personas encargadas del menor deben conocer la existencia de dicha medida³⁵¹, así como los derechos que tienen y los medios con que cuentan para oponerse, si no están de acuerdo con la medida adoptada.

La gran novedad se encuentra en el párrafo 6° del artículo 2, en el que se establece que el Juez, a petición de los padres, del tutor, del guardador, o de los familiares nombrados en el párrafo 4°, del Ministerio Fiscal o del Organismo competente, "debe confirmar o dejar sin efecto" la declaración de desamparo.

El desamparo es apreciado por el Organismo competente, pero cabe un control judicial a posteriori de la resolución administrativa.

No existe, por lo tanto, un control judicial previo. El desamparo no exige declaración judicial para ser apreciado, no ha de ser estimado a priori por el Juez. Es el Organismo competente el que aprecia dicha situación. Pero, ello no impide que, a

³⁵¹ En el artículo 172 del Código Civil no se contempla la notificación a los padres. Esta laguna legal ha dado lugar a grandes problemas, tanto a nivel teórico como práctico.

solicitud de las personas mencionadas en el artículo 2-6°, el Juez "a posteriori"³⁵² controle la oportunidad de dicha medida, confirmándola o dejándola sin efecto.

Se protegen tanto los intereses de los padres, como de los menores, puesto que son los padres o tutores quienes pueden acudir al Juez para que él decida si efectivamente nos encontramos o no ante una situación de desamparo.

Ahora bien, el texto legal hace que prevalezca el interés de los menores, lo cual justifica que el control judicial se produzca a posteriori, y que la intervención del Organismo competente sea inmediata ante una situación real o aparente de desamparo.

En las situaciones de conflicto u oposición de los padres o tutores a la medida en cuestión, cambia la situación procesal de los implicados, siendo los padres o tutores en desacuerdo los que habrán de acudir al Juez, a quien se le otorgan amplios poderes para la regulación del conflicto.

Ante una situación de desamparo, también el Organismo competente o el Ministerio Fiscal puede pedir al Juez que se pronuncie sobre el mismo. Así, entonces será el Juez, debidamente

³⁵² En este sentido ya se pronunció VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p.35. Defiende el recurso judicial a posteriori. Esto es, que sean los padres o tutores quienes acudan al Juez, para que sea él quien decida si la situación de desamparo conduce a la tutela automática o a la guarda.

asesorado, quien confirmará o dejará sin efecto la declaración de desamparo.

9.3 - PERSONAS OBLIGADAS A PONER EN CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA LA SITUACIÓN DE ABANDONO.

9.3.1 - ARTÍCULO 9, PÁRRAFOS 1° A 5° DE LA LEY ITALIANA.

El párrafo 1°, prevé la facultad por cualquiera, de señalar a la autoridad pública la situación de abandono en que se encuentra un menor de edad.

La expresión, a <<la autoridad pública>>, es excasamente significativa, más por ello mismo es sumamente genérica, comprensiva, tanto de la autoridad jurisdiccional, como de la administrativa.

En cuanto a la obligación de denunciar las condiciones de todo menor en situación de abandono, por los cargos públicos, los encargados de un servicio público, y los que desempeñen un servicio de necesidad pública, el legislador de 1983, establece una nueva regulación en esta materia. De un lado, limita la obligación de denuncia a las hipótesis en que el conocimiento venga <<en razón del cargo>> (art.9-2°). De otro, se remite en el caso de omisión de denuncia al artículo 328 C.P.(art.70-1°). De la lectura de los

artículos 9-2^{o353} y 70-1^{o354}, resulta un sistema unitario, que prevé una serie de obligaciones a cargo de determinados sujetos y al mismo tiempo establece la sanción para el caso de violación.

El problema surge, a la hora de determinar, qué significado tiene la expresión <<en razón del propio cargo>>. Según una primera acepción, se podría considerar equivalente a <<en el ejercicio de las funciones o del servicio>>, con la consecuencia de que surge una obligación de denuncia, en los casos en que el conocimiento de la noticia venga mientras el sujeto ejercita las propias funciones o el servicio. Esta es una interpretación más bien extensiva.

De ahí, que la doctrina³⁵⁵, defienda una acepción más restrictiva, que vendría a coincidir con <<a causa de las funciones o del servicio>>. Según esta interpretación, la obligación de

³⁵³ En el párrafo 2° del artículo 9 se dispone que "los funcionarios públicos, los encargados de un servicio público y quienes tengan a su cargo un servicio de pública necesidad deberán comunicar lo más pronto posible al Tribunal de Menores las circunstancias de todo menor en situación de abandono de la que tengan conocimiento por razón de su oficio".

³⁵⁴ En el artículo 70-1° se establece que "los funcionarios públicos y los encargados de un servicio público que omitan dar cuenta al Tribunal de Menores de la situación de abandono de uno de éstos, de la que tengan conocimiento por razón de su oficio serán castigados conforme al artículo 328 del Código Penal. Quienes tengan a su cargo un servicio de pública necesidad serán castigados con la pena de reclusión hasta de un año o multa de hasta 400000 liras".

³⁵⁵ MANTOVANI: <<Commentario all'art.9>> en "La nuova legge... cit.", p.60. y MANERA: "L'adozione...cit.", p.81 nos dice que <<en razón del cargo>> implica que los mismos sean propuestos institucionalmente para la asistencia a la infancia.

denuncia existe sólo en los casos en que la función o el servicio se caractericen por sí mismos, por los contenidos que les revisten, o por las exigencias que tiendan a satisfacer, por ser directamente su misión la adquisición de noticias. Así, por ejemplo, tendrían una obligación de denuncia, el médico, el psicólogo, el asistente social, que tienen como función el apoyo y la asistencia a la familia; los operadores del servicio local, en particular los asistentes sociales del menor, y más en general, todos aquéllos que institucionalmente operen en el campo del menor.

Antes de la reforma por la Ley 4-Mayo-1983, el Juez tutelar actuaba de filtro entre los sujetos con obligación de denunciar y el Tribunal de Menores. Esto era criticado por la doctrina porque suponía alargar el tiempo necesario para comprobar la situación de abandono. Ahora se establece la comunicación directa al Tribunal de Menores (art.9-2°).

El párrafo 3° prevé que "la situación de abandono puede ser también declarada de oficio por el Juez". Esta disposición es una aplicación del artículo 8, que establece que el estado de adoptabilidad puede ser declarado por el Juez y, desde este punto de vista, se puede considerar superflua, ya que, la fase de comprobación de la situación de abandono, no es una fase autónoma del camino que conduce a la declaración del estado de adoptabilidad.

En el párrafo 4° se contempla la obligación por parte de las instituciones públicas o privadas, de comunicar semestralmente al Juez tutelar, la relación de los menores acogidos en ellas, indicando las relaciones con su familia y las condiciones psicofísicas del menor.

El Juez tutelar, recibida la información necesaria, informará al Tribunal de Menores de quienes de entre los que están acogidos se encuentran en situación de abandono, especificando los motivos.

Por otro lado, a pesar de que según el artículo 9 párrafo 4°, el Juez actúe de filtro entre las instituciones de asistencia públicas o privadas y el Tribunal de Menores, hay que señalar que, un eventual envío directo de la lista de los menores recogidos al Tribunal de Menores, por parte del instituto de asistencia, no comporta un vicio del procedimiento. Más aún, si se considera, que es el propio Tribunal de Menores, el órgano al que corresponde de forma exclusiva la valoración sobre la existencia de la situación de abandono.

No reviste un significado especial, el párrafo 5° del artículo 9, el cual establece, la facultad del Juez tutelar de proceder a la inspección de las instituciones cada 6 meses y, a la inspección extraordinaria en todo momento.

9.3.2 - EN LA LEY CATALANA.

Se sigue la línea establecida en la Ley italiana. En el párrafo 3° del artículo 2 se establece que "toda persona, y en especial, quien por razón de su profesión tenga conocimiento de la existencia de cualquier maltrato a menores, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial o del Organismo competente, el cual garantizará la reserva absoluta y el anonimato del comunicante".

Toda persona está obligada a poner en conocimiento de la autoridad pública -del Juez u Organismo competente-, cualquier tipo de maltrato.

En especial, tienen la obligación de denunciar, quienes por razón de su profesión, tienen conocimiento de la situación de abandono. Tendrán esta obligación de denuncia el asistente social, el médico, el psicólogo, cuya función es el apoyo y la asistencia a la familia, los asistentes sociales del menor, y más en general, todos los que institucionalmente, operen en el campo de menores.

9.3.3 - EN LA LEY 21/87.

Nuestro legislador guarda silencio en este aspecto. No se pronuncia sobre el mismo y, por tanto, en principio nadie está obligado legalmente a denunciar la existencia de una situación de desamparo.

Ahora bien, movernos en el ámbito de la obligación moral, no es nada deseable, puesto que, a la hora de proteger al menor, es más adecuado un sistema como el italiano o el catalán, que sancionan legalmente dicha obligación³⁵⁶. No sólo cualquier persona, sino, especialmente, los que por razón de su cargo tienen un conocimiento mayor de estas situaciones.

Por tanto, estimo que cabrá la aplicación analógica del artículo 230 del Código Civil. En base al mismo existirá una obligación jurídica, ya que cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, de la autoridad judicial o de la Entidad pública, la existencia de una situación de desamparo o maltrato hacia un menor³⁵⁷.

³⁵⁶ En el artículo 27, apartado 1º, del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia, de 8 de Julio de 1993. Ministerio de Asuntos sociales. Dirección General de Protección Jurídica del Menor se dispone que "Toda persona que detecte una situación de peligro o maltrato hacia un menor, deberá comunicarlo, a la mayor brevedad posible, a los Servicios de la Administración Local más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio que precise".

Se introduce la obligación genérica de todo ciudadano de comunicar las situaciones de peligro que observe. Las denuncias se encauzan a través de los Servicios Municipales por ser los más próximos al menor. Ahora bien, esta vía de denuncia no excluye otras, como son ponerlo en conocimiento bien de la entidad pública, bien del Juez o el Ministerio fiscal.

Igualmente, en el artículo 23, apartado 1º, del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece que "Toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor lo comunicará a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise".

³⁵⁷ En el artículo 7 de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, si que se recoge esta obligación.

En el mismo se establece que "cualquier persona o entidad que tuviera conocimiento de transgresiones de los derechos del menor y,

Como vimos, el Ordenamiento italiano va más allá, e impone dicha obligación de informar a los padres y acogedores, estableciendo una serie de sanciones -a mi juicio, excesivas³⁵⁸-, en caso de incumplimiento de este deber.

10.- DISTINTOS SUPUESTOS DE DESAMPARO EN LA LEY 21/87.

Las situaciones de desamparo son muy diversas, puesto que también lo son las distintas causas que originan dicha situación. Así, un menor puede encontrarse desamparado como consecuencia de la inexistencia de padres o tutores, de un incumplimiento o inadecuado -desamparo culposo- o imposible -desamparo forzoso- ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores³⁵⁹.

en especial, de la posible existencia de alguna de las situaciones enumeradas en el artículo anterior -situaciones de desamparo-, deberá ponerlo en conocimiento del Ayuntamiento, Juzgados o Fuerzas de Seguridad del Estado.

Estas instituciones públicas darán cuenta de los hechos a la Consejería de Bienestar Social con carácter de urgencia".

³⁵⁸ Las sanciones son excesivas, puesto que la simple omisión de información al Juez tutelar por parte de los acogedores que no sean parientes hasta el 4º grado puede comportar la inidoneidad para el acogimiento familiar y adoptivo y la incapacidad para el cargo tutelar.

La omisión de la información por parte de los padres puede comportar la pérdida de la potestad sobre el hijo y la apertura del procedimiento de adopción.

Son sanciones tan graves que no deberán ser aplicadas como consecuencia directa de la omisión de información.

³⁵⁹ Mientras que la Ley 21/87 se limita a recoger el concepto de desamparo sin enumerar las distintas situaciones, éstas si se recogen en la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm.309 de 27 de Diciembre de 1994).



10.1- INEXISTENCIA DE PADRES O TUTORES.

Es este caso en el que la tutela de las Entidades Públicas se presenta como la solución ideal, ya que dichos menores no reciben ningún tipo de asistencia. Dicha situación no ocasiona ningún tipo de problema, dada la no existencia de patria potestad o tutela.

Esta falta de padres o tutores puede deberse a que se trate de menores, cuyos padres son desconocidos, o a los casos en que aquellos han fallecido, o han sido privados judicialmente de la patria potestad en causa civil o criminal o en proceso matrimonial (art.170 y 103 C.c.).

En su artículo 5 se establece que "en los términos del Código Civil, se consideran desamparo de menores aquellas situaciones de desprotección que puedan constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor".

En su artículo 6 se dispone que "se considerarán situaciones de desamparo, en todo caso valorables por la autoridad administrativa, las siguientes:

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

No obstante, en este último supuesto, habrá que distinguir si el menor tiene familiares o carece de ellos. En ambos casos, se constituye la tutela automática de la Entidad pública. Pero si tiene parientes próximos y éstos pretenden la tutela, con posterioridad se puede constituir la tutela ordinaria en favor de aquéllos, siempre que sea beneficioso para el menor, como se establece en el párrafo 2° del artículo 239 C.c., teniendo lugar la reinserción del menor dentro de la propia familia (art.172-4 Cc.).

Si dichos parientes no quisieran o no pudieran hacerse cargo del menor, o esta tutela ordinaria no fuera beneficiosa para el mismo, la solución sería idéntica a la del supuesto contemplado de ausencia de parientes.

10.2- MENOR DESAMPARADO POR CULPA DE QUIENES TIENEN LA PATRIA POTESTAD SOBRE ÉL: EL INCUMPLIMIENTO Y EL INADECUADO EJERCICIO.

La medida inmediata de protección del menor es la tutela de la Entidad pública. En los casos en los que existe un claro incumplimiento de los deberes de protección, la tutela, tal y como se establece en los artículos 172-1 y 239-1 C.c., se constituye automáticamente.

Aunque partimos de que el desamparo conlleva como efecto automático la suspensión de la patria potestad, ésto no impide que

la Entidad Publica, si es necesario, solicite al Juez la privación de la patria potestad³⁶⁰.

Pues bien, en estos supuestos de desamparo culposo - incumplimiento o inadecuado ejercicio- estaría justificada dicha medida.

Si el menor se encuentra desamparado por culpa de las personas que tienen potestad sobre él, habrá que eliminar dicha potestad y constituir otra nueva. Es evidente que el artículo 170 C.c. exige una Sentencia judicial en todos los casos de privación de patria potestad.

Partiendo del artículo 170 del Código Civil la solución correcta, según RUIZ-RICO RUIZ³⁶¹, es que el Juez declare el desamparo, y, una vez declarado, automáticamente, la Entidad Pública se erija en tutora del menor, produciéndose, al mismo tiempo, la privación de la patria potestad de los padres. Considera que "habrá que aceptar que, habida cuenta que toda privación de

³⁶⁰ El procedimiento en este caso será el declarativo ordinario de menor cuantía.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a la disposición transitoria décima>> en "Comentario a las Reformas del Derecho de Familia", Vol.II. Tecnos. Madrid 1984, p.2006 considera que la privación total de la patria potestad, exige Sentencia y no auto, por lo que no puede decidirse en jurisdicción voluntaria. En cambio, las privaciones parciales contempladas en los artículos reguladores del ejercicio de la patria potestad pueden ser decididas mediante auto judicial.

³⁶¹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69.

patria potestad exige una Sentencia judicial, según el artículo 170 C.c., también aquí será imprescindible, aunque por la vía de declarar judicialmente el desamparo".

VALLADARES RASCÓN³⁶², aunque parte del principio opuesto, es decir, defiende que la apreciación de la situación de desamparo debe ser efectuada por el tutor, quien ha de ejercer inmediatamente su acción protectora, llega, en determinados supuestos, a la misma conclusión que RUIZ-RICO. Afirma que "en caso de litigio, ya sea porque las personas que tienen la guarda del menor se opongan, ya sea porque la Entidad entiende que no existe situación de desamparo, será el Juez quién decida en definitiva, si se produjo o no dicha situación".

Difieren en el momento, ya que RUIZ-RICO aboga por un control judicial a priori, solicitando la Entidad a la autoridad judicial, con carácter previo a su intervención por desamparo, la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, y VALLADARES RASCON por un control judicial a posteriori, ésto es, que los padres o tutores acudan al Juez, para que éste decida si se produjo en realidad situación de desamparo, que lleve a la tutela automática, o sólo situación de desamparo, que lleve a la guarda.

Esto último conlleva que sea la Entidad la que fija la

³⁶² VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores...cit, p.2055 y <<Notas urgentes ...cit, p.35.

situación jurídica, siendo los progenitores los que acuden al Juez. Hay una inversión de la carga de la prueba: cuando un menor esté desamparado la Entidad puede intervenir, y serán los padres o tutores los que tengan que probar, en el proceso, que dicha situación no se produjo por culpa suya y que no existe, por tanto, causa de privación de la patria potestad.

Igualmente, GARCIA CANTERO³⁶³ considera que "quien discrepe de una valoración administrativa sobre el desamparo de un menor podrá acudir a los Tribunales ordinarios, para obtener una declaración vinculante también para la Entidad pública". Incluso, lo considera necesario dado que "el artículo 172-1 contiene peligrosos conceptos jurídicos indeterminados, tales como <<el inadecuado ejercicio de los deberes de protección>>".

Insiste el mencionado autor, en que "la disminución de garantías para los progenitores por naturaleza, explicable en algunos casos, ciertamente abusivos, puede conducir a situaciones no deseables y a una multiplicación de procesos de reclamación de la patria potestad sobre menores"³⁶⁴.

Luego, si los padres se oponen a la suspensión y asunción de la tutela por aquella, estimo que en los casos de inadecuado

³⁶³ GARCIA CANTERO: <<La Reforma del Acogimiento...cit.>>, p.20.

³⁶⁴ GARCIA CANTERO: <<La Reforma del Acogimiento...cit.>>, p.29.

ejercicio y en los de incumplimiento total, cabrá el recurso judicial a posteriori, siendo el Juez, el que decida si procede la guarda o la tutela.

Máxime cuando el inadecuado ejercicio puede obedecer a la encarcelación o toxicomanía de los progenitores, siendo factible que aquellos bien queden en libertad bien se recuperen, pudiendo el menor volver junto a ellos.

En este sentido, se pronuncia también el artículo 9 del Convenio sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y ratificado por España el 30 de Noviembre de 1990 (BOE de 31 de Diciembre de 1990), que obliga a los Estados partes a velar <<porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño>>, precisando que <<tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño>> (apartado 1).

Finaliza especificando que <<en cualquier procedimiento, entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo,

se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones>>. Es, sin duda, una norma jurídica vigente y aplicable en España, que impide cualquier interpretación del artículo 172-1, que suponga afirmar la ausencia de un control judicial. Bien sea anterior o posterior, lo que es indiscutible, es que, en caso de discrepancia, éste será necesario -puesto que lo básico es que, por uno u otro sistema, los padres también estén protegidos-.

Un sector doctrinal ha criticado severamente el artículo 172 C.c., considerando que el defender la intervención de la Administración, sin un control judicial previo, generará necesariamente, como dice VARGAS CABRERA³⁶⁵, <<consecuencias perturbadoras para la actividad tutelar y puede colocar al menor en situación de indefensión>> y lo mismo a sus padres o guardadores.

10.2.1- OPOSICIÓN DE LOS PADRES A LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO

³⁶⁵ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.661; SERRANO GARCIA: <<Comentario al artículo 172 C.c.>>, ROGEL VIDE: <<Comentario al artículo 222 C.c.>> y LETE DEL RIO: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.578, 694 y 733 respectivamente; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.61 y 65.

Hay que tener en cuenta, que en un primer momento, algunas Comunidades han asumido una tutela excluyente de la patria potestad o de la tutela ordinaria, con separación del menor de quienes ejercen ésta sin procedimiento que garantice la audiencia de éstos, contraviniendo el artículo 9-2 de la Convención de los derechos del niño, y en alguno casos, sin declarar siquiera formal y previamente la situación de desamparo, alegando que dicha tutela tiene carácter automático -entendiendo éste en un sentido muy peculiar- .

ADOPTADO POR LA ENTIDAD PÚBLICA.

Nuevamente, la Ley 21/87 no se pronuncia al respecto. Por tanto, en el supuesto de oposición de los padres a la ejecución del acuerdo adoptado por la Entidad pública, se plantean algunos interrogantes: cómo se actúa, si es preciso emplear un cierto poder coercitivo para evitar peligros al menor.

Lógicamente, si el menor ha sido abandonado en un hospital o en otra clase de establecimiento, o ha sido voluntariamente entregado por sus padres a la Entidad pública no plantea dificultad.

En cambio, si la Entidad pública tiene conocimiento de que la situación de desamparo se está produciendo en el domicilio de una persona y requerida se niega a entregar el menor, ¿puede la Entidad pública dar las órdenes pertinentes para la entrada en dicho domicilio y llevarse al menor? o, por el contrario, ¿debe acudir al Juez competente, mediante un escrito motivado, para que aquél, por medio de un Auto, autorice tal entrada con el fin de llevarse al menor, en base a lo establecido en el artículo 87 de la LOPJ?.

Por un lado, dado el importante papel que desempeñan las Entidades públicas y las numerosas facultades que se les atribuyen, podemos pensar que será la Entidad pública la que puede dar la

orden pertinente y llevarse al menor, siendo fundamental en este aspecto, la colaboración de la Policía de Menores, tanto Nacional como Autonómica, y en especial del Grupo de Menores³⁶⁶.

Nuevamente el interés del menor apoyaría esta postura, así como, la rapidez y agilidad que deben estar siempre presentes en la adopción de estas medidas. Con el fin de evitar perturbaciones dañinas al menor, la Entidad pública está legitimada para entrar en su domicilio en los distintos supuestos de desamparo ante la gravedad de la situación.

Ahora bien, no podemos prescindir de lo establecido en los artículos 18-2 CE y 87-2 LOPJ. En efecto, el problema surge cuando ante una asunción de tutela acordada por la Entidad pública, la ejecución de ese acuerdo exige la entrada en un domicilio particular, con el fin de hacerse cargo de los menores tutelados, y los padres o quienes ejerzan su guarda de hecho se oponen a su entrega.

La ejecución de ese acto exigirá la solicitud de un

³⁶⁶ Vid. al respecto la "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1992, p.499. En la misma se pone de manifiesto la buena colaboración de la Policía de Menores con los servicios administrativos y con las Fiscalías. Se señala que existen excepciones por algunas Fiscalías, "donde la Policía se niega a colaborar con la Administración para el cumplimiento de sus resoluciones, alegando que sólo obedecerán órdenes provenientes de los órganos judiciales y fiscales, con el consiguiente retraso en la adopción de las medidas, retraso muchas veces que causa perjuicios a los niños verdaderamente irreparables".

mandamiento de entrada en el domicilio acorde con lo establecido en el artículo 87-2 LOPJ³⁶⁷, autorización que debe otorgar el Juez de Instrucción. Luego la Entidad pública no podrá entrar en el domicilio del menor, para hacer efectiva la tutela regulada en el artículo 172-1 C.c., sin una orden judicial que lo autorice³⁶⁸.

Ante las situaciones con las que nos enfrentamos, es lógico que exista una urgencia para obtener la autorización, pero, en principio, sólo en los supuestos en que concurran especiales razones de urgencia, se acude al Juzgado de guardia.

En relación con este asunto, destaca la exposición que del mismo se hace en la "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado" de 1992³⁶⁹. En ella, todo un apartado, cuyo epigrafe es, "Problemas derivados de las solicitudes de entrada en domicilio realizadas por la Comisión de Tutela del Menor

³⁶⁷ En el artículo 87-2 de la LOPJ se establece que "Corresponde también a los Juzgados de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración".

³⁶⁸ En este sentido se pronuncian EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menors...cit.>>, p.195, n.36.; FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa...cit.>>, p.1873; LORCA MARTINEZ: <<La tutela <<ex lege>> o tutela de los menores en situación de desamparo>>. Actualidad Civil, Nº24, Semana 12-18 Junio 1989, p.1820 y RODRIGUEZ JORDA: <<Las Entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática>> en "El régimen jurídico de la Adopción". Diputación General de Aragón. Zaragoza 1989, p.25.

³⁶⁹ "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1992, pp. 629-633.

al amparo de lo establecido en el artículo 87-2 de la LOPJ para ejecución de acuerdos asumiendo la tutela de menores desamparados" analiza acertadamente el problema.

En la misma, entre los inconvenientes se señala que, a veces, la concesión de las autorizaciones se dilata mucho en el tiempo -con el consiguiente perjuicio para el menor-, ya que en algunos Juzgados se abre un procedimiento, con el fin de revisar minuciosamente todos los aspectos del acuerdo adoptado por la Entidad pública. No hay que olvidar la necesaria agilidad y celeridad que propugna la Ley en esta materia.

Esta manera de proceder, como se recoge en dicha Memoria, es "contraria a la ley, pues, de esta forma, se está invadiendo lo que son competencias de los Juzgados de Familia y vulnerando el espíritu del artículo 87-2 de la LOPJ y la interpretación que del mismo viene haciendo el Tribunal Constitucional, con grave lesión de la eficacia de la actuación de la Entidad pública en su función de protección de menores".

Por lo tanto, el Juez de Instrucción se limitará a constatar que se trata de una resolución administrativa adoptada por autoridad competente, así como que la ejecución de tal resolución exige la entrada en un domicilio, por parecer que las personas que tienen en su guarda al menor se oponen, de manera expresa o implícita, a la ejecución del acto y a la entrega del menor para

cumplimiento del acuerdo administrativo adoptado³⁷⁰.

10.2.2- RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DECLARATORIAS DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO.

Como antes hemos señalado, los padres o guardadores que se opongan a la resolución de desamparo, negando, por tanto, que la Entidad pública pueda adoptar alguna medida respecto al menor, pueden interponer un recurso judicial a posteriori³⁷¹.

³⁷⁰ En la "Memoria...cit." 1992, pp. 632-633 además de dichos requisitos, se ponen de manifiesto los siguientes aspectos: 1-No será preciso que siempre se oiga judicialmente a los titulares del domicilio. Dicha audiencia sólo procederá en los casos en que no conste que los titulares se han opuesto a la ejecución voluntaria del acto administrativo. Debe hacerse a la mayor brevedad posible. 2- No es preceptiva la intervención del Fiscal, sin perjuicio de que pueda intervenir. 3- Debe establecerse un plazo razonable -unos días- para la ejecución del auto, pero no un plazo rígido -unas horas- como ocurre en el ámbito penal, puesto que si el menor no estuviera en ese momento en el domicilio debería iniciarse nuevamente toda la tramitación. 4-Sería adecuado que en el propio auto, al autorizar la entrada, también se autorice -por si es necesario- el auxilio del Grupo de Menores de la Policía.

³⁷¹ Vid. Sentencia AP Sevilla de 11 de enero de 1994, (Ar.C. 45) Abril 1994, Núm.1, en la que tras oponerse el padre al desamparo se declara la inexistencia de la situación de desamparo por falta de acreditación de los malos tratos o abusos sexuales sufridos por los menores por parte del progenitor, así como por la inexistencia de la falta de asistencia material y moral.

Igualmente destaca el Auto AP Alava de 30 de Junio de 1994 (Ar.C. 1031), Octubre 1994, Núm.11, en el que se declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Consejo del Menor de Alava frente al Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Vitoria, de fecha 14-3-1994, que estimaba la demanda deducida por la madre de los menores, declarando no ajustada a derecho la asunción por parte de la meritada Entidad Pública de la tutela legal de los menores, decretando el reintegro a la demandante del pleno ejercicio de su patria potestad en relación con dichos menores y el cumplimiento por tanto de los derechos y deberes inherentes. Se estima que no existe circunstancia alguna de desamparo en el ambiente familiar por la falta de acreditación de

De nuevo, la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, no se pronuncia. Nos sorprende el hecho de que en la misma no se regulen los recursos contra las resoluciones declaratorias de las situaciones de desamparo.

Se debería haber fijado un procedimiento que garantizase que la decisión de la Entidad pública es adecuada y, por tanto, que el menor se encuentra verdaderamente en situación de desamparo. Se echa en falta un procedimiento adecuado para canalizar la oposición de los padres o guardadores a la medida adoptada.

Por tanto, en la práctica, surgen diversos problemas a la hora de determinar qué trámite procesal ha de darse a la oposición formulada por los legitimados, normalmente los titulares de la patria potestad y tutela, respecto de las declaraciones de desamparo y asunción de tutela por el Ente público.

Con frecuencia existirá una contraposición entre los titulares de la patria potestad y el menor. Sin perjuicio, de que -como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 21/87- prevalezca el interés del menor, ello no impedirá que este interés haya de conciliarse con los derechos de defensa y de una tutela judicial efectiva de quienes, por tener un interés lícito, se encuentran legitimados para intervenir y formular oposición.

los supuestos malos tratos que dieron lugar al acogimiento inicial.

Dada la materia en la que nos movemos, será preciso que dicho procedimiento sea fácil, flexible y, ante todo, rápido y de urgente tramitación, por la importancia del problema.

Una vía podría ser, considerar el recurso contencioso-administrativo como el cauce procesal más idóneo, para impugnar las resoluciones dictadas por la Administración declarando la situación de desamparo, en base a que dichas resoluciones emanan de un órgano administrativo. Sin embargo, esta vía no es la adecuada.

Hay que tener en cuenta, que esa potestad que corresponde a la Entidad pública le viene atribuida por la Ley 21/87, regulándose su ejercicio en el Código Civil (art.172 y ss. C.c.). Más interés aún, tiene resaltar que dicho ejercicio recae sobre materias como el ejercicio de la patria potestad, la protección de los derechos e intereses de los menores, la guarda y custodia de aquellos, cuyo control se atribuye por ley a la Jurisdicción ordinaria. Por tanto, al tratarse de una cuestión civil estará sometida a los Tribunales de dicho orden jurisdiccional (art.22-3° LOPJ).

La doctrina³⁷² se pronunció a favor de la aplicación de la

³⁷² Vid. VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores ...cit.>>, p.2056 y LORCA MARTINEZ: <<La tutela <<ex lege>> o tutela ...cit.>>, p.1822. En cambio, EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menors...cit.>>, pp. 196-197, aunque reconoce que en los primeros meses de vigencia de la Ley, la corriente dominante ha sido considerar como el procedimiento más idóneo, el regulado en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, que remite a las reglas de jurisdicción voluntaria, considera que cabe pensar en otros procedimientos: como el Juicio Verbal

Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, siendo ésta la práctica generalizada.

En dicha disposición se establece que "mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aplicarán las Normas de Jurisdicción Voluntaria a las actuaciones que se sigan, entre otras, para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente. En el indicado procedimiento los recursos se admitirán, en todo caso, en un sólo efecto".

En base a lo anterior, una vez notificada a los padres y al tutor la declaración de la situación de desamparo, los interesados podrán impugnarla, ante el Juez de Primera Instancia -o de Familia, donde los haya- tramitándose la impugnación como expediente de Jurisdicción voluntaria³⁷³.

(art.715-740 LEC) y las medidas provisionales en relación con los hijos de familia (art. 1910-1918 LEC).

En relación con estas medidas, descarta su aplicación a los supuestos de oposición, porque expresamente, el artículo 1880-4 LEC prevé que dichas medidas estén precisamente previstas para cuando "sus padres los tratasen con excesiva dureza o les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores". Y además, al ser provisionales, habría que esperar a que, definitivamente, a través del juicio correspondiente, se determinara lo más adecuado para el menor.

³⁷³ En el artículo 35, del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia de 8 de Julio de 1993, tras señalar, en el párrafo 1º, que las resoluciones que afecten a los menores y en especial las que declaren la situación de desamparo y consiguiente asunción de la tutela se notificarán a padres, tutores o guardadores y al fiscal, en el párrafo 3º, se señala que " En estas notificaciones se recogerá expresamente la posibilidad de ser impugnadas ante el Juez

Como argumento en contra, hay que señalar que esta disposición, según su propio texto, sólo estaría en vigor <<mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil>>. Pues bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil se modificó por la Ley de 6 de Agosto de 1984 y los términos de la disposición derogatoria de esta nueva Ley podrían hacer dudar respecto a si siguen vigentes normas procedimentales sobre cuestiones ajenas a los Títulos IV y V del Libro I del Código Civil.

de familia o donde éste no exista, el de 1ª Instancia, del domicilio de la Entidad pública, por los trámites de la jurisdicción voluntaria".

Más completa es la regulación establecida en el Borrador del Proyecto de Ley de Menores de 8 de Junio de 1994. En la Exposición de Motivos se señala que "es necesario asimismo señalar un procedimiento para los recursos que la Ley 21/87 citada no contempló. A falta de éste, en la práctica estos expedientes se ventilan por los trámites de la jurisdicción voluntaria. No obstante, parece imprescindible que una norma con rango de Ley lo señale expresamente".

En éste Borrador, en el artículo 30 se regulan las notificaciones y en el artículo 31 los recursos.

En el artículo 30 se dispone:

"Todas las resoluciones que afecten a la protección de los menores, serán motivadas explicando de modo claro y comprensible a sus destinatarios las razones de la decisión.

Las resoluciones que declaren el desamparo del menor y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, se notificarán a los padres, tutores o guardadores y al Fiscal en un plazo máximo de 48 horas.

Sin perjuicio de la notificación escrita, y siempre que sea posible, la comunicación se hará también de forma presencial, facilitando información sobre el contenido de la resolución, las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los posibles efectos de la decisión adoptada".

En el artículo 31, párrafo 1º, se establece:

"Las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, serán recurribles ante el Juez de Familia ó donde éste no exista, el de 1ª Instancia, del domicilio de la Entidad Pública por los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin necesidad de reclamación administrativa previa".

Cabe a su vez contraargumentar, como hace PEÑA BERNALDO DE QUIROS³⁷⁴, que, no obstante, sigue vigente la citada disp. tr. 10ª, puesto que, "la Reforma de 1984 no es la reforma total que preanuncia la misma disp. tr. 10ª citada, sino que es un anticipo *parcial* de ella, según confirma la E. de M. de la Ley de 1984. La repetida disp. tr. 10ª sigue vigente en cuanto disposición que no se opone a lo establecido en la L.6 Agosto 1984 (Cf. su disposición derogatoria, p.I)".

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que lo que se pide al órgano judicial es que se revoque la tutela automática declarada por la Entidad pública, su extinción. Pues bien, al ser esta tutela automática verdadera tutela, una tutela del Título X del Libro I del Código Civil, aunque tenga algunos rasgos peculiares, habrá que tener en cuenta, tanto la remoción del tutor ordinario como la extinción de esta tutela ordinaria.

Por tanto, en los supuestos de tutela hay que tener en cuenta los procedimientos previstos en la ley para esos casos, colmando

³⁷⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derecho de Familia". Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid 1989, p.264, n.141, así lo afirma, respecto a la aplicación de la disp.tr. 10ª a los supuestos en que se exige, pero no rigurosamente, la actuación conjunta de ambos cónyuges en la sociedad de gananciales y uno de los cónyuges se niega injustificadamente a prestarlo.

Igualmente, el mencionado autor, en p.532 n.63 considera que el procedimiento a seguir, en los casos de intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad es el de jurisdicción voluntaria y considera que la disp.tr. 10ª de la Ley de 13 de Mayo 1981, sigue vigente en esta materia a pesar de la disposición derogatoria de la Ley de 6 de Agosto de 1984.

así la laguna del ordenamiento, que no establece un cauce específico, para solucionar judicialmente, la oposición de los padres a la asunción por la Entidad pública de la tutela ex artículo 172-1 C.c.

El procedimiento será el de Jurisdicción voluntaria, en base a lo establecido en la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de Octubre, de Reforma del Código Civil en materia de Tutela que dispone "en tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía....*Los demas procedimientos derivados de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria*".

No obstante, EGEA I FERNANDEZ³⁷⁵, aunque reconoce que la corriente dominante considera el procedimiento más idóneo el de Jurisdicción voluntaria, estima que lo más adecuado es el Juicio Verbal³⁷⁶, por la simplificación de tramitación sin que disminuyan

³⁷⁵ EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, pp. 196-197.

³⁷⁶ En la Sentencia, antes citada, de la AP de Sevilla, de 11 de Enero de 1994, el progenitor formuló demanda en juicio verbal, contra la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal, ante el Juzgado de Primera Instancia núm.6 de Sevilla, sobre oposición a desamparo.

El Juzgado dictó con fecha 27-7-1993 Sentencia estimando la demanda, dejando sin efecto el desamparo acordado respecto de los menores, debiendo ser devueltos al padre.

las garantías de las partes.

Opina que este procedimiento ofrece más garantías que el procedimiento de Jurisdicción voluntaria, porque se trata de un auténtico proceso que se inicia con una demanda, seguido de la comparecencia de las partes y finaliza con la resolución judicial. Además, en el curso de dicho procedimiento el Juez podrá privar a los padres de la patria potestad, sin necesidad de acudir al de menor cuantía, como dispone el artículo 484 LEC.

Aunque EGEA opta por una interpretación extensiva, hay que tener en cuenta que la Ley 21/87 se remite a este procedimiento en un supuesto muy puntual, como es en materia de adopción, cuando los padres biológicos, citados sólo para ser oídos, comparezcan alegando que es necesario su asentimiento. En dicho supuesto se interrumpe el expediente y se ventilará la oposición ante el mismo Juez (art. 1827-2º LEC).

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En el Fundamento de Derecho Segundo, se pone de manifiesto que "en el acto de la vista de este recurso, por el Ministerio Fiscal se señaló, expresamente que no se insistía en la petición de nulidad de las actuaciones procesales, por considerar que no ha existido indefensión y que dicha nulidad sólo perjudicaría los intereses de los menores, que con carácter primordial se han de proteger en este proceso..., por lo que, en este caso, habiéndose tramitado la oposición al desamparo por el procedimiento del juicio verbal, y estimando que se han dado a las partes todas las garantías propias de un juicio declarativo, es claro que no cabe estimar nulos los trámites seguidos, puesto que, en definitiva, no ha existido indefensión...". Por tanto, vemos que aunque el juicio verbal no es el procedimiento adecuado, no ha lugar a la nulidad del mismo puesto que no hay indefensión.

Pues bien, hay que tener en cuenta, por un lado, que en principio las facultades que la Ley 21/87 otorga a la Entidad pública, merman, en mayor o menor medida, los derechos que el Código Civil otorga a los padres respecto a sus hijos; por otro, que las Entidades públicas actúan ex lege y automáticamente.

Ello ha ocasionado un incremento de las protestas de los padres biológicos frente a los acuerdos de la Entidad pública, aumentando los procedimientos en vía judicial, con el fin de dejar sin efectos tales acuerdos que se considera lesionan los derechos de los afectados³⁷⁷.

Ante dicho aumento de procedimientos judiciales, en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1990³⁷⁸ se pone de manifiesto que las Entidades públicas adoptan dos posturas extremas: bien, con el fin de evitar la judicialización, "siempre dan preferencia a los postulados de los padres biológicos en

³⁷⁷ Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1990, p.313. En ella se pone de manifiesto que ha tenido lugar también "un incremento de las visitas y protestas de los afectados a las Fiscalías, encargadas en virtud del artículo 174 del Código Civil de la supervisión de los acuerdos de las Entidades públicas".

Se quejan las Fiscalías de la escasez de medios, lo cual ocasiona que, cuando los padres afectados por las resoluciones de las Entidades públicas acuden al Fiscal, éste sólo cuenta con el informe remitido por la Entidad pública, por lo que, en un primer momento, sólo podrán recabar nuevos informes a la entidad, que normalmente los dará en idéntico sentido. En base a ello estamos ante un control rutinario y simbólico, pero no real.

³⁷⁸ "Memoria...cit.", 1990, pp. 314-315. Se analizan los distintos problemas que surgen en las relaciones entre las Entidades públicas y los Juzgados.

detrimento de las figuras de protección", con los perjuicios para el menor que dicha opción puede conllevar, bien, por el contrario, "mantienen a ultranza sus decisiones, dando lugar a una judicialización excesiva, quebrando la finalidad de la reforma, y duplicando los problemas que la ley trató de evitar".

Dos son los principales problemas que plantea, en la práctica, el que la impugnación se tramite como expediente de Jurisdicción voluntaria: la dilación y la inseguridad que genera.

El primero de ellos obedece a que el auto que ponga fin al expediente de Jurisdicción voluntaria es susceptible de recurso de apelación. Los recursos pueden tardar de 8 a 10 meses.

En relación con la inseguridad, viene motivada porque, en primer lugar, no queda claro si la situación que se debe mantener hasta que recaiga resolución judicial es la inherente a la declaración de desamparo, con la consiguiente separación del menor de sus padres, o si, por el contrario, el menor debe permanecer con sus padres mientras se tramita el expediente.

Este problema queda solucionado si nos atenemos a lo dispuesto en la disposición transitoria décima de la Ley 11/81, de 13 de Mayo, según la cual "en el indicado procedimiento los recursos se admitirán, en todo caso, en un sólo efecto". Por tanto, el recurso de apelación es en un sólo efecto, es decir se admite

únicamente con el efecto devolutivo por lo que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior al que dictó la resolución recurrida (art.383 LEC).

El segundo efecto, al que hace referencia el artículo 383 LEC, el suspensivo, no se produce. Este efecto es el que determina la imposibilidad de ejecutar la resolución recurrida.

Pues bien, como no se produce el efecto suspensivo, la situación que se mantiene hasta que recaiga resolución judicial es la de desamparo declarada por la Entidad pública, permaneciendo el menor separado de sus padres.

Además, atendiendo al interés del menor, y ante la gravedad de las situaciones de desamparo, parece que es más adecuado que la resolución que declare tal situación sea ejecutiva aunque fuese recurrida, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda recaer, en su caso, sobre la Entidad pública³⁷⁹.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la diversidad de criterios mantenidos por dichos Juzgados, llegando a veces a ser contradictorios.

Este problema se expone acertadamente, en la Memoria del

³⁷⁹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.66 estima que el menor debe permanecer en la Entidad Pública.

Fiscal General del Estado de 1992³⁸⁰. En la misma, se señala que "en Asturias el Juzgado de familia niega las tutelas automáticas a todo menor abandonado que no sea de padres desconocidos, exigiendo, además a la Entidad pública -Dirección General de Acción Social del Principado de Asturias- solicitar autorización judicial previa al otorgamiento de la tutela del artículo 172 C.c. Este Juzgado de Oviedo limita la aplicación de la tutela exclusivamente a aquellos casos de menores nacidos como anónimos en centros hospitalarios o abandonados, si no consta la identidad de sus padres".

Se considera la interpretación anterior "sumamente curiosa, ya que, tratando de proteger los derechos paternos, se desprotege a los menores, para quienes la Ley ha querido la máxima protección. En dicho Juzgado la balanza se inclina a favor de los padres biológicos".

En la Memoria, se alude también a Gerona, donde "uno de los Juzgados de Primera Instancia, en un auto muy elaborado resolvió que la Entidad pública no podía declarar el desamparo y asumir la tutela en los casos en que hubiera padres que se opusieran a ello (por lo que aquí también se reducen los presupuestos de la Ley a los huérfanos), ya que aquella asunción de tutela implicaba una privación de la patria potestad de los padres que sólo podía ser

³⁸⁰ Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1992, pp. 501-502.

acordada judicialmente.

A esta resolución siguieron dos en el mismo sentido que fueron apeladas, tanto por el Fiscal, como por el Letrado de la Generalitat de Cataluña. La Audiencia Provincial de Gerona ratificó el auto del Juez <<a quo>>, lo que ha originado que la Fiscalía haya preparado el correspondiente recurso de casación aún a sabiendas de que resulta discutible si contra dichas resoluciones cabe este recurso".

El Auto al que se refiere la Memoria, es el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 29 de Noviembre de 1991 que obedece a los recursos interpuestos por el Letrado del Departamento de Bienestar Social y el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº6 de Gerona el 26 de Marzo de 1991, que fue analizado por nosotros en relación con la autoridad competente para apreciar la situación de desamparo, en concreto, bajo el epígrafe 9.1.2-La autoridad judicial.

10.2.2.1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 298/1993, DE 18 DE OCTUBRE.

Precisamente, en relación con el tema anterior, tiene gran importancia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de

Octubre de 1993³⁸¹. En ella se deniega el recurso de amparo contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia num. 3 de Almería, de 17 de Junio 1991, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial de la referida capital, por Auto de 16 de Junio 1992, que desestimó la oposición formulada por la actora contra la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que acuerda, declarar al menor Javier Gutierrez García en situación legal de desamparo, asumir su tutela y promover su acogimiento familiar.

Se basa el recurso de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En cuanto a los hechos con relevancia en el presente recurso, destacan los siguientes:

1-La actora es madre soltera de un menor nacido en Madrid en Enero de 1989. La madre lo dejó en custodia a D^a M^a Dominguez Ramos, vecina de su localidad. El otorgamiento de custodia fue normalizado ante notario el 30 de Agosto de 1990. Un mes antes, una tercera persona, con el fin de informarse por cuenta de la Sra Dominguez sobre los trámites para adoptar a un menor, mencionó en

³⁸¹ Vid. STC 298/1993, de 18 de Octubre. BOE 9 de Noviembre de 1993 (Ar.TC 1993, 298).

la Delegación de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, que el menor residía con dicha señora. Por tanto, la Delegación por Resolución de 8 de Octubre de 1990 declara que el menor se encuentra en situación de desamparo, se asume su tutela, se promueve su acogimiento familiar y, cautelarmente, se ingresa al menor en un Centro público bajo la guarda de su Director.

La actora se opuso judicialmente a la decisión administrativa mediante escrito de 7 de Diciembre de 1990. El Juzgado de Primera Instancia de Almería dispuso la incoación de un expediente de Jurisdicción voluntaria por providencia de 12 de Febrero de 1991 y mediante Auto de 17 de Junio de 1992 se desestimó la oposición formulada por la actora, puesto que, quedó acreditado que el menor permanecía en el domicilio de las hermanas Dominguez, sin que se acreditara que éste sea el de la madre de la menor.

El 25 de Junio de 1991 interpuso recurso de reposición, alegando indefensión contraria al artículo 24-1 CE, ya que, para privar de la patria potestad, es necesario una Sentencia y no un Auto. Pero previo informe del Fiscal e impugnación de la Junta, mediante Auto de 15 de Julio de 1991 se rechazó el recurso de reposición.

Tres meses después interpuso recurso de apelación, solicitando que se anulasen las actuaciones, dado que, la oposición de los progenitores no se había ventilado por el Juicio Verbal

(art.1827 LEC).

La Audiencia Provincial de Almería dictó Auto de 16 de Junio de 1992, en el que se desestima el recurso de apelación y declara no haber lugar a la nulidad de las actuaciones en base a los siguientes motivos.

En primer lugar, el párrafo 1º del artículo 1827 LEC veda, prohíbe expresamente, la posibilidad de aplicar el artículo 1817, en el que se contempla la regla general por la que los procedimientos de jurisdicción voluntaria se convierten en contenciosos si algún interesado formula oposición.

En segundo lugar, que no pueden seguirse los trámites del proceso verbal, "porque no parece tener sentido el planteamiento en la jurisdicción civil de un procedimiento contencioso en que sería demandada la Administración por un actuar puramente administrativo".

Por el contrario, MENDEZ PEREZ³⁸² estima, que la vía adecuada es el juicio verbal, puesto que, "intereses tan relevantes como los aquí en juego no deben dilucidarse por la vía fácil, rutinaria y burocratizada de la jurisdicción voluntaria". Además opina que el Auto como resolución, no se adecúa para decidir

³⁸² MENDEZ PEREZ: <<La tutela de menores por las Entidades públicas y su tratamiento procesal>>, RJC, 1994-2, pp. 482-483.

cuestiones con intereses o derechos enfrentados, sino que se requiere la existencia de un proceso, siendo la Sentencia la terminación natural de éste.

Luego, en su opinión, las contiendas suscitadas en la aplicación del artículo 172-1 del Código Civil, deben tramitarse en juicio declarativo -el juicio verbal- y resolverse en Sentencia. Por tanto, la justicia ordinaria erró en el caso, al no reconocer a la demandante el proceso declarativo adecuado a su pretensión, así como el Tribunal Constitucional, que debió otorgar el amparo apreciando la falta de tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Audiencia Provincial alega que no se estaba ante un expediente de jurisdicción voluntaria previo, en el que se hubiera formulado oposición, sino "ante un procedimiento no previsto expresamente en la Ley, y en que una actuación de una Entidad pública es llevada a los Tribunales civiles y en donde se procede a aplicar las disposiciones procesales comunes en materia de protección de menores de los artículo 1825 y ss. LEC".

La demanda de amparo afirma que al denegarse la práctica de las pruebas que interesaban a la madre del menor, en base a las razones ofrecidas por la Audiencia, se vulnera el derecho de la actora a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art.24-2 CE).

Admitida a trámite la demanda, en el trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal formuló su informe el 10 de Diciembre de 1992, en favor de la desestimación del recurso, puesto que, el Juzgado de Almería, abrió el procedimiento de oposición familiar a instancia de la madre del menor, fué seguido por los trámites de la Jurisdicción voluntaria, oyéndose a los solicitantes y a la representante de la Delegación Provincial de la Consejería y se practicaron diversas pruebas, entre ellas la aportación del expediente administrativo y la comparecencia ante el Juez de la Sra Gutierrez.

El Fiscal, en relación con la demanda de amparo, señalaba, por un lado, que la recurrente no quedó marginada del procedimiento, sino que incurrió en pasividad, por lo que carece de relevancia su alegato de indefensión.

Por otro, estima que no se la han denegado injustificadamente los medios de prueba, puesto que, no propuso ninguno durante la tramitación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, y además, en el recurso de reposición no alegó dicha indefensión en base a la denegación de los medios de prueba, sino que la privación de patria potestad se produjo por Auto y no por Sentencia.

La parte actora formuló alegaciones el 14 de Diciembre de 1992, en favor de su pretensión de amparo. Señala que la Sra. Gutierrez asiste y cuida regularmente de su hijo, a pesar de que

por cuestiones laborales no puede tenerle en su compañía todo el tiempo que desearía.

Considera que ello no es causa de privación de la patria potestad, así como que la inexistencia de un procedimiento específico previsto por la Ley, la ha llevado a una situación de indefensión, por no tramitar el procedimiento como contencioso.

La Junta de Andalucía no formuló alegaciones, pero el 10 de Junio de 1993 presentó un escrito suplicando la denegación del amparo. Estima que la cuestión realmente planteada, es la infracción del derecho al proceso debido según la Ley, por lo que el amparo es improcedente.

A juicio de la Junta, cualquier solicitud posterior de los progenitores que se presente ante el órgano jurisdiccional, determina la iniciación de un expediente autónomo del instruido por la Entidad pública. El expediente judicial tiene por finalidad acreditar la inexistencia o desaparición de la situación de hecho determinante del desamparo, que a falta de regulación específica ha de quedar sometido a las disposiciones procesales comunes en materia de protección de menores de los artículos 1825 y ss. de la LEC como acertadamente, manifiesta el Auto dictado en apelación.

Vistas someramente, las posturas de las distintas partes, es preciso centrarse en la postura mantenida por el Tribunal

Constitucional.

En primer lugar, pone de manifiesto la gran importancia de los derechos en juego en el proceso civil, "tanto los del menor, como los de su madre biológica, así como los de las restantes personas implicadas en tal situación, son <<intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar>>" (Fundamento Jurídico Tercero).

En segundo lugar, destaca que no es de su competencia revisar la determinación judicial, según la cual el menor se encuentra en situación de desamparo sino que "la cuestión que han de dilucidar consiste exclusivamente en determinar si, al alcanzar su fallo, los Tribunales civiles han respetado el artículo 24 de la Constitución".

En tercer lugar, en el Fundamento Jurídico Cuarto, señala que el problema obedece a que la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los Juzgados civiles, en el cauce de un procedimiento *ad hoc*, que no se encuentra regulado por la ley de manera clara. En efecto, "ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/87, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una Entidad pública competente en materia de protección de menores entiende que un menor se halla en situación de desamparo".

Nos encontramos ante una regulación imperfecta, que ocasiona numerosos problemas en relación con el momento inicial: la constatación de si un menor se encuentra o no en situación de desamparo.

Lógicamente, como se señala en el Fundamento Jurídico Sexto, no corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de cual será el procedimiento adecuado para ventilar la oposición, puesto que, "el artículo 24 CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables". "Lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable".

En relación con la Jurisdicción voluntaria, y, en concreto, con el procedimiento de acogimiento de menores y adopción, se pone de relieve que "no es determinante que el procedimiento seguido por los Tribunales para resolver sobre los derechos de los progenitores sobre sus hijos sea singular o especializado... Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su artículo 24".

Finalmente, en relación con los motivos alegados por la actora, el Tribunal no los considera convincentes, ya que, "no puede alegar indefensión en el plano probatorio, ni privación del derecho a la prueba, quien en el proceso desenvuelto ante el Tribunal competente permanece inactivo frente a los medios de prueba aportados por la Administración en sustento de su pretensión procesal" (Fundamento Jurídico Séptimo).

En consonancia con lo manifestado por el Tribunal Constitucional, hay que lamentar, que ni en el Código Civil, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se disponga el procedimiento adecuado para que los padres biológicos o los guardadores puedan defender sus derechos. Es cierto, que en la Ley 21/87, ante todo se garantiza el interés del menor, pero ello no implica que se desatiendan los derechos que competen a sus progenitores.

La Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, aunque, lógicamente, no entra en temas procedimentales, por lo menos establece en sus artículos 7 y 8, la notificación de la declaración de desamparo, así como la posibilidad de impugnar ésta, que corresponde a las personas afectadas.

En el artículo 7 se establece que, tanto la adopción de cualquier medida, así como su finalidad y alcance, serán notificados inmediatamente a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente hayan convivido con el menor.

Derecho éste de informar a los padres que no aparece en el Código Civil, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque sí en la mayoría de las disposiciones de las Comunidades Autónomas³⁸³.

Más aún, en el artículo 8 se dispone que *"las personas a quienes se haya hecho la notificación a que se refiere el artículo 7 podrán impugnar ante la autoridad judicial la medida adoptada, sin perjuicio de la eficacia inmediata de ésta"*.

Una disposición, análoga a la anterior, se echa en falta en la Ley 21/87, que se limita a regular el acogimiento y la adopción de menores, pero no ofrece normas expresas en relación a la fase inicial, a la constatación de si un menor se encuentra o no en situación de desamparo, así como la forma en que los padres biológicos, tutores o guardadores pueden defender sus derechos.

10.3 - MENOR DESAMPARADO SIN CULPA DE QUIENES TIENEN LA PATRIA POTESTAD SOBRE ÉL.

Como a priori no se sabe si existe o no culpa por parte de los progenitores o tutores, ante la situación de desamparo del menor

³⁸³ Así, en el párrafo 2º del artículo 8, de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se establece que *"reglamentariamente se arbitrará un procedimiento sumario que habrá de finalizar mediante resolución motivada y, en el que, en todo caso, se garantizarán el derecho de audiencia de los padres, tutores o guardadores de los menores, así como el de ser informados del contenido de la resolución que recaiga en el mismo y de los recursos que procedan"*.

la Entidad pública asumirá la tutela, y luego ya se verá si hay culpa o no por parte de aquéllos.

En el supuesto de que efectivamente el menor esté desamparado sin culpa por parte de quienes tienen la patria potestad o la tutela sobre él, la medida adecuada será que la Entidad pública asuma la guarda del menor, en virtud del artículo 172-2 C.c., pero, para ello, es necesario que los padres lo soliciten y justifiquen que no pueden atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves.

El problema surge en aquellos casos, en los que existiendo los presupuestos necesarios para que tenga lugar la guarda administrativa, los padres o tutores no solicitan dicha medida - bien por ignorancia, o porque están imposibilitados para ello, o porque no quieren- ya que, como el artículo 172 C.c. no atiende a la intención de los padres, surgiría inmediatamente la tutela de la Entidad pública.

Hay que lamentar, que el legislador no tuviera en cuenta la intención de los padres y las causas que lo originan, en estos supuestos de ignorancia o imposibilidad de solicitud -accidente, enfermedad, emigración-, porque la medida adecuada es la guarda de la Entidad pública. No procede en cambio aquélla si los padres no quieren solicitarlo, puesto que, si no pueden atenderlo, deberían buscar una solución, pero no desentenderse del menor.

Hay que distinguir dos situaciones: los casos en los que los titulares de la patria potestad o la tutela, exteriorizan una voluntad de desamparar o abandonar al menor y los supuestos en los que dichos titulares se oponen a la medida adoptada por la Entidad pública.

El desamparo es una situación de hecho, con lo cual se atienden a datos puramente externos, no se valoran las intenciones, pero, en el primer supuesto, al no existir oposición por parte de los padres, el problema, en cierto modo, será menor, aunque ello no quiere decir que no sea necesario un procedimiento en el que se les conceda audiencia³⁸⁴. Basta con la opinión sin más de la Entidad pública sobre la falta de asistencia en que pueda hallarse un menor determinado, adoptada en el correspondiente procedimiento administrativo, sin perjuicio de que posteriormente tenga lugar el recurso judicial a posteriori.

Mayores problemas surgen en el supuesto de que los padres, que han sido privados de la compañía de su hijo, se opongan a la tutela de la Entidad pública, por considerar que no ha tenido lugar una causa de desamparo. La imperfección de la Ley es evidente, ya

³⁸⁴ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69 se inclina porque la situación de desamparo debe ser declarada judicialmente. VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores... cit.>>, p.2056, n.39, afirma que su posición "es intermedia: si nadie se opone a la acción de la entidad protectora, no es precisa la declaración judicial de desamparo. Si se produce oposición, la entidad deberá instar dicha declaración judicial". Considero por los motivos antes alegados más correcta esta última postura.

que no prevé un trámite de audiencia paterna ante el ente. La solución que postula la Ley es, dado el carácter automático de la tutela, que el menor quede bajo la custodia del ente, hasta que judicialmente se resuelva el asunto.

La entidad protectora puede hacerse cargo del menor, sin más trámites, contra la oposición de los padres o tutores. Ahora bien, en estos supuestos dudosos -en los que podría ser más conveniente la guarda administrativa-, la Entidad pública podría dirigirse al Juez para que éste confirme o deje sin efecto la declaración de desamparo y determine si la medida adoptada por la Entidad pública es adecuada, o si ante la imposibilidad de aquellos titulares, la Entidad lo que debe asumir es la guarda administrativa.

Debe ser tenido en cuenta el artículo 9-2 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, ratificado por España, pasando a formar parte de nuestro Ordenamiento interno, (BOE 31 de Diciembre de 1990), que establece que, si la medida adoptada supone la separación del menor de sus padres, contra la voluntad de éstos, se requiere un procedimiento en el que se ha de ofrecer <<a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones>>. Dicha medida no podrá adoptarse, sin dar audiencia a los padres del menor. Esto alude al procedimiento administrativo, el cual si es necesario, pero la Entidad pública lo aprecia sin más.


En aquellos supuestos, los padres o tutores tendrían vías para corregir la medida adoptada: solicitar al Juez que ordene la asunción de la guarda (art.158-3 C.c.). También podrían aquéllos acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria y solicitar, que en dichos supuestos, les sea devuelta la guarda.

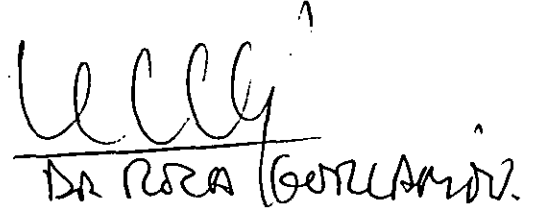
Como lo que se discute es una cuestión civil, son los Tribunales de dicho orden jurisdiccional, los que deben decidir, si existe o no situación de desamparo en caso de oposición. RUIZ-RICO señala que los padres, que todavía no han sido formalmente privados de la patria potestad, podrán acudir a la vía que les ofrece el artículo 154, in fine, recabando el auxilio de la autoridad³⁸⁵.

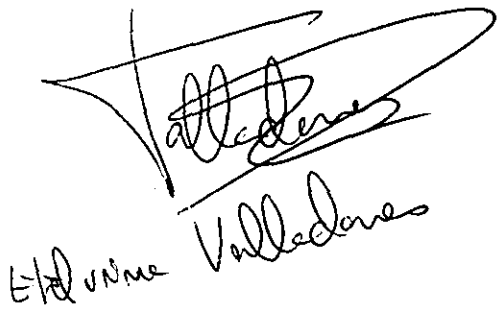
Para resolver sobre la situación del menor hasta que se dicte Sentencia, en base al artículo 158-3 C.c., puede acudirse al procedimiento de Jurisdicción voluntaria -como prevé la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981- para que se provea provisionalmente por el Juez acerca de la guarda del menor. También tendrá lugar dicho procedimiento en el caso de tutela, como establece la disposición adicional de la Ley 13/1984.

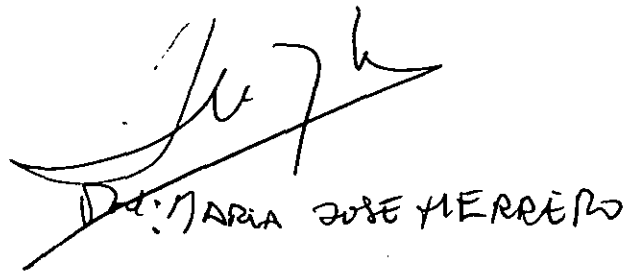
³⁸⁵ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.67.

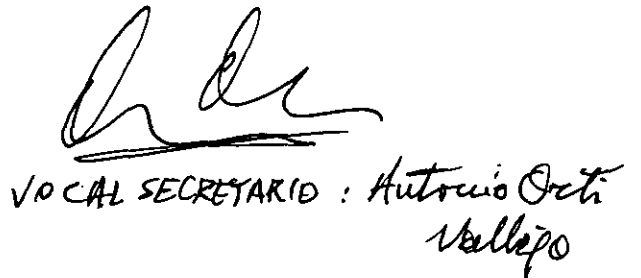
REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDA CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APTO CON LA PUNTA~~
Por unanimidad el 1 de Marzo de 1995.....


ENRIQUE RUBIO


DRA ROSA GORTÁZAR


Edouard Valledores


Dra: MARIA JOSE HERRERO


VOCAL SECRETARIO : Antonio Octi
Vallejo