

CAPITULO II

LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

11.- INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

La Ley 21/87 de 11 de Noviembre es el primer paso en una amplia operación de reforma del Derecho del menor, que trata de superar una concepción, que partía de la consideración de la protección de menores como materia propia de la Administración de justicia y casi más concretamente de naturaleza judicial. Se rompe con esa concepción tradicional. Ahora, se parte de la idea de la protección de menores como materia propia o de competencia propia de los servicios sociales de la Administración.

Dicha Ley delimita claramente las funciones jurisdiccionales y administrativas, partiendo del principio de asumir que la protección de la infancia es un problema y necesidad social, que corresponde a la Administración, administrativizando o desjudicializando la protección de la infancia en un primer momento, y limitando la intervención judicial a los supuestos en que se plantean conflictos de intereses.

Para que ésto sea realidad, en primer lugar, la Ley pone de manifiesto el papel decisivo que debe corresponder a las Entidades

públicas³⁸⁶, que, en cada Comunidad, tengan la competencia en materia de protección de menores (art.172-1 C.c. y Disposición Adicional 1^a³⁸⁷), y les reconoce la competencia en los primeros momentos, para que adopten las decisiones iniciales de protección, es decir, para estar en la vanguardia de la protección del menor.

Ello supone desjudicializar, es decir, sacar del ámbito de lo judicial y trasladar al ámbito de los servicios sociales, los escalones primarios de protección. La Ley lo consigue a través de los mecanismos de la tutela automática, que se concede ope legis a la Entidad pública, a la que corresponde en el territorio la

³⁸⁶ ARCE Y FLOREZ VALDES: <<El Acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de Noviembre de 1987>>, en RGLJ Num.5, nov.1987 p.750 dice: "creemos que esta Ley pasará a la historia por erigir en <<pieza clave de la nueva Ley a las instituciones públicas>>"; PEREZ ALVAREZ: "La Nueva Adopción". Civitas 1989, p.63 señala que "lo que caracteriza a esta Ley es que, se administrativizan en cierto sentido las instituciones de Derecho Civil que tienen por objeto la guarda de menores"; CERDA GIMENO: <<Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de Reforma de Adopción>>, R.C.D.I. Num.580, Madrid 1987, pp.759 a 761 pone de manifiesto que en otros países habían ya propugnado la "desjudicialización", muy especialmente para todas las problemáticas familiares y, en especial, para la problemática de los menores. Opta por transformar "ese postulado sistema judicial casi puro en un sistema administrativo total...".

³⁸⁷ MENDEZ PEREZ: "El Acogimiento de menores". Barcelona, 1991, p. 32, en relación con la alusión del párrafo 1º de la Disposición Adicional 1ª a "territorio respectivo", considera que "se da, un elemento competencial en virtud del cual las Entidades asistenciales deberán limitar su intervención en la materia dentro de su propio territorio administrativo, no rebasando su actuación los límites de sus propias circunscripciones territoriales; sin perjuicio del auxilio recíproco que, aunque no aparece regulado en la Ley, entendemos deberán prestarse las diversas Entidades públicas, para alcanzar una mayor eficacia en su gestión, cuando por razones de circunscripción territorial puedan crearse situaciones de hecho en las que sea precisa la cooperación de las diversas Instituciones".

protección del menor y a través de la guarda y acogimiento extrajudiciales³⁸⁸.

La novedad de la Ley es erigir en "pieza clave a las instituciones públicas", como indica su Preámbulo. El legislador nos dice que "el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones³⁸⁹", reconociendo el peligro que ello conlleva por su <<novedad legislativa>>.

La Entidad pública, a la que en el respectivo territorio corresponde la protección de la infancia, es la verdadera protagonista de la reforma, al producirse con ella la desjudicialización³⁹⁰ de las primeras etapas de protección,

³⁸⁸ En relación con el funcionamiento, en un primer momento, de los Servicios de Adopción y Acogimiento familiar, Vid. AMOROS MARTI: "Situación Actual de los Servicios de Adopción y Acogimiento familiar. 1988". Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Estudios del Menor. 1988, pp. 2 y ss.

³⁸⁹ ARCE Y FLOREZ VALDÉS: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.751 señala que el buen funcionamiento de las instituciones ha sido hasta la fecha un valor hipotético, sólo excepcionalmente acreditado.

GIL-ROBLES y GIL-DELGADO: <<El nuevo sistema de adopción>>, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N°4/1988, Julio-Agosto, p.20, señala que estamos ante una de esas oscilaciones tan frecuentes en nuestra política legislativa, puesto que, de no desempeñar ningún papel, se ha pasado, a convertir a esas instituciones "en intermediarios únicos y casi omnipotentes en la adopción de menores".

³⁹⁰ El señor LEDESMA, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Senado justificó la administrativación y la consiguiente desjudicialización que establece la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre alegando lo siguiente: en dicha Ley se parte "de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es

encomendándole, no sólo la tutela inmediata de los menores desamparados, sino también, tanto funciones de mediación en la constitución de las adopciones, como de mediación y vigilancia en los acogimientos familiares.

Tras un estudio de los distintos preceptos de la Ley se colige que las Entidades públicas tienen la tutela de los menores desamparados (arts.172-1° y 239-1° C.c.); asumirán, en su caso la guarda de los menores como establece el artículo 172-2°C.c.; deben vigilar el ejercicio de la guarda derivada de la tutela - art.172-1° C.c.- o de la guarda -art. 172-2° C.c.-, ejercicio que puede corresponder al Director del establecimiento en que el menor esté internado o a aquéllos a quienes se hubiera dado al menor en régimen de acogimiento familiar (art.172-3°C.c.); tienen competencia para decidir sobre la constitución del acogimiento administrativo y deben consentir el acogimiento judicial (arts.173-2° C.c. y 1828-2° L.E.C.); están legitimadas para promover la constitución judicial del acogimiento o su cesación (art.1828-1° y 4° L.E.C.); les compete decidir en orden a la cesación extrajudicial del acogimiento administrativo y tienen que ser oídas en los supuestos en que se promueva la cesación judicial del acogimiento (arts 173-3° C.c. y 1828-5° L.E.C.); se les atribuye,

mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración"; hay que potenciar "la actividad de los servicios sociales en el ámbito judicial" y solventar la "desconexión institucional entre el Juez que tenía que resolver y los trabajadores sociales". (Cfr.Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, 1987, num.46, p.1724).

con excepciones, competencia para iniciar el expediente de adopción por medio de la presentación de la propuesta previa -art.176-2º C.c.- pudiendo seleccionar así a los eventuales adoptantes (art.1829 L.E.C.); y es a ellas a quienes compete conceder la habilitación a las Entidades privadas colaboradoras, así como el control posterior de las mismas (disp. adic. primera).

La Ley 21/1987 otorga un protagonismo de primera línea a los entes administrativos con competencia en materia de protección de menores. Asumen ex novo potestades y atribuciones antes confiadas a los sujetos privados familiares³⁹¹. La Ley considera a las entidades administrativas, como las más preparadas para atender con rapidez y eficacia las necesidades de los menores privados de la necesaria asistencia moral o material. Se ofrece a los entes administrativos diversas posibilidades de actuación para que aborden realmente las necesidades de los menores.

11.1- ¿ CUALES SON LAS ENTIDADES PÚBLICAS ?.

Conforme a lo establecido en el párrafo primero de la disposición adicional primera: <<Las Entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las

³⁹¹ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen de la familia IV. Acogimiento y Adopción". Cuadernos Civitas. Madrid 1988, p.41 destaca que "en particular, la tutela automática de los menores abandonados atribuída ope legis a la Administración, evoca la antigua Ley de mostrencos... (de niños mostrencos, en este caso)".

leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores>>.

Al mencionar indistintamente a los entes del poder estatal, local o autonómico como Entidades públicas, se origina una indeterminación en la necesaria concreción de éstas. Ello, como manifiesta TOLIVAR ALAS³⁹², podría dar lugar a una concurrencia competencial que ocasionaría inseguridad jurídica, en relación a quién corresponde la tutela por ministerio de la ley ex artículo 172 C.c. .

No obstante, como a continuación veremos, la indeterminación relativa de la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, queda aclarada en base al desenvolvimiento legislativo en relación al reparto de competencias en esta materia. Así, el artículo 148-1-20 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de asistencia social, y en base a ella, se ha derivado la materia de protección de menores, que antes recaía sobre los Entes locales.

Quienes actualmente ostentan y ejercen de manera primordial todas las funciones relativas a la protección de menores, son las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, una función meramente

³⁹² TOLIVAR ALAS: <<Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores>>. Revista de la Administración Pública, num.124, enero-abril, 1991, p.57.

residual es la que corresponde al Estado y a los Entes locales³⁹³.

11.1.1 - ORGANISMOS DEL ESTADO³⁹⁴.

En el momento de publicación de la Ley, las competencias en materia de protección de menores, ya habían sido transferidas a las distintas Comunidades Autónomas, excepto en Baleares, Ceuta y Melilla. Al hablar de organismos del Estado, se prevé que, en Baleares, cuando se estaba gestando la Ley, todavía no se habían transferido los servicios sociales, y Ceuta y Melilla no estaban constituídas como Comunidades Autónomas, por tanto, al carecer de Entidad pública, es preciso incluir el Estado³⁹⁵.

³⁹³ Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 65 y ss.; MENDEZ PEREZ: "El Acogimiento...cit.", pp.92-93; TOLIVAR ALAS: <<Aspectos jurídico administrativos...cit.>>, pp. 48 y ss. y REBOLLEDO VARELA: <<Comentario a la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/87>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp.350-355.

³⁹⁴ En orden a los organismos del Estado, a que alude la disposición adicional primera, hay que tener en cuenta el Real Decreto 727/1988 de 11 de Julio que creó el Ministerio de Asuntos Sociales y el Real Decreto 791/1988 de 20 de Julio cuyo art. 1.1.c) establece que el Ministerio de Asuntos Sociales es el órgano de la Administración Central del Estado encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de <<protección jurídica del menor... y promoción de las instituciones de adopción y acogimiento familiar, así como las funciones que, en relación con estas instituciones corresponden a la Administración del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre>> y el artículo 5 que atribuye a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, entre otras la función de <<gestión de los Centros e instituciones de menores, que sean competencia de la Administración del Estado >>.

³⁹⁵ FERNANDEZ BERMEJO:<<El concepto de Desamparo, la Tutela automática y las Entidades públicas de integración familiar>> en "Primeras Jornadas sobre Adopción y Acogimiento familiar". Documentos de Bienestar Social, N°16, Marzo 1989, p.93.

11.1.2 - COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Esta Disposición trae su causa del artículo 148-1-20 de la Constitución, que posibilita la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. Los diversos Estatutos de Autonomía sancionaron la asunción de competencias, con carácter exclusivo, en materia de asistencia social³⁹⁶, y algunos -como los Estatutos Catalán, Vasco, Andaluz, Valenciano, Balear, Canario y La Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra- también en materia de instituciones públicas de protección de menores³⁹⁷.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han promulgado normas de desarrollo con incidencia en esta materia, bien, a través de la

³⁹⁶ En Castilla y León el Estatuto reconoce competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de Servicios Sociales y Asistencia Social (art.26-1-18 Ley Orgánica 1983, de 25 de Febrero que lo aprueba) y por Real Decreto 1112/1984 de 29 de Febrero se traspasan funciones y servicios sobre protección de menores.

Igualmente hay que tener en cuenta los siguientes artículos de los distintos Estatutos de Autonomía: 9.25 del catalán; 35.1.19 del aragonés; 31.1.p del de Castilla-La Mancha; 26.18 del de Madrid; 15.22 del de Andalucía; 31.24 del de la Comunidad Valenciana; 10.1.0 del de Murcia; 7.1.20 del de Extremadura; 29.7 del de Canarias; 10-12 del de Baleares; 10-12 del Vasco; 10.1.p del de Asturias; 22.18 del de Cantabria; 27.23 del gallego; 8.1.18 del de La Rioja, así como el artículo 44.17 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

³⁹⁷ A las "instituciones públicas de protección y tutela de menores" aluden los siguientes Estatutos: el catalán (art 9.28); el vasco (art 10.14); el andaluz (art 15.23); el valenciano (art 31.27); el balear (art 16.1.e); el canario (art 34.1.b). Así como el artículo 44.23 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

legislación autonómica, que ha regulado los servicios sociales, o bien mediante las normas reguladoras de la protección de menores y del acogimiento³⁹⁸.

El artículo 172 del Código Civil debería haber sido más preciso, ya que, por un lado, se remite a la competencia de las Comunidades Autónomas, sin tener en cuenta si están dotadas de los medios materiales, presupuestarios y humanos para asumir dicha función³⁹⁹ y, por otro, olvida que, consecuencia de esa remisión, será la existencia de tantos sistemas de protección de menores -en cierta manera diferentes- como Comunidades hagan uso de su competencia⁴⁰⁰.

Las Entidades públicas son los organismos, que, según la normativa dictada por la Comunidad Autónoma de que se trate, tengan asignada la protección de menores (Dirección General de Bienestar

³⁹⁸ En Cataluña, en un primer momento, mediante la Ley de protección de menores de 13 de Junio de 1985 y el Decreto de 9 de Mayo de 1986. Posteriormente a través de la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la Adopción. En Aragón mediante la Ley de Protección de Menores, de 14 de Diciembre de 1989 (B.O.A., num.134, 20 de Diciembre de 1989) y (B.O.E., num.5, 5 de Enero de 1990).

³⁹⁹ Vid. Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado, Madrid 1989, pp. 240, 243, 245 y 258 y Memoria...cit. 1990, p.312 en la que se pone de manifiesto la falta de medios materiales y personales de la mayoría de las Comunidades Autónomas, no pudiendo por tanto ejercitar sus competencias en materia de protección de menores con eficacia.

⁴⁰⁰ Vid. DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Tecnos. Madrid 1993, pp. 69-70.

Social, Dirección General de Servicios Sociales, Departamento de Bienestar Social...).

En Cataluña, el artículo 2 del Decreto 332/1988, de 21 de Noviembre, atribuye al Departamento de Bienestar Social, en concreto a la Dirección General de Atención a la Infancia y sus correspondientes Delegaciones Provinciales, la tutela de los menores desamparados y las demás funciones que la Ley del Estado 21/87 encomienda a la Comunidad Autónoma en esta materia.

Posteriormente, en el artículo 1 de la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, se señala que *"la Generalidad de Cataluña, mediante el Organismo que tenga atribuida esta competencia, ejerce, de acuerdo con la presente Ley y con la Ley 11/1985, de 13 de Junio, en la parte que permanece vigente, la protección sobre los menores desamparados domiciliados o que se hallen eventualmente en Cataluña"*.

En Aragón, la Diputación General de Aragón, mediante el Decreto 65/1984, de 30 de Agosto, asignó las competencias asumidas en materia de protección de menores al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, específicamente a la Dirección General de Bienestar Social y Trabajo. Posteriormente, en el artículo 24-1 de la Ley 10/89, de 14 de Diciembre⁴⁰¹, se establece que "la

⁴⁰¹ Vid. Ley 10/1989, de 14 de Diciembre (Boletín Oficial de Aragón, num.134, de 20 de Diciembre y BOE num.5, de 5 de Enero, de 1990).

Comunidad Autónoma de Aragón es la Entidad pública competente en Aragón en materia de protección de menores" y en el artículo 24-2, que "al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo corresponde el ejercicio de las competencias en materia de protección de menores atribuidas por la Ley 4/1987, de Ordenación de la Acción Social"⁴⁰².

En la Comunidad Autónoma de Madrid, hay que tener en cuenta el Decreto 49/1988, de 5 de Mayo (BOCM de 20 de Mayo de 1988) de la Consejería de Presidencia, por el que se adscriben a la Consejería de Integración Social las funciones que la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, atribuye a esta Comunidad Autónoma, señalando, en su artículo 2, que "para el ejercicio de las funciones a que se refiere el artículo anterior se crea, dependiente de la Dirección General de Bienestar Social, la Comisión de Tutela del Menor". Posteriormente, se dicta la Orden 462/88, de 25 de Noviembre de 1988, de la Consejería de Integración Social (BOCM 16 de Diciembre de 1988), determinando la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Tutela del menor en desarrollo del Decreto antes mencionado.

El Decreto 37/92 de 22 de Mayo crea el Instituto Madrileño de

⁴⁰² Acerca de la Ley 10/1989, de 14 de Diciembre, vid. TENA PIAZUELO: <<Instrumentos de la protección de menores de la Ley Aragonesa de 14 de Diciembre de 1989>>, RDP, Julio-Agosto, 1993, pp. 685-721 y SERRANO GARCIA: <<Aspectos civiles de la Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de Diciembre, de protección de Menores>>, Revista Jurídica de Navarra, Julio-Diciembre, 1991, N° 12, pp.14-42.

Atención a la Infancia (BOCM, num 130 de 2 de Junio de 1992), adscribiéndose al mismo el personal de la Consejería de Integración Social. Corresponde a dicho órgano, entre otras funciones, "ejercer las competencias que a la Comunidad de Madrid corresponden en materia de protección de menores" (art. 3-d). En su Disposición Adicional Primera, se señala que se integran en dicho Instituto, entre otros, la Comisión de Tutela del Menor. Por último, en la Disposición Derogatoria, se menciona que queda "derogado el artículo 2º del Decreto 49/1988, de 5 de Mayo, en lo relativo a la dependencia de la Comisión de Tutela del Menor.

En Andalucía, el artículo 1º del Decreto 281/1988, de 13 de Septiembre (BOJA, num. 78 de 7 de Octubre de 1988), por el que se establecen las medidas para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre, se señala, en el artículo 1º, que la Entidad pública, competente en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es "la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Salud y Servicios Sociales" y, en el artículo 4, se establece que la ejecución de las distintas funciones corresponde al Director Gerente y a los gerentes provinciales del Instituto Andaluz de Servicios Sociales. Igualmente, para el desarrollo de las funciones se constituye un equipo técnico de ámbito provincial en cada una de las Gerencias Provinciales del Instituto Andaluz de Servicios Sociales (art. 5-1).

Posteriormente, el Decreto de la Comunidad Autónoma de

Andalucía 287/90, de 21 de Septiembre, crea la Dirección General de Atención al Niño, con las correspondientes Delegaciones Provinciales en todo su territorio.

En Extremadura, en el artículo 1 de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores⁴⁰³, se establece que "en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la entidad pública competente en materia de atención y protección de menores es la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social".

11.1.3 - ENTIDADES LOCALES.

Cada Comunidad generará una legislación en la que decidirá si va a ejercer la tutela en régimen de monopolio exclusivo o va, a su vez, a conceder determinadas competencias a las entidades locales. Las Corporaciones Locales están a resultas de la legislación autonómica⁴⁰⁴.

Mientras no legislen en el orden de las entidades locales, cabe considerar fundamentalmente a los Municipios, en cuanto tienen atribuída legalmente competencia para la <<prestación de los servicios sociales y de promoción y de reinserción social>>

⁴⁰³ Vid. BOE núm.309, de 27 de Diciembre de 1994.

⁴⁰⁴ Vid. al respecto TOLIVAR ALAS: <<Aspectos jurídico-administrativos...cit.>>, pp.57 y ss.

(art.25-2, letra k, de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de Abril de 1985); y, de forma complementaria, a las Provincias, en base a la competencia que les viene dada en orden a <<asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal>> (art.31-2, letra a, de la citada Ley de Bases).

Las Diputaciones también tienen competencias (disposición adicional segunda de la Ley de Bases). Pero, mientras que no legislen las diversas Comunidades Autónomas, en dicha disposición se prevé la subsistencia de las competencias existentes a la entrada en vigor de esta Ley, es decir de la Ley de Bases de Régimen Local.

No obstante, dado que en la Ley de Bases de 1985 se opta por dejar que sean las Comunidades Autónomas, a través de su legislación propia, las que determinen las competencias a asignar o delegar en las Diputaciones Provinciales, los Entes locales en materia de protección de menores ya no tendrán unas competencias atribuidas con carácter previo, sino que ello vendrá determinado por el régimen autonómico.

Luego, las entidades locales no tendrán la potestad de asumir la tutela automática, la cual corresponde al Organismo de la Comunidad Autónoma que tenga asignada la protección de menores. Ahora bien, la gestión de la guarda la puede ejercer activamente a

través de los Ayuntamientos o Diputaciones.

En efecto, los distintos organismos con competencia en materia de protección de menores -la Consejería de Integración Social en Madrid⁴⁰⁵, la Dirección General de Atención a la Infancia en Cataluña⁴⁰⁶ - pueden establecer convenios con las entidades locales competentes. Si existen entidades pertenecientes a la Administración local, aquéllas podrán llevar a cabo el ejercicio de la tutela, atribuída a las Entidades públicas, así como cualesquiera otras funciones de colaboración con aquéllas.

En cambio, los Ayuntamientos tendrán un papel importante en

⁴⁰⁵ En la Disposición Adicional Segunda del Decreto 37/92, de 22 de Mayo, por el que se crea el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia (BOCM, num.130, de 2 de Junio de 1992) se modifica la Disposición Final Primera del decreto 121/1988 de 23 de Noviembre (BOCM de 16 de Diciembre de 1988) regulador del Procedimiento de Constitución y Ejercicio de la Tutela y Guarda del Menor y en base a la misma "Los Acuerdos de la Comisión de Tutela del Menor serán ejecutados:

1- por el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia (antes correspondía al Servicio Regional de Bienestar Social y a los Centros de Menores dependientes de la Consejería de Educación).

2- por las Corporaciones Locales, en virtud de convenios de colaboración con la Consejería de Integración Social.

3- por Instituciones privadas, gestoras de servicios de atención a menores, concertados con la Consejería de Integración Social".

Como vemos las Corporaciones locales si existe dicho convenio "ejecutarán" los Acuerdos de la Comisión de Tutela, siendo sólo ésta la que asume la tutela automática, mientras que las Corporaciones locales colaborarán en el ejercicio de aquélla.

⁴⁰⁶ En el artículo 8 del Decreto 380/1988 de 1 de diciembre, que amplía las competencias y estructuras de la Dirección General de Atención a la Infancia, establece que dicho organismo podrá establecer convenios con las entidades locales competentes titulares de establecimientos de atención a la infancia y adolescencia.

funciones de asistencia primaria, informando, orientando y asesorando al menor y su familia, así como llevando a cabo actividades de prevención de situaciones de alto riesgo social⁴⁰⁷.

Hay que tener en cuenta que, la disposición adicional primera, apartado 6º, de la Ley 21/87, atribuye al Ministerio de Justicia la función relativa <a la coordinación con fines de información y colaboración, estadísticas y relaciones internacionales>>, con la obligación de las Comunidades Autónomas de facilitar los datos necesarios.

Tras el Real Decreto 727/1988, de 11 de Julio, por el que se crea el Ministerio de Asuntos Sociales, y el Real Decreto 791/1988, de 20 de Julio, por el que se establece su estructura orgánica, las funciones encomendadas, al Ministerio de Justicia por la disposición adicional primera, corresponden ahora al Ministerio de Asuntos Sociales y más en concreto a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor. El art.5-c) del Real Decreto 791/1988, de 20 de Julio, establece que la Dirección General de Protección Jurídica del Menor desarrolla funciones de <<coordinación con fines informativos y de colaboración, la estadística y las relaciones internacionales, en materia de adopción y acogimiento familiar, sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores>>.

⁴⁰⁷ Vid. entre otros, art. 25 de la Ley Aragonesa de 14 de Diciembre; arts. 11 y 12 del Decreto de la Comunidad de Castilla y León 57/1988 de 7 de Abril.

11.2 - LAS ENTIDADES COLABORADORAS.

Junto a los organismos mencionados anteriormente, también podrán intervenir <<sólo en funciones de guarda y mediación, con las limitaciones que la Entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices inspección y control de la autoridad que las habilite>>, las denominadas <<instituciones colaboradoras de integración familiar>>.

La atribución de competencias a Entidades públicas no conlleva la exclusión de una eventual intervención de instituciones privadas en el ejercicio de las funciones previstas por la Ley de 11 de Noviembre de 1987. El párrafo 2º de la Disposición Adicional 1ª posibilita la participación de "Asociaciones y Fundaciones no lucrativas"⁴⁰⁸, éso sí, previa habilitación como instituciones colaboradoras de integración familiar. Esta habilitación es otorgada por las Comunidades Autónomas, según el párrafo 2º de dicha Disposición. Se deduce a sensu contrario que ni el Estado, ni las entidades locales pueden habilitar entidades privadas colaboradoras⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Como se señala en la Disposición Adicional Primera, las Asociaciones y Fundaciones son normalmente no lucrativas.

⁴⁰⁹ Discrepa de esta solución SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen de la familia IV...cit.", p.44 ya que estima que "dicha conclusión resulta chocante y no parece acorde con el actual Ordenamiento jurídico español". Idéntica opinión es la mantenida por DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.54 n.49.

¿Quiénes pueden ser instituciones colaboradoras? Atendiendo al párrafo 2º de la Disposición Adicional primera, pueden serlo aquellas Asociaciones o Fundaciones, que reúnan los siguientes requisitos: que estén válidamente constituídas, que su fin sea la protección de menores, y que "dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas"⁴¹⁰. Sobre este último requisito, no hay que olvidar que la muchas de estas Entidades colaboradoras dependerán para su subsistencia de las ayudas y subvenciones de los organismos públicos.

Pero la Reforma no establece una equiparación en orden a la titularidad de funciones entre las Entidades públicas y las instituciones privadas. El párrafo 2º de la Disposición Adicional 1ª únicamente permite la intervención de las instituciones privadas en el ejercicio de dichas funciones. El párrafo 3º de la mencionada disposición sólo permite el ejercicio por las instituciones privadas de las funciones de guarda y mediación, bajo la vigilancia y control de la Entidad pública competente.

Por consiguiente, no podrán apreciar la situación de desamparo de un menor, ni ostentar la tutela de dicho menor,

⁴¹⁰ En el artículo 32-1 de la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, se exige a las asociaciones, fundaciones u otras Entidades no lucrativas, que en sus estatutos o reglas, figure como finalidad la protección de menores, y que dispongan de la organización y estructura suficientes y de los equipos técnicos pluridisciplinarios necesarios para cumplir su función.

careciendo de cualquier iniciativa y autonomía, ya que sólo intervendrán en la aplicación de la medida dictada por la Entidad pública. Lo importante y que hay que destacar es que no declaran el desamparo ni asumen la tutela de los menores desamparados, que es la materia objeto de este trabajo. Quedan pues al margen.

Esto lleva a REBOLLEDO VARELA⁴¹¹ a estimar que, aunque el propio legislador las admite, las trata con un cierto recelo, no sólo porque imponga "una preceptiva habilitación previa sino también exigiendo unos requisitos de dotación y disponibilidad de medios económicos y personales ciertamente rigurosos que evitarán su proliferación, además de establecer un efectivo y radical control administrativo".

Igualmente, SANCHO REBULLIDA⁴¹² considera que "en cierto modo, en este caso, se aplica el principio de subsidiariedad pero al revés: la iniciativa privada actúa sólo donde la Administración no llega". En efecto, es la Entidad pública la que aprecia que un menor está en situación de desamparo, la que adquiere la tutela por ministerio de la Ley o la guarda, y la que establece cual es la situación más conveniente para el menor. Ahora bien, si no tiene un establecimiento donde cuidar y formar al menor, entonces habilita como institución colaboradora a una institución privada, que cuente

⁴¹¹ REBOLLEDO VARELA: <<Comentario a la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/87>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 356 y ss.

⁴¹² SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.44.

con los medios y equipos necesarios⁴¹³ -de los que la Entidad pública habilitante carece-. Esa institución privada colaboradora queda sujeta a las directrices de la Entidad pública que la habilite, así como a la inspección y control de dicha autoridad, puesto que puede deshabilitarla, si deja de reunir los requisitos exigidos o infringe las normas legales en sus actuaciones (párr. 5° disp. adic. 1ª).

Por tanto, opina el mencionado autor que "la abnegación que se espera de las instituciones privadas desborda la beneficencia, que ha de figurar en sus estatutos"⁴¹⁴.

PEREZ ALVAREZ⁴¹⁵ va más lejos, y opina que "es la figura de la delegación, la que permite explicar el cometido que se asigna a las instituciones privadas". Partiendo de la figura de la delegación, afirma que lo que hace la reforma de 1987 "es una reserva de titularidades a favor de las Entidades públicas y una eventual transferencia del ejercicio de algunas de dichas funciones a las instituciones privadas".

⁴¹³ MENDEZ PEREZ: "El acogimiento...cit.", p. 120, señala que una de las razones que indujo al legislador a introducir esta figura podría ser los relevantes servicios que, con vocación desinteresada y filantropica, han venido prestando desde siempre las instituciones eclesiásticas y privadas de beneficencia en el ámbito de la protección de menores.

⁴¹⁴ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.45.

⁴¹⁵ PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", pp. 71-72.

La habilitación y el control de las instituciones privadas obedece, como se justifica en la Exposición de Motivos, a impedir el tráfico de niños. Nuevamente, SANCHO REBULLIDA⁴¹⁶ discrepa, ya que "la justificación invocada es solución excesivamente radical para una lacra social insuficientemente constatada en sus reales proporciones....".

También FERNANDEZ ALVAREZ⁴¹⁷ pone de manifiesto que uno de los aspectos negativos de la Ley es "la actitud de radical desconfianza que adopta respecto a la iniciativa privada".

Atendiendo al fin señalado anteriormente, la Disposición Adicional impone, como afirma SANCHO REBULLIDA⁴¹⁸, "el monopolio público y el procedimiento inquisitivo para la habilitación". Así, en el párrafo 4º de la Disposición Adicional Primera, se señala que "*ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones*". Luego es la habilitación de estas entidades privadas la única excepción al monopolio administrativo en relación con la guarda y acogimiento de menores.

⁴¹⁶ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.42.

⁴¹⁷ 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>> R.G.D., 1989, num 535, p.1864.

⁴¹⁸ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.45.

12.- LA ATRIBUCIÓN DE FACULTADES A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN EL DERECHO COMPARADO.

12.1- LOS PODERES TUTELARES DEL INSTITUTO DE ASISTENCIA EN LA LEY ITALIANA 184/1983.

En el artículo 3, párrafo 1º, se regula el acogimiento del menor en una institución asistencial en los siguientes términos: *"El instituto de asistencia público o privado ejercitará los poderes tutelares sobre el menor recogido o asistido siguiendo las normas del Capítulo I, Título X, Libro I del Código Civil⁴¹⁹, 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 de la tutela sea impedido. Al instituto de asistencia corresponden los poderes y las obligaciones de la persona que acoge al menor ex artículo 5".*

En base a dicho precepto, las instituciones asistenciales ejercerán ope legis los poderes tutelares sobre el menor acogido.

Como ya vimos, el legislador considera más idóneo el acogimiento familiar. Sólo está permitido el acogimiento del menor en un instituto asistencial cuando aquél no sea posible.

⁴¹⁹ En el Capítulo I del Título X del Libro I del Código Civil se regula la tutela de los menores y comprende los artículos 343 a 388.

Por otro lado, el acogimiento institucional tiene lugar en los supuestos de imposibilidad de ejercicio de la patria potestad o de la tutela, a pesar de que exista alguna persona obligada a cuidar al menor, así como en aquellos otros casos en que el menor no tenga padres, o no tenga nombrado tutor, ni se prevea nombrarlo.

En cuanto al primer párrafo del art.3º, hay que destacar la diversidad de los poderes y funciones que la ley atribuye al instituto de asistencia público o privado sobre el menor recogido o asistido.

Al instituto de asistencia, se le concede el poder tutelar, regulado en el Capítulo I del Código Civil, a que se refiere el art.3. Dichos institutos son titulares de amplios poderes, respecto de los menores acogidos o asistidos en ellos, puesto que, junto a los correspondientes, tiene, además, los que el art.5 establece para el acogimiento familiar.

En el art.3 se regulan los deberes y la competencia de la institución, respecto del menor con un contenido distinto al de los arts. 4 y 5, que se refieren al acogimiento familiar. Cada uno de estos preceptos impone a guardadores o cuidadores temporales deberes distintos, según sean instituciones públicas o privadas, o personas y familias.

En dicho precepto se alude al ejercicio de los poderes

tutelares, en vez de a la tutela. No obstante, se trata de una cuestión terminológica, siendo equivalentes aquellos poderes a la tutela.

Cuestión distinta es que la Ley italiana no contempla una auténtica tutela, sino el ejercicio de dichas funciones tuitivas, un híbrido acaso entre tutela y acogimiento.

En efecto, el art.3 de dicha Ley dispone que "el instituto de asistencia público o privado ejercerá las funciones tutelares sobre el menor acogido (ricoverato) o asistido (assistito)...". La clave reside, de un lado, en el término <<ejercerá las funciones>>, lo cual es indicativo de que no asume la titularidad de dichos poderes, sino que sólo los ejerce.

De otro lado, hay que fijar la atención en los distintos términos <<acogido>> y <<asistido>>, en tanto en cuanto, subraya la distinta naturaleza de los poderes y de las funciones, que la Ley atribuye al instituto de asistencia público o privado⁴²⁰.

⁴²⁰ En el mismo sentido PERLINGIERI: <<Commentario all'art.3>> en "La nuova legge...cit.", p.26 nos dice que <<al instituto se atribuye automáticamente los poderes y obligaciones del afidatario. Al mismo instituto se le reconoce también el ejercicio de los poderes tutelares. La atribución de una u otra función depende de la subsistencia de unos precisos presupuestos: el 1° consiste en la ausencia de nombramiento de tutor; el 2° también en presencia del nombramiento de tutor, consiste en que el ejercicio de la potestad de los padres o de la tutela sea imposible. La simple presencia de los padres titulares de la patria potestad o del tutor no son suficientes para excluir el ejercicio de las funciones tuitivas del instituto sobre el menor acogido>>.

Para comprender la esfera de operatividad de tal deber, hay que precisar qué se entiende por impedimento para el ejercicio de la potestad o de la tutela. Por impedimento para el ejercicio de la potestad de los padres se debe entender, en el artículo en examen, no sólo la ausencia de la titularidad o la exclusión formal del ejercicio, sino también cualquier hecho que impida temporalmente el ejercicio del deber.

La atribución automática de los poderes tutelares al instituto es provisional, y representa un régimen modificable, no tanto por la intervención del Juez tutelar, que puede nombrar un tutor, como por estar condicionado a que se mantenga el presupuesto de la falta de ejercicio de la potestad de los padres o del tutor, que en cualquier momento puede desaparecer.

El instituto ejercita ope legis los poderes tutelares en la hipótesis descrita. El Juez tutelar puede nombrar tutor al mismo instituto, como prevé el art.354 C.Civile⁴²¹.

Los poderes tutelares atribuídos al instituto deben tender a asegurar la mayor defensa de los intereses del menor, bajo la dirección y el control del Juez tutelar.

⁴²¹ En el artículo 354 del C. Civile se establece: "La tutela de los menores, que no tengan en el lugar de su domicilio parientes conocidos o capaces de ejercitar el oficio de tutor, puede ser deferida por el Juez tutelar a un ente de asistencia donde tenga el menor su domicilio o al hospicio en que esté aquél recogido. La administración del ente o del hospicio delegará en uno de sus propios miembros el ejercicio de las funciones tutelares".

Del examen del párrafo 1° del art.3 se distinguen las dos funciones atribuídas al instituto: la constante de acoger al menor, que justifica la atribución al instituto de la potestad de acoger, y la eventual de tutor, fundada en la Ley o en el explícito procedimiento del Juez tutelar. Esta última se justifica en la ausencia de un tutor o en la falta de ejercicio de la potestad de los padres o tutor⁴²².

Por último, en el párrafo 2° del artículo 3 se contemplan los límites y condiciones al ejercicio de las potestad de los padres, al establecer: "*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*". Se considera el caso en el que los padres <<reanuden el ejercicio de la potestad>>. Se trata obviamente de la hipótesis en la que los padres son titulares de la potestad y reanudan el ejercicio cuando desaparecen los presupuestos que motivaron la atribución de los poderes tutelares reconocidos en la Ley al instituto. De aquí la obligación del instituto de pedir al Juez tutelar que fije <<eventualmente límites o condiciones a tal ejercicio>>.

El imperativo <<debe>> está justificado en base a la tutela de los intereses del menor. La presencia del Juez tutelar está para garantizar que la manifestada voluntad de reanudar el ejercicio de

⁴²² Vid. PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: "L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina". Quaderni della Rassegna di diritto civile. Milano 1984, pp. 34-41.

la potestad por los padres es seria.

12.1.1-LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN INTERES DEL MENOR DEL
ARTICULO 10.

En el artículo 10-2, se contempla que, desde la apertura del procedimiento para la declaración de abandono hasta que se acuerde el acogimiento preadoptivo, el Tribunal de Menores podrá acordar, también de oficio, las medidas provisionales que considere adecuadas para el menor⁴²³.

Las medidas provisionales son dispuestas por resolución, que puede ser modificada o revocada por parte del mismo Juez, que la ha pronunciado.

La lista de medidas provisionales, que contiene la norma, es meramente indicativa, ya que el Juez tiene amplia discrecionalidad para intervenir en el modo que considere oportuno, aunque tal competencia debe ser usada con cautela. Así, aunque en el artículo 10-2 se enumeran algunas medidas, en el mismo también se dispone que el Tribunal "podrá acordar toda medida provisional que beneficie al menor".

Entre las medidas provisionales no se alude al acogimiento

⁴²³ Vid. UBALDI: <<Comentario all'artículo 10>> en "La nuova legge....cit.", p.65.

del menor en un instituto idóneo. La Ley está orientada en el sentido de un alejamiento de la idea de la institucionalización como primera alternativa a la familia de origen, y defiende una concepción de relaciones de colaboración interfamiliares; aunque es posible que el Juez, en el ámbito de su valoración discrecional, adopte como medida temporal el de acogimiento en un instituto, sin embargo, tal solución no es privilegiada por el Ordenamiento.

El art.10 ejemplifica como medida provisional la suspensión de la patria potestad o del ejercicio de las funciones del tutor y el nombramiento de un tutor provisional⁴²⁴.

La suspensión de la patria potestad comporta la suspensión temporal de todo derecho y de todo poder conferido por la misma potestad, mientras se mantienen todos los deberes propios de los progenitores.

Siendo un pronunciamiento grave en las consecuencias, sólo deberá ser utilizado en esta fase preliminar del procedimiento, con extrema cautela y ante la urgente necesidad de tutela de los intereses del menor.

La potestad debe ser suspendida cuando el mantenimiento de la

⁴²⁴ Es más, en el párrafo 6º del artículo 10 -como en otros muchos artículos de la Ley que nos ocupa-, se alude a la posible aplicación de los artículos 330 y ss. del Código Civil, artículos que disciplinan la suspensión y limitación de la patria potestad.

misma agrave la situación de abandono del menor⁴²⁵.

En cuanto a la suspensión del ejercicio de las funciones del tutor, se debe usar la misma lógica adoptando el pronunciamiento cuando el ejercicio de las funciones conlleve respecto al menor un daño ulterior en relación a la situación de abandono ya presente.

En el caso de suspensión de la potestad de los padres o de la tutela, el Tribunal debe proceder directamente a nombrar el nuevo tutor.

Las medidas provisionales en interés del menor son adoptadas por el Tribunal, que dispondrá en Cámara de Consejo (art.10-5°). Pero, en caso de urgente necesidad, cuando exista un peligro inminente de grave daño para el menor, las medidas podrán ser adoptadas por el Presidente del Tribunal de Menores o por un Juez por él delegado (art.10-3°). En este caso, el Tribunal de Menores debe confirmar, modificar o revocar las medidas en el plazo de 30 días (art.10-4°).

Para mayor seguridad, el Tribunal dispondrá sobre las medidas provisionales en resolución motivada, después de oídos el Ministerio Público, los padres, el tutor, el representante del instituto en el que el menor es acogido o la persona a la que es

⁴²⁵ Vid. Cass. 6 Febrero 1993, n° 1502, Dir. Fam. Pers., 1993-3, pp. 505-512.

confiado y después de tener en cuenta <<toda otra información idónea>> (art.10-5º). La expresión usada en la norma se interpreta en el sentido de que el Tribunal puede disponer que es necesario oír a otras personas distintas de las mencionadas y tener en cuenta cualquier información, con el fin de tener un conocimiento lo más completo posible sobre la situación del menor.

También debe ser oído el menor, que ha cumplido 12 años, y, si es oportuno, aunque el menor sea de edad inferior. Ello viene dado por la tendencia general de atribuir a la personalidad y a la voluntad del menor un valor preeminente.

Adoptadas dichas medidas, es necesario comunicarlas al Ministerio Fiscal y a los progenitores.

12.2 -LAS FUNCIONES TUTELARES EN LA LEY CATALANA 37/1991, DE 30 DE DICIEMBRE.

12.2.1-CONCEPTO.

En el artículo 3, párrafo 1º, se establece un principio básico: ante una resolución de desamparo, surge inmediatamente la responsabilidad del Organismo competente, que tenga la competencia de menores para asumir automáticamente las funciones tutelares sobre el menor.

Se trata de una regulación parecida a la del Código Civil, ya que el Organismo competente asume "las funciones tutelares" sobre el menor, diferenciándose en los términos empleados -funciones tutelares en vez de tutela-, pero ambos son equivalentes. La Ley catalana difiere de la italiana⁴²⁶, en que ésta última no contempla una auténtica tutela, sino el ejercicio de dichas funciones tuitivas, un híbrido acaso entre tutela y acogimiento.

Así, pues, el artículo 3, párrafo 1º, de dicha Ley dispone que "*la resolución de desamparo por las causas determinadas en el artículo 2 comporta la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor....*". La clave reside en el término <<asunción automática de las funciones tutelares>>, indicativo de que el Organismo competente asume la titularidad de dichos poderes, y no de que sólo los ejerce.

Esta atribución automática de los poderes tutelares al Organismo competente es provisional y representa un régimen modificable, ya que está condicionado a que se mantengan los presupuestos que se señalan en dicho artículo.

12.2.2- SUPUESTOS EN QUE DICHA MEDIDA TIENE LUGAR.

⁴²⁶ En efecto, el artículo 3º de la Ley 4-Mayo-1983, Nº 184 establece: "El instituto de asistencia público o privado ejercerá las funciones tutelares sobre el menor recogido o asistido....". El término <<ejercerá las funciones>> nos indica que no tiene la titularidad de dichos poderes, sino que sólo los ejerce.

En el artículo 3 se describen los casos en los que el Organismo competente asumirá las funciones tutelares:

1-mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias.

2-hasta que el menor no sea adoptado.

3-entretanto no sea reintegrado a quien tenga la patria potestad o la tutela del mismo.

4-mientras no se emancipe,

5-o no llegue a la mayoría de edad.

En los dos primeros supuestos se contemplan las situaciones en las que el menor no tiene padres o no tiene nombrado tutor. En estos casos el Organismo competente asume las funciones de asistencia, en tanto se inician los trámites para la constitución de la tutela o de la adopción del menor.

El caso tercero tiene lugar cuando existen progenitores que ejercen la patria potestad o tutor, es decir, cuando exista alguna persona obligada a cuidar al menor, pero haya una imposibilidad de ejercicio de la patria potestad o de la tutela. El Organismo asume las funciones tutelares mientras dure esa imposibilidad, las cuales cesan en el momento en que el menor pueda ser reintegrado junto a sus padres o tutor.

Del análisis de estas situaciones se deduce que la atribución automática de las funciones tutelares es provisional. Su duración

depende de que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 3. Prueba de ello es el término "mientras no se proceda...".

Es una asunción de funciones automática, pero transitoria, ya que cesará en el momento en que se constituya la tutela, se adopte al menor, se reintegre en su núcleo familiar, se emancipe o sea mayor de edad.

12.2.2.1.-EL DERECHO DEL MENOR A CRECER EN EL SENO DE UNA FAMILIA.

En el Preámbulo de la Ley se establece en primer lugar este derecho del menor. De esta ubicación se infiere la importancia del mismo, que tiene un gran valor en la interpretación de la Ley⁴²⁷.

Se garantiza el crecimiento del menor en un ambiente familiar -sea éste el de la suya propia o el de la familia adoptiva-, quedando cubiertas sus necesidades materiales y afectivas.

Por tanto, junto al derecho del menor se impone a la familia la obligación de cuidar al menor y a la autoridad administrativa o judicial la obligación de procurar esa educación. La familia tiene

⁴²⁷ Se observa un gran paralelismo con la legislación italiana. El artículo 1 de la Ley de 4 de Mayo de 1983 establece: "El menor tiene derecho a ser educado en el ámbito de la propia familia". Difieren en su ubicación, ya que en la Ley catalana dicho principio se establece en el Preámbulo.

el derecho y la obligación de cuidar y educar al menor, siempre y cuando su actuación resulte beneficiosa para el menor. Si ésta no puede o no quiere hacerlo, son los poderes públicos los que tienen que hacerse cargo de estos menores, a través de otra persona o familia.

Hay que tener en cuenta los principios que se establecen en la Disposición Adicional primera. Siempre que sea posible, las necesidades del niño deben ser satisfechas "allí donde vive y crece y entre aquéllos con quienes vive y crece" (párr.1°), ya que el niño tiene "el derecho a vivir con sus padres, excepto en los casos en que la separación sea necesaria" (párr.6°). En caso de mal uso de las facultades de los padres o de las que tengan atribuidas otras personas que cuiden de él, es "la sociedad la que debe proteger al niño" (párr.8°), ya que estos niños en situación de desprotección familiar -temporal o permanente- tienen "derecho a una protección y asistencia que sustituyan la atención familiar mediante un recurso alternativo" (párr.11°).

En la Ley, se contemplan medidas directas a través de la familia del menor. También regula una serie de soluciones indirectas a través de la solidaridad de otra familia.

12.2.3.- CARACTERES DE ESTAS FUNCIONES.

12.2.3.1- CARÁCTER AUTOMÁTICO.

Se estima, teniendo en cuenta la urgencia del caso, que la resolución de desamparo comporta la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor. Esta asunción de funciones se pone en marcha sola, por el ministerio de la ley, porque la ley lo dice (art.3-1º). No es necesario que ninguna autoridad judicial lo decrete, sino que basta con que se constate la existencia del desamparo en una resolución por el Organismo competente, para que éste tenga la responsabilidad de proteger al menor.

Al igual que en el Código Civil, en esta Ley también, lo que se asume con carácter automático son las funciones tutelares, tanto el ejercicio de las mismas como la titularidad de dichos poderes.

Se produce "ministerio legis" como consecuencia de la situación de desamparo. Se defiere directamente por Ley, y automáticamente, que no necesita una forma especial para constituirse.

Basta con la resolución de desamparo para que tenga lugar, no siendo necesarios posteriores reconocimientos.

12.2.3.2- PROVISIONALIDAD.

Es un instrumento de protección inmediata del menor

desamparado, ya que:

- Se mantiene sólo el tiempo necesario, hasta que "se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias". Si cabe una tutela ordinaria en favor de alguien del entorno socio-familiar del menor, la Ley prefiere que esa tutela se constituya.

- La Ley facilita el acceso a la adopción, y por tanto, la extinción de esta medida, que queda sustituida por la filiación adoptiva.

- La Administración ha de procurar, siempre que sea posible, que se apliquen "medidas que no comporten la separación del menor de su hogar o de su entorno familiar", como se señala en el Preámbulo de la Ley. Debe procurarse la reinserción del menor en su propia familia.

Una vez asumidas automáticamente las funciones tutelares, y valorados -mediante un análisis de la situación-, cuales son los problemas que ha generado el desamparo, se debe intentar, mediante el trabajo social, que ese menor vuelva junto a quien tenga la patria potestad o la tutela del mismo. Si regresa al seno de la familia, es evidente que cesan las funciones tutelares y se regenera la patria potestad, que estuvo en suspensión durante la vigencia de esa medida.

- Igualmente, cesará en el momento en que se emancipe o alcance la mayoría de edad el menor.

12.2.3.3- RECAEN SOBRE MENORES DESAMPARADOS.

Es la resolución de desamparo la que genera este deber de protección por parte del Organismo competente.

12.2.3.4- CONTENIDO PERSONAL Y PATRIMONIAL.

Las facultades, que corresponden al Organismo competente por el hecho de ejercer las funciones tutelares sobre un menor concreto, "comprenden tanto lo que se refiere a la persona como al patrimonio del menor", como se recoge en el Preámbulo de la Ley.

También se señala en el Preámbulo, como es lógico, que la guarda, por su propia naturaleza, a diferencia de la tutela, queda limitada al cuidado personal.

12.2.3.5- CONLLEVAN LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O TUTELA.

Esta asunción implica la "suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida" (art.3-2°).

El párrafo 2° del artículo 3 es fruto de la regulación pormenorizada ante la que nos encontramos, la cual ofrece respuesta a todas las cuestiones que puedan suscitarse al aplicar dicha medida.

Esta suspensión es provisional, temporal, no es definitiva, sólo tiene lugar durante el tiempo de aplicación de la medida.

12.2.3.6- SE GARANTIZA LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA.

Se garantiza la ejecución de la medida acordada por la Administración, aunque los padres traten de impedirlo.

En efecto, el artículo 4 establece que, si se impide por los padres, tutores o guardadores la ejecución de la medida de protección acordada, el Organismo competente solicitará a la autoridad judicial que adopte las medidas que considere necesarias para hacerla efectiva.

Se conceden al Juez amplios poderes para la solución del conflicto.

Si los padres impiden que se lleve a cabo la medida adoptada, el Juez, mediante solicitud del Organismo competente, hará efectiva dicha medida.

Todas ellas son situaciones de indefensión absoluta del menor, que no admiten demora. De ahí la legitimidad y urgente necesidad de poner a un menor bajo la protección de una persona distinta de la de sus progenitores o sus representantes legales, quedando por todo ello justificado que la intervención sea inmediata.

13.- LA ATRIBUCIÓN DE TUTELA A LAS ENTIDADES PÚBLICAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

13.1-REFORMA DE 1983:

La Ley 13/83 de 24 de Octubre, de reforma de la tutela, supuso la total modificación de un buen número de artículos, dando lugar a una regulación completa y detallada de esta materia.

El Código Civil, después de esta reforma, establece un sistema de protección de menores e incapaces plural, ya que se regulan diversas instituciones y organismos de protección: la tutela -que comporta representación y actuación por otro-, la curatela y el defensor judicial (art.215).

Se regulan conjuntamente la problemática de los menores de edad y de los incapaces, sometiéndolos al mismo tipo de tutela⁴²⁸,

⁴²⁸ Este tratamiento unitario conlleva dificultades prácticas ya que no es lo mismo la tutela de un menor de edad que la de un incapacitado. Véase ROCA TRIAS: <<Comentario al artículo 215 C.c.>>

aunque para los primeros ésta sólo tiene lugar cuando no funciona normalmente la patria potestad, puesto que dichas instituciones en principio son difícilmente compatibles entre sí.

La dicotomía entre personas y bienes, que recoge el artículo 215, conduce a la existencia de distintas clases de tutela (art 236 C.c.). Si sólo existe un tutor, éste se hará cargo tanto del cuidado de la persona como del patrimonio de la misma⁴²⁹.

Los artículos 216, 217, 232 y 233 del Código Civil, junto a otras normas, ponen de manifiesto la transformación de la antigua tutela de familia en tutela de autoridad⁴³⁰, en la que la actuación familiar es sustituida por la autoridad judicial. El control de la tutela corresponde a organismos judiciales, aunque el

en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos. Madrid 1986, pp. 224-225.

Precisamente, en base a estimar más conveniente la regulación separada de ambas tutelas, el legislador catalán en la Ley 39/1991, de 30 de Diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, tras dedicar el Capítulo III a la constitución y el IV al ejercicio de la tutela, en el V relativo al contenido de la tutela, dedica la Sección Segunda a la Tutela de los menores de edad (arts.49-62) y la Sección Tercera a la Tutela de los incapacitados (art.63-68).

⁴²⁹ En este sentido se pronuncia ROCA TRIAS, op. ult. cit., pp. 222-223 quién tras un análisis de esta disociación, en el que expone dos posturas doctrinales -positivista y personalista-referentes al tema, defiende que el tutor único tenga atribuidos ambos cuidados ya que el patrimonio aparece como un complemento de la capacidad y un medio para su desarrollo.

⁴³⁰ Veáse ROCA TRIAS: <<Comentario a los artículos 216 y 217 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.227 y CASTÁN VAZQUEZ: <<Comentario a los artículos 232 y 233 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit", pp. 296-298 y DIEZ PICAZO: "Sistema de Derecho Civil". Vol. I. Tecnos. Madrid 1990, p.269.

tutor sea un pariente del pupilo. Si faltan los padres y los parientes del menor no pueden o no quieren hacerse cargo del mismo, el Estado -entre otros⁴³¹- puede asumir el cuidado de los menores e incapaces⁴³².

Varios civilistas españoles, como R. BERCOVITZ⁴³³, DIEZ PICAZO⁴³⁴ y SANCHO REBULLIDA⁴³⁵, entre otros, pusieron de manifiesto la necesidad de una reforma legal, que estableciera el sistema de tutela de autoridad, con amplia intervención de los jueces.

⁴³¹ Hay que tener en cuenta, por un lado, que los padres del menor pueden nombrar un tutor (art.223 C.c.), y por otro, que el Juez puede prescindir de las personas mencionadas en el párrafo 1º del artículo 234 C.c. si el beneficio del menor así lo exige (art.234-2º C.c.). Incluso, en defecto de las personas mencionadas en el artículo 234 C.c., el Juez podrá designar a quien, por su relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 C.c.).

⁴³² SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Bosch. Barcelona 1989, pp. 277 y 282, expone las características propias de la tutela de familia y de la tutela de autoridad, indicando el sistema adoptado por distintos países. Hace un juicio crítico del nuevo sistema, observando, en términos generales, que la contraposición tutela de familia-tutela de autoridad, resulta excesivamente simplificadora, y que el Estado más que proveer al incapaz de un tutor funcionario, lo que debe hacer es proveer al tutor familiar de los medios -establecimientos, servicios y subsidios- para el cabal cumplimiento de su función.

⁴³³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Derecho de la persona". Montecorvo. Madrid 1976, p. 81.

⁴³⁴ DIEZ PICAZO: "Familia y Derecho". Civitas. Madrid 1984, p.219

⁴³⁵ SANCHO REBULLIDA: "Protección jurídica de la familia". Madrid 1982, pp. 188-191.

En 1977, en el importante "Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela" elaborado por los profesores DIEZ PICAZO, R. BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, publicado por la Fundación General Mediterránea y el SEREM, se sustituye el sistema de tutela familiar⁴³⁶ por el de tutela judicial, atribuyendo al Juez numerosas funciones, tanto en la constitución como en el ejercicio de la tutela.

En el artículo 286 de este proyecto, se establece: "el control y la fiscalización del tutor, corresponden a la autoridad judicial, quién intervendrá de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado. Dicho precepto quedó desdoblado en el artículo 232 ("*La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado*") y el artículo 233 ("*en cualquier momento podrá el Juez exigir al tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración*") del Código Civil.

La Ley de 24 de Octubre de 1983 reforma el Título IX -se regula unitariamente la incapacitación (arts.199-214)- y el Título

⁴³⁶ En 1977, la Fundación General Mediterránea en colaboración con el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) publicó las conclusiones de dicho equipo, en forma de texto articulado, como anteproyecto privado señalando en el Preámbulo: << se rechaza la regulación de la tutela tal y como aparece recogida en el Código, con un Consejo de familia en el vértice del sistema...>>. ("Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela"). 1977, p.18.

X del Libro I. Este último Título consta de 5 Capítulos: I, Disposiciones generales (arts.215-221); II, De la Tutela (arts.222 a 285); III, De la Curatela (arts.286 a 298); IV, Del Defensor judicial (arts. 299 a 302); y V, De la Guarda de hecho (arts.303-306).

Posteriormente, la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, afecta al régimen de la guarda de menores, ya que atribuye, por ministerio de la Ley, la tutela administrativa a las Entidades públicas, que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de menores. Ello dió lugar a que, en su artículo 5, se modificasen en relación con la tutela, los artículos 222, 229, 232, 239 y 321 C.c.

13.1.1- ARTÍCULO 222 C.c.

En el artículo 222 C.c. se enumeran las situaciones en que el Ordenamiento debe proporcionar protección jurídica a la persona por el cauce de la tutela: menor edad, incapacitación, y los sujetos a patria potestad prorrogada, siempre que en cada una de ellas concurra determinada circunstancia.

En primer lugar, se alude a "los menores no emancipados que no estén bajo patria potestad". Para estar sometido a tutela no basta ser menor no emancipado. Se requiere también no estar sometido a patria potestad.

Este último requisito no se contemplaba en el antiguo artículo 200 del Código Civil⁴³⁷. En 1977, en el proyecto contenido en el "Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela" se señalaba: <<habrán de ser colocados bajo tutela los menores de dieciocho años que carezcan de ambos padres o cuyos padres no fueran conocidos, o se encontraren plenamente privados de la patria potestad>>. Dicha regulación quedó incorporada al Código Civil mediante la fórmula <<que no estén bajo la patria potestad>>.

Para que un menor quede sujeto a tutela son necesarios dos requisitos:

1º - Que el menor no esté bajo patria potestad- . Esta norma hay que ponerla en conexión con el artículo 154 del Código Civil: "*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre*". Puesto que la patria potestad y la tutela en principio son incompatibles, no procede la tutela cuando el menor esté sometido a patria potestad de sus padres, sean éstos matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos⁴³⁸.

⁴³⁷ Sobre los antecedentes de este precepto y su regulación actual, vid. CASTÁN VAZQUEZ: <<Comentario al artículo 222 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 266-269.

⁴³⁸ La Ley 7 de Julio de 1981, suprimió el artículo 176 C.c. que atribuía al adoptante la patria potestad en la adopción simple. Con todo fundamento R. BERCOVITZ señaló, en nota al artículo 176 de la edición del Código Civil de Tecnos de marzo de 1982, que la supresión había constituido un "lapsus" de nuestros parlamentarios. Por todo ello, la Ley de reforma de la tutela subsanó el error de

La falta de patria potestad puede obedecer a una causa inicial, como la filiación desconocida de ambos progenitores, o sobrevinida, como la muerte, declaración de fallecimiento o ausencia de los titulares de la patria potestad, y la privación total de la misma a ambos padres o a uno de ellos, siempre que el otro no continúe ostentándola⁴³⁹.

2° - Que no esté emancipado - . Requisito lógico, ya que la emancipación del menor constituye un medio para anticipar su independencia y el reconocimiento de una capacidad de obrar, similar a la de los mayores de edad. No obstante, no son muchos los casos de menores emancipados. <<Salvo en el caso del menor casado - señalaba en 1976 R. BERCOVITZ-, la emancipación aparece configurada en nuestro Código Civil principalmente como una facultad de los guardadores legales del menor. Lo que determina una escasa vigencia social de la institución, así como un uso frecuentemente oportunista de la misma (se trata con ella de obviar las dificultades que existen para disponer de los bienes de un

la Ley de 7 de Julio de 1981 declarando que el artículo 176 C.c. quedaba redactado conforme al texto del mismo que fue aprobado por la Ley de 13 de Mayo de 1981 (art.5).

⁴³⁹ Vid. DIEZ PICAZO: <<Notas sobre la institución tutelar>> en RCDI, N° 499 Nov.-Dic. de 1973, pp. 1387 y 1391 señala que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, recogiendo a continuación los supuestos en que la tutela tiene lugar y ROGEL VIDE: <<Comentario al artículo 222 C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia 1991, p.691.

menor)⁴⁴⁰>>.

13.1.2- ARTÍCULO 232 C.c.

En el artículo 232 C.c. se establece: "*La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará de oficio, o a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado*".

Se recoge en dicho artículo uno de los principios, que inspiran el régimen legal establecido por la Ley 13/1983: el principio de "tutela de autoridad", también presente en otras normas, sobre todo, en el artículo 233, según el cual, el Juez goza de discrecionalidad para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado y exigir en cualquier momento que el tutor le informe sobre la situación del menor o incapacitado y del estado de la administración. Ello supone, por parte del Juez, una atención constante a las tutelas constituídas.

En la tutela tiene lugar una constante intervención del Juez⁴⁴¹; se multiplican las funciones del Juez, tanto en la

⁴⁴⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Derecho de la persona". Montecorvo. Madrid 1976, p.36.

⁴⁴¹ DIEZ PICAZO: <<Notas sobre la institución tutelar...cit.>>, p.1385, recoge las causas que motivan la reforma así como la necesidad del paso a un sistema de tutela de autoridad y GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídico de la Tutela>>, RGLJ Octubre 1984, pp. 488-489.

constitución, como en el ejercicio de la tutela.

La tutela cuenta sólo con dos órganos: el tutor y el Juez. El tutor tiene la iniciativa y cuida de la persona y bienes del sujeto, pero bajo control judicial. El papel del Juez se refuerza extraordinariamente, siendo su presencia constante y decisiva, según lo dispuesto en distintos artículos.

Le corresponde el nombramiento de tutor, la homologación del tutor testamentario; puede nombrar cotutores, estableciendo si serán solidarios o mancomunados, así como designar nuevos tutores. A él le compete aceptar o rechazar las excusas que presente el tutor, exigir o dejar sin efecto la fianza previa, fijar la retribución del tutor, aprobar las cuentas periódicas y finales de la tutela y autorizar determinados actos (artículos 271, 272 y 273 C.c.).

El Juez está presente desde el origen hasta la extinción de la institución tutelar.

13.1.3- ARTÍCULO 239 C.c.

En el artículo 239 C.c. se establece: "*Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuída al Director del establecimiento*".

Se trata de un artículo polémico, que introduce la posibilidad de otorgar la tutela al Director del establecimiento público. Es una facultad del Juez nombrar tutor al Director del establecimiento, dado que éste nunca asume la tutela de forma automática⁴⁴², como pone de manifiesto el carácter potestativo de la norma ("podrá ser"), sino que es necesaria una declaración judicial en este sentido.

La regulación de esta tutela <<asistencial>>, <<institucional>> o <<de Estado>> no es nueva para nuestro Derecho⁴⁴³.

Este precepto cuenta con numerosos precedentes, tanto dentro del ámbito civil, como dentro del ámbito administrativo. En primer lugar, el artículo 212, anterior a la Ley de 1983, en el que se atribuía la tutela a los Jefes de las Casas de Expósitos. Se estableció una tutela institucional, que recaía sobre persona física, siendo deferida de forma automática. Norma que se completaba con la contenida en el artículo 303, que, respecto a los

⁴⁴² El antiguo artículo 212 C.c. establecía una tutela automática u ope legis. La Reforma de 1983 la convierte en potestativa, ya que la norma del artículo 239 C.c. es meramente permisiva y contrasta con el carácter preceptivo del artículo 212 derogado.

⁴⁴³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos. Madrid 1986, pp. 345-346. VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la Tutela". Colex. Madrid 1985, p.16 y LLEDO YAGÜE: "Comentario al Proyecto de Ley de Adopción" ADC, Octubre-Diciembre de 1986, p. 1198.

huérfanos menores acogidos en un Establecimiento de Beneficiencia, atribuía a la Administración del mismo el ejercicio de las facultades propias del tutor y del Consejo de Familia. Había una discordancia, al menos aparente, entre ambas normas del Código Civil en estos supuestos, la cual ponía de manifiesto, como señala R. BERCOVITZ, la confusión sobre quién debía ser tutor en semejantes supuestos: ¿una persona física, un colectivo de personas, un organismo con o sin personalidad jurídica?

En cuanto a los antecedentes administrativos, hay que tener en cuenta la Orden de 1 de Abril de 1937, que establecía una tutela especial para los niños acogidos en establecimientos benéficos, a cargo de las Juntas Locales de colocación familiar (art.9º) -fiel reflejo del art.212 C.c.-, el Decreto de 2 de Julio de 1944, que nombraba un protector a los niños de padres desconocidos a través de las Juntas de Protección de Menores (art.5º y ss.) y la Ley de 20 de Diciembre de 1952, cuyo artículo 28 otorgaba funciones tutelares a las Juntas Provinciales del Patronato de Protección de la Mujer sobre huérfanos menores de edad⁴⁴⁴.

La Ley de 24 de Octubre de 1983 suprime la tutela automática, recogida en el antiguo artículo 212 C.c. en favor de los Jefes de

⁴⁴⁴ Sobre los distintos precedentes vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., op. ult. cit., p.345; GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídico...cit.>>, p.484; LLEBARIA SAMPER: "Tutela automática, Guarda y Acogimiento de Menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre)". Bosch. Barcelona 1990, pp. 22-23 y 102.

las casas de expósitos respecto de los recogidos y educados en dichas instituciones de beneficencia. Así, en el artículo 239 C.c. desaparece la nota de la automaticidad, propia de la primitiva regulación.

El artículo 239 suprimió esa automaticidad del artículo 212, pero se mantuvo alejado de la novedad, que en 1983 incorporó el artículo 242. R. BERCOVITZ ha puesto de manifiesto sus inconvenientes y disfuncionalidades: "tratándose en el fondo -dice- de una tutela institucional de persona jurídica, ha sido instrumentada como tutela personal (de persona física) y ello produce necesariamente una profunda ambigüedad y todo tipo de dificultad⁴⁴⁵".

La crítica de R. BERCOVITZ no puede sorprender, ya que participó activamente en el "Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la Tutela", en donde ya el párrafo 2º del artículo 246, apartándose del antiguo artículo 212 y del posterior 239 -según versión de 1983-, instauraba una auténtica tutela de persona jurídica al disponer: "Si el tutelado se encontrara recogido en un establecimiento público, podrá

⁴⁴⁵ R. BERCOVITZ se muestra contundente en su crítica: <<El nuevo artículo 239 C.c. mantiene en parte esa dificultad al haber designado como tutor al Director del establecimiento público en vez de al establecimiento mismo, es decir, al titular del mismo>>. (Vid. <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit., pp. 346 y ss.)

deferirse la tutela al mismo establecimiento ó institución⁴⁴⁶".

La Ley de 24 de Octubre de 1983, aunque resuelve el conflicto normativo, que ponía de manifiesto la redacción originaria del Código Civil, al no tener un precepto similar al primitivo artículo 303⁴⁴⁷, cae en el error de designar tutor al Director, en vez de al establecimiento mismo. Por lo tanto, R. BERCOVITZ defendió prescindir de la opción del artículo 239, y "canalizar las situaciones a las que atiende por la vía del artículo 242 C.c.⁴⁴⁸".

El tutor, en el artículo 239, era nombrado a título personal, pero ello era debido a su condición de Director del establecimiento público, en el que se hallaba acogido el menor sometido a la tutela. Por lo tanto, en el momento en que dejara de ser Director del establecimiento, cesaría en sus funciones de tutor. Lo lógico hubiera sido nombrar tutor al titular jurídico del establecimiento, aunque esta solución no podía defenderse en base al tenor literal del artículo 239.

⁴⁴⁶ "Estudio....cit., p.47. En el artículo 246 se atribuye la tutela (igualmente como posibilidad) <<al mismo establecimiento o institución>>.

⁴⁴⁷ En el mismo se disponía que "la Administración de cada establecimiento de Beneficiencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos, todas las facultades que corresponden a los tutores y al Consejo de familia".

⁴⁴⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios....cit.", p.347.

El artículo 239 se refiere a los menores en general, mientras que los antiguos artículos aludían a los menores expósitos. El término "acogido" se interpreta en el sentido de protección, por lo que, para aplicar dicho artículo, es preciso que el menor esté protegido de alguna manera, por el establecimiento público.

En cuanto al significado de la expresión "establecimiento público", R. BERCOVITZ⁴⁹ defiende una interpretación extensiva, quedando englobados, tanto los establecimientos, cuyo titular sea una persona jurídico-pública, como aquéllos en los que el titular sea una persona jurídico-privada, que reciba subvenciones de alguna Administración pública.

13.1.4- ARTÍCULO 242 C.c.

El artículo 242 C.c. dispone: "*Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados*".

Dicho artículo introduce una novedad fundamental, que no

⁴⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios...cit.", p.349. En cambio GOMEZ OLIVEROS: <<Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de Octubre>>, RCDI, n° 562, pp. 651 y 652 y LETE DEL RIO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", IV, Edersa, Madrid 1985, pp. 318 y 322 consideran que por establecimiento público debe entenderse todo aquel que dependa de alguna Administración pública central, autonómica, local o institucional. Por ello opinan que el artículo 242 se refiere a la tutela de personas jurídicas no dependientes del Estado.

tiene precedentes en el Derecho español⁴⁵⁰. Abre un campo de actuación a la intervención de las personas jurídicas en la guarda y protección de los menores e incapacitados.

La capacidad tutelar de las personas jurídicas fué formulada por los profesores DIEZ PICAZO, R. BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, en el Estudio -anteriormente citado- de 1977⁴⁵¹. El proyecto de articulado que incluye, el artículo 247, párrafo 2º, establece: "*Podrán ser tutores las personas jurídicas, en cuyos estatutos o entre cuyos fines figure, la protección, defensa, y salvaguarda de menores o incapacitados*".

En la discusión parlamentaria del artículo 242 C.c.⁴⁵² se manifestaron opiniones desfavorables a la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser nombradas tutoras. Sin embargo, la experiencia ha puesto de manifiesto las ventajas que RICO PEREZ ya apuntara⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Vid. al respecto GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídicocit.>>, pp. 427 y ss. y GOMEZ OLIVEROS: <<Comentarios a la Ley 13/1983....cit.>>, pp. 650-651 entre otros.

⁴⁵¹ "Estudio....cit., p.47 .

⁴⁵² Síntesis de la cual puede verse en RICO PEREZ: <<La función tutelar de las Fundaciones>> RGLJ Marzo 1988, pp. 374 y ss. y VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la tutela... cit.", pp. 76-77. Se cuestiona la posibilidad de ser tutora una persona jurídica.

⁴⁵³ RICO PEREZ: <<La función tutelar...cit.>>, p.381 señala que "en orden a la capacidad tutelar de las personas jurídicas, cabe alegar un argumento realista, como es, aparte de sus medios, la profesionalidad y permanencia. Una persona individual puede ser tutora, pero raramente lo será más de una vez en su vida y por más de una persona; en cambio ambas posibilidades caben en una persona

No todas las personas jurídicas pueden ser tutores, sino que para ello es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1° - No tener finalidad lucrativa - Como aprecia R. BERCOVITZ, conforme a tal exigencia, quedan eliminadas las sociedades civiles y mercantiles, pudiendo, en cambio, ser tutores las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones de interés público, reconocidas por la Ley (art 35-1 C.c.).

GOMEZ OLIVEROS y LETE DEL RIO⁴⁵⁴ entienden que el artículo 242 C.c. se refiere únicamente, por contraposición con el 239, a las personas jurídicas no dependientes del Estado. R. BERCOVITZ⁴⁵⁵, por el contrario, defiende con razón que el artículo 242 no excluye a las personas jurídicas públicas, ya que no persiguen lucro alguno y además son las que frecuentemente están al cuidado de menores o incapacitados, a través de la función asistencial del Estado (arts.39, 41, 43, 49 y 50 CE), por lo que las Administraciones públicas con personalidad jurídica, (central, autonómica, local, institucional) podrán ser las principales destinatarias de este artículo. Esta última postura es la que se recoge en la Ley 21/87.

jurídica como tutora".

⁴⁵⁴ GOMEZ OLIVEROS: <<Comentarios a la Ley 13/1983...cit.>>, p.651 y LETE DEL RIO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales IV...cit.", p.322.

⁴⁵⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", p.361 .

2° - Entre sus fines específicos deben figurar los de protección de menores e incapacitados.

En este aspecto la doctrina no es unánime. Mientras unos abogan porque los fines de protección tengan que constar de manera expresa e indubitable, sin que basten fines genéricos de carácter educativo o asistencial⁴⁵⁶, otros, como R. BERCOVITZ Y SANCHO REBULLIDA, opinan que este requisito debe interpretarse con cierta laxitud y con criterio de analogía⁴⁵⁷.

3° - Debe estar válidamente constituida en el momento de su nombramiento, y no en vías de constitución o funcionando de hecho⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídico...cit.>>, p.486.

⁴⁵⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p. 362 defiende que <<bastará con que semejante protección pudiese quedar comprendida en alguno de los fines previstos en los estatutos de la persona jurídica>> y SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Bosch. Barcelona 1989, p.292 señala que <<la exigencia de que figure entre los fines de la persona jurídica, la protección de menores e incapacitados, deberá interpretarse con cierta laxitud, pues en otro caso, serían muy pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores entre las actualmente constituidas. Creo que, por analogía, podrán ser designadas tutores aquellas que, p.e., cuenten entre sus fines estatutarios, la profilaxis y recuperación de la salud mental, la rehabilitación de drogadictos y alcohólicos, etc...>>. En el mismo sentido se pronuncia LETE DEL RIO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales IV...cit.", p.323 .

⁴⁵⁸ GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídico...cit.>>, p.486 entiende que no sería válida la designación de una persona jurídica futura.

La pérdida de estos requisitos dará lugar a la remoción de la tutela y al nombramiento de un nuevo tutor.

La doctrina más relevante, considera que habría sido necesaria una regulación más detallada de esta tutela -ya que además de otros supuestos, el artículo 242 engloba los del artículo 239-, que puede ser la de mayor utilidad práctica. Las distintas normas de la tutela contemplan el supuesto en que el titular es una persona física, por lo que deben ser adaptadas a este otro tipo de tutela.

La gran novedad e importancia de este precepto, como pone de relieve R. BERCOVITZ⁴⁵⁹, es que el titular de la tutela es la persona jurídica, sin perjuicio de que el ejercicio de la misma se lleve a cabo por personas físicas, cuya actividad será retribuida. La persona jurídica responderá de la actuación de estas personas físicas con respecto a la tutela.

Se aplican las reglas generales en cuanto al nombramiento de las personas jurídicas como tutores de menores o incapacitados. El artículo 242 se integra con las normas contenidas en los artículos 234 y 235 C.c. . Si existen los parientes enumerados en el artículo 234, la designación de una persona jurídica como tutor sólo puede hacerla el Juez con carácter excepcional, en resolución motivada,

⁴⁵⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", p.364.

si así lo exige el beneficio del tutelado. Sólo en defecto de tales personas, entra en juego el artículo 235, bajo el cual el Juez puede realizar tal designación. También los padres pueden designar a una persona jurídica como tutor de sus hijos menores o incapacitados (art.223 C.c.).

En cuanto al régimen especial de las excusas del cargo, hay que señalar que la única excusa alegable a la tutela por parte de personas jurídicas, es la que admite el segundo párrafo del artículo 251: "Cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela". R. BERCOVITZ niega la aplicabilidad de esta excusa, cuando la persona jurídica tenga carácter de Administración pública⁴⁶⁰.

Por otra parte, la excusa genérica del artículo 253 no se aplica, conforme al artículo siguiente, a la tutela encomendada a las personas jurídicas. Precepto polémico, cuya explicación, como pone de manifiesto R. BERCOVITZ, sólo se puede encontrar en la existencia de un error por parte del legislador⁴⁶¹.

13.2 - LEY 21/87 DE 11 DE NOVIEMBRE: ARTS 172-1º, 222-4º,

⁴⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 251 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", pp. 412-413

⁴⁶¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 254 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", pp. 426-427, expone las posibles interpretaciones de este precepto. En el mismo sentido se pronuncia VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la tutela ...cit.", p.81.

229, 232, 239-1° C.c.

La Ley utiliza distintas expresiones para deferir la tutela de los menores desamparados a las Entidades públicas. Se alude a <<una tutela automática>> a cargo de la Entidad pública (Preámbulo de la Ley). En el artículo 172-1° del Código Civil se atribuye la tutela, por ministerio de la ley, a la Entidad pública. En el artículo 222-4°, se menciona, entre los sujetos a tutela, a "los menores que se hallen en situación de desamparo", y en el párrafo primero del artículo 239 se establece que "la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad...". En virtud de estos preceptos, la Administración puede intervenir por propia iniciativa en el ámbito de protección de menores.

En el artículo 172-1° se establece un principio básico: allí donde se encuentre un menor en situación de desamparo, surge inmediatamente la responsabilidad de la Entidad pública que en ese territorio tenga la competencia de menores para asumir su protección desde ya y frente a cualquiera. Ante la situación de desamparo de un menor, la Entidad pública tiene propia competencia para así apreciarlo y constituirse automáticamente en tutora.

En cuanto al cambio introducido por la Ley 21/87, en relación a la regulación que de la tutela efectuó la Ley 13/83 se ha

apuntado por amplios sectores doctrinales⁴⁶² la contradicción que, con relación a esta última, supone la introducción de la tutela automática o <<ex-lege>> de la Administración sobre los menores en situación de desamparo, al no exigir la declaración de esta última la intervención judicial, que como una constante se prevé en la constitución y desenvolvimiento de las instituciones tutelares ordinarias.

Es evidente que se piensa en las situaciones en las que los menores pueden llegar a encontrarse, cuando se producen desviaciones en el ejercicio de los deberes de guarda, de custodia y de protección que corresponden primariamente a los padres ó a otras personas por delegación, y en las que la situación de indefensión del menor suele ser absoluta, completa.

Son situaciones que no admiten demora y no permiten 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. La Ley adopta una

⁴⁶² En este sentido SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.186. RUIZ RICO: <<La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores>>, Actualidad Civil, num.2, 1988, p.65. FELIU REY: "Comentarios a la Ley de Adopción", Tecnos. Madrid 1989, pp. 34-35. ARCE Y FLOREZ VALDES: <<El Acogimiento familiar... cit.>>, p.756 el cual señala que esto no ocasiona ningún problema en el caso de que se tratase de un menor carente de patria potestad, pero, sin embargo, se requerirá declaración judicial si el menor está sometido a patria potestad. En el mismo sentido se pronuncia DE LA HAZA DIAZ: <<Notas sobre el <<affidamento >> familiar en el derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil Español>>, RGLJ 1987, num.6, pp. 1005-1006 .

solución tajante. Donde exista un menor en situación de desamparo, ha nacido ya la responsabilidad de la Administración, del ente público, de asumir su protección.

La Ley recurre a la tutela con el objeto de designar la función que se atribuye a las Entidades públicas respecto de los menores desamparados. De ahí que el instituto más afectado por la reforma sea el de la tutela, sobre todo por la importancia del artículo 172 de la Ley, que ha obligado a reformar los artículos 222, 229, 232 y 239 del Código Civil, alterando el espíritu inspirador de la reforma de tutela de 1983, en la que la intervención y control de los órganos judiciales era constante, tanto en la constitución como en el desenvolvimiento de las instituciones tutelares.

La Ley de 1987, al establecer esta tutela <<asistencial>> ó <<institucional>>, se aparta del criterio establecido con la Ley de 24 de Octubre de 1983, cuyo derogado artículo 239 establecía "la posibilidad de que la tutela recayera en el director del establecimiento", suprimiendo la tutela automática, establecida en el artículo 212 de la redacción originaria del Código Civil, a favor de los jefes de las casas de expósitos.

Ahora bien, el artículo 242 de la Ley de 1983 introducía, por primera vez, la posibilidad de que fueran tutores las personas jurídicas, que no tengan una finalidad lucrativa cuando, entre sus

fines, figure la protección de menores e incapacitados, siendo esta norma el primer sustrato de la actual regulación de la tutela automática.

Esta automaticidad tutelar introduce, según RUIZ-RICO RUIZ⁴⁶³, "un tipo especial de tutela de corte -aparentemente al menos- no judicialista, e instaura un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial en favor de una relativa omnipresencia de los entes administrativos, con los peligros que ello suele conllevar, y de hecho aquí conlleva".

Por otro lado, en el actual artículo 172-1º, se amplían los supuestos de tutela en relación con el primitivo artículo 212 C.c., ya que, si antes era imprescindible para que tuviera lugar dicha tutela que el menor se encontrara recogido y fuera educado por la institución pública, y existía, en tanto el menor estuviera allí internado, ahora basta que se dé una situación de desamparo, que puede ir o no acompañada de un internamiento de dicho menor⁴⁶⁴.

⁴⁶³ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.60

⁴⁶⁴ En el artículo 3º de la Ley italiana de 4 de Mayo de 1983, se recoge una postura intermedia, no tan flexible como la del artículo 172-1 C.c. y algo más amplia que la del primitivo artículo 212 C.c. Dicho artículo de la Ley italiana exige para que tenga lugar la tutela en favor de entes públicos -no es exactamente tutela- que el menor esté <<internado>> ó <<asistido>> ya de hecho por aquellos. Vid PERLINGIERI: <<Commentario all'art.3>> en "La nuova legge...cit.", p.26 .

El artículo 172 C.c. -el cual será objeto de análisis posteriormente-, obligó a reformar entre otros los artículos 222, 229, 232 y 239 del Código Civil.

13.2.1- ARTÍCULO 222-4° C.c.

En el párrafo 4° del artículo 222 del Código Civil se recoge un nuevo supuesto que también origina el nacimiento de la tutela, cuando se trate de "menores que se hallen en situación de desamparo".

Esta novedad tiene su origen en una enmienda -la número 45- que presentó el grupo parlamentario socialista con el objeto de concordar este precepto con el artículo 172 del proyecto⁴⁶⁵, la cual fue aceptada por el Informe de la Ponencia, dando ésta a la norma su redacción actual.

Entre las razones alegadas en favor del párrafo 4° del artículo 222, el Grupo Socialista señala que "si se contempla una figura como la tutela automática *ope legis* en relación a los menores desamparados, lógicamente hay que establecer, en la teoría general de la tutela, algo que sirva, dentro de esa regulación

⁴⁶⁵ BOCG, CD, III Legislatura, serie A, num.22-4, de 13 de marzo de 1987, p.26. Se propone la adición del siguiente párrafo: "Estarán sujetos también a tutela, que corresponderá por ley automáticamente a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de menores, aquellos que se hallen en situación de desamparo".

general de la tutela, como enganche para, luego, en regulaciones específicas, como son las situaciones de desamparo, poder acogerse a ella. De ahí, por ejemplo, que en la Ponencia hayamos introducido un apartado 4° en el artículo 222. ¿Para qué? Para recoger las situaciones que contempla este Proyecto de Ley en el artículo 172"⁴⁶⁶.

Este nuevo precepto ocasiona grandes problemas en relación a la naturaleza jurídica de la tutela de las Entidades públicas, puesto que ésta queda incluida como un supuesto más de tutela civil ordinaria⁴⁶⁷. Se concibe la tutela automática como una verdadera tutela del Título X. Precisamente, el artículo 222-4 C.c. pone de manifiesto que, aunque la tutela de la Entidad Pública sea de carácter automático, estamos ante una verdadera tutela civil del Título X, no pudiendo por tanto considerar a aquélla como un título administrativo, o como una potestad administrativa de derecho público.

En los párrafos 1° y 4°, se habla de menores. Ahora bien, en el primero se hace referencia a los menores no emancipados y en el

⁴⁶⁶ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de Diputados. Comisiones, 15 de Junio de 1987, n°143, p.5294.

⁴⁶⁷ PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.89 n.114, pone de manifiesto que <<muchos de los problemas que plantea la configuración de la tutela administrativa se hubieran obviado de no ser por la inclusión, sin distinción, que hace el artículo 222 C.c. de la tutela administrativa en el ámbito de la tutela ordinaria>>, señalando que dicha inclusión, no figuraba en el proyecto de Ley en su versión originaria.

cuarto a los menores sin más⁴⁶⁸.

En el número 1°, se exige que no estén bajo patria potestad, lo cual, independientemente de las causas a las que obedezca, puede colocar de hecho a los menores en situación de desamparo. Esto nos lleva a que en determinadas ocasiones, exista una coincidencia entre los supuestos de hecho de los párrafos 1° y 4° del artículo 222 C.c., siendo, en cambio, distintas las consecuencias jurídicas en cada caso: en el supuesto del primer párrafo desemboca en una tutela ordinaria y en el del párrafo 4° en una tutela automática de la Entidad pública.

El artículo 222-4°, al configurar la tutela ex artículo 172-1 como una verdadera tutela del Título X, permite que las Entidades públicas asuman todo el contenido, personal y patrimonial, de la tutela ordinaria⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.38 opina que la tutela de los menores desamparados tiene lugar aunque estén emancipados, ya que defiende una postura amplia, puesto que interpreta el término <<tutela>> en el sentido genérico de protección o amparo. En el mismo sentido DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 222>>, p.285 y <<Comentario al artículo 172>>, pp. 55 y ss. en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.".

⁴⁶⁹ En contra DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 222>>, en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit." p.286 señala que ese será el contenido <<posible>> atendiendo al interés del menor, pero no el contenido <<necesario>>. FELIU REY: "Comentarios ...cit.", pp. 94 a 96 va más allá y defiende que la tutela administrativa, no excede de por sí a un contenido meramente personal, aunque ello no obsta, a que en ciertos supuestos su contenido comprenda la representación del menor y la administración de sus bienes.

13.2.2 - ARTÍCULO 229 C.c.

En dicho precepto se regula la fase anterior al acto de constitución de la tutela, estableciendo -junto con el artículo 228- quién o quienes están obligados a promover la constitución de la tutela, así como la responsabilidad que cabe exigirles en el supuesto de incumplimiento.

En el vigente artículo 229 C.c. se suprime la referencia, que se recogía en el antiguo artículo 229, <<a las personas mencionadas en el artículo 239>>, las cuales estaban obligadas a promover la constitución de la tutela⁴⁷⁰. Actualmente están obligados, los parientes llamados a ella⁴⁷¹ y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, entre las que no se establece un orden de prelación.

Nuevamente la Ley 21/87, al no mencionar expresamente a la Entidad pública entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela, plantea la duda de si aquélla deberá hacerlo o no.

⁴⁷⁰ En cuanto a la regulación anterior, vid. CASTAN VAZQUEZ: <<Comentario a los artículos 228-231 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp.291-293.

⁴⁷¹ Hay que relacionar este precepto con el artículo 234 C.c. y, por tanto, resultarán obligados los padres, los descendientes, ascendientes o hermanos del menor o incapacitado.

RUIZ-RICO⁴⁷² estima que el artículo 229 C.c. no será aplicable a la entidad pública, puesto que ya es tutor por ministerio de la ley. Supone la exclusión de su participación obligatoria, pero no de su participación voluntaria en el nombramiento de tutor respecto de menores desamparados.

En la misma línea, LLEBARIA SAMPER⁴⁷³ estima que, frente al sistema anterior, en el que como el Director del establecimiento público podía ser tutor del menor acogido, era lógico que se incluyera a aquél en el artículo 229, ahora la Entidad pública no está obligada a promover la constitución de la tutela "al venir la misma constituida por rigor legal".

De esta opinión discrepa parte de la doctrina⁴⁷⁴, que, partiendo del carácter provisional de la tutela, estima que la Entidad pública tiene la obligación de promover la constitución de la tutela por imperio de artículo 229, ya que es la persona bajo cuya guarda se encuentra el menor.

⁴⁷² RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.70

⁴⁷³ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.29

⁴⁷⁴ En este sentido se pronuncian FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.22; GIL MARTINEZ: "La Reforma de la adopción". Dykinson. Madrid 1988, p.19 ; CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los menores en situación de desamparo>> en La Ley, 1988, p.1057; VARGAS CABRERA: <<El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas>> ADC, 1991, pp. 658 y ss.; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 313-314 y ROGEL VIDE: <<Comentario al artículo 229 C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p.712

Cabe contraargumentar, como hace LLEBARIA SAMPER⁴⁷⁵, que la Entidad pública no queda incluida en la expresión "la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor", en base a que "tal expresión ya constaba en el antiguo art.229, conviviendo al lado de la ahora suprimida -<<las mencionadas en el artículo 239>>- , por lo que forzosamente se refería a supuestos distintos; ¿cuáles?, pues a los de la guarda de hecho del artículo 303".

En efecto, el guardador de hecho, como ya señalara R. BERCOVITZ⁴⁷⁶, se tiene que considerar comprendido en la expresión del artículo 229 "persona bajo cuya guarda se encuentre el menor".

Para obviar dicho problema, oportunamente la Ley Catalana 39/1991, de 30 de Diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, en su artículo 92, dispone 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". Se facilita así un control más rápido de estas situaciones.

Por otro lado, R. BERCOVITZ⁴⁷⁷ estimaba que "aunque el

⁴⁷⁵ LLEBARIA SAMPER: "Tutela....cit.", p.29

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 del Código Civil>> en "Comentarios a las Reformas de nacionalidadcit.", p.366.

artículo 242 no aparezca mencionado en el artículo 229 C.c. (si, en cambio el artículo 239 C.c.), la responsabilidad que en él se establece debe extenderse por analogía a las personas jurídicas contempladas en aquél. La omisión corresponde sin duda a un olvido del legislador, pues no hay razón para excepcionar de semejante responsabilidad a las personas jurídicas, que, por otra parte, pueden ser personas <<bajo cuya guarda se encuentre el menor>>".

Por tanto, la expresión "persona bajo cuya guarda se encuentre el menor", incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Ahora bien, entre estas últimas, tras la Reforma del 87, dicha referencia será sólo a las privadas, que tengan por objeto la protección de menores.

Ello es lógico, porque sólo la Entidad pública competente tiene la tutela por ministerio de la ley, siendo en este caso innecesario que aquélla promueva una constitución que la Ley 21/87 prevé como automática. Efectivamente, en relación con las personas jurídicas privadas, se puede achacar a un olvido del legislador, pero la misma no cabe en el supuesto de las Entidades públicas.

Además, hay que tener en cuenta que la enmienda n° 113 del Grupo Mixto⁴⁷⁸ fue rechazada. En ella, se abogaba porque en el artículo 229 se incluyera expresamente "a la Entidad pública

⁴⁷⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, 13 de Marzo de 1987, Serie A, n°22-4, p.45.

llamada a ella".

Por consiguiente, no cabe afirmar que, aunque el artículo 229 no haya recogido una referencia expresa a las Entidades públicas, están comprendidas en la expresión "persona bajo cuya guarda se encuentre el menor". Máxime, cuando el carácter automático de esta constitución se pone de manifiesto en los artículos 172 y 239 C.c.

Así, hay que tener en cuenta, por un lado, que en los otros casos la tutela la constituye el Juez, mientras que cuando se trate de una tutela ex artículo 172, su constitución es automática.

Por otro lado, en el artículo 174-2 se dispone que la Entidad pública dará noticia inmediata al Fiscal de los nuevos ingresos de menores; es más, en el párrafo 3º del citado precepto se establece que *"la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe"*.

Frente al silencio de nuestro legislador, en el artículo 17-1 de la Ley catalana de Tutela 39/1991 se señala que *"los parientes llamados a tutela y las personas y las instituciones que tengan bajo su guarda al menor o al incapacitado están obligados, bajo responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados, a promover la constitución de la tutela"*.

Ahora bien, aún manteniendo la postura anterior, hay que tener en cuenta, como señala GETE ALONSO y CALERA⁴⁷⁹, el artículo 239, párrafo 2º, en base al cual cabe proceder "al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste".

Apreciada la situación de desamparo, la Entidad pública es tutora automática, pero si se constata que existen personas que pueden asumirla, se procede a la constitución de la tutela ordinaria, dando lugar el nombramiento de este nuevo tutor a la extinción de la tutela de la Entidad pública.

En la constitución de esta tutela ordinaria el precepto se remite a las reglas ordinarias, por lo que también comprenderá el artículo 229 C.c. GETE ALONSO Y CALERA afirma que "claramente no elimina tal obligación de promoción si las personas que pueden asumir esta tutela coinciden con las que se mencionan en el artículo 229 C.c., en particular cuando se trate de parientes llamados a la tutela"⁴⁸⁰.

Por tanto, obligación de la Entidad pública será, cuando se

⁴⁷⁹ GETE-ALONSO y CALERA: <<Comentario al artículo 229 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 290-292.

⁴⁸⁰ En el mismo sentido se pronuncia MUÑIZ ESPADA: <<Inicativa constituyente de la tutela>>, RDP, Enero, 1994, pp. 15 y ss.

dé el supuesto legal previsto en el artículo 239-2, promover la constitución de la tutela ex artículo 174 y 229 C.c., puesto que la Entidad pública es la guardadora legal del menor⁴⁸¹.

En todo caso, la obligación surge <<desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare>>. La prontitud y urgencia serán decisivas. No obstante, dada la redacción del precepto, se deduce que la obligación de promoción no viene motivada por un presupuesto objetivo -conurrencia del hecho- sino subjetivo -conocimiento del mismo-. Por consiguiente, en algunas ocasiones habrá un periodo de tiempo -mientras no se conozca- en el que no podrá imputarse la responsabilidad a las personas que tienen dicha obligación. A pesar de lo anterior -señala GETE-ALONSO y CALERA⁴⁸²-, "se trata de una responsabilidad, prácticamente, objetiva".

La responsabilidad por los daños se produce tanto cuando no se insta la tutela como si se hace en un momento inadecuado, a destiempo, y se originan daños a consecuencia de dicho retraso.

Se señala en el artículo 229 que, si los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado no promueven la constitución de la tutela, "serán

⁴⁸¹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: "Derecho de familia...cit.", p. 573, n.33.

⁴⁸² GETE-ALONSO y CALERA: <<Comentario al artículo 229 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p. 292.

responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

Esta parte del precepto no ha sufrido modificación alguna, por lo que se mantiene la interpretación anterior de la misma⁴⁸³.

Se trata de una responsabilidad solidaria. Además, es indiferente la existencia de culpa o no en los obligados, puesto que la obligación de indemnizar surge de los daños producidos al menor, bastando con que se prueben éstos.

13.2.3 - ARTÍCULO 232 C.c.

En el mismo se establece que *"la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado"*. Dicho precepto ha sido redactado de nuevo por la Ley 21/87 atribuyendo al Fiscal la vigilancia de la tutela, que antes se atribuía al Juez.

Sólo razones de coherencia con el nuevo artículo 174-1 C.c., que atribuye *"al Fiscal la superior vigilancia de la tutela,*

⁴⁸³ Vid. LETE DEL RIO: <<Comentario a los artículos 228-230 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales ...cit." Tomo IV, pp. 279-285 y CASTAN VAZQUEZ: <<Comentario a los artículos 228 a 231 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela...cit.", pp.291-295.

acogimiento o guarda de los menores..."⁴⁸⁴, justifican esta modificación, que, por otro lado, no desnaturaliza el sistema de tutela judicial, establecido en la Ley de tutela de 1983, puesto que no se han modificado los demás preceptos -arts 216, 228, 230, 231 y 233 entre otros⁴⁸⁵-.

Así, en la tutela ordinaria, junto a la vigilancia del Ministerio Fiscal sobre los menores tutelados, están las distintas medidas que podrá adoptar el Juez en base a los vigentes preceptos de tutela.

Sí constituye, en cambio, una novedad de la Ley 21/87, la amplitud de funciones conferidas al Ministerio Fiscal⁴⁸⁶. En la versión originaria del proyecto de Ley -en congruencia con el sistema establecido en la Ley 13/1983 de 24 de Octubre- era al Juez, al que correspondía la vigilancia de la tutela y guarda administrativas.

En cambio, la Ponencia del Congreso de los Diputados aceptó una enmienda transaccional, que atribuyó al Fiscal la superior

⁴⁸⁴ MUERZA ESPARZA: <<Principio procesales de la nueva Ley de Adopción>>, La Ley, 1990-1, p.1111, considera que sólo la pura conveniencia social o material justifica la atribución al Fiscal de esta función.

⁴⁸⁵ Vid. RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.81 y LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.294

⁴⁸⁶ BRENA SESMA: <<Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores>>. AC, Num.25, 1993-2, pp. 411 y ss.

vigilancia de la tutela, guarda y acogimiento de menores, limitándose a sustituir el término Juez por el de Fiscal. Lo más chocante es la no existencia de alguna enmienda que solicitase dicha modificación.

Entre los motivos alegados en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados⁴⁸⁷ están: que dicha atribución puede mantenerse de acuerdo con el Estatuto del Ministerio Fiscal⁴⁸⁸, la existencia de un Proyecto de Ley del menor que atribuye a los fiscales unas funciones coherentes con la modificación del artículo 174 y, por último, el deseo de evitar la saturación de la labor de los jueces.

Los distintos autores⁴⁸⁹ critican dicha modificación injustificada. Por un lado, porque estiman que lo establecido en el Estatuto del Ministerio Fiscal no es razón suficiente para excluir

⁴⁸⁷ Vid. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. III Legislatura, 1987; num.143, pp. 5270, 5271, 5284.

⁴⁸⁸ En el artículo 3, apartado 7º, de la Ley 50 /1981 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), corresponde a éste "asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que la leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos".

⁴⁸⁹ Vid. entre otros RUIZ-RICO RUIZ: "La tutela <<ex-lege>>...cit", pp. 80-81; PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción... cit.", pp. 116-117, n.147; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 290 a 292; GIL MARTINEZ: "La Reforma de la adopción...cit.", pp. 19-20.

al Juez y, por otro, porque consideran que el Fiscal también tiene gran cantidad de trabajo e insuficientes medios personales y materiales para desempeñar dicha función de vigilancia⁴⁹⁰.

Como señala GETE-ALONSO y CALERA⁴⁹¹, "la función del Ministerio Fiscal es -como la de la autoridad judicial- indirecta: de control de la actividad.... La iniciativa y el poder decisorio en el desarrollo del ejercicio de la tutela siguen correspondiendo al tutor".

Nos encontramos con que al Fiscal le corresponde un nivel de vigilancia de la tutela más inmediato y complementario del que se confiere al Juez. La actuación del Ministerio Fiscal, en base al artículo 232 C.c., comprende sólo el ámbito del ejercicio de la tutela, siendo su función de pura vigilancia, de control de la actividad del cargo tutelar.

Con la finalidad de que las funciones atribuídas al Fiscal

⁴⁹⁰ Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, p.244; Memoria, op.cit., 1989, pp. 247, 248, 255, 256 y 369; Memoria, op.cit., 1990, pp. 312-314. Sin embargo, en la Memoria, op.cit., 1992, p.498 se señala que "desde la perspectiva del tiempo transcurrido y en opinión de todas las Fiscalías, estas relaciones no sólo han sido fluidas, sino muy cordiales y fructíferas". Igualmente, en dicha Memoria, p.500 se pone de manifiesto que en la mayoría de las Fiscalías ha aumentado el número de Fiscales encargados del Servicio de menores. Incluso en Fiscalías grandes, como Barcelona, se ha creado un Servicio de Permanencia durante todos los días de la semana para atender los casos urgentes relativos a menores.

⁴⁹¹ GETE-ALONSO y CALERA: <<Comentario al artículo 232 C.c>> en "Comentarios a las Reformas del código Civil...cit.", pp.305-308.

sean eficaces, se obliga a la Entidad pública a darle noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores, remitirle copia de los escritos de formalización de los acogimientos (art.174-2) e informarle de las anomalías que observe (art.174-3). Igualmente, se obliga al Ministerio Fiscal a comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y se le habilita para promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias (art.174-2).

13.2.4 -ARTÍCULO 239 C.c.

El cambio introducido por la Ley 21/87, en el artículo 239 del Código Civil es uno de los más importantes. Ya en el Preámbulo de la Ley se señala: "*Cambiando el criterio a que respondía el anterior artículo 239 (consistente en que la tutela podía ser atribuída al Director del establecimiento), se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública, a la que corresponda en el territorio la protección de menores*".

Quedan solucionados muchos de los problemas a los que dió lugar el antiguo artículo 239 C.c., al designar tutor, como proponía R. BERCOVITZ⁴⁹², al establecimiento mismo, a la persona jurídico-pública titular del establecimiento en vez de al Director

⁴⁹² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela ... cit.", p.346 .

del mismo.

Ya en 1986 R. BERCOVITZ defendía esta solución, poniendo de manifiesto que "así es como normalmente se construye esta tutela asistencial en el Derecho comparado: se nombra tutor al Estado o al Organismo del mismo competente en la materia, o a una persona jurídica, sin perjuicio de que el ejercicio de las funciones tutelares sea encomendado por dicho tutor a los correspondientes funcionarios o empleados encargados de semejante servicio. Esta construcción es, sin duda, la más coherente y la que ofrece, en principio, una mejor protección al tutelado".

De acuerdo con esa opinión, en el nuevo artículo 239, párrafo 1º del Código Civil se establece que "*la tutela de los menores corresponde por Ley a la Entidad a la que se refiere el artículo 172*". Se establece una tutela ex lege y automática.

Se trata de una tutela legal porque se defiere directamente por la ley en favor de la Entidad pública y automática: ni requiere forma especial de constitución, ni el Juez tiene que proceder al nombramiento de la Entidad pública como tutora.

Frente al sistema anterior de atribución judicial de tutela, en los supuestos de menores abandonados nos encontramos ahora con una tutela automática, que no precisa para su constitución de intervención judicial.

Cierto sector doctrinal⁴⁹³ estima que el artículo 239 se debe interpretar en función del lugar que ocupa en el sistema de normas de la tutela. Se encuentra en la Sección II, del Capítulo II, del Título X, del Libro I del Código Civil y bajo la rúbrica "De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor". De ello se induce que el artículo 239 establece un régimen especial de delación de la tutela, diciendo que esta corresponde por llamamiento legal a la Entidad pública. Se consagra un sistema de tutela legítima, si bien debilitado por el mandato del párrafo segundo, que no quiebra el sistema vigente de constitución judicial de la tutela, puesto que la única peculiaridad de la tutela automática es su sistema de delación o designación legal.

En base a lo anterior, GONZALEZ LEÓN⁴⁹⁴ estima que delación no es lo mismo que constitución, y "por ello este régimen de delación no afecta a la constitución judicial de la tutela ex artículo 172-1, siguiendo la regla general del artículo 231, ni tampoco impide que sea el Juez, el que dé posesión del cargo de tutor a la Entidad pública nombrada por él (art.259 C.c.)".

Igualmente, ARCE Y FLOREZ-VALDES⁴⁹⁵ estima que es "ilógico

⁴⁹³ GONZALEZ LEON: "Del abandono y la tutela ex artículo 172-1 del Código Civil". Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho 1993, p.518; ARCE Y FLOREZ-VALDES: <<El acogimiento...cit.>>, p.757 y VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.659.

⁴⁹⁴ GONZALEZ LEÓN: "Del abandono...cit.", p.518.

⁴⁹⁵ ARCE Y FLOREZ-VALDES: <<El Acogimiento...cit.>>, p.757

pensar que el artículo 239 C.c. trate de romper todo un sistema cada vez más judicializado de constitución y vida de la tutela". El cambio de criterio a que da lugar el nuevo artículo 239, consiste en el establecimiento de "una delación tuitiva de carácter legal, aunque supeditada a la decisión judicial contraria".

Estos autores -GONZALEZ LEON y ARCE Y FLOREZ-VALDES- defienden que, de acuerdo al sistema de constitución judicial de la tutela, y en base al artículo 239-2, el Juez puede decidir a quien nombrar tutor del menor desamparado, bien a la Entidad pública, bien a una persona física, dependiendo de las circunstancias concretas de cada supuesto y del interés del menor. Ahora bien, si el Juez decide nombrar a una Entidad, ésta será necesariamente, y por imperatividad de la ley, la Entidad pública, a la que corresponda la protección de menores (art.172-1)⁴⁹⁶.

Como más adelante veremos, esta particular comprensión del artículo 239 sólo es posible configurando la tutela ex artículo 172 como una tutela totalmente homologada con la ordinaria, prescindiendo así de su carácter automático y haciéndola actuar tras la declaración judicial de desamparo.

Dicha postura supondrá, por tanto, prescindir de lo establecido en la Ley 21/87, pues si algo se establece expresamente

⁴⁹⁶ Cabe objetar que el Juez también podrá nombrar tutora una Entidad de las contempladas en el artículo 242 C.c. cuyo fin sea la protección de menores.

es el carácter automático de esta tutela y la no necesidad de intervención judicial en su constitución, así como que entra en juego en el mismo momento que se aprecia la situación de desamparo.

La tutela contemplada en el artículo 172-1 y en el 239-1 C.c. no implica que ésta sea preferente a cualquier otra, ni excluyente de una delación tutelar distinta. En efecto, la previsión del segundo párrafo del artículo 239 no puede calificarse de subsidiaria. En el artículo 172-1 C.c. se regula una rápida tutela para situaciones necesitadas de protección inmediata, pero, en base a ello, no se puede equiparar celeridad temporal con preferencia jurídica.

Puesto que parece que, en general, la patria potestad y la tutela son incompatibles, sólo podrá nombrarse un tutor ordinario, en base a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 239, al menor en situación de desamparo, que, al inicio de la misma o posteriormente, no se encontrara sometido al ejercicio de la patria potestad o de otra tutela ordinaria.

Se parte del principio de prioridad de la propia familia, de procurar "la reinserción del menor en su propia familia" (art.172-4° C.c.). El nombramiento de un pariente del menor como tutor supone la reinserción del menor en su propio entorno familiar⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ Vease PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.128 .

El Juez podrá nombrar tutor mediante resolución motivada, al que considere más idóneo por sus relaciones con el tutelado. Esta posibilidad no difiere de lo establecido con carácter general para la tutela en los artículos 234 y 235 C.c.

Cualquiera puede ser nombrado tutor ordinario: un pariente allegado, las personas que hayan acogido al menor. También cabrá, según lo dispuesto en el artículo 242 C.c., que se nombre tutor a una persona jurídica, siempre y cuando ésta reúna los requisitos establecidos en el mencionado precepto y sea en interés del menor.

Lógicamente, en este segundo párrafo del artículo 239 C.c., no queda englobada la Entidad pública a la que corresponde la tutela administrativa, ya que, con el vocablo "personas", se alude a otras distintas de la "entidad". No obstante, en el caso de que dichas personas no existan, cabría que la tutela de la Entidad pública, cuya provisionalidad es una de sus notas características, adquiriera carácter permanente, bien porque la tutela ordinaria o la adopción no puedan constituirse, bien porque aún pudiéndolo, sean contrarias a los intereses del menor.

Una regulación semejante a la del artículo 239, la encontramos en el artículo 14 de la Ley Catalana 39/1991 sobre tutela, el cual está ubicado en la Sección Segunda ("Delación Dativa") del Capítulo II ("Delación de la tutela").

En dicho precepto, se establece que *"la tutela de los menores desamparados corresponde a la persona que determine la Ley correspondiente. No obstante, si hay una persona que se preste a asumirla, el Juez la nombrará si esto redundará en beneficio del menor"*.

La Ley a la que se refiere es la Ley 37/1991 sobre Protección de menores desamparados, cuyo artículo 1º dispone que los Organismos públicos⁴⁹⁸, declarados competentes por la Generalidad de Cataluña, se ocuparán de la protección del menor desamparado y de su tutela.

13.3 - DISTINCIÓN ENTRE TUTELA Y GUARDA.

Desde las Partidas, el término guarda ha tenido un sentido amplio. Ha sido equiparado a la tutela, considerada ésta también en un sentido amplio, y al conjunto de las instituciones tutelares.

En el Título XVI de la Partida sexta, nos encontramos con la siguiente definición: <<Tutela tanto quiere decir en latin como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorze años e la huérfana menor de 12 años, que non se puede nin sabe amparar>> (P.6,16,1). La tutela es guarda de los

⁴⁹⁸ El artículo 2 del Decreto 332/1988, de 21 de Noviembre, atribuye al Departamento de Bienestar Social, en concreto a la Dirección General de Atención a la Infancia, la tutela de los menores en situación de desamparo.

impúberes, de su persona y de sus bienes⁴⁹⁹.

En el Código Civil se asignan al término guarda contenidos diversos. Así, el artículo 215 dice que la <<guarda y protección>> se realizará mediante la tutela, la curatela y el defensor judicial. Se emplea dicho término como sustituto de la patria potestad. En otros casos se equipara a tutela, o se pretende comprender a las instituciones tutelares distintas de la tutela propiamente dicha (art.210 que habla de <<tutela o guarda>>⁵⁰⁰).

Estos sentidos tan diversos que se asignan a este término plantean numerosas dudas sobre el ámbito de la misma. Es decir, la guarda ¿se puede identificar con la tutela, es más que tutela, o no es tutela?.

Se trata, por lo tanto, de un término omnicomprensivo, cuyo significado va a depender del contexto en el que se utilice.

La Sección primera, del Capítulo V, del Título VII, del Libro I, lleva por rúbrica "De la Guarda y Acogimiento de Menores". En

⁴⁹⁹ DIEZ-PICAZO: <<Notas sobre la institución tutelar>>, RCDI, Nov-Dic 1973, Num.499, pp. 1378 a 1383 hace una exposición del Derecho Histórico Español, relativo a la tutela en general.

⁵⁰⁰ LETE DEL RIO: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T.IV" Edersa. Madrid 1985, p.196, manifiesta en relación a este artículo 210, que "la expresión <<tutela o guarda>> es defectuosa o poco correcta, pues la tutela implica o es guarda, y una de las formas de guarda de los menores o incapacitados es la tutela, por lo que hubiera sido más correcto hablar de tutela o curatela".

cuanto al significado del término guarda, en un principio podría pensarse que con él se alude a la tutela automática que se establece en el artículo 172-1. Quedarían equiparadas la guarda y la tutela. Así lo han reconocido DIEZ-PICAZO, ROGEL, LETE Y VENTOSO desde el punto de vista de la función protectora de ambas figuras⁵⁰¹.

Tras un análisis de los distintos artículos de esta sección, se desprende que, con el término "guarda" del artículo 172-2 C.c., se alude a una relación jurídica distinta, que no se puede homologar con la tutela del artículo 172-1, y cuyo contenido podría identificarse más con el propio del acogimiento de menores. También se desprende que la guarda forma parte del contenido de la tutela.

El término guarda -en la rúbrica de esta Sección- es bastante amplio, incluye la tutela automática, el acogimiento de menores y la guarda administrativa.

Por otro lado, es necesario estudiar que significado tiene

⁵⁰¹ DIEZ-PICAZO: <<Notas sobre...cit.>>, p.1380 engloba la tutela dentro de los <<sistemas contemporáneos de la guarda legal>>. También ROGEL VIDE: "La guarda de hecho". Tecnos. Madrid 1986, p.62 señala que "el término <<guarda>>, sin más añadidos, ha de entenderse, ha sido entendido siempre ampliamente en nuestro Derecho, como equiparable a tutela en sentido amplio, a las instituciones tutelares en su conjunto". LETE, op. ult. cit., p.209, denomina como <<tutela o guarda>> al sustitutivo de la patria potestad. Finalmente VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la tutela...cit.", pp. 11 y 13, entre otras, se refiere a la tutela calificándola de guarda legal, en contraposición a la guarda de hecho.

dicha expresión en el artículo 172-2: "La Entidad pública asumirá sólo la guarda...". Así, aunque en un principio, al contemplarse esta figura a continuación de la tutela automática, pudiera pensarse que se trata de supuestos semejantes, en realidad, son radicalmente distintos, aunque, eso sí, su fin sea el mismo. El adverbio <<sólo>> indica que la guarda no puede identificarse con la tutela automática, aunque ambas se atribuyan a la Entidad pública.

Es la confusión reinante en cuanto al significado de este término lo que lleva a EGEA, al comentar la Ley Catalana de 13 de Junio de 1985, a poner de manifiesto que no debe confundirse la palabra "tutela", que aparece en dicho texto legal, con la propia institución tutelar prevista en el Código Civil⁵⁰².

Independientemente de la guarda que forma parte del contenido personal de la tutela, se trata de dos instituciones distintas: la tutela (art.172-1) y la guarda (art.172-2)⁵⁰³.

⁵⁰² EGEA FERNANDEZ: "La tutela de Menors a la Llei Catalana 11/1985 de 13 de Juny de protecció de menors. L'acolliment. Comentari al Títol VI." RJC, Num.2, 1987, p.313 señala: "todo esto parece configurar la tutela de la LPM como complementaria de la patria potestad o de la tutela en sentido estricto (civil)".

⁵⁰³ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Bosch. Barcelona, 1989, p.309, dice: "Se trata de dos instituciones distintas, la tutela y la guarda, siquiera la primera conlleve también la segunda; por ello, cuando ésta se presente con independencia de la primera, la denominamos <<mera guarda>>".

Como señala FERRER VANRELL⁵⁰⁴ "la guarda es una potestad inferior a la patria potestad, la tutela ordinaria y la tutela automática. Es una institución protectora, que implica el contenido personal de las otras potestades superiores".

En efecto, se diferencian en los siguientes aspectos. Mientras que la tutela tiene carácter automático, la guarda precisa de una solicitud por parte de las personas, que tengan potestad sobre el menor, o de una resolución judicial. Esto implica la no automaticidad de esta medida.

Como ya sabemos, el ejercicio de la tutela y la patria potestad son en principio incompatibles. Pues bien, cuando la Entidad pública asuma sólo la guarda administrativa, luego sin que la misma asuma la tutela del menor, los solicitantes conservarán la patria potestad. No existe en este supuesto una suspensión del ejercicio de la patria potestad o, en su caso, de los poderes tutelares. La guarda es compatible con la patria potestad o con la tutela ordinaria, las cuales simplemente se comprimen, a consecuencia de aquélla, recobrando toda su virtualidad cuando la misma cese. En este caso sólo se suspende la potestad de guarda, que es la que se atribuye a la Entidad pública, pero se mantiene la patria potestad atribuída a los padres.

⁵⁰⁴ FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <<potestad>> de guarda>>. ADC. Tomo XLVI. Enero-Marzo 1993, p.164

Como pone de manifiesto FERRER VANRELL⁵⁰⁵, "la potestad de guarda puede coexistir con otras potestades superiores -en manos de distintas personas-, ya sea la patria potestad o la tutela, porque la guarda necesita de ellas para su existencia, pero lo que no puede darse es una duplicidad del derecho de guarda, o la asumirá quien ostente la patria potestad o la tutela o pasará a un tercero su titularidad, y, en tanto éste la ostente, quedará suspendido para aquél que hasta entonces lo tenía atribuido"

Difieren también en que el desamparo es el presupuesto causal de la tutela, mas no de la guarda, ya que en este último caso ésta tiene lugar cuando los solicitantes justifiquen no poder atenderlo, bien por enfermedad, bien por otras circunstancias graves, o cuando el Juez lo acuerde. Se trata de causas que no abocan a una situación de desamparo, porque, si así fuera, la Entidad pública asumiría automáticamente la tutela. Esta guarda no puede satisfacer caprichos paternos⁵⁰⁶.

Ambas figuras tienen carácter provisional, aunque éste es más acentuado en la guarda⁵⁰⁷. En la tutela, su duración depende, bien

⁵⁰⁵ FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.172.

⁵⁰⁶ Así SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.346 indica que <<no cabe, al amparo de este precepto, abdicar temporalmente de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela para hacer, por ejemplo, un viaje de placer o tomarse unas vacaciones>>.

⁵⁰⁷ Vid. CASTRO LUCINI: <<Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/87, de 11 de Noviembre>>, ADC, t. 40, Oct.Dic., 1987, p.1236.

de que subsista el presupuesto que da origen a la misma, ésto es, la situación de desamparo o de que se adopten otras medidas de carácter permanente -adopción, tutela ordinaria-. No obstante, nada impide que, si dichas medidas no son posibles o no benefician al menor, nos encontremos ante una tutela definitiva.

En cambio, en la guarda, el legislador establece la expresión <<durante el tiempo necesario>> que dure la causa que imposibilite al guardador solicitante realizarlo por si misma. No obstante, si la causa inicial se prolonga por tiempo indefinido, la Entidad pública podría convertirse en tutora del menor en base al artículo 172-1 C.c.⁵⁰⁸.

Difieren en cuanto al contenido. Mientras que la tutela automática puede afectar a la esfera personal y patrimonial del menor, la guarda comprende sólo la esfera personal de los deberes inherentes a la patria potestad y a la tutela. En el artículo 172 no se alude al contenido de esta esfera personal, pero creo que se

⁵⁰⁸ Así, VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción>>, Poder Judicial, 9 (1988), p.34 considera que esto ocurriría si removida la circunstancia grave que la hubiere motivado, los guardadores no reiniciasen el ejercicio de sus funciones, dando lugar a una situación de desamparo. SANCHO REBULLIDA: "Elementos de derecho Civil IV...cit.", p.346 y PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p. 107 n.136, el cual considera que la guarda administrativa puede extinguirse dando lugar a la tutela de la Entidad pública, si la fuerza mayor transitoria que hubiera determinado la guarda deviniera en definitiva.

pueden aplicar, por analogía, las normas relativas al acogimiento⁵⁰⁹.

El fin natural de la guarda es desembocar en la situación familiar que la precedió, es decir, en la reintegración del total contenido de la patria potestad o la tutela, siendo, por lo tanto, excluyente de la adopción. La tutela administrativa tiende también a la reinserción del menor en su familia; pero, si ello no es posible, puede constituirse un acogimiento preadoptivo o una adopción.

Hay que tener en cuenta que, en ambos supuestos de tutela y guarda de menores, la guarda, como la patria potestad, se descompone en titularidad y ejercicio de la misma. Lo que conlleva que puede no ser el mismo sujeto quien ostenta la titularidad y quien lo ejercite.

En efecto, en la Exposición de Motivos, párrafo 6º, se establece que "La guarda de los menores...se confía a la propia Entidad que podrá actuar, bien a través de los Directores de los establecimientos públicos o privados que de ella dependen, bien a las personas que formalicen el acogimiento familiar". Luego, la

⁵⁰⁹ En este sentido RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <ex-lege>>... cit.>>, Num.2, p.76. SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.347. PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.106, n.135 el cual manifiesta que <<el contenido básico de la mera guarda será el correspondiente a esta parte del contenido personal de la patria potestad y de la tutela, pero no al restante>>.

Entidad pública es la titular de la guarda si bien ésta tiene dos modalidades de ejercicio: el acogimiento familiar y el internamiento del menor".

La titularidad se atribuye con carácter exclusivo a la Entidad pública, mientras que el ejercicio de dichos poderes se lleva a cabo, bien por el Director del establecimiento si el menor está internado, bien por el o los sujetos que acogen al menor si este es dado en acogimiento. Tanto la guarda inherente a la tutela -art. 172-1C.c.-, como la guarda ex artículo 172-2, son susceptibles de delegación en su ejercicio como se desprende del artículo 172-3 C.c.

La guarda no tiene por qué ser ejercitada por la Entidad pública a la que corresponda, bien la titularidad de la tutela del menor desamparado, bien la guarda administrativa, sino que tanto las instituciones colaboradoras de integración familiar, como los particulares pueden llevar a cabo el ejercicio de la misma (art. 172-3 C.c., disposición adicional primera y Preámbulo, párrafo sexto).

El que la Entidad pública asuma la titularidad y delegue el ejercicio tiene pleno sentido en el supuesto de internamiento del menor. En cambio, en el supuesto de acogimiento ¿también se delega sólo el ejercicio?; ¿no sería más lógico delegar también la titularidad?.

VARGAS CABRERA⁵¹⁰ estima que la nota diferenciadora y distintiva entre los supuestos de internamiento y acogimientos familiares es que "en éstos los deberes tutelares del párrafo 1º del artículo 173 se ejercen con autonomía decisoria y de responsabilidades por la familia acogedora. En cambio, en aquellos es en la persona jurídica pública y sus representantes en quienes recae el peso de la responsabilidad, un omnicompreensivo poder de dirección y la revocación ad nutum sin necesidad de justificación de la situación de guarda material creada".

Más claramente, FELIU REY⁵¹¹ estima que, si el menor es dado en acogimiento, la titularidad de la tutela automática corresponde a la Entidad pública y el acogedor se limita a ejercer un contenido estrictamente personal, puesto que corresponde al director de la Entidad pública la representación legal y la gestión patrimonial⁵¹². En la misma línea, se pronuncia FERRER VANRELL⁵¹³, quien defiende que el titular de la potestad de guarda es la Entidad pública y ésta puede delegar el ejercicio de la función de guarda en una persona o personas que acojan al menor, siendo los acogedores los sujetos activos del ejercicio de la guarda.

⁵¹⁰ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.646

⁵¹¹ FELIU REY: "Comentarios....cit.", p.26.

⁵¹² En el mismo sentido se pronuncia PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.108.

⁵¹³ FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.202.

También LLEBARIA SAMPER⁵¹⁴ es contundente: "No debe confundirse lo que constituye la titularidad de la guarda -asumida conforme al artículo 172-1 ó 2- de lo que supone el ejercicio de la misma -del que se ocupa este n°3-. Por tanto, estamos examinando como se ejerce la guarda, de la que ya es titular la Entidad pública, bien por quedar aquélla incluida en el cargo tutelar, que asume con respecto del menor desamparado (art.172-1), bien por serle solicitada y conferida dicha guarda por quien proceda, u ordenada por el Juez (art.172-2). No por otra cosa se impone que su ejercicio se lleve a cabo <<bajo la vigilancia de la Entidad pública>>"⁵¹⁵.

Coincide en este enfoque SANCHO REBULLIDA⁵¹⁶, aunque finalmente estima que, cuando el ejercicio se lleve a cabo a través del acogimiento, "la guarda se subsume en la más amplia institución del acogimiento, en realidad deja de ser mera guarda⁵¹⁷".

En conclusión, podemos decir que tanto la Ley como la doctrina más relevante coinciden en que hay que distinguir la titularidad de la guarda de su ejercicio.

⁵¹⁴ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.95

⁵¹⁵ Vid. DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 84-85.

⁵¹⁶ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", p.57.

⁵¹⁷ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", pp. 54-55 denomina "mera guarda" a la guarda administrativa del artículo 172-2 C.c.

Por consiguiente, en el derecho de guarda, propio del acogimiento familiar y del internamiento, existe un titular de la potestad de guarda -la Entidad pública-. En cambio, las funciones propias del acogimiento familiar (art.173-1) las ejerce el que tiene al menor en su compañía, es decir, quien tiene al cuidado al menor y no quien ostenta la titularidad. Ello es así porque la relación -bien de tutela o de guarda- subsiste independientemente del internamiento y del acogimiento.

Aunque tenga lugar esta delegación, a la Entidad pública competente le corresponde un ulterior deber de vigilancia -art. 172-3 C.c.- así como, en su caso, la responsabilidad por los perjuicios que pudiera ocasionar el menor -art.174-3 C.c.-.

13.4 - LA GUARDA DE HECHO: ARTS 303-306 C.c. Y LA GUARDA ADMINISTRATIVA.

13.4.1- LA GUARDA DE HECHO.

El reconocimiento expreso de esta figura tiene lugar en la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, quedando incluida la guarda de hecho en el Capítulo V del Título X: <<De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados>>, dedicando a la regulación de la misma los artículos 303, 304 y 306 C.c. . Se llena así una laguna existente previamente en nuestro Código Civil.

Antes de la Reforma, al no contar con un apoyo legal, no había en la doctrina un concepto unánime, existiendo una cierta confusión en cuanto a los supuestos que quedaban englobados en la misma⁵¹⁸. Mientras unos lo asimilaban a la gestión de negocios ajenos o al mandato, otros le daban una entidad autónoma. Así, unos distinguían el tutor de hecho (se entiende por tal el que ejerce las funciones tutelares sin haberle sido legalmente confiadas o el que continúa en el ejercicio después de haber perdido su cargo o terminado la tutela) de la tutela irregularmente constituida u organizada y de la tutela putativa -ejercida por una persona de buena fe e investida de las funciones de tutor pero con vicio en su título-⁵¹⁹.

Se trataba, no obstante, de una práctica muy extendida al margen de la Ley. En efecto, en muchos casos, las personas, que estaban necesitadas de protección, eran protegidas, guardadas, por otras, que ejercían funciones similares a las contempladas en la Ley para los tutores, al margen de cualquier formalidad legal y sin ostentar dicha condición. La guarda de hecho ha sido una realidad cotidiana.

Se produce cuando, de modo espontáneo y sin título legal o convencional, terceras personas, asumen de hecho la guarda de un

⁵¹⁸ ROGEL VIDE: "La guarda de hecho...cit.", pp. 34-35.

⁵¹⁹ DIEZ-PICAZO: <<Notas sobre la institución tutelar>>, RCDI, Nov-Dic, 1973, p.1386.

menor.

En 1977, DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA en el "Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela", dedicaban a la guarda de hecho el Capítulo VI (arts.307-313) del Título X. En el Preámbulo se afirmaba: <<Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida, por aquellos otros que habiendo sido tutores han sido removidos de su cargo>>⁵²⁰.

Es más, en el Capítulo Primero -relativo a las "Disposiciones generales"- del Título X del Proyecto privado, dentro de las instituciones tutelares, se contemplaba la guarda de hecho.

Aunque dicho Estudio inspiró en gran parte la Reforma de 1983, no ocurrió así en esta materia, siendo la regulación de la guarda de hecho, que se contiene en el Capítulo V del Título X del Código Civil, incompleta y confusa⁵²¹.

⁵²⁰ AAVV: "Estudio cit...", pp. 28 y 29.

⁵²¹ En esta línea BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.786, el cual afirma que "la regulación de la guarda de hecho introducida por los artículos 303, 304 y 306 es totalmente insuficiente y equívoca". Es más, en algun

Frente al concepto amplio y explícito recogido en los artículos 307 y 308 del Proyecto privado⁵²², en el Código Civil no se define esta figura, ni se delimitan los supuestos que comprende.

En efecto, el artículo 303 C.c. es poco claro, dado que, por un lado, alude a los artículos 203 y 228, y por otro, menciona sólo al presunto incapaz, pero no al ya incapacitado. Por tanto, parece que contempla aquellos supuestos en que el guardador se ocupa de una persona que no ha sido previamente incapacitada, así como los casos en que la tutela no se ha constituido. En un principio, parece que quedan excluidas las situaciones recogidas en el artículo 308 del Proyecto privado⁵²³.

grado, la ausencia de una clarificación y las expresiones equívocas contribuyen a una mayor confusión de la doctrina previamente existente. VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la Tutela...cit.", p.128 dice: <<...la dedicación normativa al tema no es muy grande pues, incluso queda en el aire el propio concepto de guardador de hecho. El citado Anteproyecto -se refiere al Estudio citado- era más explícito en este punto...>>. También en este sentido se pronuncia ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", pp. 20 y 32.

⁵²² ART.307: "Quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores".

ART.308: "La regla establecida en el artículo anterior se aplicará también cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal, o hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo o después de haber debido cesar en él". ("Estudio...cit.", p.61).

⁵²³ Vid. nota anterior.

No existe unanimidad en la doctrina respecto a los supuestos que comprende la guarda de hecho. Así SANCHO REBULLIDA⁵²⁴, ROGEL⁵²⁵ y VENTOSO⁵²⁶ mantienen una postura amplia. Según los mismos, dicha figura comprendería los supuestos de tutela irregularmente constituida (omisión de inventario, fianza) y los de tutela putativa (existencia ignorada de pariente preferente para la legítima, nulidad de testamento en la testamentaria....).

R. BERCOVITZ⁵²⁷ defiende una postura restrictiva. En su opinión, "quedarían incluidas las situaciones previas a la incapacitación o a la constitución de la tutela, así como todas aquellas en las que, habiendo sido constituida la tutela, ésta se

⁵²⁴ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Bosch. Barcelona 1989, pp. 343 y 344, pone de manifiesto que <<en cuanto a los menores, parece que el precepto puede comprender todas las causas originarias de la guarda de hecho que la doctrina había recapitulado: tutor que se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya sea por delegación arbitraria del nombrado; tutor afectado de causa de inhabilidad no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo; ejercicio mantenido tras la remoción firme o la extinción, por otra causa, de la tutela>>.

⁵²⁵ ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", p.46, opina que el elenco propuesto en los artículos 307 y 308 del "Estudio...." es bueno y es completo, dando cabida a todos los supuestos que caben en la guarda de hecho con el 303 del Código Civil en la mano.

⁵²⁶ VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la tutela...cit.", p.129 cree <<que la interpretación del artículo 303 debe ser amplia y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz>>.

⁵²⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 787-788 fundamenta su postura en la doctrina francesa la cual excluye de la tutela de hecho tanto la tutela irregularmente constituida, como la tutela putativa.

ejerce por quien carece de nombramiento legal para ello y quedarían excluidas, además del tutor putativo, las situaciones contempladas en el artículo 308 del Proyecto particular, ya que las tres primeras constituyen irregularidades en el funcionamiento de la tutela y, en cuanto a la última situación, considera que quien adquiere la plena capacidad de obrar queda definitivamente excluido de la tutela"⁵²⁸.

Nuevamente, el legislador catalán resuelve este problema con una regulación más detallada que la del Código Civil. En el Título VI de la Ley 39/1991, de 30 de Diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, se regula esta institución detalladamente (arts.91-96), de acuerdo con la postura restrictiva antes señalada, definiéndose por primera vez dicha figura.

En su artículo 91, se dispone que *"el guardador de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoria-mente un menor que ha sido desamparado por aquél que tiene la obligación de su 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"*.

⁵²⁸ ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", p.51. No comparte esta opinión, ya que para él, el tutor putativo no es un verdadero tutor, sino un guardador de hecho. También considera que quien afectado por una causa de inhabilidad o sin haber cumplido los requisitos legales exigibles, actúa como si fuese tutor, no lo es por el mero hecho de así hacerlo. No se trata de una irregularidad en el funcionamiento de la tutela, no estamos en presencia de tutela formal.

Por otro lado, puesto que el artículo 303 se refiere de modo expreso sólo a los menores o presuntos incapaces, surgen dudas respecto a si también quedan englobadas en el mismo las personas ya incapacitadas. De este modo, lo entendía el artículo 307 del Proyecto particular al establecer: "quien, careciendo de potestad legal sobre <<un menor, o persona incapacitada o susceptible de serlo>>, ejerciera,....". R. BERCOVITZ considera incluidos a los incapacitados, "dada la identidad de circunstancias esenciales entre los presuntos incapaces y los incapacitados sometidos a la guarda de hecho de quien no ha sido nombrado tutor"⁵²⁹.

Ante la expresión genérica <<guardador de hecho>>, cabe que el guardador de hecho lo sea ejerciendo funciones propias de un tutor o de un curador⁵³⁰, ya que el que la tutela de hecho sea la más frecuente, ello no impide que el guardador de hecho pueda desempeñar funciones propias de otras instituciones tutelares.

⁵²⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.788 y ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", p.56.

⁵³⁰ Defienden esta interpretación amplia: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.794, el cual no ve inconveniente para hacerlo extensivo a cualquiera de las curatelas de los artículos 286 y 287 C.c. ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", p.62 y VENTOSO ESCRIBANO: "La Reforma de la tutela...cit.", p.129 si bien limita la extensión a los supuestos del artículo 287 C.c.

En contra de esta postura se pronuncia SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.344, ya que considera que la única guarda de hecho concebible es la tutela de hecho.

Se trata -aunque no se diga expresamente en la Ley- de una situación provisional, puesto que se debe constituir regularmente la tutela, y, si se trata de incapaces, obtener previamente la incapacitación. De ahí la remisión a los artículos 203 y 228.

En el artículo 91 de la Ley Catalana se señala expresamente el carácter provisional y transitorio de esta figura, que constituye un aspecto esencial de la misma.

El artículo 303 C.c. impone al guardador de hecho, si el Juez ejercita esta facultad, un deber de información sobre la persona y los bienes de la persona sometida a guarda, similar al que se establece para el tutor en el artículo 233 C.c.. También, podrá el Juez establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas⁵³¹. Dichas medidas para R. BERCOVITZ son las previstas con carácter general en los artículos 203-2º, 209 y 299 bis⁵³².

⁵³¹ Lo mismo se establece en el artículo 93 de la Ley Catalana: "*El Juez podrá establecer medios de control y vigilancia tanto de la persona como de los bienes del menor o del presunto incapaz bajo la guarda de hecho*".

⁵³² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.789 señala que el único valor de esta parte final es el de mero recordatorio. SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.344 califica a estas medidas de provisionarias y caducas.

Sobre la relación entre el artículo 299 bis y el artículo 303 C.c. vid. GOMEZ OLIVEROS: <<Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de Octubre>> (2º parte) RCDI, num.565, pp. 1410-1411 defiende que en la esfera personal "será el Ministerio Fiscal quien tenga poder decisorio o de revisión, pero sin olvidar al guardador de hecho, quién se mantendrá en su situación y a quién se aplicará su régimen específico".

En el artículo 304 C.c. se establece que "los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad"⁵³³.

Antes de la Reforma de 1983 DIEZ-PICAZO⁵³⁴ señalaba que "si el menor puede beneficiarse de las reglas protectoras de la tutela, no tiene, en cambio, que sufrir la gestión regular del tutor de hecho, pues todos los actos realizados por éste, a excepción de los meramente conservativos, son nulos por defecto de poder y no le pueden obligar".

La doctrina en general defendía la anulabilidad de los actos realizados por el guardador de hecho.

El artículo 304 C.c., a diferencia de los artículos 309⁵³⁵ - relativo a actos conservativos- y 310⁵³⁶ -demás actos sobre la persona o bienes del menor- del Proyecto privado, no distingue

⁵³³ Idénticos términos son empleados en el artículo 94 de la Ley Catalana.

⁵³⁴ DIEZ-PICAZO: <<Notas sobre la institución tutelar>> RCDI, Nov-Dic 1973, p.1386 .

⁵³⁵ En el artículo 309 del Proyecto privado se dispone que "los actos meramente conservativos realizados por el guardador de hecho, en interés del pupilo, serán válidos y producirán todos sus efectos si fueran útiles para éste". ("Estudio...cit.", p.61).

⁵³⁶ En el artículo 310 del Proyecto privado se establece que "todos los demás actos realizados por un guardador de hecho, relativos a la persona o a los bienes del tutelado, podrán ser anulados a instancia de éste o de los representantes legales nombrados con arreglo a derecho". ("Estudio...cit.", p.61).

entre los actos relativos a la esfera personal y los relativos a la esfera patrimonial del guardado, ni entre los actos meramente conservativos y los demás actos posibles. Dicho artículo sigue el criterio de la "utilidad", en base al cual, sólo se impugnarán los actos que no hayan redundado en utilidad del menor, incapacitado o presunto incapaz.

La mayoría de la doctrina considera que la utilidad se aprecia respecto de la totalidad del acto llevado a cabo por el guardador de hecho⁵³⁷.

En cuanto a la posición de los terceros respecto a los actos realizados por el guardador de hecho, la doctrina mayoritaria sostiene la repercusión en los terceros, incluídos los de buena fe, de la ineficacia de dichos actos, cuando ésta haya sido decretada. No obstante, el tercero tiene el derecho a pedir al guardador de hecho una indemnización por los daños y perjuicios que le haya causado el acto. Ninguna solución al respecto se encuentra en el Código Civil, a diferencia de lo ocurría en el artículo 311⁵³⁸

⁵³⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.791, según el cual la valoración ha de ser objetiva y global. SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.345 señala: "La utilidad habrá de apreciarse en la totalidad del acto de gestión; no cabrá impugnación parcial de un acto, dejando subsistente de él lo que haya sido útil".

⁵³⁸ En el artículo 311 del Proyecto privado se dispone que "en caso de anulación de los actos realizados por el guardador de hecho, los terceros que hubiesen contratado con éste podrán exigir la restitución de las prestaciones realizadas al menor o incapaz, en la medida prevista en el artículo 1304 y subsidiariamente la

del "Estudio..." anteriormente citado.

Se reconoce al guardador de hecho un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Por tanto, existe una relación de causalidad entre el ejercicio de la función tutelar de que se trate y la producción de los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 220.

Otro de los problemas, con el que nos encontramos, dada la exigua regulación de la guarda de hecho en el Código Civil, es el referente a la retribución del mismo. Una vez más, el Código no dice nada. En cambio, en el Proyecto privado, en el artículo 313 se establecía "el derecho del guardador de hecho a una adecuada retribución por la gestión que hubiese desarrollado, en el caso de que ésta le hubiera sido útil".

R. BERCOVITZ pone de manifiesto que dicha retribución puede tener lugar al amparo de las medidas del artículo 303 C.c., con respecto a las actuaciones futuras del guardador de hecho⁵³⁹. Con todo, el problema de la retribución, como indica ROGEL⁵⁴⁰, "pierde

indemnización por el guardador de hecho de los daños que la nulidad les ocasione". ("Estudio...cit.", p.62).

⁵³⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 303-306 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.792 estudia este aspecto, señalando que el problema básico se plantea al determinar la retribución del trabajo ya realizado.

⁵⁴⁰ ROGEL VIDE: "La Guarda de hecho...cit.", pp. 145-146 .

su importancia si el guardado -como ocurre en numerosas ocasiones- carece de patrimonio suficiente para atender a la misma, sabido que el Estado no cubre tal insuficiencia en orden a la retribución".

13.4.2- LA GUARDA ADMINISTRATIVA.

Por otro lado, la Ley 21/87 regula en el párrafo segundo del artículo 172 la guarda administrativa. En efecto, la Entidad pública asumirá sólo la guarda, siempre y cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten, y además justifiquen que no pueden atenderlo, bien por enfermedad, bien por otras circunstancias graves. También tendrá lugar esta medida en los casos en que el Juez así lo determine.

Se trata de una solución urgente y transitoria, "durante el tiempo necesario", dice el precepto. De ahí que su duración dependerá de la desaparición de la circunstancia que la motivó. Desaparecida la misma, se volverá a la situación originaria: patria potestad o tutela ordinaria. También podría tener lugar la tutela administrativa si, una vez que dejare de existir la circunstancia grave, los padres no reinician la guarda, el acogimiento o la adopción.

Esta guarda es compatible con la patria potestad y con la tutela ordinaria, las cuales no desaparecen, sino que sólo se comprimen, hasta que aquélla cese, momento éste, en el que vuelven

a recobrar toda su virtualidad.

En cuanto a los sujetos legitimados para solicitar la <<guarda>>, en el artículo 172-2 C.c. sólo se alude a quien tenga potestad sobre el menor. ¿A qué potestad se refiere la norma?. Según el significado que se dé al término <<potestad>>, estarán o no legitimados los guardadores de hecho para solicitarla.

Se puede entender que lo que indica es que la solicitud procederá o de los padres que no estuvieren privados de la patria potestad o del tutor. Por tanto, no del guardador de hecho⁵⁴¹.

Pero si, como creo que puede ser, el término no se usa como sinónimo de <<patria potestad>>, sino como equivalente a autoridad, o con él se alude a la potestad de guarda, estaría legitimado el guardador de hecho, es decir, todos aquellos que, como indica RUIZ RICO-RUIZ⁵⁴², por ley e incluso por negocio jurídico, tienen poderes de guarda y custodia sobre el menor: v. gr., los

⁵⁴¹ Esta tesis es defendida por DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.78 en base a que se trata de una concreción de la facultad que tienen los padres en el ejercicio de su potestad, de recabar el auxilio de la autoridad, en este caso para cumplir los deberes de índole personal que la Ley les impone.

⁵⁴² RUIZ RICO-RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 73-74 va más lejos e incluso incluye "a los <<delegados paternos>> (también llamados <<acogedores convencionales>>)", por cuanto un negocio de Derecho de Familia les faculta para custodiar temporalmente a los hijos de otros, ello en el supuesto de que se pudiera aceptar jurídicamente tal figura, que creo si puede hacerse dentro de unos límites". En el mismo sentido PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.100, n.127.

guardadores de hecho, a quienes las leyes les imponen un deber de diligencia y protección de los intereses del menor. Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter también provisional de esta última figura, esta solicitud de guarda tendría sentido, en cuanto a la protección del interés del menor, pero sin perjuicio de que el Juez, una vez enterado de la situación de guarda de hecho a la que está sometido el menor, adoptara las medidas necesarias, como la tutela ordinaria, que podría ser deferida, bien al guardador, o bien a otra persona, o bien a una institución colaboradora⁵⁴³.

Cuestión distinta es que si tiene lugar un efectivo desamparo del menor por parte de su guardador, la Entidad pública asumirá la tutela automática.

También tienen potestad sobre el menor los acogedores legales. Luego en principio, los sujetos que hayan constituido un acogimiento de los regulados en el artículo 173 C.c., también podrían solicitar la guarda administrativa. No obstante, dado el carácter transitorio de esta medida, puede parecer excesivo reconocerles dicha facultad, y máxime cuando podría tener lugar otro acogimiento. Teóricamente es posible. Ahora bien, en el terreno práctico habrá que actuar con sumo cuidado y siempre teniendo en cuenta el interés del menor y cada supuesto en

⁵⁴³ En el artículo 5 de la Orden Catalana de 14 de Marzo de 1988 se prevé expresamente la solicitud de encomienda de guarda por el guardador de hecho (DOGC num.971, de 28 de Marzo), por la que se regula la tutela de los Menores desamparados.

concreto. Es posible que, si se prevé que dicho acogimiento pueda conducir a una futura adopción, sea preferible que, mientras duren las circunstancias graves del acogedor, el ente asuma provisionalmente las funciones hasta que las mismas desaparezcan.

Cuestión distinta es si cabría un acogimiento ilegal, es decir, la posibilidad de que una persona ejerciera sobre el menor las facultades establecidas en el artículo 173-1 C.c., pero sin estar especialmente investido de potestad para ello. Es decir, si, sin que se haya constituido formalmente un acogimiento, cabe que esa persona se convierta en un guardador de hecho al asumir esa guarda al margen de las formalidades legales. En este caso, como ponen de manifiesto R. BERCOVITZ, SANCHO REBULLIDA Y ROGEL, esta persona será un <<guardador de hecho>>, ya que éste puede desempeñar funciones de tutor, de curador o de defensor judicial, y no un acogedor de hecho. Nos encontraríamos, por lo tanto, ante un supuesto más de guarda de hecho.

Mientras que GIL MARTINEZ⁵⁴⁴ entiende que los efectos de la guarda administrativa, al no estar establecidos por el legislador, pueden ser los que se obtengan de aplicar las escasas normas dedicadas al guardador de hecho, SANCHO REBULLIDA⁵⁴⁵, con razón, considera que la situación de guarda legal no se puede homologar

⁵⁴⁴ GIL MARTINEZ: "La Reforma de la Adopción". Dykinson. Madrid 1988, p.59 .

⁵⁴⁵ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV....cit.", p.347 .

con la guarda de hecho; sino que más bien es incompatible con ésta, ya que, si la guarda de hecho es satisfactoria, no tendrá lugar, ni la guarda, ni la tutela administrativa, dado que falta el desamparo y, si no es satisfactoria, cuando se decrete aquélla, cesará ésta. Por todo ello, es inadecuada esta aplicación por analogía de las normas sobre la guarda de hecho. Defiende así, la aplicación de las normas en las que se regula la guarda como contenido de la patria potestad y, en su caso, de la tutela.

14.- CARACTERES DE LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS:

14.1- RECAE SOBRE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.

Como ya vimos, el desamparo es el presupuesto indispensable 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 asuma la tutela que le atribuye el artículo 172-1 del Código Civil.

El deber de protección de la Administración se genera ante la evidencia de un menor en situación de desamparo.

Así, en el artículo 172-1 del Código Civil se atribuye a la Entidad pública la tutela "de los menores que se encuentren en situación de desamparo". Más claramente, en el artículo 222-4º, se establece que estarán sujetos a tutela "los menores que se hallen

en situación de desamparo". Y, por último, en el artículo 239 C.c., se señala que "la tutela de "los menores desamparados" corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172".

Por tanto, dos requisitos son precisos para que tenga lugar la tutela de la Entidad pública: que se trate de menores de edad y que se encuentren en situación de desamparo.

14.2- EX LEGE.

El artículo 172-1 del Código Civil atribuye la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, por ministerio de la Ley, a la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores.

En el artículo 239 C.c. se dispone que "la tutela de los menores corresponde por Ley a la Entidad a la que se refiere el artículo 172". Se establece una tutela ex lege y automática. Es una tutela, que se pone en marcha sola, por ministerio de la Ley, porque la Ley lo dice.

Se trata de una tutela legal, la única que en realidad puede recibir este calificativo, ya que sólo esta tutela sobre los menores desamparados se defiende directamente por la Ley en favor de la Entidad Pública. Es una tutela automática, que ni requiere forma especial para constituirse, ni el Juez tiene que proceder al

nombramiento de la Entidad Pública como tutora.

Estos supuestos de menores desamparados difieren del sistema anterior de atribución judicial de tutela en que actualmente tiene lugar una delación tuitiva de carácter legal.

A la hora de interpretar el artículo 239 C.c., hay que tener en cuenta su ubicación, el lugar que ocupa en el sistema de normas de la tutela. Se encuentra en la Sección II, del Capítulo II, del Título X, bajo la rúbrica "De la delación de la tutela y del nombramiento de tutor". De ello se deduce que dicho precepto establece un régimen especial de delación de la tutela, diciendo que ésta corresponde por llamamiento legal a la Entidad Pública.

Cuando se dé el supuesto de hecho previsto por la Ley - situación de desamparo-, inmediatamente entra en juego la consecuencia jurídica: la tutela automática de la Entidad Pública, la responsabilidad de la Administración de asumir su protección; dicha Entidad no asume, sino que tiene la tutela del menor desamparado. Para poder hacer valer esa responsabilidad y poder dar protección frente a cualquiera se le otorga la tutela de ese menor automáticamente, porque la Ley lo dice. La tutela en tales casos se defiere "ope legis" y no "ope auctoritatis".

El Ministro de Justicia, Sr.Ledesma Bartret⁵⁴⁶, manifestó lo siguiente: <<Si me piden un resumen telegráfico de las notas que caracterizan esta tutela, creo que se podrían dar las siguientes: esa tutela automática y legal se caracteriza, primero por su automatismo, porque como saben SS.SS. se produce ex lege; es decir, sin necesidad de declaración judicial; segundo, por su provisionalidad, porque se mantendrá en tanto subsistan las causas que determinaron esa intervención, y tercero, por sus beneficiarios que serán los menores desamparados>>.

Luego, la intervención judicial no es imprescindible -como ocurre en la tutela ordinaria- en la constitución de esta tutela, ya que, si lo fuera, carecería de sentido la expresión <<tiene por ministerio de la Ley>> -art 172-1 C.c.-, así como el párrafo 2º del artículo 239, el cual, a sensu contrario, da a entender que la tutela de la Entidad Pública escapa a las reglas ordinarias en cuanto a la constitución. De no ser así, habría bastado con incluir un nuevo párrafo en el artículo 234, o, tal vez, con modificar el artículo 239, en cuanto a contenido, pero no su espíritu.

14.3 - AUTOMÁTICA.

La Exposición de Motivos dice claramente que se cambia el criterio a que respondía el anterior art.239 del Código Civil, que

⁵⁴⁶ Vid. Diario de Sesiones del Senado. Año 1987. III Legislatura. Sesión Plenaria N° 46 celebrada el Miercoles 7 de Octubre de 1987, p.1725.

decía que la tutela de los menores ingresados en establecimientos públicos se podía otorgar al Director del establecimiento. Es decir, era una facultad del Juez nombrar tutor al Director del establecimiento, dado que éste nunca asumía la tutela de forma automática, como ponía de manifiesto el carácter potestativo de la norma ("podrá ser"), sino que era necesaria una declaración judicial en este sentido. Ahora, se estima, atendiendo a la urgencia del caso, que "la situación de desamparo debe de dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de menores".

En cuanto al cambio introducido por la Ley 21/87, en relación a la regulación que de la tutela efectuó la Ley 13/83, se ha apuntado por amplios sectores doctrinales la contradicción que, con relación a ésta última, supone la introducción de la tutela automática o "ex lege" de la Administración sobre los menores en situación fáctica de desamparo, al no exigir, la declaración de esta última, la intervención previa judicial, que, como una constante, se prevé en la constitución y desenvolvimiento de las instituciones tutelares ordinarias.

Es una tutela que se pone en marcha sola por el ministerio de la Ley, porque la ley lo dice (arts.172.1º; 222-4º y 239 C.c.). Es decir, que no es necesario que ninguna autoridad judicial decrete la existencia de esa tutela; en el mismo momento en que la administración constata la existencia del desamparo ésta tiene la

responsabilidad de dar protección al menor⁵⁴⁷.

Como antecedente de esta tutela en la legislación civil, hay que tener en cuenta el antiguo artículo 212 C.c. anterior a la Ley de 1983, en el que se establecía que "los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas". Se contemplaba una tutela institucional, que recaía sobre persona física, siendo deferida de forma automática. Se regulaba una tutela ope legis, para cuya validez no se precisaba declaración de ningún organismo o autoridad: "son" equivale a "tiene", la condición de tutor se adquiere por prescripción legal.

Como señala R. BERCOVITZ⁵⁴⁸, dicho precepto establece una

⁵⁴⁷ En el artículo 32, del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia de 8 de Julio de 1993, se señala que "la Entidad pública estará obligada a investigar los hechos denunciados y a asumir la tutela del menor en caso de que se encuentre en situación de desamparo".

Además en la Introducción a la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título II, se establece que "la Entidad pública, si valora la existencia de desamparo asume la tutela por ministerio de la ley".

Igualmente, en el Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, en el artículo 22 se establece que "la protección del menor por los poderes públicos se realiza mediante el establecimiento de servicios, la prevención y reparación de situaciones de riesgo, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley".

Más claramente, en el artículo 27 -dedicado a las Actuaciones en situación de desamparo- se dispone 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".

⁵⁴⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de Nacionalidad.....cit.", p. 347.

tutela ex lege y automática. Ahora bien, el antiguo artículo 212 parecía referirse a los expósitos, es decir, a los hijos de padres desconocidos, los cuales no están sujetos, ni a patria potestad, ni a tutela, mientras que en el actual artículo 172-1 C.c., se alude a los menores desamparados, los cuales pueden haber estado sometidos a la patria potestad o a una tutela anteriormente⁵⁴⁹.

El carácter preceptivo de este antiguo artículo 212 C.c. contrasta con la norma del artículo 239 C.c., tras la reforma de 1983, que es meramente permisiva y que convierte aquella tutela automática en potestativa.

Dado que la Ley utiliza diferentes expresiones para deferir a las Entidades públicas la tutela de los menores en situación de desamparo, es preciso un estudio de su correcto significado.

Así, se alude, a <<una tutela automática a cargo de la Entidad Pública>> (Preámbulo de la Ley); se establece que <<la Entidad Pública...tiene, por ministerio de la ley, la tutela>> (art.172-1 C.c.); entre los sujetos a tutela, se menciona a <<los menores que se hallen en situación de desamparo>> (art.222-4° C.c.); y se prescribe que <<la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad...>> (art.239).

⁵⁴⁹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.60 considera que la reforma amplía el número de supuestos de tutela ope legis en relación al antiguo artículo 212, puesto que ya no es necesario que los menores se encuentren recogidos en los centros de asistencia, sino que basta con que exista desamparo.

Del análisis de estas expresiones legales se deduce por un amplio sector doctrinal que es la Entidad pública la que tiene competencia propia para apreciar una situación de desamparo y constituirse automáticamente en tutora.

No obstante, otro sector de la doctrina defiende la necesidad de una declaración judicial en la constitución de dicha tutela.

14.3.1- A FAVOR DEL AUTOMATISMO⁵⁵⁰.

En el párrafo 4º del art.222, se establece un nuevo supuesto de tutela: la tutela "ex lege" sobre menores que se hallen en situación de desamparo.

Se señalan como características de esta tutela, que se constituye por ministerio de la Ley en favor de la Entidad pública del territorio, en el que se encuentre el menor, sin que sea necesaria una declaración judicial previa, como sucede en los demás

⁵⁵⁰ Defienden esta postura: PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derecho de Familia". Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid 1989, pp. 612-615; SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.310; DIEZ PICAZO y GULLON: "Sistema de Derecho Civil", Vol.IV. Madrid 1988, p.284; VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes cit.>>, pp. 34 y ss, y <<La tutela de los menores...cit.>>, pp. 2051 y ss.; PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 88 y ss.; LLEBARIA SAMPER: "Tutela ...cit.", pp. 25 y ss.; FERNANDEZ BERMEJO: <<El concepto de desamparo...cit.>>, pp. 73-75; PASCUAL ESTEBAN: <<La Tutela y la Guarda de Menores por las Entidades Públicas. El Acoqimiento. La Adopción>>, RDN, 1988, p.265; BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley 21/1987, de 11 de Noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado>>, RGLJ 1987 N°6, pp. 898-899 entre otros.

supuestos de tutela, que se regulan en el art. 222 C.c., y que se trata de una <<auténtica>> tutela y, por tanto, es en principio incompatible con la subsistencia de la patria potestad. Así, en el momento en que surge la situación de desamparo, la Ley atribuye automáticamente a la Entidad pública asistencial la tutela y suspende a los padres de sus potestades sobre el hijo menor.

Es una tutela que se pone en marcha sola, por el ministerio de la Ley, porque la Ley así lo establece. Basta que la Administración constate la existencia de desamparo, para que nazca en ella dicha responsabilidad⁵⁵¹. Es automática, es decir, se produce "ministerio legis" como consecuencia de la situación de desamparo. Se trata de una tutela "ex lege", ya que es la única que se defiere directamente por Ley, y automática, que no necesita forma especial de constitución⁵⁵².

⁵⁵¹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit., p.60, señala que una de las consecuencias absurdas de la reforma podría ser la de que existiendo desamparo, se produjese la tutela automática y no lo supiese todavía el ente protector.

Literalmente es una posibilidad. Sería una protección muy grande del menor puesto que la Entidad pública no podría alegar desconocimiento de la situación.

⁵⁵² En el Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se opta por esta postura.

En la Exposición de Motivos, en el apartado 4, p.6, se señala que "la Ley regula los principios generales de la atención a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la Entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela por ministerio de la Ley".

Igualmente en el artículo 22, en el que se recogen las situaciones de protección, se dispone que "la protección del menor por los poderes públicos se realiza... en los casos de desamparo mediante la asunción de la tutela por ministerio de la ley".

Por último, es en el artículo 27 -dedicado a regular las

Se esgrimen distintos argumentos en pro de la tutela ope legis o automática del ente público⁵⁵³ de protección de menores.

Como antecedente legislativo, se señala el antiguo art.212 C.c., que establecía "que los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas". Parece que contempla una tutela ope legis, para cuya validez no se precisaría declaración de ningún organismo o autoridad. "Son" equivale a "tiene"; lo que revela que la condición de tutor se adquiere en virtud de la nueva prescripción legal y sin otras intervenciones constitutivas.

La Exposición de Motivos emplea la palabra tutela automática, corroborando así la trayectoria parlamentaria sobre el automatismo legal, defendido por el Grupo Parlamentario Socialista, impulsor de la Ley 21/87.

El art.172 no ofrece dudas al decir que el ente público "tiene por ministerio de la Ley la tutela", y sólo cabe interpretar que dicha tutela se configura ope legis⁵⁵⁴.

Actuaciones en situación de desamparo- en el que más claramente se refleja esta postura. Se dispone: "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...".

⁵⁵³ Vease VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 655-661.

⁵⁵⁴ Igualmente, en la Exposición de motivos de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se señala que "la declaración de

Los nuevos artículos modificados en el Título X abundan en la idea que se defiende. El artículo 222-4° no establece ninguna exigencia constitutiva respecto a esta tutela pública, y da a entender que basta con encontrarse en situación de desamparo, no siendo necesarios posteriores reconocimientos.

El artículo 229, en su nueva redacción, aboga por esta postura, ya que no incluye al director del establecimiento público, en que se encuentre el menor, entre las personas obligadas a promover la constitución de la tutela. El ente público no está obligado a pedir que se forme la tutela porque ya la tiene "ministerio legis".

En contra, se puede alegar que la Entidad pública del artículo 172 queda incluida en el artículo 229, bajo la expresión <<la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor>>. Pero ello no es posible, ya que dichos términos existían en el antiguo artículo 229, junto a la expresión <<las mencionadas en el artículo 239>>, ahora suprimida, por lo que se refería a supuestos distintos: a los de la guarda de hecho del artículo 303 del Código Civil.

El art.239 da a entender que la tutela de los menores desamparados no le corresponde por decisión judicial, sino por

desamparo conduce inexorablemente a la asunción por parte de la Junta de Extremadura de la tutela automática". Es más, en el artículo 9 se recoge que "la declaración de desamparo comportará necesariamente la asunción de la tutela automática del menor por la Junta de Extremadura...".

mandato del propio legislador. Es más, el párrafo 2º, al decir que se procederá al nombramiento del tutor "conforme a las reglas ordinarias", pone de manifiesto que la tutela de las Entidades públicas no está sometida a las reglas ordinarias de constitución judicial de la tutela y supone una constitución extraordinaria por designación directa de la Ley.

No obstante, hay que tener en cuenta, como señala VARGAS CABRERA⁵⁵⁵, que dichos artículos no contemplan los principios constitutivos de la misma, dada su colocación sistemática y el haber permanecido intactos otros artículos que dan carácter general a los mismos. Así, en primer lugar, del art. 222 nada se desprende, ni en un sentido, ni en otro, ya que el precepto sólo dispone que el menor desamparado está sujeto a tutela, pero no precisa el modo de constitución, porque no es el cometido de esta norma.

En segundo lugar, el artículo 229 no permite formular consecuencia alguna en su favor y ha sido modificado por razones técnicas. El Director del establecimiento público no está obligado a promover la constitución de la tutela porque, conforme al art.172, no es el guardador legal del menor, sino que lo es la persona jurídica pública.

Finalmente, según el mencionado autor, el artículo 239 se interpreta en función del lugar que ocupa en el sistema de normas

⁵⁵⁵ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 658-659.

de la tutela, y así, se deduce que establece un régimen especial de delación de la tutela, diciendo que esta corresponde por llamamiento legal a la Entidad pública. El artículo 239 consagra un sistema de tutela legítima, aunque debilitado por el párrafo 2°. Insiste VARGAS CABRERA⁵⁵⁶ en que en el artículo 239 "estamos refiriéndonos a la delación de la tutela, es decir, a cómo se efectúa el llamamiento para ser tutor... Pero delación no es constitución".

En el artículo 231, se establece que "el Juez constituirá la tutela". Este precepto, de conformidad con el sistema de tutela de autoridad, que rige nuestro Ordenamiento, sienta el principio de constitución judicial de la tutela.

Por tanto -concluye dicho autor- la fórmula "por ministerio de la ley", utilizada en los artículos 172 y 239, es un modo de reflejar un supuesto de tutela legítima y alude sólo a la delación legal de la tutela en favor de las Entidades públicas.

Aunque defienden el automatismo, un grupo de autores⁵⁵⁷ hace ciertas matizaciones, por lo que se encuadra en una postura intermedia.

⁵⁵⁶ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.659.

⁵⁵⁷ En este sentido se pronuncian PEREZ ALVAREZ: "La nueva ...cit.", p.76; ARCE y FLOREZ-VALDES: <<El Acogimiento familiar ...cit.>>, p.757 y DE LA HAZA DIAZ: <<Notas sobre el <<affidamento>> familiar en el Derecho Italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español>>, RGLJ num 6, pp. 981-1007.

Parten esos autores de que el carácter de <<automaticidad>> no puede significar más que dicha Entidad se convierte en tutora del menor inmediatamente y sin necesidad de más requisitos o formalidades. La autoridad judicial no interviene en la constitución de esta tutela. Ahora bien, ésto tiene lugar en el caso de que existan menores desamparados, porque no tengan padres y no se les haya nombrado tutor. Pero, si dichos menores están bajo patria potestad o tutela, lo establecido es la extinción de ambas mediante decisión judicial. Sólo, despues de esta decisión es posible el nombramiento de tutor.

La tutela "ope legis", tal como ha sido querida por el legislador sólo es viable en los casos de ausencia absoluta de asistencia⁵⁵⁸, es decir, de falta de persona que ejerza los deberes de protección, situación que es suplida por la tutela de la Entidad pública.

RUIZ-RICO⁵⁵⁹ señala que en la constitución de esta tutela automática no interviene la autoridad judicial. Esta sólo interviene en la apreciación y declaración de la situación de desamparo. El Juez, lo único que hará será declarar el desamparo, y, una vez declarado, <<automáticamente>>, por ministerio de la

⁵⁵⁸ De la misma opinión es FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa de los menores...cit.>>, p.1867.

⁵⁵⁹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69. También aboga por esta interpretación FELIU REY: "Comentarios... cit.", pp. 21 y 92.

Ley, la entidad asistencial se erige en tutora del menor, produciéndose, al mismo tiempo, y también automáticamente, la privación de la patria potestad de los padres.

Esta última es una interpretación correctora, que no es acorde con el texto legal, puesto que, como vimos⁵⁶⁰, en la declaración de desamparo no interviene la autoridad judicial.

Los defensores de la postura intermedia, entre los que destaca RUIZ-RICO RUIZ, consideran que si se aboga por la interpretación de que es la Entidad pública la que declara la situación de desamparo y, a su vez, adquiere sin más requisitos la tutela automática, nos encontramos con que lo más grave de la tutela administrativa es, sin duda, su eficacia extintiva, también automática, de la patria potestad o de la tutela preexistente. Consideran que los defensores de la máxima automaticidad de esta tutela olvidan que paralelamente no ha quedado prevista, cuanto menos, una automática privación de la patria potestad. Así, los defensores de esta postura intermedia consideran que dicho problema queda solucionado, si se mantiene que es el Juez el que declara el desamparo⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Vid. apartado 9.1.1- A favor de que sea la Entidad pública, del Capítulo I de esta tesis, p. 269-285.

⁵⁶¹ Este tema fue objeto de una gran polémica doctrinal. Véase RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores>>, en Actualidad Civil, num. 2 y 3, 1988 pp. 65 y ss. Se pregunta dicho autor: ¿Cuándo, quién y en base a qué se les priva a los padres de dichas facultades, teniendo en cuenta que la Ley no prevé un procedimiento específico de carácter sumarial ante la

Ahora bien, yo creo que no cabe hacer intervenir al Juez con el fin de solucionar el problema de la compatibilidad entre la patria potestad y la tutela cuando esa intervención fue expresamente rechazada en la tramitación parlamentaria. Se trata, por consiguiente, de una interpretación correctora, que, además, olvida que el problema anterior se puede solucionar defendiendo que es la suspensión de la patria potestad la medida que procede.

Uno de los reproches dirigidos al artículo 172 es la descoordinación con la normativa reguladora de la patria potestad y la tutela⁵⁶². DIEZ PICAZO señala que si la conducta de los padres es causa de privación de la patria potestad, lo cual es declarado por el Juez, los menores pasan a estar sometidos a tutela según las normas ordinarias y, sólo en el caso de que la tutela no pueda constituirse, rige la tutela "ope legis" de la Entidad pública. Lo mismo ocurre si el menor está sometido a tutela.

Entre los defensores del automatismo se encuentra LLEBARRIA

autoridad judicial?.

Concluye afirmando que dicha privación sólo puede ser temporal hasta que haya una decisión judicial de privación como exige el artículo 170 Cc. En el mismo sentido RAMOS SANCHEZ: <<Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad>>, en La Ley 1989, num.2202, pp. 4-5.

⁵⁶² DIEZ PICAZO y GULLON: "Sistema de Derecho Civil IV...cit.", p.285, ARCE Y FLOREZ-VALDES: <<El Acoqimiento familiar...cit.>>, p.756 y 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.231.

SAMPER⁵⁶³, que afirma que "el artículo 172-1 implica, ante todo, imperatividad para el órgano tutelar (Entidad pública) y atribución automática de tutela institucional cuando se produzca su presupuesto causal (desamparo de un menor), y aformalidad en su constitución, pues la misma no se halla supeditada a solemnidad, autorización, ni documentación ninguna".

Esta postura es la más acorde con el texto y espíritu de la Ley 21/87. Ya vimos como la intervención judicial en la declaración de desamparo fué expresamente rechazada, al no estimarse la enmienda que así lo proponía. Además, en relación con la constitución de la tutela, incluso los que mantienen una postura intermedia señalan que aquélla es automática y, por tanto, no se requiere que intervenga la autoridad judicial en su constitución.

En la Memoria del Fiscal General del Estado⁵⁶⁴ de 1988 se señala que la autoridad judicial no interviene, ni en el acto constitutivo, ni en el nombramiento de tutor, puesto que la Entidad pública la tiene por ministerio de la Ley. Ello obedece a que, ante situaciones de desamparo efectivo, situaciones límite, es necesario que se dé una respuesta rápida que resuelva una situación de emergencia.

⁵⁶³ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.26.

⁵⁶⁴ Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, pp. 225, 237 y 246. En el mismo sentido Memoria...cit.1989, pp. 250, 251.

El fin de la Ley es lograr mayor eficacia y celeridad en las situaciones críticas. Tal situación no admite espera. De ahí, la necesidad de la tutela ex lege, sin resolución judicial, que siempre se produciría demasiado tarde por las vicisitudes del procedimiento.

Igualmente se pone de manifiesto este aspecto en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1992⁵⁶⁵, al expresar que la desjudicialización es uno de los pilares fundamentales de la Ley 21/87. Se señala que "la desjudicialización de la protección de menores tiene en la Ley como plasmación práctica el otorgamiento de la tutela automática y <<ope legis>>, a favor de la Entidad pública, de modo que nunca puede haber lapso prolongado de tiempo entre la producción del desamparo y la tutela, habiendo sido esta automaticidad una verdadera revolución jurídica".

El principal problema de esta postura -según LLEBARIA- es que deja la privación de la patria potestad en manos de la Administración, puesto que la tutela automática conllevaría la privación de la patria potestad. Dicho autor no está de acuerdo con esta solución y trata de encontrar una respuesta a este problema.

Sorprende la postura mantenida en este aspecto por LLEBARÍA

⁵⁶⁵ Vid. "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1992, p.497.

SAMPER⁵⁶⁶, el cual parte de que la Reforma implanta una tutela automática y ex lege, que hay que encajar en la propia vigencia de nuestros preceptos civiles, siendo la clave el artículo 174. Según dicho autor, "esto significa reconocer la obligación que recae sobre el Ministerio Fiscal de promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, que hasta entonces recaían sobre el menor desamparado". Continúa diciendo que "con ello se admite una compatibilidad temporal y extraña entre tutela automática y patria potestad, lo que, sin duda, técnicamente no es afortunado, pero esta compatibilidad no tiene por que ser conflictiva, si el artículo 174 opera efizcamente, es decir, reúne las características de celeridad y absolutividad -entendida ésta en el sentido en que este control <<ex post>> tiene lugar siempre y, en todo caso, porque lo que sería ilegal sería la perpetuidad y consolidación de aquella compatibilidad entre tutela de la Entidad y patria potestad".

La solución final que propone es que, si la resolución judicial desestima la privación de la patria potestad, habrá que entender que nunca ha existido tutela de la Entidad, pese a admitir que ésta haya temporalmente cuidado al menor. Habrá sido a lo sumo una guarda legal, pero nunca una tutela, incapaz de subsistir con la vigencia constante de la patria potestad. Si, por el contrario, la resolución judicial priva a los padres de ésta última, habrá entonces que entender que ha existido y que existe tutela

⁵⁶⁶ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.35.

automática de la Entidad desde el mismo momento en que se guardó al menor.

Esta conclusión no puede defenderse si tenemos en cuenta el texto legal. En éste no se distingue según que los padres sean privados o no de la patria potestad, sino que se establece para todos los supuestos de menores desamparados la tutela automática. No cabe tampoco defender que si el Juez estimara la privación de la patria potestad, se considerará que no ha existido tutela por parte de la Entidad, sino sólo guarda legal. La Ley no contempla este tipo de guarda y, además, de mantener dicha postura, carecería de sentido la automaticidad de esta medida.

En vez de acudir a mecanismos tan complejos y a su vez artificiales, es preferible considerar que la tutela automática conlleva sólo la suspensión de la patria potestad, sin perjuicio de que la Entidad pública pueda, posteriormente, solicitar la privación de la patria potestad.

VALLADARES RASCON⁵⁶⁷ opina, por un lado, que los artículos 239 y 172-1 C.c. contemplan un nuevo supuesto de privación de la patria potestad por ministerio de la Ley -solución quizás demasiado

⁵⁶⁷ VALLADARES RASCON: <<Notas urgentes...cit.>>, p.35. SERRANO GARCIA: <<Comentario al art 172.C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p.579; LETE DEL RIO: <<Comentario al art.239 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.732 están de acuerdo con el recurso judicial a posteriori.

atrevida- y, por otro -creo que acertadamente-, que, dado que la patria potestad y la tutela son incompatibles y que no cabe un control judicial previo, la solución, que protege tanto los intereses de los padres, como de los menores, es el recurso judicial a posteriori, ésto 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. Así, si en los demás casos de privación de la patria potestad el control judicial se produce a priori, en este caso se produce a posteriori.

A la Entidad pública compete la tutela de los menores desamparados. Esta tutela de las Entidades públicas constituye el cauce básico del control administrativo, que instaura la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre.

Hay que señalar la contradicción existente entre la Ley de Adopción y la Ley de Tutela de 1983, dado que, en ésta última era constante la intervención y control de los órganos judiciales en la constitución y desenvolvimiento de las instituciones tutelares. En base a esto RUIZ-RICO⁵⁶⁸ señala que la Ley del 87 ha introducido un tipo especial de tutela de corte -aparentemente, al menos- no judicialista, e instaura un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial, en favor de los entes administrativos.

⁵⁶⁸ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.60.

14.3.2.- EN CONTRA DEL AUTOMATISMO Y A FAVOR DE UNA DECLARACIÓN JUDICIAL.

Un sector doctrinal minoritario⁵⁶⁹ defiende esta postura. Razonan en los términos que a continuación expongo.

Tanto del art.172 C.c. como de los términos en que se pronuncia el Preámbulo de la Ley se puede deducir que basta con que un menor de edad se encuentre en desamparo, como situación de hecho, para que se constituya, sin más, la tutela de la Entidad pública. Ahora bien, el que esto sea así depende del sentido que se otorgue al concepto <<tutela>>, dado que en su interpretación gramatical, es decir, como amparo o protección, efectivamente, surgiría sin más la tutela.

Sin embargo, como institución jurídica, la tutela no tiene lugar con ese automatismo, sino que es preciso una resolución judicial, para que se constituya, tanto en este caso, como en el resto de los supuestos regulados por la Ley.

⁵⁶⁹ ARCE Y FLOREZ VALDES: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, pp. 756-758; VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 657 y ss.; GONZALEZ LEON: "Del abandono...cit.", p.478 ; CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los menores en situacion de desamparo>>, La Ley, Mayo 1988, p.2. y PALACIOS y BERNAL DEL CASTILLO: <<Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda...cit.>>, pp. 231-233. SERRANO GARCÍA: <<Comentario al art. 172 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.578 señala entre las distintas críticas a la Ley, "el que la tutela se constituye siempre por la autoridad judicial ya que surge cuando se da una situación de hecho".

Señalan que el reconocimiento de la capacidad administrativa para apreciar la situación de desamparo, para la constitución tutelar, así como para enervar la posible relación de patria potestad preexistente, <<no se cohonesta fácilmente con la propia naturaleza de la institución tutelar (supletoria de la patria potestad), ni con la relevancia y protección judicial de las facultades paternas, que sólo judicialmente pueden ser removidas>>.

En opinión de LLEDÓ YAGÜE⁵⁷⁰, "casa mal este supuesto de nombramiento forzoso de tutor -vide art.172- con el vigente articulado de la tutela, en el que para la delación del cargo la discrecionalidad del Juez es absoluta (vease art.234 C.c.). De tal manera que en ningún caso estaríamos en presencia de una tutela automática, que funcionaría "ope legis" sin intervención judicial".

Por tanto, defienden que la apreciación de la situación de desamparo y la consiguiente constitución tutelar no son objeto de una decisión administrativa, sino judicial, por lo menos, cuando se trate de un menor sometido a patria potestad.

Estiman que la tutela del artículo 172-1 es una verdadera tutela del Título X del Libro I del Código Civil -lo cual es cierto- y, por tanto, totalmente homologada con la ordinaria -solución que sólo cabe, si se prescinde del carácter automático,

⁵⁷⁰ LLEDO YAGÜE: <<Apéndice adaptado al Boletín Oficial de las Cortes Generales. CD (4 de Febrero de 1987 - III Legislatura) ADC, T L., Fasc.I, Enero-Marzo de 1987, p.212.

así como de la regulación establecida en la Ley 21/87-. Se atribuye por resolución judicial a las Entidades públicas y su principal peculiaridad frente a las demás tutelas institucionales del artículo 242, radica en el llamamiento legal a que la somete el artículo 239 C.c.

Nosotros, por el contrario, estimamos que es verdadera tutela pero especial, siendo el automatismo su característica principal. Esta solución creemos que es técnicamente correcta y acorde con el espíritu y los principios establecidos en la Ley 21/87.

Es cierto que dicha Ley es incompleta, pero, si algo se contempla claramente es el automatismo de esta tutela (art.172-1 y 239-1). Negar dicho carácter nos llevaría a considerar que poco o nada habría avanzado el legislador del 87, al quedar sometida también a la constitución judicial. Igualmente, no se comprendería cuál es el protagonismo que dicha Ley otorga a las Entidades públicas, si todas las funciones se atribuyen a la autoridad judicial: declaración de desamparo y constitución de la tutela.

Finalmente, la protección urgente, la celeridad que se propugna, sería un simple deseo, si se defiende la intervención judicial en ambos momentos.

Se parte de que la tutela automática es una tutela provisional. Así, ante una situación de desamparo, la Entidad

pública debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal y debe promover ante el Juez la constitución de la tutela.

Entre tanto, se da una <<situación de interinidad>>⁵⁷¹ en el desempeño de la tutela, cuyo contenido básicamente se extiende a la guarda y protección de la persona y bienes del menor, en los términos que previenen el art.264 y ss. del Código Civil.

Luego, es provisional y tiene lugar hasta que el Juez mande discernir el cargo de tutor a la propia Entidad o a otra persona, si lo considera más conveniente para el menor.

En el caso de menores bajo patria potestad o tutela, la función protectora del Estado se consigue asimismo otorgando a la Entidad pública sólo la guarda, en tanto se promueve la extinción de la patria potestad o la remoción del tutor, convirtiéndose el organismo administrativo en tutor después de la decisión judicial y a consecuencia de la misma.

GONZALEZ LEÓN⁵⁷² distingue la protección que se otorga al menor antes y después de la declaración de abandono. Estima que, en

⁵⁷¹ En este sentido CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2 que considera que es propia de esta tutela institucional "la provisionalidad hasta tanto el Juez no mande discernir el cargo de tutor a la propia Entidad o a otra persona, si lo considera más conveniente para el menor" y DE LA HAZA: <<Notas sobre el <<affidamento>>....cit.>>, p.1006.

⁵⁷² GONZALEZ LEÓN: "Del abandono...cit.", pp. 295-296.

un primer momento, las Entidades públicas desempeñarán una función esencial de prevención y asistencia, asumiendo las funciones de mera guarda hasta que el Juez compruebe las circunstancias concretas y declare el abandono, y posteriormente entraría en juego la tutela del artículo 172-1, que sólo procede después de la declaración judicial de desamparo, siendo su constitución judicial.

Esta interpretación no es acorde con el texto de la Ley, ya que en ningún artículo se menciona que la Entidad pública asuma la guarda en un primer momento y posteriormente adquiera la tutela. Además, el artículo 172-2 C.c. no contempla esta guarda automática, puesto que sólo cabe que la Entidad pública la asuma a solicitud de los padres o guardadores del menor o por decisión judicial.

Por otro lado, la intervención judicial en la declaración de desamparo fue rechazada en la tramitación parlamentaria y, es más, en la aplicación práctica de la Ley en las distintas Comunidades Autónomas, es la Entidad pública la que aprecia dicha situación. Finalmente, tampoco se puede prescindir del automatismo que caracteriza esta tutela.

Por ello, es más lógico entender que la Ley contempla la asunción de la tutela "ex lege", que podrá tener una corta duración si el expediente deriva en el nombramiento de un tutor conforme a las reglas ordinarias o en la constitución de una adopción, siendo éstas las dos salidas definitivas, que la Ley prevé. Ahora bien,

también cabe que esta tutela devenga permanente, bien porque la tutela ordinaria o la adopción no puedan constituirse, o, aún siendo ello posible, sean contrarias a los intereses del menor.

14.4- PROVISIONAL.

No tiene vocación de permanencia. Destaca por su provisionalidad⁵⁷³. Parece concebida como un inmediato instrumento de protección del menor desamparado, sin vocación de permanencia.

La Administración ha de procurar <<la reinserción del menor en la propia familia>> (art.172-4). Es evidente que ésto tiene un componente normativo directo, implica un mandato: procurar la reinserción del menor en la propia familia⁵⁷⁴. Una vez asumida la

⁵⁷³ En este sentido se pronuncian: SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit.", p.52; PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 96 y ss. FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.22; LLEBARIA SAMPER: "Tutela ...cit.", p.26 FERNANDEZ BERMEJO: <<El concepto de desamparo... cit.>>, pp. 74-75; CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela de los menores ...cit.>>, p.1059; GIL MARTINEZ: "La Reforma de la Adopción". Dykynson. Madrid 1988, p.19.

⁵⁷⁴ Así, en la Comunidad de Madrid, se ha creado el Centro del Niño y la Familia (Cenyf) que a petición de la Comisión de Tutela del Menor trata a estas familias "de alto riesgo social" para ver con ellas el origen del problema y facilitar así una recomposición de sus relaciones. Es terapia de grupo familiar.

El Cenyf está gestionado por una entidad especializada en el campo de los servicios sociales -Intress- y trabaja exclusivamente a petición de la Comisión de Tutela del Menor (CTM), órgano responsable de la protección de menores en la Comunidad de Madrid.

En el diario "El País" de 16 de Octubre de 1994, p.16, se expone que "los casos tratados en los tres años de vida del Cenyf se reparten al 50% entre malos tratos, tanto físicos como psicológicos, y abusos sexuales". Así como que una "parte importante de los niños atendidos están en situación de tutela o guarda".

tutela automática y valorado mediante un análisis de la situación cuál es el problema que genera el desamparo, hay que intentar a través del trabajo social que ese menor se reintegre en el seno de la familia. Si regresa al seno de la familia, es evidente que cesa la tutela automática y se recompone la patria potestad.

La tutela institucional se mantendrá sólo el tiempo necesario para el <<nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste>> (art.239 parr.2°). Se impone a la Entidad pública la obligación de realizar los trámites necesarios para constituir la tutela ordinaria que regula el Código, en beneficio del menor, cesando y traspasando la responsabilidad de la tutela al tutor ordinario, en cuanto éste se posesione de su función.

Si cabe una tutela ordinaria en favor de alguien del entorno socio-familiar del menor, la ley quiere que éso se haga. El supuesto se refiere a que, una vez producida la situación de desamparo, personas relacionadas con él se ofrezcan a hacerse cargo del menor. Si dichas personas son miembros de su familia, la constitución de la tutela en su favor es recomendable, dados los términos del artículo 172-4, que ordena procurar la reinserción del menor en la propia familia. Así, se producirá automáticamente una primera tutela de la Entidad pública, que se extinguirá cuando se constituya la segunda tutela.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN⁵⁷⁵ consideran que, si el menor está sujeto a patria potestad, la conducta de los padres es causa de privación de la misma, lo cual ha de ser declarado por el Juez -art.170-. El menor pasará, conforme al artículo 222-1º, a estar sometido a tutela según las normas ordinarias. Sólo en el caso de que la tutela no pueda constituirse, regirá esa tutela ope legis de la Entidad pública, que vendría, así, a ser residual, no pudiendo coexistir con unos titulares, que no hayan sido privados de potestad sobre el menor. No obstante, del artículo 239 C.c. parece que se deduce lo contrario. Al señalar en el primer párrafo que la tutela de los menores desamparados corresponde a la Entidad pública, y en el segundo, que, sin embargo, se procederá, en ciertos supuestos, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, lo que se hace es recoger en este párrafo segundo una excepción a la regla general contenida en el primero y no a la inversa.

En efecto, como señala VALLADARES RASCÓN⁵⁷⁶, si, producida la situación de desamparo, determinadas personas se ofrecen a hacerse cargo del menor, se producirá automáticamente una primera tutela de la entidad protectora, que se extinguirá al constituirse la segunda tutela.

⁵⁷⁵ DIEZ-PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho Civil". Vol.IV, 4º ed. Tecnos. Madrid 1988, pp. 284 y 285

⁵⁷⁶ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2061.

En la misma línea se pronuncia MARTINEZ DE AGUIRRE⁵⁷⁷. "No me parece que cupiera entender que el artículo 239-2 lo que hace es prever un caso en que la tutela automática cede ante la ordinaria y no se constituye, puesto que ello sería contrario a los principios de atención inmediata al menor, a que responde la reforma de 1987..... Creo, más bien que habrá tutela automática, en tanto no se constituya la ordinaria, que aparece así en su segundo momento, como una solución estable a la situación del menor sometido a la tutela administrativa, hasta cierto punto alternativa a la reinserción en la propia familia o a la adopción".

Podría pensarse que ello supone un cambio de tutor contrario a la Ley, que sólo lo permite en casos de inhabilidad, excusa, remoción o fallecimiento del primer nombrado, causas que difícilmente podrán atribuirse a la Entidad pública. Pero esta tutela automática debe armonizarse con el principio del beneficio del tutelado -art.216, 234 párrafo último y 235 C.c.-, ya que, en caso contrario, se prescindiría de dicho principio, quedando el menor sujeto a una tutela que podría perjudicarlo⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección...cit.>>, p.1490 n.288.

⁵⁷⁸ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Año 1987. III Legislatura. N° 143, pp. 5293-5294. Al interpretar el artículo 239 CAÑELLAS pone de manifiesto que la tutela del 172 <<es realmente una tutela "ad cautelam" para evitar la situación de desamparo en que puedan encontrarse los menores, puesto que el segundo párrafo -insisto- obliga al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias>>. No obstante, considero que ese segundo párrafo, faculta, pero no obliga ya que lo único que obliga es el interés del menor.

El artículo 172-1 no conlleva que esta tutela sea excluyente de una delación tutelar distinta. Esta atribución automática configura la existencia de una rápida tutela para determinadas situaciones fácticas, pero no faculta para equiparar celeridad temporal con preferencia jurídica.

En los casos en que la guarda, que corresponde como obligación a la Entidad pública, se ejerza a través de las personas que hubieran recibido al menor en acogimiento (art.172-3 C.c.), la ley facilita el acceso a la adopción, y, por tanto, la extinción de esta tutela, sustituida por la filiación adoptiva, facultando su promoción directa por los padres de acogida (art.176-2-3ª del C.c.).

Luego, como afirma LLEBARIA SAMPER⁵⁷⁹, "la tutela del artículo 172-1 es urgente y provisional, en principio más provisional que cualquier otra⁵⁸⁰".

Ahora bien, esta provisionalidad es relativa, puesto que dicha solución quiebra en los supuestos en que las personas que pueden asumir la tutela del menor no existen o no son halladas.

⁵⁷⁹ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.26.

⁵⁸⁰ GIL MARTINEZ: "La Reforma...cit.", p.18 la califica de <<accidental y transitoria>>. SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y Adopción". Cuadernos Civitas. Madrid 1989, p.52, tras calificarla de administrativa y automática, dice que se trata << de una tutela prevista como provisional y transitoria; sólo subsidiaria de la normal, en cuanto estable>>.

También hemos de entender, aunque no se diga expresamente, que durará mientras subsistan las causas que determinaron la intervención de la Entidad pública. Luego no se puede desconocer la tendencia a la estabilidad⁵⁸¹ de que goza dicha tutela asistencial.

En la Memoria del Fiscal General del Estado de 1988⁵⁸² se afirma que "la tutela automática nace con una ausencia de vocación de permanencia y sólo debe mantenerse, mientras dure la situación excepcional que la motivó, pero puede ser definitiva".

Sólo en ausencia de esas soluciones, la tutela de la Entidad pública puede mantenerse como mecanismo subsidiario de protección. Cabría que la tutela de la Entidad pública, cuya provisionalidad es una de sus notas características, adquiriera carácter permanente, bien porque la tutela ordinaria o la adopción no puedan constituirse, bien porque sean contrarias a los intereses del menor.

Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 4 de

⁵⁸¹ Así, en "El País", de 25 de Febrero de 1994, se pone de manifiesto que en la Comunidad de Madrid, 2555 menores están al amparo de residencias regionales. La mayoría tienen edades comprendidas entre los 6 y 13 años. Durante 1993, el Gobierno Regional asumió la tutela de 1072 menores desprotegidos.

⁵⁸² "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, p.237 y Memoria....cit. 1989, p.252.

Diciembre de 1992⁵⁸³, se declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el padre ante la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que ratificó el acuerdo del Consejo del Menor, por el que se asumió la tutela de su hijo ante la situación de desamparo, puesto que, entre otras causas, no se acreditan por el padre las condiciones necesarias -trabajo, vivienda- que garanticen una adecuada asistencia física y moral del menor, reconociéndolo así el propio recurrente (Fundamento de Derecho Primero).

Puesto que no es posible que el menor sea reintegrado a su familia, se mantiene la tutela del Consejo del Menor.

Situación parecida es la contemplada en el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 2 de Marzo de 1993⁵⁸⁴, en el que se desestima la solicitud del progenitor de que cese el acogimiento, en base a la falta de prueba respecto al medio de vida y posibilidades económicas del padre -se niega a que la vivienda sea examinada por agentes del Instituto Navarro de Bienestar Social-, negativa del progenitor a las intervenciones del Juzgado en materia psicológica y social, siendo imposible verificar su situación personal, familiar y social, y acreditación de la ausencia de visitas y de solicitud formal -en la forma oportuna que le señaló la Entidad pública- a la Entidad pública para que le

⁵⁸³ Vid. Auto AP Vitoria, de 4 de Diciembre de 1992. Aranzadi. Resolución n° 1681. Marzo 1993 n°6.

⁵⁸⁴ Auto AP Navarra de 2 de Marzo de 1993. Aranzadi. Resolución n° 372. Mayo 1993 N° 10.

concediera la oportunas visitas a su hijo (Fundamento de Derecho Segundo).

El interés superior del menor lleva a desestimar el recurso, puesto que, para que tenga lugar la reintegración familiar, deberán darse las condiciones objetivas que la justifiquen y permitan pensar que han cesado los elementos de incidencia nociva sobre el menor, que determinaron la declaración de desamparo y asunción de la tutela, en este caso, por el Instituto Navarro de Bienestar Social⁵⁸⁵.

Igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 7 de Julio de 1994⁵⁸⁶, se desestima el recurso de apelación interpuesto por los progenitores, solicitando la recuperación de la patria potestad de sus hijos.

⁵⁸⁵ Vid. también Auto AP Valladolid de 3 de Febrero de 1994 (Ar.C. n°198), Mayo 1994, n° 3, en el que el interés superior del menor lleva a desestimar la solicitud de la progenitora de que cese el acogimiento, en base al escaso tiempo transcurrido desde su ingreso en un centro de rehabilitación para su desintoxicación física por toxicomanía; a los informes psiquiátricos que no evidencian deshabitación psicológica y a la falta de recursos personales.

Ahora bien, todo ello sin perjuicio del derecho de la recurrente en el futuro y una vez se consolide o estabilice esa evolución positiva que ahora apunta, aunque sin la suficiente fuerza para considerarla actualmente con altos márgenes de probabilidad como definitiva, a solicitar de la Autoridad judicial la cesación del acogimiento demostrando estar preparada para ofrecer a su hija la necesaria asistencia material y moral y proporcionarle un ambiente familiar estable, apto para procurarle una formación integral que le posibilite el adecuado desarrollo de su personalidad.

⁵⁸⁶ Vid. Sentencia AP Alava de 7 de Julio de 1994, (Ar.C.1198), Noviembre 1994, n°13.

El 18 de Enero de 1993, el Consejo del Menor de la Diputación Foral de Alava asume la tutela de los menores que se encontraban bajo su dependencia, en atención a la situación de desamparo creada por el inadecuado ejercicio por parte de sus padres de los deberes de protección establecidos en las leyes.

La Audiencia Provincial, en el Fundamento de Derecho Primero, señala que "debemos estimar objetivamente que nos hallamos ante una persistencia de la situación de desamparo..., puesto de manifiesto a través de, la carencia de recursos económicos imprescindibles para atender a su alimentación, la falta de vivienda, la desintegración de los padres en régimen de vida en común, ausencia del núcleo familiar o incluso la falta de comunicación en alternancias largas del padre para con sus hijos...".

Y, en el Fundamento de Derecho Segundo, considera que, aun siendo cierto el que los actores el día de la fecha han contraído matrimonio, lo que posibilita la idea de una vida en común consolidada, "de esta circunstancia y de las buenas intenciones de los demandantes no se sigue necesariamente que ambos, en el orden material, puedan dispensar un atención suficiente y digna a sus hijos, quienes deberán continuar tutelados por la misma Institución hasta que realmente cambien las circunstancias que han determinado su actual situación".

Un supuesto, en el que no procede la constitución de una

tutela ordinaria en favor del abuelo materno, es el que se resuelve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 9 de Marzo de 1993⁵⁸⁷. En ella, se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el abuelo materno contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, que declaraba no proceder la tutela solicitada por el abuelo, debiendo permanecer los menores en el Centro de Acogida y Urgencias del Ayuntamiento hasta encontrar una solución definitiva.

Entre los argumentos invocados por la Audiencia para desestimar el recurso están: que se trata de una persona alcohólica, la falta de organización y estructuración de la unidad familiar en la que se integra el menor, la existencia de relaciones conflictivas del solicitante con la madre de los menores, así como que la hija del actor, cuando habitaba con su padre, era objeto por parte de aquél de malos tratos y abusos deshonestos (Fundamento de Derecho Segundo).

Debe, por consiguiente, continuar la tutela de la Entidad pública, que, en este caso, se ejerce a través del acogimiento de los menores.

Vista la situación anterior, dado que la tutela ordinaria es perjudicial para los menores, será preferible que se mantenga la

⁵⁸⁷ Vid. Sentencia AP de Vitoria de 9 de Marzo de 1993. Aranzadi. Resolución nº 316. Mayo 1993, N° 9.

tutela ex artículo 172 C.c.

Es obvio que lo deseable es que esta tutela sea provisional, pues ello supone que el menor sería adoptado o se constituiría una tutela ordinaria, recibiendo una atención más directa y personalizada. No obstante, lamentablemente la realidad pone de manifiesto que, en muchos casos, esta tutela adquiere carácter definitivo.

En el Dictamen sobre <<La Adopción>> (92/C 287/08) de 1 de Julio de 1992⁵⁸⁸, el Comité Económico y Social de la Unión Europea, establece en el apartado 2.4.1. que "la solución elegida deberá basarse en las características del niño. La elección inicial deberá poder evolucionar según la edad y las necesidades del niño.... Las autoridades públicas, responsables del niño abandonado, tienen que encargarse de autorizar y controlar las diferentes formas de custodia conforme al interés del niño".

Se pone de manifiesto la flexibilidad de las distintas medidas que pueden adoptarse, siendo el interés del niño el principio rector de la Entidad pública, a la hora de adoptar una solución ante los diversos supuestos de menores desamparados.

La Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre Protección

⁵⁸⁸ Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 4 de Noviembre de 1992, N° C 287, pp. 18-26.

de los Menores, en su artículo 3, párrafo 1º, establece que la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor tiene lugar, "mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias, o el menor no sea adoptado, no sea reintegrado a quien tenga la patria potestad o la tutela del mismo, no se emancipe o no llegue a la mayoría de edad". La previsión del legislador catalán evita los problemas, que, en cambio, surgen al interpretar la Ley 21/87, puesto que expresamente se establecen las posibles causas de extinción de la tutela automática y, por tanto, la duración de esta medida.

14.5- ADMINISTRATIVA O DE TITULARIDAD PÚBLICA.

Se asigna exclusivamente a los organismos a los que corresponda en su respectivo territorio la protección de menores. (art.172-1 en relación con la Disposición Adicional primera).

La mayoría de las Comunidades Autónomas han promulgado normas de desarrollo con incidencia en esta materia, bien a través de la legislación autonómica que ha regulado los servicios sociales o bien mediante las normas reguladoras de la protección de menores y del acogimiento⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ En relación con la legislación autonómica, dictada al amparo de la Ley 21/87, sin ánimo de ser exhaustivos, destacan las siguientes normas: en Cataluña, la Ley 11/1985, de 13 de Junio, la Ley 37/1991, de 30 de Diciembre -que deroga parcialmente la anterior-, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción y la Ley 39/1991, de 30 de Diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares; en Aragón, la Ley 10/89, de 14 de

Pueden servirnos de muestra los siguientes ejemplos.

En el artículo 3-1 de la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, se establece que *"la resolución de desamparo por las causas determinadas en el artículo 2 comporta la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor..."*.

En el artículo 7-1 de la Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de Diciembre, se dispone que *"la Comunidad Autónoma de Aragón asume, por ministerio de la ley, la tutela de los menores en situación de desamparo"*.

Igualmente, en Castilla-León, en el artículo 10-1-a) de la Ley 18/1988, de 28 de Diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales, se señala que la Junta de Castilla y León asume el carácter de Entidad pública competente en la Protección y Tutela de Menores.

Diciembre; en Andalucía, el Decreto 281/1988, de 13 de Septiembre, por el que se establecen las medidas para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987 y el Decreto 287/90, de 21 de Septiembre; en Madrid, el Decreto 121/1988, de 23 de Noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor y el Decreto 37/92, de 22 de Mayo ; en Castilla-León, el Decreto 57/1988, de 7 de Abril, por el que se dictan normas sobre protección de menores; en la Comunidad Valenciana, el Decreto 23/1988, de 8 de Febrero, de medidas de protección de menores en situación de desamparo; en Galicia, el Decreto 196/1988, de 28 de Julio, por el que se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega la Ley 21/87 y la Orden de 30 de Abril de 1990; en la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores.

En la Comunidad de Madrid tiene importancia el Decreto 71/1992, de 12 de Noviembre, por el que se modifica el Decreto 121/88, de 23 de Noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor (BOCM, Num. 276, de 19 de Noviembre de 1992), en cuyo artículo 1 se modifican algunos artículos del Decreto 121/1988, de 23 de Noviembre. En primer lugar, se modifica el artículo 1 que tendrá la redacción que a continuación se indica: "La Consejería de Integración ejercerá, a través de la Comisión de Tutela del Menor, en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, así como la guarda de menores en los términos establecidos en el Código Civil".

También se modifica el artículo 5, y así se dispone que "en el momento en que se tenga conocimiento por la Comisión de Tutela del Menor, de que un menor pueda encontrarse en situación de desamparo, se iniciará el oportuno expediente de tutela, que será instruido bajo la dirección del Vocal Comisionado competente".

Finalmente, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el artículo 1 de la Ley 4/1994, de 10 de Noviembre, de protección y atención a menores⁵⁹⁰, se dispone que "en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Entidad pública competente en materia de atención y protección de menores es la Junta de

⁵⁹⁰ Vid. BOE núm. 309 de 27 de Diciembre de 1994.

Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social". En el artículo 8 se establece que "corresponde a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Extremadura la declaración de la situación de desamparo de los menores". Y en el artículo 9 se señala que "la declaración de desamparo comportará necesariamente la asunción de la tutela automática del menor por la Junta de Extremadura".

Como vimos, las Entidades públicas a las que competen las funciones a que hace referencia la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre, son los organismos que, según la normativa dictada por la Comunidad Autónoma de que se trate, tengan asignada la protección de menores⁵⁹¹.

⁵⁹¹ Entre los organismos competentes de las Comunidades Autónomas, podemos citar los siguientes: en Cataluña, el Departamento de Bienestar Social a través de la Dirección General de Atención a la Infancia (Decreto 332/1988, de 21 de Noviembre); en Aragón, el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo a través de la Dirección General de Bienestar Social y Trabajo (Decreto 119/1988, de 21 de Junio); en Madrid, el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia, mediante la Comisión de Tutela del Menor (Decreto 37/92 de 22 de Mayo); en Extremadura, la Junta de Extremadura que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social (Ley 4/1994, de 10 de Noviembre de protección y atención a menores); en Andalucía, la Consejería de Salud y Servicios Sociales a través del Instituto Andaluz de Servicios Sociales (Decreto 281/1988, de 13 de Septiembre). Posteriormente, se crea la Dirección General de Atención al Niño (Decreto 287/90, de 21 de septiembre); en Castilla-León, la Consejería de Cultura y Bienestar Social, a través de los Servicios Territoriales de Bienestar Social (Decreto 57/1988, de 7 de Abril); en Castilla-La Mancha, la Dirección General de Bienestar Social; en Galicia, la Consejería de Trabajo y Bienestar Social mediante la Dirección General de Acción Social (Decreto 196/1988, de 28 de Julio); en Asturias, la Consejería de Trabajo y Acción Social a través de la Dirección Regional de Servicios Sociales (Decreto 30/1985, de 18 de Abril); en Cantabria, la Dirección Regional de Bienestar Social (Decreto 60/1985, de 5 de Julio); en La Rioja, la Dirección

En el Dictamen sobre << La Adopción>> de la Comunidad Europea, de 1 de Julio de 1992 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 4-11-92), el Comité Económico y Social dispone en el apartado 1.4.4.b) que "el interés del niño exige antes de su adopción, que su custodia se organice en un marco apropiado y en condiciones que faciliten y preparen su adopción. Durante este periodo, la protección de los intereses del niño y de sus derechos se encomiendan a la autoridad pública, que asume la plena responsabilidad de su mantenimiento y de su educación". Es a la Entidad pública, a la que compete velar por el menor.

Más claramente se establece en el apartado 2.4: "El niño abandonado se confía a la tutela de las autoridades públicas, que asumen con respecto a él la plenitud de las responsabilidades de su mantenimiento, de su educación y de su protección". Aunque nuestra regulación es anterior a este Dictamen, sigue, en este aspecto, la misma línea que aquél.

Así pues, la redacción de los actuales artículos 172-1 y 239 C.c. se puede calificar como acertada, ya que recoge las opiniones de una doctrina mayoritaria: la titularidad de la tutela recaerá en

Regional de Bienestar Social; en Navarra, el Servicio Regional de Bienestar Social (Decreto Foral 192/1985, de 9 de Octubre); en el País Vasco, las Diputaciones Forales a través de los Departamentos de Bienestar Social (Decretos 207, 209 y 211/1985, de 2 de Julio); en Valencia, la Consejería de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la Dirección General de Servicios Sociales (Decreto 23/1988, de 8 de Febrero). En Ceuta y Melilla, las competencias corresponden a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales.

la Entidad pública, obviándose así los problemas y las críticas referentes al sistema anterior. Como fué analizado con anterioridad, el artículo 239, tras la Reforma de 1983, puso fin a la imperatividad del artículo 212 anterior, pero se mantuvo distante de la novedad que en 1983 incorporó el artículo 242. En aquel precepto, aunque se trataba de una tutela institucional de persona jurídica, ésta era instrumentada como tutela personal, surgiendo numerosas dificultades. Por todo ello, R. BERCOVITZ⁵⁹² defendió prescindir de ese precepto y <<canalizar las situaciones a las que atiende por la vía del artículo 242 C.c.>>. Así, ante la dicotomía que presentaban los artículos 239 y 242, el legislador se decanta por una abierta preferencia hacia el segundo de ellos, abogando por una auténtica tutela de persona jurídica. Es a la persona jurídica, a la que debe referirse la titularidad y ejercicio.

De este modo, como la Entidad pública goza de una vida y una estabilidad mayores que la de las personas físicas, los criterios en la tutela de la que es titular, no estarán sometidos a posibles cambios abruptos, sino que gozarán de una continuidad.

14.6- DELEGABLE EN SU EJERCICIO.

Ante los inconvenientes que puede presentar el ejercicio de

⁵⁹² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", p.347.

una tutela por persona jurídica, la Ley de Reforma personaliza su ejercicio -pero no su titularidad-, permitiendo la guarda del menor, inherente a la tutela administrativa, al director del establecimiento o a las personas que lo reciban en acogimiento⁵⁹³, así como que ésta sea ejercitada a través de instituciones colaboradoras (art.172-3, Disposición Adicional Primera, y Preámbulo párrafo sexto).

La Entidad pública ostentará la tutela, pero el menor puede no estar internado en ella, sino en una institución colaboradora, o haber sido dado en acogimiento, siendo dicha institución o el sujeto acogedor los que ejerzan ciertas funciones tuitivas.

La titularidad de la guarda, asumida en base al artículo 172-1 ó 2, y el ejercicio de la misma -párrafo 3º del artículo 172-, son supuestos distintos que no deben confundirse. Se trata de analizar el ejercicio de la guarda de la que ya es titular la Entidad pública, ya por quedar aquella comprendida en la tutela que asume respecto de un menor en situación de desamparo -art.172-1 -, ya por haberle sido conferida dicha guarda por el organismo que

⁵⁹³ LLEDÓ YAGÜE: <<Comentario al Proyecto de Ley de Adopción>> ADC, T.XXXIX, Fasc.IV, Octubre-Diciembre 1986, pp. 1198 y 1199 considera que es <<más sensato y coherente que ostentando la tutela la persona jurídica en cuestión (asociación o institución colaboradora: art.242), el ejercicio de guarda y las demás obligaciones o funciones tutelares competan al director del establecimiento o funcionarios o personas designadas al efecto>>.

proceda⁵⁹⁴ o así lo haya dispuesto el Juez -art.172-2 -. Es por ello, por lo que se establece que su ejercicio se lleve a cabo <<bajo la vigilancia de la Entidad pública>>⁵⁹⁵.

Por otro lado, en el artículo 172-3 se establece que "la guarda podrá ejercerse....". Caben dos interpretaciones de este artículo, dependiendo del significado que se dé al término guarda. Podría considerarse que con él se alude sólo a la medida de protección, cuyas características son independientes de la tutela (en este sentido lo emplea el art.172-2) o, por el contrario, que dicho vocablo se refiere a ambas medidas, tutela y guarda.

Es esta segunda interpretación la que parece más adecuada, refiriéndose así la norma a todos los menores que carecen de un ambiente familiar y están internados en una Entidad pública, sea en régimen de guarda -art.172-2- o en régimen de tutela, formando la guarda parte del contenido de esta última -art.172-1 -. Luego dicho precepto regula el ejercicio de ambas medidas de protección, siendo en este punto la normativa común para ambas.

⁵⁹⁴ En el artículo 34 párrafo 1º del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994 se establece que "la guarda asumida a solicitud de los padres o como función de la tutela, se ejercerá por la persona o familia que determine la Entidad pública para sustituir provisionalmente al núcleo familiar natural del menor, o por el Director del Centro, cuando sea internado".

⁵⁹⁵ En este sentido se pronuncian SANCHO REBULLIDA, op.cit., p.57; DE LA HAZA: <<Notas sobre el <<affidamento>>...cit.>> p.991; LLEBARIA SAMPER: "Tutela.. cit.", p.95

Caben distintos supuestos de ejercicio de esta tutela automática:

1.-Si el menor está internado en un establecimiento integrado en los servicios de la propia Entidad pública, la titularidad de la tutela la ostenta la Entidad y el ejercicio de las distintas funciones corresponde al Director de aquélla, según lo dispuesto en el Código, así como en las normas administrativas que sean aplicables. El Director del establecimiento actúa bajo la dependencia jerárquica y la vigilancia de la Entidad pública.

LLEBARIA SAMPER⁵⁹⁶ considera que el artículo 172-3 no agota las posibilidades del ejercicio de la guarda y que, junto a aquéllas, también cabe la que corresponde a la propia Entidad y que desempeñará a través del equipo material y humano que la integra, distinta de la que puede ejercer el Director <<ad hoc>>. Esgrime los siguientes argumentos: por un lado, que atendiendo a la realidad, sería desorbitado afirmar que todos los niños, no sometidos a acogimiento, están bajo la guarda del Director, a menos de quedar ésta completamente desvirtuada. No obstante, considero que el ejercicio como tal, corresponde al Director de la Entidad pública; ahora bien, es lógico que éste se auxilie en el desempeño de sus funciones del equipo que tenga la Entidad.

Por otro, atendiendo a la literalidad del precepto -"la

⁵⁹⁶ LLEBARIA SAMPER, op. cit., pp. 95, 96 y 101.

guarda podrá ejercerse"- considera dicho autor que el empleo del término <<podrá>> es indicativo por sí sólo de facultatividad. Y no cabe duda de que la facultatividad expresa del precepto es alternativa, por cuanto, reconoce las dos posibilidades examinadas. Esto parece ser así, pero el citado autor considera que, aunque esa facultatividad es alternativa, no es exclusivamente alternativa, ya que se utiliza el término <<podrá>> en vez de <<se ejercerá>>, y, por tanto, se da por sentado que la guarda pasa a ejercerse inmediatamente por la propia Entidad, si bien cabe trasladar su ejercicio al Director de la misma o a unos futuros acogedores. Se puede contraargumentar que si, en efecto, el legislador hubiera querido que ello fuera así, habría establecido que también a la Entidad pública corresponde, sin más, el ejercicio de la guarda y que no obstante cabría transferir dicho ejercicio.

2.- Si el menor es confiado a una institución colaboradora de integración familiar, previamente habilitada por la Entidad pública, la titularidad corresponde a la Entidad pública -salvo que dicha institución adquiriera la titularidad de la tutela en virtud del artículo 239-2 C.c.- y el ejercicio de la función de guarda al Director de la institución, bajo la vigilancia de la Entidad pública.

3.- Si el menor es dado en acogimiento, la titularidad de la tutela automática la ostenta la Entidad pública. El acogedor ejerce un contenido estrictamente personal, correspondiendo la representa-

ción legal y la administración a la Entidad pública.

La Ley, en cuanto a las distintas alternativas en el ejercicio de la guarda, es objetiva, no opta por ninguna de ellas, mantiene un enfoque imparcial, subordinado únicamente al interés del menor.

En el artículo 172-3, se contemplan dos posibilidades: internamiento y acogimiento, si bien no opta por ninguna de ellas⁵⁹⁷, a pesar de las diferentes críticas vertidas acerca del internamiento⁵⁹⁸, así como la moderna corriente legal y doctrinal extranjera. Frente a la Ley italiana de 4 de Mayo de 1983, en cuyo artículo 2-2° se establece que "cuando no sea posible el acogimiento familiar, está permitido el acogimiento del menor en una institución de asistencia pública o privada a realizarse preferentemente en el ámbito de la región o residencia del

⁵⁹⁷ En el Borrador del proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, en el artículo 37 -dedicado a regular la Acogida residencial (internamiento en Centros)- en su párrafo 1° se señala que "cuando la Entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible".

⁵⁹⁸ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, num.2, p.61 admite <<sólo como último recurso, y con las suficientes garantías el internamiento en Centros masificados>>. Por ello, en cuanto a las facultades concedidas a las Entidades Públicas vierte un juicio desfavorable.

menor"⁵⁹⁹, nada similar se contempla en el artículo 172-3. Sólo en el Preámbulo, se señala que se espera <<que el acogimiento se use con frecuencia>>, y, en cambio, se refiere a la tutela automática y a la guarda <<como complemento del acogimiento familiar y de la adopción>>. Será, por tanto, el interés del menor el único parámetro a tener en cuenta a la hora de adoptar una u otra forma de ejercicio de la guarda.

En su ejercicio, es una tutela personal⁶⁰⁰, ya que aquél se residencia en una persona concreta, que, en unos casos, será el Director del establecimiento público o privado, en que el menor esté internado y en otros -supuestos de acogimiento- será la persona o personas, a las que se hubiere confiado el menor en régimen de acogimiento (art.173-2, Disposición adicional primera, y Preámbulo párrafo 6°).

⁵⁹⁹ Este artículo 2, dió lugar a que la doctrina pusiera de manifiesto los inconvenientes del internamiento. Así MANERA: "L'adozione e l'affidamento familiare. Commento alla L.4 maggio 1983, n°.184 con la giurisprudenza relativa alla parte della vecchia disciplina trasfusa nella nuova". Jovene Editore, Napoli 1983, pp. 26 y 288 señala que el acogimiento del menor en un instituto sólo tiene lugar cuando no sea posible un conveniente acogimiento familiar o como destaca la Relación del Senado, el acogimiento en instituto está previsto <<tan sólo como hipótesis límite>>. Y PERLINGIERI y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO: <<Commentario all'art.2>> en "La Nuova Legge...cit.", pp. 17 y 20.

⁶⁰⁰ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. III Legislatura, num.143, 1987, p.5264 en el que el Sr. LOPEZ SANZ, portavoz del grupo Socialista, afirmó ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, que la guarda exige una relación constante, de persona a persona lo que motiva su ejercicio a través de alguien.

En el Dictamen sobre <<La Adopción>> (92/C 287/08) de la Comunidad Europea de 1 de Julio de 1992, el Comité Económico y Social, en su apartado 2.4.1, contempla las soluciones analizadas anteriormente al disponer: "Concretamente, el niño abandonado se encomienda entonces a una familia de acogida, que no será necesariamente su futura familia adoptiva o a un centro especializado".

Siendo más concreto el apartado 2.4.2, que establece que "la solución elegida deberá basarse en las características del niño. La elección inicial deberá poder evolucionar según la edad y las necesidades del niño.... Dado que el niño necesita seguridad para su equilibrio y su desarrollo, los cambios de centro o de familia de acogida, deben estar motivados exclusivamente por su interés. Las autoridades públicas, responsables del niño abandonado, tienen que encargarse de autorizar y controlar las distintas formas de custodia, conforme al interés del niño".

En efecto, es el interés superior del niño el principio que debe guiar a la Entidad pública a la hora de adoptar cualquier medida de protección así como el modo en que se ha de llevar a cabo el ejercicio de la misma, partiendo de la flexibilidad propia de dichas medidas, las cuales no se adoptan con carácter permanente, sino que el beneficio del menor podrá motivar su modificación. Así, cabe que un menor sea acogido y pase posteriormente a una situación de guarda ejercida por el director del establecimiento, al cesar el

acogimiento, en base a la causa prevista en el artículo 173-3-2°. Es la Entidad pública la que asume la responsabilidad y dirección de las cuestiones de índole personal que afectan al menor, y la que debe controlar los distintos modos de ejercicio de la guarda.

14.6.1- POR EL DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO:

14.6.1.1-DE LA ENTIDAD PÚBLICA.

En el supuesto de que la Entidad pública ostente la tutela de un menor, ya en virtud del artículo 242, ya en base al artículo 172-1, el Director del establecimiento sólo puede ejercer la guarda de ese menor, pero nunca ser titular de su tutela. Lo mismo ocurrirá si, según el artículo 172-2, la Entidad pública se limita a asumir la guarda.

Respecto al vocablo <<director>>, se mantiene la terminología de la Reforma de 1983, cuyo artículo 239 introdujo dicho término, frente al antiguo artículo 212 que aludía a los <<Jefes de las Casas de expósitos>>. Sin embargo, continúa la expresión <<casa o establecimiento, en donde se interna el menor>> cuyo antecedente es el anterior artículo 239. En la Reforma de 1983 se suprimió el término <<de expósitos>> que modificaba a casa, y el <<de Beneficiencia>>, que se refería al establecimiento. Tal vez hubiera sido aconsejable sustituir dichas expresiones, empleando otras más

avanzadas como <<centro>>⁶⁰¹, que se empleó en la Ley Catalana de 13 de Junio de 1985, en su artículo 3º y que se mantiene en la actual Ley 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción⁶⁰².

Será la propia Entidad pública, la que asuma la competencia para atribuir o no la guarda al Director del establecimiento. Ahora bien, no obstante, se deberá tener en cuenta lo que considere adecuado el Ministerio Fiscal y, si es necesario, el Juez (art.174 C.c.).

En principio, parece que la Ley no ha querido atribuir el ejercicio de la guarda al Director del establecimiento <<intuitu personae>>, sino más bien, al contrario, ya que se alude al cargo y no a la persona. Diferente es en el caso del acogimiento, ya que en el artículo 173 C.c. y 1826 L.E.C., se pone de manifiesto la condición personal de los acogedores.

Por otro lado, no se contempla en la Ley la delegación por el Director de determinadas funciones al personal dependiente del Centro, pero ello no es obstáculo para que se permita la colaboración de aquéllos.

⁶⁰¹ Dicho término es el empleado en el artículo 34 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994.

⁶⁰² En el artículo 2 párrafo 5º se alude a los centros de Acogida. Así como en el artículo 5-1, en él que se señala que los Centros destinados a la acogida simple pueden ser públicos o colaboradores.

14.6.1.2-DE LA INSTITUCIÓN COLABORADORA.

El ejercicio de la tutela es parcialmente transferible. Así resulta de lo establecido en los párrafos segundo a quinto de la disposición adicional primera de la Ley de 11 de Noviembre de 1987, según la cual, "las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar en su territorio como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituídas conforme a las leyes, que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas. Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la Entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite⁶⁰³. Ninguna otra persona o Entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones. La habilitación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la habilitación, si la Asociación o Fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las

⁶⁰³ PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.72 considera que <<lo que hace la Reforma de 1987 es una reserva de titularidades a favor de las Entidades Públicas y una eventual transferencia del ejercicio de alguna de dichas funciones a las instituciones privadas>>.

normas legales"⁶⁰⁴.

Ya el Consejo General del Poder Judicial, en su "Informe al Anteproyecto de Ley de Adopción", de 17 de Diciembre de 1985, consideró <<deseable que se configuraran las actividades públicas de guarda de menores desamparados, o tendentes a su integración familiar, como un auténtico servicio público de titularidad administrativa, que pudiera ser objeto, bien de gestión directa, bien de gestión indirecta a través de instituciones colaboradoras, pero de tal modo, que, en cualquier caso, la Administración Pública conservara facultades inspectoras coordinadoras y directivas respecto a la gestión del servicio>>.

Así, las instituciones privadas colaboradoras de integración familiar, previamente habilitadas para ello por la propia Entidad, se limitarán a realizar determinadas funciones en relación con los

⁶⁰⁴ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al art.172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.54 n.49 opina que <<esta norma invade notoriamente la competencia de las Comunidades Autónomas. Si la misma empieza reconociendo la competencia de las Comunidades en materia de protección de menores es notorio que -no tratándose en absoluto de una competencia de mera ejecución, sino de una competencia exclusiva- dichas Comunidades están vinculadas por lo en ella dispuesto: podrán dictar sus propias normas, expresivas de las distintas políticas por las que, legitimamente pueden optar. Y pretender que el precepto sea consecuencia del ejercicio por el Estado de su competencia en materia de legislación civil sería, a mi modo de ver inaudito>>. En este sentido se pronuncia también SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen de la familia, IV, Acogimiento y adopción", cit., pp. 44 y ss. Así varias enmiendas al Proyecto abogaban por la supresión de estas normas de la disposición adicional primera, por entender que eran competencia de las Comunidades Autónomas, siendo todas rechazadas en el trámite de informe de la Ponencia.

menores, como es el ejercicio de la guarda del menor, pero no ostentarán la titularidad, ni de la tutela, ni de la guarda, que corresponde a la Entidad pública. En el desempeño de sus funciones estas instituciones estarán bajo el control de la Entidad pública.

14.6.2-A TRAVÉS DEL ACOGIMIENTO.

Si tiene lugar un acogimiento constituido por la Entidad pública, la función de guarda se ejercerá por las personas que lo hubieran acogido⁶⁰⁵.

Ahora bien, la relación de tutela o de guarda subsiste, no sólo pese al internamiento, sino también aunque tenga lugar el acogimiento. Cuestión distinta es que las facultades de la Entidad pública difieran en su intensidad y contenido, en base a la medida que se haya adoptado. Discrepa SANCHO REBULLIDA⁶⁰⁶, ya que, cuando la guarda se ejerce a través del acogimiento, considera que "la guarda se subsume en la más amplia institución del acogimiento; en realidad, deja de ser mera guarda".

Podría pensarse que en estos supuestos de acogimiento también la titularidad corresponde a las personas que acogen al menor. Pero ello no es así, puesto que la Ley es bastante clara en este

⁶⁰⁵ Vid. GARCIA CANTERO: <<Notas sobre el Acogimiento familiar>>, AC, Num. 21, 1992-2, pp. 305 y ss.

⁶⁰⁶ SANCHO REBULLIDA, op. ult. cit., p.57.

aspecto: se delega el ejercicio de la función de guarda, pero no la titularidad de la tutela o guarda, que corresponde, con carácter exclusivo, a la Entidad pública⁶⁰⁷.

Lo que si varían son las facultades, dado que, en los acogimientos familiares los deberes tuteladores del artículo 173-1 se ejercen con autonomía decisoria y de responsabilidades por la familia acogedora. Aunque, en todo supuesto de ejercicio de la función de guarda, incumbe a la Entidad pública competente un ulterior deber de vigilancia -art.172-3 -, así como una responsabilidad por los perjuicios que se pudieran llegar a ocasionar al menor -art.174-3 -, sin perjuicio de que la Entidad pública tenga el derecho a repetir, frente a los acogedores, o frente a la institución colaboradora, que ejercita la guarda por medio del Director del establecimiento privado, en que hubiera sido internado el menor.

15.- NATURALEZA Y ALCANCE DE LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

15.1 - CRÍTICA SOBRE LA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 172 C.c.

⁶⁰⁷ Así se pronuncian ALBALADEJO: "Curso de Derecho Civil IV". Derecho de familia. 5ª edición, 1991, p.285; PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 108 y 109; LLEBARRIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 37, 95 y ss.; FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.41; VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.645 y CUESTA MARTINEZ: <<Marco general y Exposición de Motivos de la nueva Ley sobre Adopción y Acogimiento familiar>> en "Primeras Jornadas sobre Adopción y Acogimiento familiar". Documentos de Bienestar Social, N°16, p.50.

En el Capítulo V del Título VII ("De las relaciones paterno-filiales") del Libro Primero se regula la adopción y otras formas de protección de menores.

La doctrina, ya desde la Ley 11/1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, considera inadecuada la regulación de la adopción en un Título que contempla las relaciones paterno-filiales y aboga, bien porque la adopción constituya un título aparte⁶⁰⁸, bien por su traslado al Título V ("De la paternidad y filiación")⁶⁰⁹, en base al concepto actual de la adopción, así como a la relación jurídica que crea; más aún, si se tiene en cuenta el artículo 108-1º, en el que se establece que "la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción".

La tutela automática se regula en la Sección Primera bajo la rúbrica "De la Guarda y Acogimiento de Menores". En concreto, en el artículo 172-1º. Hay que señalar que su regulación no se hace en el Título X de la tutela⁶¹⁰, sino en el de la adopción. Nos

⁶⁰⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario del artículo 154>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia... cit.", p.1043 GIL MARTINEZ: "La reforma...cit.", p.51.

⁶⁰⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en op.ult.cit., p.1150; CERDA JIMENO en "Estudios sobre Jurisprudencia Civil. Volumen II". Madrid 1993, p.793.

⁶¹⁰ Abogan por la regulación en sede de tutela, entre otros, PASCUAL ESTEBAN: "La Tutela y la Guarda de Menores por las Entidades públicas. El Acogimiento. La Adopción". RDN, Abril-Junio, 1988, p.264 y MENDEZ PEREZ: "El Acogimiento...cit.", p.94.

encontramos con una localización sistemática más bien defectuosa del artículo 172-1º, ya que debería estar situado en el Título dedicado a la tutela⁶¹¹. Al tratarse de un caso específico de tutela no debe colocarse en el Título VII, sino en el Título X -que es donde se regula la tutela- del Libro I.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la rúbrica del Capítulo V del Título VII del Libro I es "De la adopción y otras formas de protección de menores", englobando bajo dichos términos la tutela automática y la guarda, las cuales, según el legislador, son un complemento del acogimiento y la adopción. Ello justifica la regulación de esta tutela en el artículo 172⁶¹². No obstante, en cuanto tutela, es lógico que se contemple en el Título X del Libro I, dedicado a las instituciones tutelares. Ello justifica la modificación de los artículos 222 y 239 del Código Civil, contemplando estos supuestos de tutela y remitiendo el artículo 239 al 172, con el fin de saber las circunstancias que la originan.

⁶¹¹ Vid., entre otros, PILLADO MONTERO: <<Notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma en materia de adopción>>. R.D.P. 1987, p.447; SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen de la familia IV... cit.", p.48; SERRANO GARCIA: <<Comentario al artículo 172>> en "Comentarios del Código Civil ". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, p.578 y ROGEL VIDE: <<Comentario al artículo 222>> en "Comentario del Código Civilcit.", p.694.

⁶¹² Vid. FELIU REY: <<Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre>>. Actualidad Civil. N° 35. Octubre 1989, p.2750 y "Comentarios...cit.", p.21; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit.>>, p.60 y en "Acogimiento y Delegación de la patria potestad". Comares. Granada 1989, p.138; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 23-25.

Nos encontramos con un problema formal, puesto que, ante las distintas posibilidades acerca de si el establecimiento de esta tutela corresponde al artículo 172, al 222 o al 239 C.c., se opte por una u otra, ambas deben ser recíprocamente completadas, dada la remisión que en las mismas se establece. Por otro lado, el funcionamiento y régimen de aquélla se contempla en el Título X quedando sometida a la regulación común de la tutela, a excepción de su constitución. El artículo 172 se limita a contemplar el presupuesto causal de esta tutela: la situación de desamparo.

15.2 - LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES.

Nuevamente, nos encontramos ante una cuestión en la que la doctrina no es unánime.

En el artículo 172-1, se establece que "*la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo*". Es dicho precepto el que contempla la vinculación existente entre tutela y desamparo, sin precisar en qué consiste aquélla. Tampoco el resto de los preceptos modificados en el ámbito de la tutela (arts. 222-4°, 229 y 239 C.c.) facilitan el conocimiento de las características propias de esta tutela frente a la ordinaria del Título X.

El sistema, a través del cual esta tutela es instituída en el

artículo 172-1 C.c., permite la existencia de dos interpretaciones acerca de la naturaleza jurídica de la misma.

En primer lugar, la doctrina mayoritaria considera que es una tutela de derecho privado. Es una tutela del Título X del Libro I del Código Civil. Esta sería la postura defendida por la mayoría de los autores. Ahora bien, dentro de este grupo, podemos señalar la existencia de dos corrientes.

Una corriente, que estima que es una tutela stricto sensu, totalmente homologada con las demás tutelas, cuya regulación se encuentra en el Capítulo II del Título X del Libro I⁶¹³. Suelen defender esta postura los autores que consideran que, tanto la declaración de desamparo, como el nombramiento de tutor a la Entidad pública, corresponden en exclusiva a la autoridad judicial.

La otra corriente, en cambio, considera que se trata de verdadera tutela, pero de naturaleza especial. Por tanto, sólo determinadas normas del régimen general de tutela serán objeto de aplicación⁶¹⁴ para ella. Pertenecen a este grupo aquellos autores

⁶¹³ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.662; ARCE Y FLOREZ-VALDÉS: <<El acogimiento familiar...cit.>>, p.757 y GONZALEZ LEON: "Del abandono...cit.", p.477.

⁶¹⁴ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.310 y "El nuevo régimen de la familia IV...cit.", p.52; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 25 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 68-69; VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo>>. Centenario del Código Civil. Tomo II, p.2049; FELIU REY: "Comentario...cit.", p.24; FERRER VANRELL: <<El Acogimiento

que defienden el carácter automático de la tutela de la Entidad pública.

En segundo lugar, la opinión minoritaria entiende que es una tutela distinta, es un título administrativo⁶¹⁵. No sería una verdadera tutela en el sentido antes aludido de institución de Derecho privado, legalmente tipificada. El término tutela se emplearía para designar la función protectora de Derecho público, que corresponde a la Entidad pública. Como señala SANCHO REBULLIDA⁶¹⁶, "se habla, entonces, de *tutela de la administración*, con el mismo alcance con que aludimos al *carácter tuitivo de la legislación de arrendamientos*".

Si consideramos que es una tutela especial, provisional, compatible con la patria potestad y entendida en el sentido de protección, queda desvirtuado el carácter auténtico de dicha institución y se la atribuyen las características propias de la guarda. Carecería, por tanto, de sentido el artículo 222-4º, que la considera verdadera tutela.

Familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <<potestad>> de guarda>>. ADC, Enero-Marzo 1993, p.177 y RODRIGUEZ SOL: <<La protección y Acogimiento de Menores en el Derecho español>>. La Ley 1993-1, p.1103.

⁶¹⁵ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 90 y ss.; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172>>, en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.36.

⁶¹⁶ SANCHO REBULLIDA: "Elementos...cit.", p.309 y "El nuevo régimen...cit.", p.50.

Por ello, estimo que es una tutela de Derecho privado, es una tutela del Título X del Libro I. Ahora bien, la corriente doctrinal que defiende que es una tutela totalmente homologada con la ordinaria, incluso por lo que se refiere al sistema constitutivo de la misma prescinde del carácter automático de ésta. No tiene en cuenta que, si algo caracteriza a esta tutela, es el automatismo, su carácter ex lege que se constituye, por tanto, sin la intervención judicial.

Luego la solución que parece más acertada es considerarla verdadera tutela, pero especial. Los rasgos propios de esta figura serían: el ámbito de aplicación, que son los menores desamparados, el órgano al que corresponde, que es la Entidad pública de protección del menor, y, sobre todo, su carácter automático, que alteraría el régimen de constitución judicial propio de la tutela ordinaria. Ello nos llevará a analizar qué normas del régimen ordinario son susceptibles de ser aplicadas a esta tutela.

15.2.1- ES UNA TUTELA DEL TÍTULO X DEL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL.

Si en algo coinciden la mayoría de los autores estudiosos del tema -como ya he señalado-, es que se trata de una tutela de Derecho privado, de una tutela plena, idéntica a las demás⁶¹⁷. El

⁶¹⁷ Vid., entre otros, RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela<<ex-lege>>cit.>>, pp. 65, 68 y 69; VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores... cit.>>, p.2049; SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...

deseo del legislador fué incluirla en los preceptos de dicha institución, modificando así los artículos correspondientes dentro de la misma (arts.222, 229 y 239 C.c.).

Dicha reforma de los preceptos del Código Civil sobre tutela, en especial el artículo 222, que considera un caso más de tutela la de los menores en situación de desamparo, y el artículo 239, que atribuye dicha tutela <<por ley>> a la Entidad pública, nos lleva a rechazar la posibilidad de que la tutela automática no fuese una auténtica tutela.

Esto último es lo que ocurre, tanto en el Derecho italiano, como en la derogada Ley Catalana de protección de menores, de 13 de Junio de 1985⁶¹⁸, en los que se alude al ejercicio de funciones tutelares y no a una tutela, permitiéndose que se mantenga la titularidad de la patria potestad o de la tutela.

Nos encontramos ante una auténtica tutela, ante una verdadera

cit., p.51; VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.652; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.36; FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.177; RODRIGUEZ SOL: <<La protección...cit.>>, p.1103; BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley 21/87, de 11 de Noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado>>. RGLJ N° 6, Dic.1987, p.898.

⁶¹⁸ EGEA I FERNANDEZ: <<La tutela de menors a la Llei Catalana 11/1985 de 13 de Juny de protecció de menors. L'acolliment>>. R.J.C. num.2, 1987, pp. 312-313 considera que la "tutela" prevista en la Ley Catalana no se corresponde exactamente con la ordinaria del Código Civil, sino que es una medida de protección compatible con otras potestades.

tutela, en el sentido que le atribuyen los artículos del Título X del Libro I del Código Civil. En la Exposición de Motivos, en el párrafo sexto, se establece que "la presente Ley da normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados". Nuevamente, dicho vocablo aparece en el artículo 172-1. Más aún, en el ámbito de la tutela nos encontramos con el artículo 222, que incluye entre los sujetos a tutela a los menores desamparados.

Esta tutela que corresponde a la Entidad pública es una potestad tuitiva de carácter general, que podría abarcar tanto los aspectos personales, como los patrimoniales de la vida del menor, y que, por consiguiente, no es compatible con el ejercicio de la patria potestad, cuya suspensión conlleva.

Por todo ello, vemos que no nos encontramos ante la creación de una nueva institución, sino que se trata de la tutela ordinaria regulada en el artículo 215 y siguientes, ahora bien, constituida automáticamente.

Novedosa es la postura que mantiene MARTINEZ DE AGUIRRE⁶¹⁹, el cual, atendiendo a las circunstancias personales del menor, señala la existencia de dos modelos: por un lado, el institucional -que comprendería la patria potestad, la asistencia paterna, la

⁶¹⁹ 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)>> A.D.C. Octubre-diciembre 1992, pp. 1463 y ss.

tutela ordinaria, la curatela y el defensor judicial-, cuyo fin es atender a que el menor esté sometido a un mecanismo legal de guarda, y, por otro, el funcional o asistencial, que atiende a la efectiva necesidad de protección del menor, prescindiendo por tanto de que aquél esté sujeto o no a un mecanismo legal de guarda, y que engloba la tutela automática, la guarda administrativa y los sistemas de protección de carácter familiar: el acogimiento (provisional) y la adopción (definitiva).

Dicha distinción le lleva a considerar que la tutela automática es una medida administrativa de intervención rápida, es una tutela extraordinaria y especialísima, siendo las diferencias con la ordinaria mayores que las similitudes⁶²⁰, ya que las dos tutelas -según dicho autor- no coinciden, ni por su ámbito personal, ni por su contenido, ni por las reglas a que se sujetan.

No obstante, considero que esta postura no es acertada, puesto que, si algo se deduce de los artículos 222-4º y 239 C.c., es que la tutela de las Entidades públicas es una tutela en sentido estricto, una tutela propiamente dicha. Como tal, pertenecería al campo institucional y no al funcional, salvo que se prescindiera de la naturaleza jurídica de aquélla.

15.2.1.1-TOTALMENTE HOMOLOGADA CON LA ORDINARIA.

⁶²⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico-civil... cit.>>, p.1468 n.217 y p.1488 n.282.

Un grupo de autores minoritario, entre los que se encuentran VARGAS CABRERA⁶²¹ y GONZALEZ LEÓN⁶²², parten de que la tutela de las Entidades públicas es una tutela ordinaria, que no tiene carácter automático, sino que su delación es legal, y, por tanto, no se altera el sistema de constitución judicial, pudiendo ser totalmente homologada con la ordinaria.

Consideran que la tutela se constituye en todo caso por decisión del Juez, así como que es éste también quien aprecia el desamparo. También se muestran partidarios de que aquella tutela sólo procede después de la declaración judicial de desamparo.

Yo creo que existe una gran confusión, tanto en cuanto a los caracteres atribuidos a esta tutela, como en relación con el momento de actuación de la misma.

En primer lugar, si algo parece quedar claramente establecido en la ley es el carácter automático de esta tutela. Lo que lleva a que las Entidades públicas asuman aquélla por ministerio de la ley, sin que sea necesaria la intervención judicial.

GONZALEZ LEÓN considera que atribuir dicho carácter a la tutela ex artículo 172-1 "supondría desvirtuar su esencia como

⁶²¹ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 655 y ss.

⁶²² GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", pp. 487, 500.

institución tutelar del Código Civil (Título X del Libro I)"⁶²³. Sin embargo, parece olvidar que dicho automatismo no hace perder necesariamente a esta tutela su carácter ordinario, aunque especial.

También afirma la mencionada autora que los defensores del automatismo "vinculan -hasta confundir- el problema de la protección rápida e inmediata a los menores, que se encuentran gravemente desasistidos y el de la protección que se debe proporcionar a los menores, cuando ya han sido declarados abandonados", ya que la tutela automática actúa después de la declaración de abandono⁶²⁴ y no pueden otorgársele caracteres propios de una actuación de protección urgente del menor, propios más de la guarda del artículo 172-2.

Como luego veremos, yo creo que dicha tutela entra en funcionamiento a la vez que se aprecia la situación de desamparo, dada la relación estrecha entre ambas, que se configura en el artículo 172-1 C.c. Lo que no se aprecia en la Ley son las tres fases que aprecia dicha autora: guarda-declaración de desamparo-tutela. En mi opinión, las dos últimas tienen lugar simultáneamente y la primera fase de guarda no se contempla en la Ley.

⁶²³ GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", p.479.

⁶²⁴ GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", p.487 y FERRER VANRELL: <<El acogimiento familiar...cit.>>, p.171.

Aunque se trate de una medida de protección rápida, ello no impide que esta institución sea una verdadera tutela y no hay por qué atribuirle las características propias de la guarda. Precisamente es esa rapidez la que va a justificar el automatismo de la tutela evitando dilaciones indebidas.

VARGAS CABRERA⁶²⁵ acude a distintos argumentos para justificar que la presencia del Juez en la constitución de esta tutela ex artículo 172-1 es un requisito imprescindible.

En primer lugar, acude al Derecho comparado y considera que, puesto que la Ley Italiana de 4 de Mayo de 1983 es la norma inspiradora de la Ley 21/87, si en aquélla un principio básico es que la atribución de potestades a las Entidades públicas requiere la previa constitución judicial, igual ocurrirá en nuestro sistema.

Hay que objetar que una cosa es que la Ley italiana sea nuestra fuente de inspiración y otra que se trate de dos sistemas idénticos. En una de las cuestiones que difieren es precisamente en la naturaleza jurídica de esta tutela, puesto que en el sistema italiano no nos encontramos con una auténtica tutela, ni se establece el carácter automático de la misma.

En segundo lugar, observa VARGAS CABRERA que, aunque en la Exposición de Motivos de la Ley 21/87 se emplea la expresión tutela

⁶²⁵ VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 656-662.

automática, ésta no vuelve a aparecer en el articulado. Aboga porque una modificación como ésta, de haber tenido lugar -de lo cual disiente-, se habría justificado.

Cabe contraargumentar, por un lado, que dicha tutela si está presente en los artículos 172 y 239. En efecto, en el artículo 172-1 se establece que la Entidad pública "tiene por ministerio de la ley la tutela", y en el 239-1 se señala que "la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad pública". Ambos ponen de manifiesto que estamos ante una tutela, que se constituye ope legis, por mandato directo del legislador y no por decisión judicial.

Es más, el artículo 239-2, al establecer que se procederá al nombramiento de tutor, "conforme a las reglas ordinarias" pone de manifiesto que la tutela automática no sigue las reglas ordinarias en cuanto a la constitución judicial, sino que estamos ante una tutela especial, cuya constitución es por designación de la Ley.

Por otro lado, no hay que olvidar las características que, como ya vimos, atribuía a esta tutela el Ministro de Justicia en la presentación del Proyecto. Destacaba que esta tutela se caracterizaba por su automatismo, porque se produce ex lege, es decir, sin necesidad de declaración judicial.

Finalmente, también hay que tener en cuenta el desarrollo

autonómico de la Ley, que no contempla la intervención judicial.

En tercer lugar, VARGAS CABRERA estima que lo que es legal es la delación de la tutela a la Entidad pública. Así, partiendo del sistema de constitución judicial de la tutela -que no ha sido, a su juicio, modificado por la Ley 21/87-, es el Juez el que nombrará tutor del menor desamparado, ya a una persona física, ya al ente público. Ahora bien, si opta por la última solución, la Entidad competente, porque así lo establece la Ley -art.172-1-, será aquélla a la que "esté encomendada la protección de menores". Es decir, los cuatro llamamientos del artículo 234-1 a 4 se sustituyen -según este autor- por un llamamiento único a la Administración⁶²⁶.

Aparte de lo ya expuesto, se puede contraargumentar la enmienda 37 del Grupo Socialista, que motivaba la introducción de la expresión "por ministerio de la ley" de la siguiente manera: "En el apartado 1 se aclara que se trata de una tutela automática, que funciona <<ope legis>>, sin intervención judicial, ni formalización documental alguna"⁶²⁷. Claramente, del artículo 172-1 y 239-1 y 2, se deduce la no necesidad de una intervención judicial en la constitución de esta tutela. No debe confundirse aquélla con el sistema de delación, es decir, con como se efectúa el llamamiento

⁶²⁶ En la misma línea se pronuncia GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono ...cit.", p.490

⁶²⁷ BOCG de 13 de Marzo de 1987. Congreso de los Diputados. III Legislatura. Serie A. N°22-4, p.24.

para ser tutor. Es cierto que la delación es legal, en base al artículo 239, pero su constitución no es judicial, sino automática, por ministerio de la ley, en virtud del artículo 172.

Por tanto, la interpretación que dichos autores hacen del artículo 239-2, en base a la cual, lo único que introduce es una limitación del rigor del régimen de delación legal establecido en el párrafo primero del citado precepto, no nos convence.

No se trata de que los cuatro llamamientos del artículo 234 se sustituyan por un llamamiento único a la Entidad pública y que, con posterioridad, el párrafo 2º del artículo 239 lo atenue y otorgue al Juez la facultad última de decisión, tratándose, por tanto, de una tutela de autoridad, como se estableció en la Ley 13/83.

Por un lado, el segundo párrafo del artículo 239, interpretado a sensu contrario, da a entender que la tutela escapa de las reglas ordinarias en cuanto a la constitución de la misma, no en cuanto a su delación. Como afirma LLEBARIA SAMPER⁶²⁸, propio de la tutela automática es "la aformalidad en su constitución, pues la misma no se halla supeditada a solemnidad, autorización, ni documentación ninguna".

Por otro lado, si efectivamente se hubiese querido modificar

⁶²⁸ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.26.

con el citado precepto el sistema de delación, el artículo que debería haber sido modificado es el 234, que alude a la preferencia en el nombramiento de tutor. Bastaría con haber añadido un párrafo que llamase a dicho cargo a la Entidad pública con respecto de menores desamparados.

Ni siquiera RUIZ-RICO RUIZ⁶²⁹, que defiende que es la autoridad judicial la que declara el desamparo, considera que el Juez deba intervenir en la constitución de la tutela automática. En efecto, dicho autor afirma que "es la autoridad judicial la que debe decidir el <<desamparo>>, entiéndase bien, decidir el desamparo, que no constituir la tutela, ni nombrar al ente como tutor del menor. Esta última posibilidad debe quedar descartada, por cuanto perdería todo su sentido la automaticidad, que prevé la Ley en la constitución de la tutela (<<por ministerio de la ley>>) si hubiese que esperar a un nombramiento judicial....".

Por tanto, reiteramos que la tutela ex artículo 172-1 no puede homologarse plenamente con la ordinaria, sino que es verdadera tutela, aunque especial, siendo el carácter automático de su constitución su nota distintiva.

15.2.1.2-DE NATURALEZA ESPECIAL.

Uno de los fines de la Ley 21/87 es lograr una protección

⁶²⁹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69.

rápida y efectiva de los menores desamparados. Ello lleva a un sector de la doctrina, que podríamos considerar mayoritario⁶³⁰, a estimar que el artículo 172-1 habilita a las Entidades públicas para apreciar el desamparo y asumir ope legis la tutela de los menores en situación de desamparo. En base a ello, las Entidades públicas quedarían legitimadas para actuar inmediatamente mediante la tutela ex lege, siendo precisamente el carácter automático de aquélla lo que permite la atención urgente del menor.

Ya, en la Exposición de Motivos de la Ley, en el párrafo sexto, se establece que "atendiendo a la urgencia del caso, la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública, a la que corresponda en el territorio la protección de menores". Dicha situación requiere una protección rápida y eficaz, de ahí que la Ley legitime a las Entidades públicas para asumir ex lege la tutela.

Más aún, en el artículo 172-1, se establece que la Entidad pública tiene por ministerio de la ley la tutela. Como afirma

⁶³⁰ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo regimen...cit", pp. 51-52; VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2049; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 28-29; PASCUAL ESTEBAN: <<La tutela y la Guarda...cit.>>, p.265; BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley...cit.>>, p.898; LORCA MARTINEZ: <<La tutela <<ex lege>> o tutela de los menores en situación de desamparo>>. Actualidad Civil, n°24, Sem 12-18 Junio 1989, pp. 1818-1819; FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, pp. 176-177; RODRIGUEZ SOL: <<La protección...cit.>>, p.1103.

VALLADARES RASCÓN⁶³¹, "la adquisición por ministerio de la ley se caracteriza, precisamente, por no ser preciso ningún requisito adicional para que se produzca la consecuencia jurídica: dado el supuesto de hecho previsto en la ley, la consecuencia jurídica es automática. Producida la situación de desamparo, la entidad protectora no *asume*, sino que *tiene*, la tutela del menor desamparado".

Por tanto, ante una situación de desamparo la Entidad pública competente dictará un acuerdo de asunción de la tutela, en el que se describirá la situación de hecho, así como que la misma queda englobada en el supuesto de hecho del artículo 172-1. Dicho acuerdo se notificará a los padres y al Ministerio Fiscal.

En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de Enero de 1992⁶³², tras permanecer desde 1985 los menores internados en un Centro, a petición de su madre al Tribunal Tutelar de Menores, en 1989, el Director General de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid dicta Resolución, por la que, en aplicación del artículo 172-1 del Código Civil, al apreciarse situación de desamparo de los menores, se acuerda asumir la tutela por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid.

⁶³¹ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2050.

⁶³² Vid. Sentencia AP de Madrid de 21 de Enero de 1992. Aranzadi Civil 1992. Resolución nº 78.

Igualmente, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de Septiembre de 1992⁶³³, en el que se declara no haber lugar al recurso de apelación, interpuesto por los demandantes contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimó la oposición interpuesta por los demandados contra la declaración de desamparo, asunción de tutela y entrega de sus hijos en guarda a familias ajenas buscadas por la Dirección General de Atención a la Infancia.

En el Fundamento de Derecho Segundo se recogen los hechos. Ante la desunión de la pareja y los malos tratos a los hijos, el Tribunal Tutelar de Menores, el 22 de Junio de 1986, acuerda que los menores queden bajo su custodia, aunque en Diciembre de ese año modifica la resolución y los menores quedan bajo protección de sus padres en régimen de tutela vigilada. En 1988 la madre solicita su internamiento en un Centro de protección. En Abril, al reconciliarse la pareja, solicita la custodia de los hijos, petición que es denegada por la Dirección General de Atención a la Infancia, que en 1988 declara el desamparo de los menores y asume su tutela.

Ello nos conduce a considerar la tutela de las Entidades públicas, como defiende SANCHO REBULLIDA, "verdadera tutela pero de naturaleza especial y, por ello, sólo parcialmente sometida al

⁶³³ Auto AP Barcelona de 30 de Septiembre de 1992. Aranzadi. Resolución nº 1326. Enero 1993, Nº2.

régimen común de la tutela en el Código"⁶³⁴.

Dicha estimación implica, como analizaremos con posterioridad, determinar qué normas del régimen general le son aplicables y cuales no. En principio, dado su carácter automático, no lo serán los artículos relativos a la constitución, es decir, las reglas ordinarias para el nombramiento de tutor, pues esta tutela escapa al sistema de constitución judicial⁶³⁵.

Apoya dicha argumentación el artículo 239. Mientras en el párrafo primero, se contempla la automaticidad de la tutela de las Entidades públicas, en el párrafo segundo se establece una separación entre el nombramiento de tutor por las reglas ordinarias, que tiene lugar en los distintos supuestos de tutela ordinaria (art.222-1°, 2° y 3°), y el nombramiento de las Entidades públicas como tutoras, que se produce ex lege, sin intervención judicial, en el supuesto de menores desamparados (art.222-4°).

⁶³⁴ SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen...cit.", p.51. En la misma línea se pronuncia FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar ...cit.>>, p.177.

⁶³⁵ En el Capítulo II -"De las instituciones de protección a la infancia"-, del Título II -"Responsabilidad parental e instituciones de protección a la infancia"- del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia de 8 de Julio de 1993, existen dos Secciones, la 1ª -arts.22-25- se refiere a la tutela constituida conforme a las reglas ordinarias del Código Civil, y la 2ª -arts. 26-42-, regula la protección del menor en situación de riesgo, contemplándose la tutela asumida por la entidad pública por ministerio de la ley. Se señala que ambas "se incluyen en el mismo Capítulo, por cuanto comparten el contenido esencial, diferenciándose fundamentalmente en la forma de constituirse".

La intervención urgente nos lleva a prescindir de la intervención judicial demasiado lenta, y acudir a la actuación rápida de los órganos administrativos. Así, PILLADO MONTERO ha calificado este tipo de tutela como tutela <<eminente>>⁶³⁶.

Más lejos va RODRIGUEZ JORDA⁶³⁷, al considerar que "se trata de una nueva modalidad de tutela, que se separa bastante en algunos aspectos de la tutela ordinaria". Esta postura es más bien excesiva, pues algunos de los rasgos que le atribuye, como su carácter únicamente provisional y su ejercicio exclusivo sobre la persona del menor -que no son tales- la alejan bastante de la ordinaria.

A pesar de considerar que en la constitución de esta tutela automática no interviene la autoridad judicial, un grupo de autores, entre los que se encuentran RUIZ-RICO RUIZ⁶³⁸ y FELIU REY⁶³⁹, estima, por el contrario, que la apreciación y declaración de la situación de desamparo corresponde a la autoridad judicial.

⁶³⁶ PILLADO MONTERO: <<Notas sobre el proyecto de Ley de reforma en materia de adopción>>. R.D.P.1987, p.447 afirma que "la reforma pretende crear una especie de tutela <<eminente>> sobre todos los menores, que se hará efectiva y directa cuando alguien, no se sabe quién, considere que uno de ellos está <<desamparado>>".

⁶³⁷ RODRIGUEZ JORDA: <<Las Entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática>> en "El régimen jurídico de la Adopción". Colección Aragón de bienestar social. Zaragoza 1989, pp. 15-16.

⁶³⁸ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit>>, p.69.

⁶³⁹ FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp.21, 35.

Defienden, por tanto, el automatismo, pero, éso sí, después de introducir la figura del Juez en la apreciación del supuesto de hecho, que da origen a esta tutela.

Como ya se analizó al estudiar el órgano competente para apreciar el desamparo, discrepo de la interpretación anterior, puesto que en ningún artículo se contempla dicha intervención, y, como vimos, en la tramitación parlamentaria de la Ley se rechazó la enmienda que postulaba esta intervención. Considero, por tanto, que no cabe achacar a un olvido del legislador la no existencia de una disposición expresa, que establezca que el desamparo será apreciado por el Juez.

SANCHO REBULLIDA⁶⁴⁰, aludiendo a la postura mantenida por RUIZ-RICO, afirma que "temo que, en el mejor caso tal esfuerzo no pase de constituir una interpretación correctora que la praxis desatienda". En efecto, ésto es lo que ha ocurrido en la aplicación práctica de la Ley por las Entidades públicas.

Ya el propio RUIZ-RICO RUIZ⁶⁴¹ parece reconocer, en algún momento, dicha objeción, dado que admite que si "algo parece defender la Ley ello es, que el <<desamparo>> e, indirectamente, la tutela <<ex lege>> en favor de Entidades públicas, no son

⁶⁴⁰ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV...cit.", p.187.

⁶⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit.>>, pp. 64, 65.

declaradas por la autoridad judicial"; así como, que "excluido en principio el Juez, la decisión parece debe corresponder al ente público, quien se erigiría, de ese modo, en <<juez y parte>> al propio tiempo".

Concluimos manteniendo la postura expuesta: estamos ante una verdadera tutela pero especial, en la que la intervención judicial no es necesaria, tanto en la constitución de aquélla, como en la apreciación del desamparo.

15.2.2- ES UNA TUTELA DISTINTA: ES UN TÍTULO ADMINISTRATIVO.

Una postura novedosa y minoritaria es la que mantienen PEREZ ALVAREZ⁶⁴², DE PABLO CONTRERAS⁶⁴³ y MARTINEZ DE AGUIRRE⁶⁴⁴, los cuales estiman que la tutela ex artículo 172-1 es un título administrativo, que habilita a las Entidades públicas para ejercer la tutela y por tanto no es una verdadera tutela.

Según los mismos, no es una tutela ordinaria, que se rija por las normas del Título X del Libro I del Código Civil, sino que la Ley 21/1987 ha supuesto trasladar al ámbito administrativo determinadas funciones atribuidas a los Tribunales Tutelares de

⁶⁴² PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 87-97.

⁶⁴³ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.36.

⁶⁴⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico-civil...cit.>>, p.1479.

Menores.

En este sentido, PEREZ ALVAREZ⁶⁴⁵ afirma que "la tutela administrativa es una técnica o título que habilita a la Administración para intervenir por propia iniciativa en aquellos supuestos en que detecta que un menor se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material". Estima que "la tutela es un título del que, sin rigor técnico en sede de Derecho Civil, se ha servido la Administración al fin de hacer efectiva la función de protección a los menores".

Por tanto, considera que no es propiamente una tutela, sino que dicha tutela se justifica por "*una protección administrativa de los menores*". La tutela de las Entidades públicas "actúa como una *medida administrativa de cobertura*⁶⁴⁶, 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"⁶⁴⁷.

En la misma línea se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, para el cual "la tutela de las Entidades públicas sobre los menores en

⁶⁴⁵ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 76, 97.

⁶⁴⁶ En el apartado 4º de la Exposición de Motivos del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994 se dispone que "en los procedimientos de protección de menores, la Entidad pública no está actuando en el campo del derecho administrativo, sino en el derecho civil...".

⁶⁴⁷ PEREZ ALVAREZ, op. ult. cit., p.87.

situación de desamparo no es una potestad familiar de Derecho privado, como la patria potestad o la tutela ordinaria sino una potestad administrativa de Derecho público"⁶⁴⁸.

Estima también que "como toda potestad administrativa es una potestad fiduciaria o potestad función: se concede por el Ordenamiento a la Administración exclusivamente para cumplir ciertas finalidades objetivas de interés público. Como tal potestad administrativa, sus caracteres son los propios de los actos administrativos: no es susceptible de una consideración concreta, referida a sujetos determinados, sino abstracta y general, a la potestad no le corresponde ningún deber, sino la sujeción de ciertos sujetos a soportar en su esfera jurídica los efectos derivados del ejercicio de la misma, el desamparo no modifica la situación jurídica del que lo sufre, ni la de los titulares de la patria potestad o tutela, sino que todos soportan en su esfera jurídica los efectos derivados del ejercicio de aquella potestad, para que se modifique esta situación hay que dictar un acto administrativo".

Considero que el mencionado autor se separa bastante de lo establecido en la Ley 21/87 en cuanto a la naturaleza de esta tutela, así como en los caracteres que le atribuye. En primer lugar, el carácter general no viene porque se trate de una potestad

⁶⁴⁸ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 32-33.

administrativa, sino porque el supuesto de hecho de la norma se refiere lógicamente a una categoría y contempla situaciones individuales. En segundo lugar, la Entidad pública tiene deberes hacia el menor, los propios que conlleva la función de tutor. Y, por último, el desamparo sí modifica tanto la situación jurídica del menor, como las de sus padres o tutores, puesto que aquél deja de estar sometido a una institución para estar bajo otra; en cuanto a los padres, estaremos ante una suspensión, por ministerio de la ley, como luego veremos.

Esta interpretación no es posible desde la óptica del Derecho Civil. Es evidente que, cuando el Código emplea la palabra tutela, se está refiriendo a la institución civil y no cabe entender que dicho término sea equivalente a protección. Por un lado, nos encontramos con el artículo 222-4º, que somete a los menores desamparados a esta institución, y, por otro, en el mismo sentido, se pronuncian tanto el artículo 239 como la Exposición de Motivos en su párrafo 6º.

Tal vez, si la Ley 21/87 se hubiese limitado a introducir el artículo 172 sin más, es decir, si no se hubiera introducido en el artículo 222 el párrafo 4º, ni modificado el 239, podría haberse tenido en cuenta esa interpretación. Pero, hechas esas modificaciones y en materia de tutela, no cabe confundir la función protectora con la institución a través de la cual se va a llevar a cabo esa protección.

Aún reconociendo que de tales datos normativos -arts.222-4° y 239- sólo puede deducirse que estamos ante una clase de tutela civil, DE PABLO CONTRERAS⁶⁴⁹ estima que de un análisis detenido de esos preceptos se infiere "que dicha tutela presenta caracteres extraordinariamente peculiares que la alejan de lo que tradicionalmente ha significado siempre tal institución en el ámbito del Derecho privado".

Igualmente, MARTINEZ DE AGUIRRE⁶⁵⁰ distingue, en relación a las instituciones jurídico-civiles de protección de menores, dos modelos: el institucional y el funcional o asistencial -que surge ante la ineficacia práctica del primero para garantizar la protección de los menores desamparados-, quedando la tutela de las Entidades públicas comprendida en éste último. Surgen numerosos problemas de interpretación, puesto que ambos modelos son incompatibles.

Esta peculiar concepción sobre la naturaleza de la tutela de la Entidad pública lleva a PEREZ ALVAREZ y a DE PABLO CONTRERAS a caracterizar erróneamente a la misma. Por un lado, consideran que la tutela administrativa no conlleva la extinción de la patria

⁶⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.36.

⁶⁵⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico civil...cit.>>, pp. 1462, 1463.

potestad, tutela o guarda preexistente⁶⁵¹. Por otro, PEREZ ALVAREZ, en cuanto al contenido, estima que esta tutela no excede de por sí a un contenido meramente personal, "sin que la Entidad pública ostente por principio, ni la representación del menor, ni la administración de sus bienes"⁶⁵². Estas, según dicho autor, "siguen residenciadas en los padres o en el tutor, en el caso de que haya tutela".

En este último aspecto, más acertada parece la postura de DE PABLO CONTRERAS, puesto que estima que "el Código asume, como contenido posible de la tutela administrativa, el de la tutela civil ordinaria". Ahora bien, a su juicio, éste sería "el máximo contenido posible...no su contenido necesario", puesto que éste dependerá de la situación concreta de cada menor⁶⁵³.

En contra, cabe argüir que, tratándose de verdadera tutela, en principio no puede coexistir el ejercicio de la tutela de la Entidad pública con el de la patria potestad o con el de otra tutela ordinaria, puesto que, por naturaleza ambos son incompatibles, como luego analizaremos.

⁶⁵¹ Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 92 y ss. y DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 37-40.

⁶⁵² PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.94 determina el contenido de la tutela en base al artículo 173-1 que regula el acogimiento.

⁶⁵³ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 59 y ss.

También disiento en cuanto al contenido, puesto que, como tutela, podría abarcar el aspecto personal y patrimonial. Cuestión distinta es que, por tratarse de menores desamparados, se dé más relevancia al aspecto personal.

Tampoco en este aspecto, me convence la postura de DE PABLO CONTRERAS, ya que creo que la tutela, como tal, podrá abarcar siempre ambos aspectos, y que la situación del menor no condiciona el contenido de aquélla, sino que afecta a algo muy distinto: determina la medida de protección que resulta más adecuada.

También resalta PEREZ ALVAREZ el carácter temporal de esta medida de protección del menor, ya que consiste en "el amparo provisional de la Entidad pública competente"⁶⁵⁴. Nuevamente, por el contrario, considero que esta tutela puede llegar a ser permanente.

Las anteriores características también las atribuye dicho autor a la guarda ex artículo 172-2. Luego, se podría deducir que ambas figuras -a excepción del automatismo de la tutela- son bastante parecidas. Conclusión ésta que no es desable.

Una regulación de la tutela en la forma señalada por PEREZ ALVAREZ y DE PABLO CONTRERAS, la encontramos en la derogada Ley Catalana de Protección de Menores de 13 de Junio de 1985, la cual,

⁶⁵⁴ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.96.

a juicio de dichos autores, es la fuente de inspiración de la Ley 21/87 ⁶⁵⁵.

En el artículo 54 de dicha Ley, se establecía que "la tutela de menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación consiste en la atención y tratamiento de los menores abandonados o víctimas de los padres o guardadores, cuando la autoridad judicial decida intervenir en el ejercicio de sus competencias y en la forma que disponga".

En dicha Ley Catalana, el término tutela se emplea en un sentido distinto al del Código Civil, en un sentido de guarda o protección. Se alude a una institución complementaria de la patria potestad o de la tutela en sentido estricto -civil-, que no conlleva la previa privación de la patria potestad. Esta tutela del artículo 54 no alteraba el ámbito de aplicación de la tutela del Título X del Libro I del Código Civil⁶⁵⁶.

No obstante, dicha cuestión ha sido actualmente superada en Cataluña, puesto que la Ley 37/1991 sobre protección de menores

⁶⁵⁵ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 91-92 y DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 27-29.

⁶⁵⁶ Al respecto vid. EGEA I FERNANDEZ: <<La tutela de Menors a la Llei Catalana 11/1985 de 13 de Juny de protecció de menors. L'acolliment>>. RJC, n°2, 1987, pp. 312-313 y <<La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció (Propostes de nova regulació)>> en "V Jornades de Dret Català a Tossa". PPU. Barcelona 1990, pp. 207-208.

desamparados (art.3-1º), así como la Ley 39/1991 (art.32) sobre tutela, establecen que la Entidad pública asumirá las funciones tutelares sobre el menor desamparado.

15.3 -¿SON INCOMPATIBLES O NO LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA?

Uno de los mayores problemas de la Ley 21/87 es la relación existente entre la tutela de las Entidades públicas y la patria potestad o tutela preexistente e ineficaz, bajo la que se encontraba el menor.

Ello nos lleva a cuestionarnos ¿cuál es la situación de los padres o tutores del menor en el caso de que existan?, ¿coexistirán la potestad tutelar de la Entidad pública y la patria potestad ó ésta última quedará extinguida?.

Hemos defendido que la Entidad pública aprecia el desamparo y, a su vez, asume con carácter automático la tutela, sin que se requiera una intervención judicial. Si el menor está sometido a un régimen legal de guarda preexistente ¿concorre éste con la tutela automática?.

Nuevamente, la Ley 21/87 no se pronuncia expresamente sobre este tema⁶⁵⁷, lo cual ha ocasionado innumerables problemas. La

⁶⁵⁷ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 30 y ss., critica que, tanto en la tramitación parlamentaria de la Ley, como posteriormente en la doctrina "no se entre en el fondo de la

doctrina ha realizado notables esfuerzos para encontrar una solución, manteniendo posturas bastante diversas.

En líneas generales podemos apreciar la existencia de tres grandes grupos de autores: uno, que se pronuncia a favor de la compatibilidad entre la tutela automática y la patria potestad o tutela existente con carácter previo⁶⁵⁸; otro, que se manifiesta en contra de dicha coexistencia y parte del principio opuesto de la incompatibilidad entre aquellas instituciones de protección⁶⁵⁹; y, por último, el que defiende que existe una incompatibilidad en relación con el ejercicio de ambas instituciones pero no en cuanto a su titularidad⁶⁶⁰.

Ahora bien, dentro de estos tres amplios sectores doctrinales, las interpretaciones llevadas a cabo para encontrar una solución son de lo más diversas.

cuestión, puesto que mucho se habla de la declaración judicial de desamparo y nada de la privación de la patria potestad o remoción de la tutela existente".

⁶⁵⁸ Forman parte del mismo, PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 92-94; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 37-40; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 30-35 y FERRER VANRELL: <<El acogimiento familiar...cit.>>, pp. 177-179.

⁶⁵⁹ Vid. entre otros: VALLADARES RASCON: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2051; BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley 21/87...cit.>>, p.899; RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 65-66; FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 34-35; VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 652-653.

⁶⁶⁰ Vid. EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, p.202 y MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico-civil...cit.>>, p.1489 n.287.

Dentro de los partidarios de la compatibilidad están, tanto quienes consideran que la patria potestad no se extingue, porque la tutela de la Entidad pública no lo es en sentido estricto, con lo cual coexisten ambas instituciones⁶⁶¹, así como quien estima que dicha compatibilidad será extraña y temporal, concediendo a su vez gran importancia a la intervención del Ministerio Fiscal⁶⁶², e incluso, quien, partiendo de que se trata de una tutela ordinaria, también aboga por esa coexistencia⁶⁶³.

En cuanto a las soluciones buscadas por los distintos autores que pertenecen al sector partidario de la incompatibilidad, están los que, partiendo de que la patria potestad se extingue, abogan por un control judicial previo⁶⁶⁴, así como quienes estiman que nos encontramos ante una privación por ministerio de la ley⁶⁶⁵, .

Dentro de la postura ecléctica están tanto quien defiende que la patria potestad no se extingue, sino que su ejercicio queda en

⁶⁶¹ Vid. PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.92-94; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 37-40.

⁶⁶² LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 30-35.

⁶⁶³ FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.179.

⁶⁶⁴ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 65-66; FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 34-35; VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 652-653 y GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono... cit.", p.436.

⁶⁶⁵ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2051; BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley 21/87...cit.>>, p.899.

suspensio⁶⁶⁶, así como quien reconoce la existencia de un desplazamiento del contenido de la patria potestad, sin que tenga lugar una privación de la misma⁶⁶⁷.

La teoría de la compatibilidad no se adecúa a los principios rectores en esta materia y, por tanto, como veremos a continuación, es improcedente, ya que, si en algo coincide la mayoría de la doctrina es en que la patria potestad y la tutela son en principio incompatibles. El artículo 222-1º es claro al respecto, puesto que sujeta a tutela a los menores, que no estén sometidos a patria potestad. Cualquier menor quedará sometido o a una tutela ordinaria o a la patria potestad, pero no a ambas a la vez, puesto que dichas instituciones son incompatibles por naturaleza. Luego, no actúan conjuntamente, sino que es la inexistencia de una, la que hace entrar en juego a la otra⁶⁶⁸.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1985⁶⁶⁹, en cuyo considerando séptimo, se afirma que "si la tutela es un organismo supletorio de la patria

⁶⁶⁶ EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, pp. 202-205.

⁶⁶⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protecció jurídica civil...cit.>>, p.1489 n.287.

⁶⁶⁸ No obstante el párrafo 4º del artículo 222 C.c. permite tener una duda. En el mismo se tiene que aludir a menores sometidos a patria potestad porque sino quedarían incluidos en el párrafo 1º del mencionado precepto.

⁶⁶⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1985. Aranzadi nº 4006.

potestad, cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de ésta, es evidente que probando que la misma existe y radica exclusivamente en la actora-recurrida, el instituto tutelar carece de razón de ser".

Lo mismo ocurre cuando la coexistencia fuera entre una tutela ordinaria y una tutela automática, que no pueden concurrir, puesto que ésta última no es un caso de tutela plural o cotutela, dado que las competencias, que los artículos 172-1° y 222-4° confieren a la Entidad pública no son compartidas⁶⁷⁰.

Tras la Ley 21/87, el artículo 222-4° somete a tutela a los menores en situación de desamparo, sin especificar más. Estos - aunque no siempre- suelen estar previamente sujetos a la patria potestad o tutela, aunque éstas no se ejerzan eficazmente, puesto que el menor está en situación de desamparo. Entra, por tanto, en juego la tutela automática del artículo 172 C.c., pero la Ley no se pronuncia sobre esa patria potestad o esa tutela preexistentes.

Podemos pensar que, por tanto, esta tutela por ministerio de la ley desembocará en la eficacia extintiva de la patria potestad, de la tutela ordinaria o de la guarda preexistente. En este aspecto la Ley guarda silencio, no establece expresamente las consecuencias de esta tutela en el régimen de protección existente con carácter

⁶⁷⁰ Al respecto vid. VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2051.

previo.

Surge de este modo el problema de compatibilizar la privación total o parcial de la titularidad de la patria potestad, así como la remoción de los cargos de tutor -que exigen intervención judicial-, con la eficacia extintiva que, de hecho, implica el automatismo de la tutela de la Entidad pública. Hay que determinar cuál es la relación existente entre el artículo 170 C.c., junto con los artículos 247 y siguientes -que no han sido modificados- y el artículo 172-1 C.c.

Por un lado, observamos que, si la tutela automática no puede coexistir con la ordinaria o con la patria potestad, aquélla debería determinar la desaparición o extinción de la patria potestad o de la tutela ordinaria, previamente existente sobre el menor. Por otro lado, nos encontramos con que, tanto para la privación de la patria potestad (art.170 C.c.), como para la remoción del tutor (art.248 C.c.), se exige en nuestro derecho previa declaración judicial, que en el supuesto de la tutela automática brilla por su ausencia.

15.3.1- A FAVOR DE LA COMPATIBILIDAD.

Entrando a valorar las distintas posturas, observamos que las mismas vienen determinadas -como es lógico- por la particular concepción sobre la naturaleza jurídica de esta tutela.

En primer lugar, nos encontramos con la postura defendida por PEREZ ALVAREZ y DE PABLO CONTRERAS, que parten de que la tutela de la Entidad pública no lo es en sentido estricto y, por consiguiente, la patria potestad no se extingue, puesto que nada impide que coexistan ambas instituciones. Ante el empleo de un término incorrecto, el intérprete debe subsanarlo, afirmando que no se trata de una tutela propiamente dicha.

Sin entrar ahora en los distintos argumentos utilizados por estos autores -puesto que ello ya se analizó en el capítulo del desamparo⁶⁷¹-, hay que decir que la base es equivocada, puesto que, como acabamos de ver, en la naturaleza de esta tutela, los artículos 222-4º y 239 C.c. hacen que esta postura sea difícilmente sostenible.

Desde una óptica distinta, FERRER VANRELL⁶⁷² también defiende la coexistencia de la tutela automática con otra institución tuitiva. Parte de que la tutela automática de la Entidad pública es una tutela ordinaria, aunque constituida automáticamente. Ante la dicotomía acerca de la prevalencia del artículo 172-1 o 170 C.c., estima que, administrativamente, no se puede privar, ni remover en su titularidad, ni a los padres, ni al

⁶⁷¹ Vid. en el Capítulo I de esta tesis, dentro del apartado 9-Autoridad competente para apreciar la situación de desamparo, el subapartado 9.1.1-A favor de que sea la Entidad pública, pp. 277-285.

⁶⁷² FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, pp. 177-179.

tutor. Además, como la Ley de 1987 no prevé, ni la previa privación de la patria potestad, ni la suspensión de su ejercicio, considera que la única solución es concluir que coexisten ambas instituciones tutelivas: tutela automática y titularidad, bien de patria potestad o bien de tutela ordinaria.

Trata de atenuar los efectos de dicha interpretación, acudiendo a una interpretación extensiva del artículo 158-2° C.c., según el cual el Juez puede dictar "*las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda*". Así, afirma que en el mismo se contempla el cambio de titular de guarda que, aunque normalmente actúa en los supuestos del artículo 156-4 y 5 C.c., "se podría ampliar a los supuestos del artículo 172 C.c.". Por lo tanto, cabe cambiar del ejercicio conjunto a ejercicio exclusivo, sin que exista disposición judicial, pero lo que no es posible es la extinción de la titularidad de la patria potestad o de la tutela sin una declaración judicial.

No obstante, creo que se trata de una interpretación correctora, sin efectos prácticos. En primer lugar, se puede contraargumentar que la Ley expresamente no establece nada; pero, no por ello hay que concluir que se contemple una compatibilidad. Resulta difícil mantener que un menor esté bajo dos instituciones protectoras a la vez, pues, obviamente, en la práctica una quedaría sin contenido.

En segundo lugar, la interpretación extensiva del artículo 158-2° carece de aplicación al caso, pues no se prevé que pueda actuar fuera del ámbito conyugal. Es más, ni siquiera se contempla en el mismo, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 103-1°, que excepcionalmente los hijos se puedan encomendar a otra persona, y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndosele las funciones tutelares, si así lo dispone el Juez.

También LLEBARIA SAMPER⁶⁷³, aunque de forma más atenuada, defiende una cierta compatibilidad, a la que califica de temporal y extraña, entre tutela automática y patria potestad, aún reconociendo que técnicamente no es afortunado. El precepto clave es, a su juicio, el artículo 174, quedando -por tanto- el Ministerio Fiscal obligado a promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, que hasta ese momento recae sobre el menor desamparado.

Estima que el artículo 174 debe reunir las siguientes características: celeridad entendida "como agilidad máxima y prontitud diligente en la incoación, tramitación y resolución procedimental sobre la patria potestad del menor", y absolutividad, es decir "que este control y decisión <<ex post>> debe tener lugar siempre y en todo caso"....."porque lo extraño e ilegal sería la perpetuidad y consolidación de aquella compatibilidad entre tutela de la Entidad y patria potestad".

⁶⁷³ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.35.

Cabe apuntar que, aunque dicha compatibilidad sea extraña y temporal, no por ello deja de defenderse la coexistencia de ambas instituciones de protección, lo cual en principio no es admisible. Ciertamente, al ser temporal los efectos serían menos perjudiciales para el menor, pero ello no impide la contradicción aunque sea transitoriamente.

Por otro lado, aún reconociendo las amplias facultades que la Ley 21/87 otorga al Fiscal, creo que resultaría excesivo atribuir al mismo "en todo caso" que promoviera dicha privación.

Más difíciles de comprender son las conclusiones a las que llega LLEBARIA SAMPER. Manifiesta que, si la resolución judicial desestima la privación de la patria potestad, habrá que considerar que nunca ha existido tutela de la Entidad, "pese a admitir que ésta haya temporalmente cuidado o guardado al menor". Por tanto, estaríamos ante una guarda legal, pero no ante una tutela, incapaz de subsistir -señala el autor- con la vigencia constante de la patria potestad.

Igualmente afirma que, si la resolución judicial priva a los padres de la patria potestad, "habrá entonces que entender que ha existido y que existe tutela automática de la Entidad desde el mismo momento en que guardó al menor". Incluso, llega a decir que "la resolución del Juez otorgaría eficacia retroactiva -o más correctamente confirmación pretérita- a la tutela, pero no a la

privación de la patria potestad, que lo sería desde la fecha de la sentencia, dado el carácter constitutivo de la misma".

No parece posible aceptar semejante tesis. ¿Cómo es posible que, si el Juez desestima la privación, sólo haya existido una guarda?, ¿Qué sentido tendría el automatismo de la tutela que se atribuye a la Entidad pública?.

Es obvio que en la Ley 21/87 nos enfrentamos a diversas lagunas, pero, si algo cabe deducir de sus distintos preceptos, es que la Entidad pública asume la tutela por ministerio de la ley en base al artículo 172-1 C.c. . Esa guarda previa no se contempla para nada. El automatismo implica que exista esa tutela desde el mismo momento en que se produce la situación de desamparo y no desde que el Juez así lo establezca.

Parece no asumir el significado del recurso judicial a posteriori. Si el Juez estima que no procede, la declaración de desamparo y la privación de la patria potestad, esa tutela de la Entidad se extinguiría, entrando en juego la medida de protección más acorde con el interés del menor.

Igualmente, si el Juez estima que lo procedente es la declaración de desamparo y la privación de la patria potestad, no se trataría de que aquél concediera eficacia retroactiva a la tutela de la Entidad, sino que la entidad tiene la misma desde que

se produce la situación de desamparo.

Finalmente, dicho autor, aún habiendo detectado el problema, parece no haber encontrado la solución, dado que, tras la exposición anterior, afirma que "lo más idóneo hubiera sido atribuir automáticamente a la entidad la guarda -no la tutela- del menor desamparado, previendo en los casos necesarios, un trámite sumarísimo para que la autoridad judicial se pronunciase, no tanto sobre el desamparo del menor, cuanto sobre la privación de la patria potestad o remoción de la tutela"... "y ello hubiera requerido adaptar en la normativa sustantiva el artículo 170 y el 299 bis"⁶⁷⁴.

En conclusión, la interpretación de LLEBARIA SAMPER nos parece disconforme con los principios que presiden la regulación de esta materia.

15.3.2- EN CONTRA DE LA COMPATIBILIDAD.

Dentro de este sector, existen interpretaciones muy diversas. Se trata de una cuestión difícil y compleja, uno de los puntos más oscuros de la reforma, al que la doctrina ha dedicado especial atención para encontrar la manera más adecuada de solventar el problema.

⁶⁷⁴ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.35.

15.3.2.1-EXISTENCIA DE UN CONTROL JUDICIAL PREVIO.

Al estudiar el desamparo, nos encontramos con un sector doctrinal que se mostraba partidario de la intervención judicial en la declaración de desamparo. La defensa a ultranza de lo establecido en el artículo 170 era uno de los argumentos claves para justificar dicha intervención.

Tanto RUIZ-RICO RUIZ⁶⁷⁵ como FELIU REY⁶⁷⁶ estiman que,

⁶⁷⁵ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, pp. 65-66, afirma que, al ser incompatibles ambas instituciones, la tutela automática entrañaría una suerte de privación de la patria potestad sin procedimiento previo, por lo que aboga por una declaración judicial de la situación de desamparo, estableciendo una suerte de control judicial previo. Se cuestiona dicho autor, "que si no pueden ejercer dichos poderes, ¿cuándo, quién y en base a qué se les ha privado de dichas facultades, teniendo en cuenta que, en ningún momento, la Ley prevé un procedimiento específico de carácter sumarial ante la autoridad judicial?". Se pregunta si es que los padres no van a poder, de pronto, seguir ejerciendo sus funciones legales sobre sus hijos menores, por el simple hecho de que carezcan, en un momento dado, de medios económicos, y ocasionen, por tanto, una falta de asistencia material y moral.

Considera -erróneamente a mi juicio- que la no existencia de un control judicial previo equivale a ausencia de procedimiento, e incluso parece, de todas las garantías, como si las Entidades Públicas pudieran actuar arbitrariamente y sin ningún fundamento.

⁶⁷⁶ FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 34-35, igualmente considera que "la no admisión de una intervención judicial en la declaración de desamparo podría dar lugar a un fraude legal, consistente en la aplicación del supuesto previsto en el artículo 172 con la consecuente inaplicación del artículo 170, consiguiéndose en ambos casos un resultado similar: la privación de la potestad paterna sobre el menor".

Incorre, a mi juicio, en los siguientes errores; por un lado, el considerar que la declaración de desamparo implica la privación de la patria potestad e identificar ambas cosas y, por otro, el estimar -creo que equivocadamente- que la apreciación del desamparo por la Entidad pública conlleva prescindir de cualquier garantía, como si aquella actuara arbitrariamente.

aunque la tutela de la Entidad pública sea automática, la situación de desamparo requiere una decisión judicial. Argumentan -entre otros aspectos- que lo contrario provocaría una indefensión de los padres o tutores y que toda privación de la patria potestad o tutela ordinaria requieren sentencia judicial.

Por un lado, ya vimos como el tenor literal del artículo 172, así como los debates parlamentarios -fué rechazada la enmienda nº7 del Grupo Parlamentario Vasco, en la que expresamente se contemplaba que la situación de abandono sería apreciada y declarada por el Juez competente- y la normativa autonómica dictada después de la Ley 21/87 -que estima que la situación de desamparo ha de ser apreciada por la Administración y no por la autoridad judicial- dejaban clara esta cuestión.

Por otro lado, se estima que más que en presencia de una declaración judicial de desamparo, estaríamos ante una sentencia de privación de la patria potestad, en virtud del artículo 170 C.c. . Así lo afirma RUIZ-RICO, ya que expone que, "habida cuenta que toda privación de patria potestad exige una sentencia judicial, según el artículo 170, también aquí será imprescindible, aunque por la vía de declarar judicialmente el <<desamparo>>⁶⁷⁷, el cual,

⁶⁷⁷ En el mismo error incurre RAMOS SANCHEZ: <<Algunas consideraciones jurídicas...cit.>>, pp.1-8, el cual más tajante, sienta lo siguiente: "La tutela inmediata del art.172-1 C.c. implica la suspensión de los derechos inherentes a la patria potestad, y ello de una manera fulminante y sin previo control judicial.... Esta privación de la patria potestad "por ministerio de la Ley", resulta a todas luces un abuso y una ilegalidad por

automática-mente, producirá la constitución de la tutela y, además, la <<automática>> privación de funciones paternas". Esta necesidad de intervención judicial igual está presente en la remoción o extinción de la tutela ordinaria preexistente⁶⁷⁸.

Es ilógico que hable de una privación automática entre comillas, cuando ha sido el Juez, según su opinión, el que ha decidido la privación. Existe una contradicción en dicha afirmación: o es automática o lo establece el Juez, pero no cabe predicar el carácter automático, cuando previamente ha existido una intervención judicial.

GONZALEZ LEÓN se pronuncia también en este sentido, ya que considera "que la mejor interpretación sistemática de nuestra legislación permite concluir que la declaración de abandono debe ser apreciada y declarada por el Juez y que implica la privación de la patria potestad"⁶⁷⁹.

oposición a normas de superior rango. Incluso, se opone a lo dispuesto en el art.170 C.c., según el cual, la privación de la patria potestad debe hacerse por Sentencia, lo que presupone, lógicamente, un pronunciamiento judicial >>.

Por ello, considera, en este aspecto, inconstitucional la Ley 21/87, al apreciar que la tutela automática conlleva una privación ministerio legis de la patria potestad.

Estimo que esta opinión es rechazable, por ir más allá, hasta el punto de considerar inconstitucional la Ley por haber invadido el poder ejecutivo, áreas exclusivas del judicial, ya que no ha tenido lugar dicha invasión, puesto que se parte de una interpretación, a mi juicio errónea, del citado precepto.

⁶⁷⁸ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, p.69.

⁶⁷⁹ GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", p.436.

VARGAS CABRERA, que defiende continuamente la necesidad de interpretar la Ley de 1987 de forma compatible con los principios del Derecho de Familia y que -al igual que la autora citada anteriormente- estima que tanto el desamparo como la tutela requieren la intervención judicial previa, considera que, aunque la Ley 21/87 no haya modificado expresamente el artículo 170 C.c., "el artículo 172 introduce sin duda una regulación que incide en el régimen de las causas de privación de la patria potestad (ya que la tutela pública supone justamente esta privación total)"⁶⁸⁰.

Tras rechazar que el artículo 172 C.c. haya dado lugar a una derogación tácita del artículo 170, afirma que, al no ser modificado este precepto por el legislador, "se obliga al intérprete a coordinar los ámbitos de actuación de unas y otras prescripciones". Por tanto, considera que el artículo 172 "produce una ampliación de los supuestos que originan la privación de las facultades tuitivas e introduce novedades en el tratamiento procesal y constitución tutelar en hipótesis doblemente previstas en ambos preceptos, con mantenimiento de la peculiar estructura

⁶⁸⁰ FERNANDEZ ALVAREZ: <<La tutela administrativa de los menores...cit.>>, pp.1865-1871, aboga por la nulidad parcial de los artículos 172-1 y 239-1 del Código Civil, por razón de inconstitucionalidad, puesto que opina que "admitir que la Administración pueda de plano, sin intervención de los padres del adoptado, apreciar una situación de desamparo supone asumir actitudes impropias de un Estado de Derecho, toda vez que tal situación comporta la tutela automática de la Entidad pública y por tanto la suspensión de la patria potestad". Así, estima que la autoridad judicial deberá proceder a incoar el procedimiento tendente a privar o no de la patria potestad a los progenitores.

procesal y sustantiva de aquellas otras comprendidas en el artículo 170 y fuera del alcance de los preceptos innovadores"⁶⁸¹.

Finalmente, la solución que propone es que, cuando el incumplimiento de deberes de los progenitores no conlleve la inasistencia material o moral, entrará en juego el artículo 170, siendo el cauce procesal el juicio de menor cuantía y constituyéndose la tutela por las reglas ordinarias. Mientras que, si el desamparo se produce en los términos del artículo 172-1, el carácter de norma posterior y especial debe hacer que prevalezca ésta: la tutela seguirá el cauce del artículo 239 C.c., y la coetánea privación de la patria potestad -por analogía- el procedimiento especial de jurisdicción voluntaria de los artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁸².

Se observa cierta contradicción en esta postura, puesto que rechaza la derogación tácita del artículo 170 C.c., pero, con posterioridad, al coordinar ambos preceptos, estima que prevalece el artículo 172, por ser norma especial y posterior.

Por otro lado, defiende la constitución judicial de la tutela y que la privación de la patria potestad o tutela se produzca mediante juicio verbal, aplicando analógicamente el artículo 1827 L.E.C. Dicha postura no es acorde con el espíritu de la Ley, pues

⁶⁸¹ VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.653.

⁶⁸² VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 653-654.

ya vimos el carácter automático de la tutela y la no intervención judicial en el desamparo. De defender lo contrario, se estaría sometiendo esta tutela especial a las reglas ordinarias, con lo cual de poco habría servido la Reforma llevada a cabo por la Ley 21/87.

<<De lege lata>> la solución de un control judicial previo no parece admisible, puesto que el desamparo no requiere declaración judicial y la tutela es automática, <<ope legis>>, desde su inicio.

15.3.2.2-LA PRIVACIÓN EX LEGE DE LA PATRIA POTESTAD.

VALLADARES RASCÓN cree que "los artículos 239 y 172 C.c., en su nueva redacción, contemplan un nuevo supuesto de privación de la patria potestad por ministerio de la ley". Continúa diciendo que "puede parecer excesivo que, para ello, se prescindiera del control judicial, pero esto no sucede. En los demás casos de privación de la patria potestad, el control judicial se produce *a priori*. En este caso, se produce *a posteriori*"⁶⁸³.

La propia autora reconoce que el principal argumento en contra lo constituye el artículo 170 del Código Civil, dado que en él se contempla sólo la privación de la patria potestad por

⁶⁸³ VALLADARES RASCÓN: <<Notas urgentes...cit.>>, p.35. En la misma línea BOUZA VIDAL: <<La nueva Ley 21/87...cit.>>, p.899 defiende que desde el momento en que se produce la situación de desamparo la ley atribuye automáticamente a la Entidad pública la tutela y priva a los padres de sus potestades sobre el menor.

Sentencia.

Podríamos pensar que la Ley 21/87, al ser ley especial y posterior, deroga tácita y parcialmente el artículo 170 C.c., prevaleciendo el artículo 172. Pero, no parece que la intención del legislador fuese llegar tan lejos⁶⁸⁴. Ello conduce a LLEBARIA SAMPER⁶⁸⁵ a estimar que "no podemos resolver una laguna antinómica a costa de defraudar nuestras leyes"⁶⁸⁶.

Partimos de dos premisas básicas. Por una parte, la patria potestad sólo se puede privar totalmente por Sentencia judicial,

⁶⁸⁴ La derogación tácita que tiene lugar en el caso de que las disposiciones de la ley nueva sean incompatibles con las de la ley precedente, suscita muchas dificultades, al tener que resolver un delicado problema de interpretación en cuanto al alcance de la derogación, sin que el legislador manifieste de una manera expresa su voluntad derogatoria.

Serán el contenido, alcance y significación del nuevo precepto los que determinen que el mismo sustituya al precepto anterior.

Pues bien, el artículo 172 C.c. se limita a recoger el concepto de desamparo y atribuir a la Entidad pública la tutela automática. Nada establece en relación a los efectos del desamparo. Por tanto, estimo que sería demasiado atrevido defender que estamos ante una derogación parcial tácita del artículo 170 C.c. .

Distinto sería si en el artículo 172 C.c. se hubiera establecido que el desamparo conlleva la privación total de la patria potestad. Lógicamente, en este caso, podría defenderse la derogación tácita del artículo 170 C.c., ya que la ley posterior deroga la anterior (art. 2-2º C.c.), aunque el legislador no manifestara de manera expresa su voluntad derogatoria.

⁶⁸⁵ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.34.

⁶⁸⁶ Igualmente critican esta postura defensora de la privación automática entre otros RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <ex -lege>>... cit.>>, pp. 66-69; FELIU REY: "Comentarios...cit.", pp. 34-35; VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 652-653; GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", pp. 493-494.

fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Por otra parte, la apreciación de una situación de desamparo, que conlleva la constitución automática de la tutela, afectará siempre a la patria potestad o tutela anterior.

RUIZ-RICO RUIZ⁶⁸⁷ señala que es curioso observar como en nuestra legislación aparecen dos puntos de vista, en cierto modo contradictorios, acerca de las causas que dan lugar a la privación de la patria potestad. "Por un lado, uno más rígido pero más realista, el del artículo 170 C.c., y otro más flexible, pero muy poco coherente, el que se desprende del artículo 172-1", puesto que "el desamparo sería, por vía indirecta, un mecanismo de privación de la patria potestad"⁶⁸⁸.

También PEREZ ALVAREZ⁶⁸⁹, ante las lagunas e insuficiencias de la Ley 21/87, considera que "la reforma legal ulterior vendrá dada por la modificación del artículo 170 C.c., con el fin de acomodar directamente su aplicación a las posibilidades que ofrece la Ley del 87".

⁶⁸⁷ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento...cit.", p.147.

⁶⁸⁸ Dichas consideraciones llevan a RUIZ-RICO RUIZ, op.ult.cit., p.148 a considerar que es imperiosa la necesidad de introducir dentro de las causas susceptibles de originar una privación de la patria potestad, "una específica, que bien podría llamarse <<abandono>> o incluso <<desamparo>>...".

⁶⁸⁹ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.105 n.133.

Por ello, estimamos que la medida que conlleva el desamparo y la tutela automática de la Entidad pública es la suspensión de la patria potestad o tutela anterior. Dicha suspensión es una privación parcial, automática, ex lege, al igual que ocurre en el artículo 156-5 C.c.

Ahora bien, ello no impide que si posteriormente la Entidad pública o el Ministerio Fiscal consideran que la medida que procede es la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela así lo soliciten al Juez.

En relación con la remoción del tutor, conforme a los artículos 247 y 248, sólo el Juez puede decretarla, si, después de deferida, el tutor incurre en causa legal de inhabilidad o se conduce mal en el desempeño de la misma, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio.

El requisito de la intervención judicial en la privación total de la patria potestad también es defendido por la Jurisprudencia.

Con anterioridad a la Reforma de 1987, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 1987⁶⁹⁰, se ponía de manifiesto que "la privación total de la patria potestad... se halla regulada

⁶⁹⁰ STS de 23 de Julio de 1987 (A.J. 5809). Jurisprudencia familiar y sucesoria. Aranzadi, 1992, pp. 27-30.

exhaustivamente por el artículo 170 en correlato del <<incumplimiento de los deberes inherentes a la misma>> y, fuera de ese precepto y de los artículos 9-3 y 17-b del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores -aprobado por Decreto de 11 de Junio de 1948-, que pueden aplicar la medida protectora de suspensión de la guarda y custodia no existen otros preceptos en vigencia (dentro de la esfera civil y aparte los hechos constitutivos de infracción penal y sus efectos civiles) que autoricen a privar a los progenitores que la ostenten del ejercicio de la patria potestad"⁶⁹¹.

Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1991⁶⁹², se establece en su Fundamento de Derecho Segundo, "que el no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y, previa resolución judicial, se haya producido su extinción". Continúa señalando que "en determinados supuestos, su falta de ejercicio temporal o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social, que su institución comporta, puede acarrear la extinción del mismo, siempre que concurren los requisitos que la ley contempla, y aquella sea acordada por un organismo judicial como resulta del tenor literal de los artículos

⁶⁹¹ Vid. también STS de 5 de Octubre de 1987 (A.J. 6716), STS de 6 de Marzo de 1989 (A.J. 1997) y STS de 9 de Marzo de 1989 (A.J.2030).

⁶⁹² STS de 11 de Octubre de 1991 (A.J. 7447).

158 y 170 C.c.".

También se señala en la misma que, "sin embargo, la importancia que el Ordenamiento Jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad -al que, por lo demás, se refiere incluso el artículo 39-2 de la Constitución...- es tal que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcanzan al mismo por aplicación de los preceptos legales...".

De todo ello podemos deducir la prudencia y el cuidado de los Tribunales a la hora de adoptar una medida tan grave como es la privación total de la patria potestad, siendo preciso la existencia de los requisitos establecidos en la ley, así como la intervención judicial. Por consiguiente, pretender defender una privación total automática de la patria potestad sin estar explícitamente contemplada en la Ley, supondría ir más allá de lo establecido en la Ley 21/87 y contradecir la aplicación práctica del artículo 170 C.c. -ya que como señaló R. BERCOVITZ "lo único que necesita, desde un principio de sentencia judicial es la privación total de la patria potestad"- llevada a cabo por nuestros Tribunales.

15.3.3 - POSTURA ECLÉCTICA: LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD O TUTELA ANTERIOR.

En mi opinión, es este sector doctrinal, que defiende la incompatibilidad entre el ejercicio de la tutela de la Entidad pública y el ejercicio de la patria potestad o la tutela previamente existente, el que más se adecúa a lo establecido en la Ley 21/87, así como a los principios informadores del Derecho de familia.

Frente a los que defienden la incompatibilidad absoluta entre ambas instituciones, estimo que existe una incompatibilidad en relación con el ejercicio de ambas instituciones, pero no en cuanto a su titularidad. En relación con esta última ambas coexisten. Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexisten bien la titularidad de la patria potestad, bien de la tutela con la tutela automática de la Entidad pública.

Mediante la declaración de desamparo se atribuye automáticamente a la Entidad la tutela. La consecuencia que ello produce es la suspensión sólo del ejercicio de la patria potestad o de la tutela existente con anterioridad. Es la categoría de la suspensión la que actúa en estos supuestos.

15.3.3.1- ANTES DE LA REFORMA DE 1981.

En primer lugar, debemos plantearnos que se entendía por suspensión antes de la Reforma del Código Civil en materia de

patria potestad llevada a cabo por la Ley de 13 de Mayo de 1981.

Dicha categoría aparecía expresamente contemplada en el Código Civil, en los artículos 170 y 171.

Así en el artículo 170 C.c., en su redacción originaria vigente hasta 1981, se establecía que *"la patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o, en su caso, de la madre declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil"*.

En la redacción originaria del artículo 171 C.c., se disponía: *"Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta, si tratasen a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste"*.

Las causas de suspensión previstas en el Código Civil eran: la incapacidad o ausencia del padre, o, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, así como la interdicción civil (art.170); la dureza excesiva en el trato de los hijos, o las órdenes, consejos o ejemplos corruptores (art.171), en el caso de que fuesen apreciados por los Tribunales como causas de suspensión y no de

pérdida definitiva de la patria potestad⁶⁹³.

Esa redacción del artículo 171 permitía a los Tribunales tanto privar a los padres de la patria potestad como suspender el ejercicio de ésta.

De ese artículo 170 C.c., deducimos que la medida de suspensión actuaba en supuestos muy concretos y perfectamente tipificados. En efecto, ante la ausencia o incapacidad judicialmente declaradas, la patria potestad del cónyuge afectado por la misma quedará suspendida.

Por el contrario, en el artículo 171 C.c. es a la autoridad judicial a la que corresponde determinar si el comportamiento del progenitor hacia el hijo es causa de suspensión o de privación. Se contemplan ambas medidas conjuntamente, aunque sus efectos no son los mismos. La privación afectará a la titularidad de la patria potestad, mientras que la suspensión sólo a lo relativo al ejercicio de aquélla (art.171 C.c.). En el artículo 171 se distingue claramente entre ambas figuras, insistiendo sobre el carácter definitivo de la primera (pérdida definitiva). Por tanto, la suspensión no es análoga a la privación, y no conlleva la pérdida definitiva de la patria potestad.

⁶⁹³ Vid. al respecto CASTAN VAZQUEZ: <<Comentarios a los artículos 154-171>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III-2. Edersa. Madrid 1982, pp. 245-259.

En la Jurisprudencia también se recoge dicha distinción⁶⁹⁴. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1975 se señala que, "cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad".

DE PRADA GONZALEZ⁶⁹⁵ señala que, cuando entra en juego la suspensión, a la persona objeto de esta medida se la suspende en el ejercicio de la patria potestad, pero conserva su titularidad, puesto que no ha sido privado de ella, aunque no podrá ejercerla pasando su ejercicio a otra persona.

La privación también se regulaba en el artículo 169 C.c. . En su redacción conforme a la Ley de 24 de Abril de 1958, vigente hasta 1981, se establece: "*El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos: 1º cuando por Sentencia firme en causa criminal se les imponga como pena la privación de dicha potestad. 2º cuando por Sentencia firme en pleito de separación personal así se declare, mientras duren los efectos de la misma*".

Aquí se enumeran los supuestos de privación de patria potestad en virtud de situaciones objetivas.

⁶⁹⁴ Vid. STS de 3 de Marzo de 1950 (A.J. 703); STS de 23 de Junio de 1965 (A.J. 3912); STS de 18 de Febrero de 1969 (A.J. 926); STS de 15 de Octubre de 1973 (A.J. 3557); STS de 7 de Julio de 1975 (A.J. 2945).

⁶⁹⁵ DE PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad conjunta en la Ley de Reforma de 13 de Mayo de 1981>> RDN, Julio-Dic. 1982, p.265.

Junto a ambas cabía la suspensión de los derechos de guarda y educación⁶⁹⁶, llevada a cabo por los Tribunales Tutelares de Menores (art.17-B LTTM⁶⁹⁷).

Dicha facultad fue atribuída por el Decreto de 11 de Junio de 1948 -que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores- a los Tribunales Tutelares de Menores.

El artículo 13 del Texto Refundido así lo establece: "*La facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de 16 años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión, quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los Tribunales de Menores, sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto*

⁶⁹⁶ Vid. Sentencia TS de 6 de Marzo de 1989 (A.J.1997) en la que se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y, casa y anula la Sentencia de la Audiencia y del Juzgado, que atribuía al accionante -abuelo del menor- la guarda y custodia y declara la competencia de la Jurisdicción de Menores.

En el Fundamento de Derecho Único reconoce al Tribunal de Menores competencia para conocer de los asuntos relativos a las facultades reformadoras establecidas en el artículo 9-c del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, así como, en base al artículo 13 "*la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de 16 años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión...sin perjuicio de las demás facultades que, en el orden civil, puedan corresponder a los Tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil*".

⁶⁹⁷ En el artículo 17-B) LTTM se establece que "*en el ejercicio de la facultad protectora el Tribunal podrá adoptar las medidas de requerimiento, de imposición, de vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor ...*".

en el artículo 171 del Código Civil".

Por tanto, esta suspensión sólo afecta a las facultades de guarda y educación, y no a todas las que integran la patria potestad, y comprende a los menores hasta la edad de dieciséis años.

Dicha acción tutelar correspondía al ejercicio de sus funciones reformadora y de protección jurídica <<contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación>> de sus padres o tutores (art.9-3). La medida de la suspensión sólo se acordará cuando los progenitores o tutores de los menores de 16 años hayan ejercido sus derechos de un modo "indigno", en base a lo establecido en el artículo 9-3 de la Ley.

Esta suspensión afectará solo al contenido personal de la patria potestad o la tutela, como se establece en el artículo 14-3⁶⁹⁸.

15.3.3.2-CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA DE 1981.

⁶⁹⁸ En el artículo 14-3 se dispone: "Los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores, sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes. Si el Tribunal Tutelar adquiere el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, participará al Ministerio Fiscal los hechos en que se funde dicha convicción, al efecto de que se promueva el procedimiento que corresponda ante el Tribunal Civil".

Tras la Reforma de 1981 el concepto de suspensión no aparece expresamente, ni en el nuevo artículo 170, ni en el Capítulo IV del Título VII del Libro I. Sin embargo, si aparecía en el actualmente derogado artículo 173-3 C.c. en el que se señalaba: <<deberán simplemente ser oídos...el padre y la madre a quienes se hubiese privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad>>.

En relación con el citado precepto -art.173-3-, R. BERCOVITZ⁶⁹⁹ estima que "la suspensión en el ejercicio de la patria potestad parece referirse a la situación que tiene el progenitor cuando no ha sido privado de la patria potestad (su titularidad) pero carece legalmente de su ejercicio". Continúa precisando "que esta privación más o menos amplia de su ejercicio equivale a una privación parcial, mientras dure la patria potestad misma".

En la misma línea, se pronuncia CALVO CABELLO⁷⁰⁰, el cual estima que la supresión del texto del Código de la suspensión tiene mero alcance formal, pues no es de efectos distintos a los propios de una privación parcial y temporal.

⁶⁹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a los artículos 154-161 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia", II. Madrid 1984, p.1045.

⁷⁰⁰ CALVO CABELLO: <<Aspectos jurisdiccionales en la aplicación del Código Civil y de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en materia de adopción, guarda y custodia>> en "Aspectos jurídicos de protección a la infancia". Consejo Superior de Protección de Menores. Madrid 1985, p.57.

SANCHO REBULLIDA estima que "es la pérdida o privación (según tenga o no carácter punitivo) temporal del ejercicio de la patria potestad".

Por tanto, a pesar de la supresión formal de la figura, SANCHO REBULLIDA sigue utilizando la vieja terminología y considera que "existe pérdida temporal en los casos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art.156-4º) y privación temporal, cuando así lo impongan los Tribunales (art.170 párr.1º; art. 156 párr.2º)⁷⁰¹.

Es pues claro que la categoría de la suspensión sólo afecta al ejercicio de la patria potestad, pero no a su titularidad.

En relación con el tema destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1983⁷⁰². Tras la declaración de nulidad de un matrimonio, se concede a la madre la guarda y custodia de su hija. Ante dicha solución, el padre solicita la privación o suspensión -petición alternativa- de la guarda y custodia, alegando que, desde la separación, la madre está conviviendo con un hombre casado y separado, con el que había tenido un hijo. En Primera y Segunda Instancia la demanda tuvo éxito y lo que se concede es la suspensión. No obstante, el

⁷⁰¹ SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV", 3º ed., Vol. 2º. Bosch. 1989, p.268.

⁷⁰² STS de 19 de Octubre de 1983 (A.J. 5333).

Tribunal Supremo da lugar al recurso interpuesto por la madre y estima que no procede la suspensión por ejemplos corruptores, ya que éstos no existen si la madre convive con hombre separado del que tiene prole.

Se deduce que la privación incluye la suspensión, puesto que en la Sentencia se establece que, si "la patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades, en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y si, de acuerdo con el artículo 170 C.c., cabe la privación total o parcial de la patria potestad por Sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante del de potestad".

GARCIA CANTERO⁷⁰³, al comentar esta Sentencia, estima, en cuanto a la suspensión, que "no parece haber obstáculo para ello en la circunstancia de que el nuevo artículo 170, sólo contemple la privación total o parcial de la potestad paterna por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o en Sentencia penal o civil, relativa a un proceso matrimonial, ya que la suspensión es mera interrupción temporal que, de alguna manera, puede considerarse incluida en la privación parcial".

⁷⁰³ GARCIA CANTERO: <<Comentario a la Sentencia TS 19 de Octubre de 1983>>. A.D.C. Tomo XXXVII. Julio-Sept. Fasc. III, 1984, pp. 925- 927.

El análisis de la suspensión implica la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Antes de la Reforma de 1981 esta distinción carecía de relevancia general en nuestro Derecho, dado que nuestro Código otorgaba al padre tanto la titularidad de la potestad como su ejercicio, mientras que la madre sólo accedía a la titularidad y al ejercicio de la patria potestad en defecto del padre.

En efecto, únicamente en los supuestos de la suspensión de la patria potestad -antiguos arts.170 y 171-, se distinguía entre titularidad y ejercicio: la suspensión sólo afectaba al ejercicio de la potestad por el padre (o por la madre, en su caso), el cual conservaba su titularidad.

Ahora bien, tras la Reforma de 1981, este tema adquiere gran importancia, y hay que distinguir entre ambas figuras: la titularidad y el ejercicio de la patria potestad⁷⁰⁴.

En efecto, R. BERCOVITZ⁷⁰⁵ considera "un defecto del nuevo texto legal la confusión que se produce en relación con la

⁷⁰⁴ vid. DE PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad trás...cit.>>, pp. 263-290 el cual lleva a cabo un estudio profundo acerca de esta cuestión; SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual". Universidad Pais Vasco. Bilbao, pp. 25 y ss.

⁷⁰⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 154 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia... cit.", pp. 1044-1045.

distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad". En su opinión "las competencias y responsabilidades que forman el contenido de la patria potestad se relacionan con su ejercicio, mientras que la mera titularidad constituye un estado latente de la patria potestad, en el que el progenitor tiene fundamentalmente cargas (alimentos) y muy escasas facultades o competencias (fundamentalmente de control en relación con el ejercicio de la patria potestad por el otro progenitor)".

Habría sido mejor haber mantenido expresamente dicha categoría. Esta misma línea es defendida por nuestros Tribunales como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1987⁷⁰⁶.

En la misma se rechaza el recurso de casación interpuesto por los abuelos del menor. Estos formularon, ante el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Tudela, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra su yerno, en solicitud de que se privara al interpelado de la patria potestad sobre su hijo, nieto de los demandantes, en base a la desatención del menor por desaveniencias conyugales con separación de hecho y posterior fallecimiento del cónyuge que convivía con el menor.

El demandado se opuso. El Juzgado, estimando parcialmente la

⁷⁰⁶ STS 5-OCTUBRE-1987 (R.J.6716) en Jurisprudencia Familiar y Sucesoria. Aranzadí 1992, p.30.

demanda, privó al padre parcial y temporalmente de la patria potestad, quién ostentaría, no obstante, los derechos y deberes inherentes a dicha institución, excepto la guarda del menor que quedaría en compañía de sus abuelos maternos, con derechos de visita en favor de aquél los fines de semana y períodos vacacionales, hasta el comienzo del curso 1985-86.

Dicha resolución fue confirmada en apelación, según la cual "no hay privación de la patria potestad...., sólo privación parcial y temporal". Parece ser que se está refiriendo a la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Es más, se señala que los órganos jurisdiccionales, en el supuesto de litis, entendieron, en interés y beneficio del menor que debía mantenerse la patria potestad en el padre, aunque con las medidas cautelares que se expresan en la Sentencia.

En el Fundamento de Derecho Tercero, se pone de relieve que aunque el demandado estuvo cerca de dos años sin preocuparse de forma efectiva del cuidado del menor "debe tenerse también, en cuenta, que esta despreocupación, al menos externa y formal, obedece a causas o motivos ya expuestos (desaveniencias familiares con la esposa y los padres de ésta), que subjetivamente pueden ser válidos, y que no constituyen causa suficiente para una privación de la patria potestad, pues, como afirma la sentencia de apelación, el demandado sabía que el niño estaba debidamente atendido, y la realidad acredita, además, que los abuelos no están dispuestos a

entregarlo al padre".

Finalmente señala que la recuperación de aquélla, tendrá lugar cuando haya habido una privación de la titularidad, pero en el caso de litis no hubo privación por no darse los presupuestos a los que está condicionada.

Tras la Reforma de 1981, en la redacción actual del Código se contemplan, aparte de la privación de la patria potestad, distintos supuestos en los que, aunque se mantiene la cotitularidad de la patria potestad en los dos progenitores, el ejercicio puede corresponder exclusivamente a uno de ellos. De tales cuestiones se ocupa, entre otros, el artículo 156 C.c.

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.

Ambos supuestos afectan a la titularidad de la patria potestad.

En el artículo 111 C.c. se dispone: "*Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor: 1° Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según*

sentencia penal firme. 2º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición....".

En el primer supuesto se sanciona⁷⁰⁷, con la exclusión de la patria potestad, al autor del delito, ya que la comisión de éste le hace indigno de la función paterna.

En el segundo, la sanción se basa en la desconfianza que suscita la conducta del progenitor, al no haber querido asumir espontáneamente sus obligaciones hacia el hijo.

La diferencia fundamental existente entre este precepto y el artículo 170 C.c., es que en éste último se parte de la existencia de una titularidad previa que puede ser modificada por una serie de causas, mientras que en el artículo 111 se impide la atribución de la patria potestad, lo que implica su inexistencia previa.

En el artículo 170, párrafo 1º, del Código Civil se establece que: *"el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial"*.

⁷⁰⁷ DE LA CAMARA ALVAREZ: <<Comentario a los artículos 108-141 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III, Vol. I, Edersa, Madrid 1984, pp.84 y ss, señala que se trata de un precepto "de carácter punitivo que obedece a la salvaguarda del interés del hijo".

La privación supone la exclusión de la titularidad de la patria potestad del progenitor afectado.

La privación puede ser total o parcial. Ahora bien, sólo la privación total implica la verdadera exclusión de la titularidad, mientras que la parcial supone en cierta medida una suspensión de una parte del contenido de la institución.

En el artículo 170 C.c. no se especifica cuando la privación afecta a la titularidad y cuando al ejercicio, dando lugar a una interpretación problemática, que tal vez se podría haber solucionado con la figura de la suspensión.

Varios autores, entre los que se encuentra FUENTE NORIEGA⁷⁰⁸, estiman que la privación parcial guarda una íntima relación con la suspensión del ejercicio de la patria potestad, tal y como se establecía en el artículo 171 del Código Civil, aunque se trataba de una figura jurídica independiente de la privación, a la que podían recurrir los Tribunales cuando los padres trataran a sus hijos con excesiva dureza o les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores. Los Tribunales gozaban de una amplia flexibilidad, pudiendo afectar a la guarda y custodia del menor o a cualquier otro aspecto concreto del contenido de la institución, como por ejemplo, la representación o administración de los bienes de aquél.

⁷⁰⁸ FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida en el Código Civil español". Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, p.200.

Tanto en el supuesto de exclusión como en el de privación los progenitores conservan unos deberes mínimos, que corresponden a los padres por su condición de tal, es decir, que existen con independencia de la patria potestad. El progenitor privado de un modo total conserva la obligación de velar por el hijo y de prestarle asistencia necesaria, en virtud del artículo 110 C.c. En el supuesto de exclusión de la titularidad de la patria potestad, igualmente, en el artículo 111, párrafo último, se prevé que *"quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y pretarles alimentos"*.

En definitiva, como señala FUENTE NORIEGA⁷⁰⁹, la norma del artículo 110 y del artículo 111 in fine, alude "a una situación jurídica de contenido menor y diverso de la patria potestad, que deriva exclusivamente de la filiación, obligando al padre o a la madre a intervenir en la vida del hijo, en cumplimiento de su deber de velar por él y de prestarle la asistencia mínima necesaria para su subsistencia".

Se trata de una obligación general independiente de la patria potestad y derivada de la filiación. Por tanto, estará vigente incluso en los supuestos de privación de la patria potestad.

15.3.3.2.2-SUPUESTOS EN QUE EL EJERCICIO DE LA PATRIA

⁷⁰⁹ FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida...cit.", p.197.

POTESTAD CORRESPONDE DE UN MODO TOTAL O PARCIAL A UNO SOLO DE LOS PROGENITORES: ARTS. 156-2, 156-4 y 156-5 C.c.

La supresión de la categoría de la suspensión fué criticada por un sector doctrinal⁷¹⁰. Considera, que al suprimir el artículo 171 del Código Civil, se pasaba de un sistema claramente delimitado a otro más bien confuso, en el que se detecta que la figura de la suspensión está presente -aunque formalmente no se contemple- en el espíritu de diversos artículos -arts.156-2, art.158, art.103 C.c.-.

- ARTÍCULO 156-2 C.c.

El Código, tras atribuir en el artículo 154 la titularidad a ambos padres y establecer en el artículo 156-1° un sistema de ejercicio compartido de la patria potestad, a continuación, en diversos párrafos del artículo 156, contempla excepciones de índole diversa. Se regulan así, por un lado, ciertos supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad corresponde a uno solo de los progenitores bien de un modo total o parcial, y, por otro, se permiten actuaciones aisladas a cada uno de los padres, cuando

⁷¹⁰ Vid. entre otros PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad tras la reforma del Código Civil>>. RDN, Enero-Marzo, 1982, pp. 274-277; ARCE Y FLOREZ-VALDES: <<La adopción y la guarda y custodia. Su marco legal presente y futuro>> en "Aspectos jurídicos de la protección de la infancia". Consejo Superior de Protección de Menores. Madrid 1985, pp. 38-45; CALVO CABELLO: <<Aspectos jurisdiccionales de la aplicación del Código Civil y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores en materia de adopción y de guarda de Menores>> en "Aspectos jurídicos...cit.", pp. 55-57 y LLEBARÍA SAMPER: "Tutela...cit.", p.250.

aquéllas reúnan ciertos requisitos.

De todos, el primer supuesto que nos interesa es el de desacuerdo entre los progenitores. El legislador español, en este caso, opta por la vía judicial, a tenor del artículo 156-2 C.c.⁷¹¹. Se trata de una solución de carácter excepcional, limitada a la existencia de graves desacuerdos entre los progenitores, y una vez que la conciliación entre ambos ha fracasado.

Sin hacer un estudio profundo de este precepto⁷¹², en el mismo se recoge tanto el desacuerdo esporádico -en el que el Juez se limita a otorgar el poder decisorio a uno de ellos- como el reiterado. En este último caso el ámbito de aplicación de la norma se extiende tanto a las situaciones en que los conflictos entre los progenitores se repiten con frecuencia como a aquellas situaciones en las que concurre cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

⁷¹¹ En el artículo 156-2 C.c. se dispone: "En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

⁷¹² Vid. al respecto FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida...cit.", pp. 238-258 y SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual". Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 89-165.

A pesar de la amplitud de esta fórmula legal, lo que es evidente es que dicha causa deberá ser diferente a las establecidas en los párrafos 4° -por imposibilidad- y 5° -separación de los padres- del artículo 156, dado que éstas dan lugar a la atribución exclusiva del ejercicio a uno de los progenitores automáticamente.

En el artículo 156-2 el Juez tiene dos opciones: bien atribuir el ejercicio de la patria potestad total o parcialmente a uno de ellos o bien distribuir sus funciones. Lo básico es que sólo se refiere al ejercicio, pero no a la titularidad de la patria potestad.

En el caso de atribución total del ejercicio a uno de los progenitores, la patria potestad del otro queda en suspenso, al quedar privado del ejercicio, aunque no de la titularidad de la función, puesto que, para esto último, sería preciso que se dieran los presupuestos del artículo 170 C.c.

DIEZ-PICAZO⁷¹³ afirma que "en este caso, la patria potestad del otro queda latente, en suspenso o en quiescencia. No creemos que se produzca una pérdida de ella, ni aún temporal. La regla del artículo 156 no es una regla de titularidad, sino de ejercicio".

⁷¹³ DIEZ-PICAZO: <<Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad>>. A.D.C. Tomo XXXV, 1982, p.13.

Igualmente, DE PRADA GONZALEZ⁷¹⁴, al comentar dicho precepto, estima que nos encontramos "ante un supuesto cercano a los de suspensión, que preveía la redacción anterior del Código y quizá hubiera sido mejor mantener esta figura y concentrar en ella las facultades concedidas al Juez en este artículo y otros de la reforma, para privar a alguno o a ambos padres de las facultades que les corresponden".

Si la atribución del ejercicio es parcial, se concedería una determinada parcela del ejercicio a uno de los cónyuges de la que el otro quedaría en suspenso, pero el resto de facultades seguiría sometido a la regla general del ejercicio conjunto. Es decir, se atribuye a un progenitor el ejercicio individual de sólo una parte de las funciones que integran la patria potestad y se mantiene el ejercicio conjunto para las demás.

En cambio, tendrá lugar una distribución de funciones, si la totalidad de las mismas se distribuye entre ambos, ejerciendo cada uno individualmente las que le correspondan, de modo que no quede ninguna cuyo ejercicio corresponda a ambos padres conjuntamente.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el plazo máximo de duración de esta medida, que es de dos años. En el último apartado, del párrafo 2º, del artículo 156, se establece que "esta medida

⁷¹⁴ DE PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad tras...cit.>>, p.275.

tendra vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años".

R. BERCOVITZ⁷¹⁵ estima que, transcurrido el plazo máximo, pueden ser de nuevo estas medidas mantenidas por el Juez, si la causa que entorpece gravemente el ejercicio o la situación de conflicto entre los progenitores sigue existiendo.

En cuanto al procedimiento, a pesar de la Reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley de 6 de Agosto de 1984, en virtud de la disposición transitoria décima⁷¹⁶ de la Ley de 13 de Mayo de 1981 se aplicarán las normas relativas a la jurisdicción voluntaria, procedimiento que se caracteriza por su sencillez y relativa rapidez.

Cabe objetar que en la Disposición derogatoria de la Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 6 de Agosto de 1984, se establece "que quedan vigentes los procedimientos especiales regulados en las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de

⁷¹⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 156 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia... cit.", p.1066. En el mismo sentido DE PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad tras...cit.>>, p.376 y FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida...cit.", p.258.

⁷¹⁶ En la misma se establece que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se siguieran "para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los conyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente".

Julio, para las pretensiones que se formulen al amparo de los preceptos contenidos en los Títulos IV y V del Libro I del Código Civil". En dicha disposición nada se establece en relación con las pretensiones que se formulen al amparo de los preceptos del Título VII (relaciones paterno-filiales).

FUENTE NORIEGA⁷¹⁷ cree que para este supuesto no seguiría en vigor la Disposición adicional décima, sino que habría sido sustituida por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía, ya que el artículo 484-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en este juicio se decidirá <<cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa>>.

En cambio, SEISDEDOS MUIÑO⁷¹⁸ considera que esta solución no es absolutamente segura, y quizá cabría mantener la aplicación de las normas de jurisdicción voluntaria en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, la redacción de la disposición derogatoria de la Ley de 6 de Agosto de 1984 no menciona expresamente este precepto, por lo que la derogación de éste sólo podría incluirse en la remisión genérica <<a cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley>>.

⁷¹⁷ FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida...cit.", pp. 259-260.

⁷¹⁸ SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual...cit.", pp. 143-144.

En segundo lugar, tiene en cuenta que en el artículo 70 del Código Civil -resolución de las discrepancias conyugales relativas a la fijación del domicilio- la intervención judicial, por aplicación combinada de la Disposición derogatoria y de la Disposición adicional 4ª de la Ley de 7 de Julio de 1981, continúa rigiéndose por los trámites de jurisdicción voluntaria. Por tanto, no sería lógico que para dos cuestiones tan parecidas se estableciesen procedimientos de naturaleza distinta.

Por último -alega dicha autora-, el juicio ordinario de menor cuantía no tiene los caracteres de informalidad y rapidez, ambos básicos para resolver los conflictos que surjan entre cónyuges o progenitores.

En relación con el procedimiento, destaca el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 12 de Febrero de 1994⁷¹⁹. Se considera que el procedimiento adecuado para regular la guarda y custodia de un menor, resultado de una unión de hecho, es el de Jurisdicción Voluntaria, aplicándose la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981.

En el Fundamento de Derecho primero se señala "que la disposición transitoria décima expresa que para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad que

⁷¹⁹ Vid. Auto AP Castellón de 12 de Febrero de 1994. Aranzadi. Resolución nº 376. Mayo 1994, N°4.

exijan una resolución urgente se aplican las normas de la Jurisdicción voluntaria, no diciendo nada sobre pérdida de aquella patria potestad, sino haciendo referencia a problemas entre los padres para regular la misma y en este mismo sentido se expresa el artículo 156, párrafo segundo, del Código Civil, para casos de desacuerdo en que cualquiera de los progenitores podrán acudir al Juez con el trámite que reseña, naturalmente a incardinar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria e igual equivalencia realiza el artículo 159 del referido Código sustantivo".

A los efectos que nos interesa, importa destacar que el artículo 156-2 se refiere únicamente al ejercicio de la patria potestad, que en este caso es precisa la intervención judicial, pero no se requiere, a diferencia del artículo 170 C.c., una sentencia, sino que podrá resolverse mediante un auto judicial, que se establece un plazo máximo, y, sobre todo, que, al atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, la del otro queda en suspenso en relación con el ejercicio.

- ARTÍCULO 156-4 C.c.

El siguiente precepto que tiene gran importancia, en relación con nuestro tema, es el artículo 156-4⁷²⁰, en el que se regula el

⁷²⁰ En el mismo se establece: "*En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*".

ejercicio de la patria potestad por un progenitor en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro. Se recogen supuestos de ejercicio exclusivo por uno de los conyuges. El contenido de este precepto recuerda al del derogado artículo 170 del Código Civil, que enumeraba los supuestos de suspensión de la patria potestad en virtud de situaciones objetivas.

En todos ellos, ante la imposibilidad de uno de los progenitores para participar en el ejercicio normal de la institución, dicho ejercicio pasa por ley de un modo total - extensible a todas las actuaciones del mismo- al otro progenitor.

Sin entrar en un análisis detallado de este precepto⁷²¹, veamos por separado las distintas causas.

En primer lugar, nos encontramos con la expresión <<en defecto>>, que engloba aquellos supuestos en los que jurídicamente existe sólo un titular de la patria potestad. Comprenderá los casos de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores. Si afectasen a ambos padres o al hijo sería causa de extinción de la patria potestad (art.169-1º C.c.).

También abarca los supuestos de indeterminación legal de la filiación respecto a uno de los progenitores, así como los casos en

⁷²¹ Vid. al respecto FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida..cit.", pp. 273-284 y SEISDEDOS MUÑO: "La patria potestad dual..cit.", pp. 167-184.

que uno de los padres está excluido de la patria potestad en base al artículo 111 C.c., o privado de aquélla en virtud del artículo 170 C.c. .

En segundo lugar, está la ausencia. Dicho supuesto junto con la incapacidad y la interdicción civil, era mencionado en la legislación anterior como causa de suspensión de la patria potestad, siendo precisa su declaración judicial.

Actualmente, en el artículo 156 no se establece si es precisa o no dicha declaración. Por un lado, ante la amplitud del término cabe considerar incluidas tanto la ausencia de hecho como la declarada. Ahora bien, por otro lado, como la situación de ausencia de hecho, es equiparable en cuanto a su tratamiento a la <<imposibilidad>> como causa que justifica que se atribuya el ejercicio exclusivo a uno de los padres, también cabe limitar el supuesto de ausencia a la declarada judicialmente⁷²² en base a los artículos 181 y siguientes.

En tercer lugar, aparece la incapacidad. En este supuesto cabe realizar las mismas objeciones que en el anterior y considerar, por tanto, incluida en el mismo sólo la incapacidad declarada judicialmente en base a las causas contempladas en el

⁷²² En este sentido se pronuncian BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 156 C.c.>> en "Comentarios a la Reformas del Derecho de familia...cit.", p.1068; FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida...cit.", pp. 278-279 y SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual...cit.", p. 178.

artículo 200 C.c., es decir, encontrarse afectado por <<enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma>>.

Evidentemente, en este supuesto de incapacitación judicial, al igual que en el anterior -ausencia declarada judicialmente-, habrá que atenerse a lo dispuesto en la Sentencia que la establezca.

Finalmente se encuentra la imposibilidad, que es el caso que nos interesa, puesto que -a diferencia de los supuestos de ausencia e incapacidad- no hay intervención judicial. Se trata del supuesto que ocasiona mayores problemas en relación a su determinación por la amplitud del término. Dados los efectos que conlleva, quedan incluidas aquellas causas que impidan, de una forma estable y duradera, una verdadera participación de uno de los padres en el ejercicio de la patria potestad. Deberá ser permanente o, por lo menos, de duración indeterminada.

Como no se enumeran las distintas causas incluidas en la imposibilidad, no cabe a priori determinar todas las posibles. Algunas serían las ausencias de hecho de uno de los progenitores y las incapacidades reales no declaradas, con independencia de la causa que las origine -enfermedad física, psíquica-.

Pues bien, todos estos supuestos de imposibilidad de uno de

los progenitores dan lugar a una suspensión de su ejercicio, que se atribuye de modo automático al otro progenitor, sin que se requiera una intervención judicial. La atribución del ejercicio exclusivo al progenitor no impedido tendrá lugar automáticamente, una vez que se produzca la causa que la legitima. Igualmente, una vez que cese la causa que originó dicha atribución, el progenitor recupera automáticamente el ejercicio de la patria potestad.

En base a lo anterior, el progenitor al que corresponde el ejercicio exclusivo está facultado para el cumplimiento de todos los actos inherentes a la patria potestad, y no sólo de aquéllos que se consideran como de ejercicio ordinario.

El progenitor al que no corresponde el ejercicio de la patria potestad, seguirá estando obligado a velar por sus hijos y prestarles alimentos (art.110). La obligación de alimentos se cumplimentará normalmente a través de los bienes del ausente, incapacitado o imposibilitado. En cuanto a la obligación de velar en los casos de incapacidad legal hay que atender al contenido de la Sentencia. Por último, en los supuestos de imposibilidad fáctica, habrá que estar a la situación de hecho.

- ARTÍCULO 156-5 C.c.

Otro supuesto de ejercicio individual, como excepción a la regla general de ejercicio conjunto, conservando ambos progenitores

la titularidad de la patria potestad lo encontramos en el artículo 156-5 cuando los padres viven separados. En este caso uno de los progenitores queda apartado del ejercicio, sin que por ello deje de ostentar la titularidad de la patria potestad. Ello nos lleva a conocer qué contenido puede tener dicha titularidad separada del ejercicio.

En el primer inciso del párrafo 5° del artículo 156 se establece: "*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva*".

El artículo 156-5 se aplicará a las situaciones de progenitores no casados entre sí que nunca han vivido juntos o que, habiéndolo hecho durante un tiempo, dejan de hacerlo, y a los de progenitores matrimoniales separados sólo de hecho. La no convivencia de hecho -estén o no los progenitores casados entre sí- implica la atribución del ejercicio al progenitor que conviva con el hijo.

En dicho precepto, en el supuesto de padres que vivan separados, se vincula la atribución del ejercicio de la patria potestad a un elemento fáctico -la convivencia del menor con uno u otro progenitor-, que depende fundamentalmente de la voluntad de los propios padres, al margen, en principio, de toda resolución judicial. Son situaciones meramente fácticas, en cuanto que la autoridad judicial no interviene en ellas ni para constituir las ni

para regular sus consecuencias.

En la primera parte de este precepto se contempla una situación de separación meramente fáctica, en la que, no ha recaído pronunciamiento judicial ni ha existido acuerdo expreso entre los progenitores en cuanto al ejercicio de la patria potestad; en estos supuestos la ley entiende que lo más conveniente para los intereses del menor, y a su vez lo más práctico, es que en principio la potestad se ejerza íntegramente por aquél de los padres que viva con él; y así lo establece de modo imperativo mientras que no exista acuerdo de los interesados o se dicte resolución judicial en contrario.

Tales situaciones originan la atribución automática, es decir, por ley y sin necesidad de una decisión judicial, del ejercicio de la patria potestad a aquél de los progenitores que convive con el hijo.

En relación con este tema hay que tener en cuenta la norma recogida en el artículo 159 C.c. En la misma se permite a los propios padres separados decidir sobre cuál de ellos quedará al cuidado de los hijos, decisión que en principio comporta la atribución del ejercicio a ese progenitor en virtud del artículo 156-5. Ahora bien, si los padres que viven separados no deciden de común acuerdo, será el Juez el que determine al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad.

El mayor problema de esta solución consiste en determinar los derechos y deberes que sigue manteniendo el progenitor al que no se atribuye el ejercicio de la patria potestad, pero que conserva la titularidad de la misma, ya que no ha sido privado de ella. Es preciso establecer el contenido, las manifestaciones prácticas que puede tener la simple titularidad de la patria potestad, desvinculada de su ejercicio.

DE PRADA opina que no se trata de un supuesto de extinción de la patria potestad, ya que no está previsto en el artículo 169, sino de suspensión en el ejercicio, aunque esta figura de la suspensión no aparece regulada en el Código después de la reforma. Dado que el progenitor que no convive con el menor queda apartado del ejercicio de la patria potestad pero conserva la titularidad, considera que hay que distinguir ambos aspectos⁷²³. Propone cuatro posibles interpretaciones.

En primer lugar, se puede entender que la madre o el padre que ejerce la patria potestad tiene todas las facultades y obligaciones inherentes a la misma, y que en cambio el titular no ejerciente ve su potestad prácticamente vacía de contenido, ya que sólo mantiene las obligaciones que con carácter general establece

⁷²³ DE PRADA: <<la patria potestad conjunta...cit.>>, p.270 y <<La patria potestad tras la reforma...cit.>>, RDN, Enero-Marzo 1982, p.285.

el artículo 110 -velar por los hijos y prestarles alimentos-⁷²⁴.

En segundo lugar, se puede considerar que el ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno de los progenitores se limita al aspecto personal de aquélla -cuidado, educación y custodia de los hijos-, mientras que el ejercicio conjunto se mantiene por ambos cotitulares en el aspecto patrimonial.

En tercer lugar, cabe pensar que el ejercicio separado de la patria potestad queda limitado a los actos ordinarios -sean personales o patrimoniales- y que, en cambio, se exige la actuación conjunta en los casos de más importancia.

Finalmente, se puede estimar que el ejercicio exclusivo abarca sólo las facultades que comprende la patria potestad pero no los deberes inherentes a aquélla.

Todas estas interpretaciones tienen una serie de inconvenientes. En relación con la primera cabe objetar que aunque es la que más se adecua al tenor literal del artículo 156-5 C.c. supone aceptar que cabe la renuncia de la patria potestad mediante

⁷²⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 154-161 del Código Civil>> en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia", II, Madrid 1984, p.1044 parece mantener esta postura puesto que considera que la mera titularidad de la patria potestad constituye un estado latente, que implica fundamentalmente cargas (alimentos) y muy escasas facultades o competencias (esencialmente de control sobre el ejercicio de la potestad por el otro progenitor).

la ruptura de la convivencia.

Respecto a la segunda no resuelve el supuesto contemplado en el artículo 156-5. Además determinados aspectos personales pueden ser más importantes que los patrimoniales.

La tercera no tiene apoyo en el texto legal y la última conlleva la dificultad de separar facultades y deberes de la patria potestad. No obstante, si se considera que el titular que no ejerce la patria potestad pierde las facultades, pero debe cumplir los deberes inherentes a la misma, se mantendría la irrenunciabilidad de las obligaciones que derivan de la patria potestad.

SEISDEDOS MUIÑO⁷²⁵ considera que ninguna interpretación es perfecta dado que los supuestos de cotitularidad y ejercicio individual contemplados en el artículo 156 son muy diversos. Por tanto, es muy difícil buscar una solución aplicable de forma general. DE PRADA afirma que será la Jurisprudencia la que deberá resolver con cuidado el tema.

La configuración de la patria potestad como una función dual perteneciente a ambos padres y la consiguiente distinción entre la titularidad y su ejercicio implica que el progenitor excluido de la guarda del menor continua siendo cotitular de la patria potestad, aunque su ejercicio se haya visto suspendido en parte o en su

⁷²⁵ SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual..cit.", p.28-29.

totalidad. Esto le sitúa en una posición jurídica que comprende la conservación de los deberes inherentes a la misma y aún de ciertas facultades.

Como señala R. BERCOVITZ⁷²⁶, el progenitor que no convive con sus hijos "no puede desentenderse de los deberes básicos de alimentos y de velar por los hijos (concretamente del ejercicio de la patria potestad por el progenitor con quien conviven)". Lo que parece claro es que en base a lo establecido en los artículos 110 y 111 in fine, todo progenitor legalmente determinado tiene siempre la obligación de velar por sus hijos menores y de prestarles alimentos, ostente o no la titularidad de la patria potestad, ya que estas obligaciones son consecuencia de la relación de filiación legalmente establecida.

Para cumplir con el deber de velar es preciso que se le reconozca el derecho a recibir información sobre la forma en que el otro progenitor ejerce la potestad en sus diversos aspectos - información acerca de la educación, la salud, y en general el desarrollo intelectual, físico y psíquico de los menores-, así como el derecho de control, es decir, la facultad de acudir al Juez, en base al artículo 158, cuando lo estime necesario para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. La finalidad de este deber es permitir que el progenitor apartado del ejercicio pueda

⁷²⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentarios a los artículos 154-161 C.C.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia...cit.", II, Madrid 1984, p.1069.

comprobar la forma con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos comunes.

Además el progenitor que no ejerza la patria potestad tendrá el derecho de relacionarse con sus hijos menores (art.160-1). También en cuanto cotitular de aquélla participará en una serie de actos que afectan al contenido mismo de la titularidad de la patria potestad modificándola, ya que modifican el *status* personal del menor como son la emancipación (art. 314-3º, 317 y 320 C.c.), la adopción, la dispensa de edad para el matrimonio (art.48-2) y la solicitud de incapacitación (art.205)⁷²⁷.

15.3.3.2.3-PRECEPTOS EN QUE SE MENCIONA LA CATEGORÍA DE LA SUSPENSIÓN: ARTS. 243-1º Y 277-1º C.c.

Entre las críticas vertidas por la doctrina, en relación a la supresión de la figura de la suspensión en sede de patria potestad, destaca el escaso rigor técnico con que se abordó esta materia tras la reforma de 1981, por lo menos si se atiende a la coherencia terminológica entre los distintos artículos del Código Civil. Así, se pone de manifiesto que, si, al menos formalmente, se quería

⁷²⁷ Vid. RIVERO HERNANDEZ en VVAA "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil" coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid 1982, p.658 ; ROCA TRIAS: <<Comentario a los artículos 90-101 del Código Civil>> en VVAA "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia", I, Madrid 1984, pp. 580-581; FUENTE NORIEGA: "La patria potestad compartida ...cit.", pp. 307-308 y SEISDEDOS MUIÑO: "La patria potestad dual ...cit.", pp. 234-235.

prescindir de esta categoría, no se comprende por qué en distintos preceptos del Código Civil -arts.243-1, 277-1-, se sigue aludiendo a la misma.

- ARTÍCULO 243-1° C.c.

En el mismo se establece: "*No pueden ser tutores: 1° Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial*".

Precisamente, en la primera causa de inhabilidad -falta de idoneidad que impide a la persona a la que afecta el acceder al cargo de tutor o continuar en su ejercicio-, que se recoge en el artículo 243-1°, se menciona la figura de la suspensión.

Esto tiene su importancia, pues tras la desaparición de los preceptos que la contemplaban en sede de patria potestad, por la Reforma de 1981, y, aunque dicha categoría, como hemos visto, sigue existiendo, nos sorprende que en el ámbito de tutela, cuya reforma tuvo lugar con posterioridad -en el año 1983-, se contemple expresamente la misma.

No obstante, si atendemos al proceso de formación de este

artículo 243-1^{o728}, se puede comprender la mención expresa de esa categoría.

La parte relativa a la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad tiene como fuente de inspiración el artículo 248-1 del Anteproyecto SEREM⁷²⁹. Al redactarse dicho Anteproyecto privado, en nuestro Código civil existían ambas figuras, claramente diferenciadas, la privación de la patria potestad (art.169 y 171 C.c.) y la suspensión en su ejercicio (art.170 y 171 C.c.).

En el precepto se inhabilita para ser tutor de cualquier menor o incapacitado al que sufra cualquier tipo de limitación, total o parcial, en el contenido normal de la patria potestad. La prohibición es lógica, ya que no podrá ser nombrado tutor aquél cuya falta de idoneidad se revela incluso con respecto a su hijo.

Tras la Reforma de la patria potestad por la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en el Código Civil sólo se regula la privación de la patria potestad. En cambio, ya no existe ningún precepto que se refiera expresamente a la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, aunque, como hemos visto, la misma está presente en relación con los efectos de determinados preceptos.

⁷²⁸ Vid. HUALDE SANCHEZ: <<Comentario al artículo 243 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 366 -370.

⁷²⁹ Su redacción era la siguiente: "Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad".

Existe suspensión de la patria potestad en los casos de imposibilidad de los progenitores (art.156-4 C.c.), en los de separación de hecho (art.156-5 C.c.) y cuando así lo establezca la autoridad judicial (arts.156-2 y 158-3 C.c.).

En cuanto a la suspensión total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, incluye la suspensión que de tales derechos podían realizar bien los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de su función protectora, la cual hoy en día, ya no tiene lugar⁷³⁰, bien los Tribunales ordinarios. Actualmente, esa

⁷³⁰ En el artículo 97 de la LOPJ, se atribuye a los Jueces de Menores el ejercicio de la función de reforma, así como de cualesquiera otras que, en relación con los menores les atribuyeran las leyes. La disposición transitoria cuarta de la LOPJ señalaba que los Tribunales Tutelares de Menores continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que entren en funcionamiento aquellos Juzgados.

La Ley 21/87 otorga a las Entidades Públicas un papel muy significativo en lo relativo a la protección del menor, pero no se pronuncia sobre la función que desempeñaban los Tribunales Tutelares de Menores. Sólo en la disposición adicional segunda, se establece que "para las funciones judiciales previstas en esta Ley, será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 LOPJ".

Dos importantes Sentencias del Tribunal Constitucional ayudan a clarificar la cuestión. De un lado, la de 5 de Abril de 1990 (Vid. STC 71/1990 de 5 de Abril. Derecho de Familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional II. Barcelona, 1992, pp. 803-826), en cuanto a la función protectora o tutelar del Tribunal Tutelar de Menores y de otro, en cuanto a la función correctora o de reforma, la de 14 de Febrero de 1991 (STC 36/1991 de 14 de Febrero. Derecho de Familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional II. Barcelona 1992, pp. 999-1030).

En ellas se pone de relieve que los Juzgados de Menores son juzgados ordinarios y especializados, así como que la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de Diciembre de 1988 ha determinado la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, que tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Febrero de 1991 señala la necesidad de reformar la legislación

facultad sólo corresponde a los Tribunales ordinarios.

Los Tribunales civiles ordinarios también podrán decretar la suspensión del derecho a la guarda y custodia en los supuestos de crisis matrimonial que den lugar a una acción de separación o nulidad.

- ARTÍCULO 277-1º C.c.

Al igual que en el precepto anterior, también se recoge expresamente la categoría de la suspensión entre las causas de extinción de la tutela.

En el artículo 277, párrafo 1º, se dispone: "*También se extingue la tutela: 1º Cuando habiéndose originado por privación o*

tutelar de menores en base a la declaración de inconstitucionalidad, que en la misma se hace del artículo 15 LTTM en lo que se refiere al procedimiento corrector.

Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos con la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de Junio (BOE 11 de Junio de 1992, num.140. Aranzadi 1992. Vol.III, R. 1308, pp. 5025-5028), sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, estableciendo en la disposición adicional tercera que la "ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia". Dicha Ley se refiere a la función correctora de los Juzgados de Menores, pero no a la protectora que corresponderá, por tanto, a las Entidades Públicas o a los Juzgados de Familia.

Lo más relevante es que en el artículo Segundo, Cuatro, de la Ley, se da nueva redacción al artículo 17 de la LTTM y así, entre las medidas que puede adoptar el Juez de Menores, ya no se contempla la suspensión del derecho de guarda y educación, sino que, sólo en el punto 3º, se establece que podrá adoptar el acogimiento por otra persona o núcleo familiar.

suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere".

Este precepto tiene gran importancia puesto que se prevé que también los supuestos de suspensión de la patria potestad pueden dar lugar a la tutela ordinaria y no sólo los de privación. Por tanto, también podrá tener lugar la tutela automática si hay suspensión de la patria potestad. Además se puede deducir, por un lado, que igual que se puede nombrar un tutor para suplir a un titular de la patria potestad, también se podrá nombrar un tutor para suplir a otro tutor. Por otro lado, si cabe que se suspenda la patria potestad, también podrá tener lugar -por analogía con la patria potestad-, la suspensión de la tutela anterior y el nombramiento de un nuevo tutor.

En relación con la privación, es evidente la relación existente entre este precepto y el artículo 170 -2° C.c. en el que, en beneficio e interés de los hijos, se atribuye a los Tribunales la facultad de acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación. En dicho supuesto, lógicamente se extinguirá la tutela.

¿Cómo se justifica que se incluya la categoría de la suspensión?. LETE DEL RIO⁷³¹ señala que, aunque el artículo 170-1 del Código Civil no alude expresamente a la suspensión, dicho

⁷³¹ LETE DEL RIO: <<Comentario al artículo 277 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.818.

precepto la incluye, puesto que "se trata de una simple interrupción temporal del derecho de guarda y custodia, que se encuentra comprendida en el concepto o idea de privación parcial".

15.3.3.3- SITUACIÓN ACTUAL EN LA LEY 21/87.

La Ley 21/87, no recoge formalmente la categoría de la suspensión. Sin embargo, considero que hay que contar con esta figura en los supuestos de desamparo y consiguiente tutela automática de la Entidad pública.

En relación con el tema, estimo acertadas las palabras de DE PRADA GONZALEZ⁷³², el cual afirma que "los padres que, teniendo los derechos y obligaciones de la patria potestad, no los ejercen sin haber sido privados de ella, están en una situación similar a la de suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código y en principio se verán privados de todas las funciones de ella".

Si dicha situación tiene lugar en los casos de no ejercicio, con mayor justificación tendrá lugar en los supuestos de inadecuado o imposible ejercicio. Si estamos ante una situación de desamparo, es porque, de hecho, los padres no están ejerciendo la patria potestad o la están ejerciendo inadecuadamente. Lo lógico en tal

⁷³² DE PRADA GONZALEZ: <<La patria potestad tras...cit.>>, pp. 264-265.

caso es sustituir esta situación de hecho por una situación de derecho, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad.

EGEA I FERNANDEZ defiende la categoría de la suspensión. Estima que, ante una situación de desamparo provocada por la inoperancia de la patria potestad o tutela, puesto que los padres o los tutores no venían ejerciéndola de hecho, este ejercicio se atribuye a la Entidad pública.

En relación con la suspensión que implica la tutela automática, precepto clave es el artículo 277-1 C.c. . Por un lado, en el mismo se prevé que también los supuestos de suspensión de la patria potestad pueden dar lugar a la tutela ordinaria y no sólo los de privación. Luego, también podrá tener lugar la tutela automática si hay suspensión de la patria potestad. Por otro lado, se deduce que -por analogía a la patria potestad-, igual que se puede nombrar un tutor para suplir a un titular de la patria potestad, podrá nombrarse un tutor para suplir a otro tutor. Por último, lo mismo que se admite en dicho artículo la suspensión de la patria potestad, puede aceptarse la suspensión de la tutela preexistente y el nombramiento de un nuevo tutor. En los supuestos de desamparo lógicamente el tutor sería la Entidad pública.

EGEA I FERNANDEZ, tras rechazar que la atribución del ejercicio a la Entidad pública conlleve la pérdida automática de la

patria potestad, afirma que "lo que se ha producido por ministerio de la ley es la suspensión del ejercicio de la potestad, pero no la privación de su titularidad, que, en todo caso, ha de hacerse por resolución judicial"⁷³³. Por consiguiente, entiende "que los padres del menor desamparado, si bien no se hallan privados de la patria potestad, sí que están suspendidos *ex lege* de su ejercicio"⁷³⁴.

Dicho autor, opina que incluso se puede decir que estamos ante un supuesto parecido al establecido en el artículo 156-4 C.c., según el cual, "*en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*". Ahora bien, teniendo en cuenta que las causas afectan a ambos padres y que al provocar una situación de desamparo, ello conlleva que se adopten unas medidas de atención inmediata (art.172 C.c.).

También aplica analógicamente dicho precepto en cuanto al régimen de actuación, "lo que significa que esta atribución se producirá automáticamente y se extenderá a todos los actos, siendo la Entidad pública la única legitimada para actuar en todos los órdenes, siempre sobre la vigilancia del fiscal y ejecutando las

⁷³³ EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menores...cit.>>, p.204. En el mismo sentido se pronuncia sobre la Ley 21/87 TENA PIAZUELO: <<Instrumentos de la protección de menores de la Ley Aragonesa de 14 de Diciembre>>. R.D.P. Julio-Agosto, 1993, p.704 n.19.

⁷³⁴ EGEA I FERNANDEZ: <<Comentario al artículo 173 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.108.

medidas que, en su caso, la autoridad judicial estime pertinentes (art.174-3 C.c.)".

A continuación, señala "que siempre queda el recurso de que la autoridad judicial, a instancia del Fiscal o de la propia Entidad pública, o, incluso de oficio, dicte una resolución que prive de la patria potestad"⁷³⁵.

Precisamente, R. BERCOVITZ⁷³⁶, al comentar el artículo 156-4, también estima que, al tratarse de un ejercicio exclusivo de la patria potestad, "las competencias del progenitor al que se atribuyen se extienden a todos los actos sin exclusión alguna". Así, como que "esa atribución tendrá lugar automáticamente una vez producida la circunstancia que la legitima...".

Igualmente, este automatismo estaría presente en la situación de desamparo y tutela automática, que conllevaría la suspensión de la patria potestad.

MARTINEZ DE AGUIRRE⁷³⁷, sin decantarse a favor de la suspensión, habla de un desplazamiento que ocasionaría unos efectos

⁷³⁵ EGEE I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, p.205.

⁷³⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 156>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia...cit.", p.1069.

⁷³⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE: <<La protección jurídico civil...cit.>>, p.1489 n.286.

parecidos a aquélla. Considera que, a falta de declaración judicial, no hay privación de la patria potestad, sino que, "más correctamente, habría que hablar de un *desplazamiento* de su contenido desde ella hacia la tutela automática". Estima también que ese desplazamiento debe someterse a control judicial posterior, bien a instancia de los titulares de la patria potestad, bien a instancia de la Entidad pública, mediante un procedimiento, que tenga por objeto la privación de la patria potestad, por incumplimiento de los deberes que le son inherentes.

Ahora bien, hay que reconocer que la Ley 21/87 no se pronuncia, ni a favor, ni en contra; sencillamente no se pronuncia sobre la patria potestad, no se manifiesta en un aspecto de tanta relevancia teórica y práctica. Estamos ante una laguna de la Ley, que debe integrarse por la doctrina.

Lo que sí es evidente es que el Juez no interviene en la declaración de desamparo, sino que la apreciación corresponde a la Entidad pública y conlleva la asunción por ésta de la tutela.

Rechazada tanto la compatibilidad como la incompatibilidad absoluta entre patria potestad y tutela, la única solución posible sería la suspensión, es decir la incompatibilidad entre el ejercicio de la tutela de la Entidad pública y la tutela o patria potestad previamente existente, pero no en cuanto a su titularidad. Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de

la tutela, coexisten bien la titularidad de la patria potestad, bien de la tutela con la tutela automática de la Entidad pública. Además, dado que la suspensión en algunos supuestos cabe que se produzca automáticamente, considero que parece ser esta la medida a adoptar.

En efecto, R. BERCOVITZ⁷³⁸, al comentar la disposición Transitoria Decima de la Ley de 13 de Mayo de 1981, en relación con las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad -arts. 156, 158, 159, 161 y 167-, estima que "un auto judicial puede poner fin a una controversia en la que se puede privar total o parcialmente a uno de los progenitores o a los dos del ejercicio de la patria potestad".... A continuación, afirma que "aunque nuestro legislador no haya sido quizá plenamente consciente de ello, resulta que semejantes privaciones no son sino privaciones parciales de la patria potestad. Luego, todas ellas constituyen supuestos que habrán de tenerse en cuenta al interpretar el artículo 170 C.c. Resulta que lo único que necesita, desde un principio de Sentencia judicial es la privación total de la patria potestad". Finaliza señalando que el Código, además, prevé "privaciones parciales automáticas, ex lege, nacidas de determinados supuestos de hecho, como ocurre en el artículo 156, párrafo 5º, en relación con el progenitor, que no conviva con el hijo".

⁷³⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a la disposición transitoria Decima>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia...cit.", pp. 2005-2006.



De ello deducimos, que caben privaciones parciales automáticas o <<ex lege>>, pero, éso sí, estando las mismas previstas en la ley y actuando cuando tenga lugar el supuesto de hecho previsto en la misma. En efecto, en relación con el precepto que cita, en el artículo 156-5°, se establece expresamente que "*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva*".

Es decir la suspensión es una privación parcial y como tal aparece contemplada en el artículo 170 C.c. . Ahora bien, al igual que en los supuestos de imposibilidad del art. 156-4 y en el art.156-5 C.c., también en el artículo 172-1 C.c. estamos ante una suspensión considerada como privación parcial, automática, ex lege, sin intervención judicial.

Habrá que considerar como un supuesto de suspensión de la patria potestad o tutela preexistentes sin intervención judicial el ejercicio por la Entidad pública de la tutela sobre menores en situación de desamparo (art.172-1 C.c.). Así, la apreciación del desamparo por la Entidad pública conllevará como efecto automático -al igual que en el Ordenamiento italiano y en el Derecho Catalán- la suspensión de la patria potestad.

La tutela de la Entidad pública como tal, originaría la suspensión automática de la patria potestad, sin perjuicio de que, si la Entidad pública o el Fiscal consideran que lo que procede es

la privación, así lo soliciten a la autoridad judicial.

Además, tras la Ley 21/87, también hay que tener en cuenta a los menores en situación de desamparo, en relación con el artículo 277-1° C.c. . Si, en virtud del artículo 172-1 C.c., éste tiene lugar y la Entidad pública asume su tutela -lo cual conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela anterior-, lógicamente, si desaparece la causa que motivó el desamparo y la Entidad pública considera que beneficiará al menor, el titular de la patria potestad o de la tutela la recuperará.

¿Qué nos lleva a defender esta postura?.

En primer lugar, la identidad de razón existente entre el artículo 172-1 C.c. y los artículos 156-4 y 156-5 C.c. En los supuestos de imposibilidad contemplados en el párrafo cuarto del artículo 156, ante la imposibilidad de uno de los progenitores para participar en el ejercicio normal de la institución, dicho ejercicio pasa por ley de un modo total al otro. Igualmente, en el artículo 156-5 la no convivencia de hecho implica la atribución automática, por ley y sin necesidad de intervención judicial, del ejercicio de la patria potestad al progenitor que conviva con el hijo.

Pues bien, lo único que varía en el artículo 172-1 del Código Civil es que las causas que originan el desamparo afectan a ambos

progenitores.

En ambos preceptos -art.156-4 y 172 C.c.- se alude a la imposibilidad de ejercicio. Además, en el artículo 172-1 se incluye también el incumplimiento o el inadecuado ejercicio. Pues bien, si estamos ante una situación de desamparo es porque los padres no están ejerciendo la patria potestad o la están ejerciendo inadecuadamente. Lo lógico es sustituir esta situación de hecho por una situación de derecho, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad y atribuyendo el contenido del mismo a la Entidad pública⁷³⁹.

En el artículo 172 se alude al ejercicio de los deberes. Como vimos, la figura de la suspensión sólo afecta a éste, por tanto, será la que proceda en un primer momento.

⁷³⁹ En la introducción a la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título II, del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia, de 8 de Julio de 1993, se señala que "la tutela implicaría suspensión de las funciones parentales y la resolución haría referencia expresa a las que se asumen". Igualmente, se recoge en el artículo 35.

Es más, en la Exposición de Motivos del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, en su apartado 4, se establece que "las resoluciones, además de notificarse por escrito y siempre que sea posible, se practiquen de forma presencial, facilitando información sobre su contenido, las causas que dieron lugar a la intervención administrativa y los posibles efectos de la decisión adoptada, incluida la suspensión del ejercicio de los derechos de la función parental en las resoluciones que declaren el desamparo y asuman la tutela de un menor".

Y lógicamente, también en el artículo 27 -que se regulan las actuaciones en situación de desamparo- en el párrafo 2º se dispone que "las resoluciones que declaren el desamparo y asuman la tutela suspenderán el ejercicio de las facultades de la función parental".

Además, en el artículo 277-1 C.c se prevé que también los supuestos de suspensión de la patria potestad pueden dar lugar a la tutela ordinaria y no sólo los de privación. Luego, también podrá tener lugar la tutela automática si hay suspensión de la patria potestad. Es más, igual que cabe que se suspenda la patria potestad, también puede suspenderse la tutela anterior y nombrar un tutor.

Frente a la privación total de la titularidad de la patria potestad o la remoción de la tutela, que requieren resolución judicial, la suspensión en determinados casos, como ocurre en algunos supuestos del artículo 156-4 y en el artículo 156-5, puede tener lugar automáticamente, una vez que se produzca la causa que la legitima, sin que se requiera una intervención judicial.

Esta referencia es decisiva en nuestro caso, ya que, si algo defendemos es que a priori no existe intervención judicial, ni en la apreciación del desamparo, ni en la constitución de la tutela. Por tanto, si cabe que la suspensión opere de modo automático en los supuestos de imposibilidad del artículo 156-4 y en el artículo 156-5, con más justificación, esta suspensión ex lege del ejercicio, tendría lugar en los supuestos de desamparo, atendiendo tanto a la gravedad de las causas que la originan como a la necesidad de proteger urgentemente al menor.

La suspensión, entendida como pérdida indefinida en el tiempo

no definitiva del ejercicio de la potestad, a diferencia de la privación total, puede no requerir sentencia y ser automática.

En el Derecho Italiano, la declaración del estado de adoptabilidad, por el Tribunal de Menores (art.8-1), conlleva la suspensión del ejercicio de la patria potestad (art.19). Por un lado está la privación regulada en el artículo 330 C.c.⁷⁴⁰ y, por otro lado, la suspensión del artículo 19 de la Ley de Adopción. Se diferencian en que, mientras para la privación de la patria potestad es necesaria una resolución judicial, para la suspensión del artículo 19 no lo es, puesto que en dichos supuestos la suspensión del ejercicio es un efecto legal y automático⁷⁴¹ de la declaración de adoptabilidad.

Otros argumentos a favor de esta postura serían los siguientes.

⁷⁴⁰ En el artículo 330 del Código Civil Italiano se establece que *"el Juez puede pronunciar la privación de la potestad cuando el progenitor viole o transgreda los deberes inherentes a ella o abuse de los relativos poderes con grave perjuicio para el hijo.*

En tal caso, por motivos graves, el Juez puede ordenar el alejamiento del hijo de la residencia familiar".

⁷⁴¹ MANERA: *"L'adozione...cit."*, pp. 154 y ss. y UBALDI: *<<Commentario all'art.19>>* en *"La nuova legge...cit."*, pp. 95 y ss., consideran que no debe ser establecida expresamente esta suspensión de la patria potestad del artículo 19, puesto que estiman que es una consecuencia automática, que conlleva la declaración del estado de adoptabilidad, ya que, cuando existe un estado de abandono, es porque no tiene lugar, de hecho, un ejercicio por los progenitores de la patria potestad.

En primer lugar, el carácter no definitivo de la suspensión⁷⁴². Si los padres se oponen a la medida, podrán acudir al Juez para que éste se pronuncie sobre ella. La Entidad pública o el Fiscal pueden estimar que la medida que procede es la privación, e igualmente acudir al Juez para que éste se pronuncie. En los supuestos más graves de incumplimiento de los deberes, será la privación de la patria potestad la medida que proceda.

También hay que tener en cuenta que a los progenitores suspendidos del ejercicio les asiste la facultad de recuperar la guarda de sus hijos, con el correspondiente ejercicio de la patria potestad, en todos los supuestos en los que, debido a la concurrencia de ciertas circunstancias modificativas de la situación anterior, sea necesario o deseable tal medida, y teniendo presente, muy especialmente, el propio interés de los hijos.

Luego, la suspensión es una medida provisional, de carácter transitorio, no definitiva, indefinida en el tiempo, ya que, o bien tiene lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, o bien el menor es reinsertado en su familia de origen. Dado que es una privación parcial, estamos ante una privación del

⁷⁴² Así, ARELLANO GOMEZ: <<Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción>>, RCDI, Num.612, Septiembre -Octubre, 1992, p.2090, considera que el acuerdo administrativo del artículo 172-1 C.c. lleva aparejada una eficacia extintiva de hecho. Por tanto, estima que la tutela por ministerio de la ley, se configura más bien "como un tránsito o *conditio iuris*, hacia la extinción stricto sensu de la patria potestad, como un *interin* difuso e incierto encaminado a la privación legal del artículo 170 del Código Civil".

ejercicio por tiempo indefinido.

Pues bien, si el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección por el tutor, da lugar a la tutela automática de la Entidad pública, igualmente cabrá en este caso que se suspenda automáticamente al tutor en sus funciones⁷⁴³, sin perjuicio de que posteriormente la Entidad pública o el Fiscal soliciten al Juez la remoción de aquél. Incluso podría el Juez iniciar de oficio el procedimiento de remoción si observa que el tutor incurre en causa para ello (art.248 C.c.).

En segundo lugar, dado que el desamparo puede obedecer a muy diversas causas, será más conveniente una medida inicial limitativa del ejercicio de la patria potestad que la medida más grave de la privación total. Incluso en los supuestos de inadecuado ejercicio,

⁷⁴³ Otro supuesto de suspensión de la tutela, aunque en este caso no es automática, es el que se recoge en el artículo 249 C.c., en el que se establece: "*Durante la tramitación del procedimiento de remoción, podrá el Juez suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial*".

Luego, vemos que cabe la medida de la suspensión de la tutela, aunque en este caso se dispone por la autoridad judicial -que potestativamente puede adoptarla-, porque es ésta la competente para remover al tutor de su cargo, y dicha medida procede durante la tramitación del procedimiento.

Estamos ante una suspensión judicial que a su vez implica el nombramiento de un defensor judicial. La actuación del defensor judicial es coyuntural. En cambio la suspensión automática que tiene lugar en los supuestos de desamparo es indefinida en el tiempo.

Como dice HUALDE SANCHEZ: <<Comentario a los artículos 243 a 249 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.399, no parece haber inconveniente en admitir la posibilidad de una suspensión parcial en atención a la causa de remoción origen del procedimiento. Luego, cabrá que la suspensión sea total o parcial.

hay que tener en cuenta que uno de los principios básicos de la Ley es la reinserción en la familia propia⁷⁴⁴ (art.172-4), por lo que, si ésta tiene lugar, será más propia la suspensión del ejercicio.

En tercer lugar, de defender la privación total automática, ello nos habría llevado a afirmar que estamos ante una derogación tácita del artículo 170 C.c., en base a que el artículo 172 es ley especial y posterior. Estimo que podría ser arriesgado abogar por dicha solución. En la reforma del 87 se modificaron varios preceptos, pero entre ellos no se incluyó el artículo 170 C.c. . Entender que el mencionado precepto ha sido, sin justificación suficiente alguna ni en la Exposición de Motivos, ni en el articulado de la Ley, derogado tácitamente en parte, sería difícil de admitir.

En cuarto lugar, esta postura es la que se mantiene en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1988⁷⁴⁵. Se plantea si,

⁷⁴⁴ Vid. "Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, num.46, 1987, p.1724, en el que el Ministro de Justicia, Sr. Ledesma, al exponer en el Senado en nombre del Gobierno los propósitos de la Ley de 1987, afirma: "para evitar algo que ha ocurrido y que no ha sido bueno al menor desde una experiencia muy compartida, me refiero a los internamientos indiscriminados en régimen colectivo, y para evitar también otra cosa que no ha funcionado bien, me refiero a la, en ocasiones, precipitada entrega de niños en régimen familiar....., el proyecto, señorías, proclama como idea fundamental, como principio básico, el mantenimiento del menor en su entorno natural y familiar".

⁷⁴⁵ "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, p.229.

asumida la tutela de los que se encuentran en situación de desamparo por el ente público y no habiendo sido privados los padres del ejercicio de su patria potestad, "¿tendrán éstos algunas facultades sobre sus hijos?, ¿se les suspenden los derechos de guarda y educación?". Continúa estimando que, si el legislador hubiera establecido tal suspensión, se habrían evitado muchos problemas que se darán en la práctica. Por tanto, "será necesario interpretarlo en el sentido de que los padres quedan suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, ya que, de otro modo, se llegaría al absurdo, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de los padres a acudir a los Tribunales".

En la misma línea se pronuncia la Memoria del Fiscal General del Estado de 1989, afirmándose que "la tutela automática en ningún caso conlleva la privación, sino suspensión a lo más de la patria potestad"⁷⁴⁶. Incluso, más adelante, se señala que el tratamiento del menor desamparado exigirá la suspensión del contenido personal de la patria potestad (art.172-1)⁷⁴⁷.

En quinto lugar, dicho efecto automático no impide, como se establece en el artículo 6, párrafo 2º, de la Ley Catalana, que "si procede el Organismo competente puede pedir, también, la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, aparte de ejercer

⁷⁴⁶ "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1989, p.252. En el mismo sentido "Memoria... cit." 1988, p.229.

⁷⁴⁷ "Memoria...cit." 1989, p.377.

las acciones penales correspondientes".

En efecto, en aquellos supuestos más graves de incumplimiento de los deberes, es la privación de la patria potestad la medida que procede. Por ello, cuando así lo requiera el interés del menor, podrá la Entidad pública solicitar que se adopte esta medida.

Finalmente, es esta postura la que se mantiene en la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, en la que -teniendo en cuenta la postura de EGEA I FERNANDEZ-, sí se establecen expresamente los efectos de la declaración de desamparo (art.3°).

Parte dicha Ley de que tanto la resolución que declara desamparado al menor como la aplicación de las medidas correspondientes atañen al organismo competente -Dirección General de Atención a la Infancia⁷⁴⁸- (art.2.4), así como de la existencia

⁷⁴⁸ En la Ley 12/1988 de 21 de Noviembre de modificación de la Ley 11/1985 de protección de menores (DOCG anexo n°1072 de 23 de Noviembre) se traspasaron al Departamento de Bienestar Social todas las competencias en relación a la facultad protectora reservando al Departamento de Justicia la competencia sobre reforma y prevención. 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 por falta o por ejercicio inadecuado de la patria potestad o del derecho de guarda y educación, 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. Posteriormente, el Decreto 380/1988 de 1 de Diciembre amplía las competencias y estructura la Dirección General de Atención a la infancia.

de un control judicial posterior (art.2-6).

A continuación, en el artículo 3º, en cuanto a los efectos, se establece por un lado, en su párrafo 1º, que la resolución de desamparo comporta la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor y, por otro, en su párrafo 2º, que esta asunción de funciones tutelares conlleva "la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida".

Como señala ROCA TRIAS⁷⁴⁹, la Ley Catalana no introduce una nueva causa de pérdida de la patria potestad o la tutela, sino que simplemente evita que se siga causando un perjuicio al menor, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad o tutela hasta que no se solucione el supuesto que ha ocasionado la adopción del desamparo, o no exista una Sentencia judicial en la que se declare la pérdida de la patria potestad o se remueva al tutor de su cargo.

De gran acierto estimo este artículo 3-2, puesto que la regulación Catalana, para evitar problemas, contempla expresamente los efectos del desamparo, como es que, en este caso, se dé entrada a la figura de la suspensión. Con lo cual, la titularidad de la patria potestad o de la tutela ordinaria la siguen conservando aquéllos que la ostentaban con anterioridad a la declaración de

⁷⁴⁹ ROCA I TRIAS y PUIG FERRIOL: "Institucions del Dret Civil de Catalunya...cit.", p.80.

desamparo.

Siendo un pronunciamiento grave en las consecuencias debe ser utilizado con extrema cautela y ante la urgente necesidad de tutela de los intereses del menor. La patria potestad debe ser suspendida cuando el mantenimiento de la misma agrave la situación de abandono del menor.

En cuanto a la suspensión de la tutela, se sigue la misma lógica, adoptando el pronunciamiento, cuando el ejercicio de las funciones conlleve respecto al menor un daño ulterior en relación a la situación de abandono ya presente.

Esta suspensión es provisional, temporal, no es definitiva, sólo tiene lugar durante el tiempo de aplicación de la medida.

Es más, fruto de esta regulación pormenorizada, es el artículo 6-2, en el que se establece que, si procede, el Organismo competente puede pedir también la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. Luego, cuando así lo requiera el interés del menor, podrá solicitar la Entidad pública que se adopte esta medida.

Nos encontramos ante una cadena formada por distintos eslabones perfectamente encajados: apreciación del desamparo por el Organismo competente-asunción automática de las funciones

tutelares-suspensión de la patria potestad.

Nuevamente hay que elogiar la regulación catalana, pues independientemente de si lo más adecuado es la suspensión o la privación, lo que sí es importante es que la Ley contemple los efectos que conlleva la declaración de desamparo en la patria potestad o tutela anterior. Lo que se echa en falta en la Ley 21/87.

15.3.3.3.1- ÁMBITO DE LA SUSPENSION.

La tutela de la Entidad pública comporta una alteración del ejercicio de la patria potestad o de la tutela ya que éste se atribuye a la Entidad pública, pero se mantiene la conservación por los progenitores o tutores de la titularidad bien de la patria potestad o de la tutela, aunque su ejercicio se haya visto suspendido en su totalidad. Ello les coloca en una posición jurídica que implica la conservación de los deberes inherentes a la misma y aun de ciertas facultades.

Sin embargo, no es fácil determinar, con precisión, el auténtico sentido de esta distribución y delimitar el contenido que abarca la mera titularidad de la patria potestad o de la tutela desprovista de su ejercicio.

Por una parte, como sólo afecta al ejercicio, ello supone que

los progenitores conservan determinadas facultades aunque muy limitadas. Por otra parte, al transferirse el ejercicio a la Entidad pública se atribuyen a la misma unas facultades amplísimas.

Además, hay que tener en cuenta que, al margen de la patria potestad, los progenitores están obligados a velar por el hijo y a prestar alimentos, tal como se deduce de las artículos 110 y 111 del Código Civil. Estos deberes mínimos competen a todo progenitor por el simple hecho de la filiación. El deber de velar queda limitado a una obligación de control, al objeto de evitar al hijo cualquier tipo de daño o perjuicio. Ahora bien, la mera titularidad de la patria potestad implica algo más que esos deberes mínimos de asistencia puesto que es necesario diferenciar la posición jurídica de los progenitores excluidos o privados totalmente, de aquéllos que son titulares de la misma aunque su ejercicio haya sido suspendido.

En primer lugar existen determinadas actuaciones paternas que exigen la participación de ambos titulares. Así, en relación con la adopción los padres del adoptando deberán bien asentir la adopción, "a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o incursos en causa para su privación" (art.177-2-2°), bien ser simplemente oídos por el Juez siempre y cuando "no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción" (art.177-3-1°). En este supuesto se encuentran claramente los padres incursos en causa de privación.

Igualmente, ambos deben ser oídos en los expedientes de dispensa de edad para el matrimonio del menor, en base al párrafo 2° de artículo 48 C.c. en el que se establece que "en los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores".

Lo mismo ocurrirá en los supuestos de emancipación judicial previstos en el artículo 320 en los que se precisa "la previa audiencia de los padres".

Los problemas surgen en la emancipación "por concesión de quienes ejerzan la patria potestad" (art.314-3 y 317 C.c.). Esta facultad corresponde sólo a los progenitores ejercientes con lo que los padres suspendidos en su ejercicio quedarían al margen de esta actuación. ¿Podrá la Entidad pública emancipar al menor?. Parece ser que no. Dado que el menor está sujeto a tutela, en este caso lo que procede es que el Juez conceda al menor el beneficio de la mayor edad (art.321) si lo estima conveniente.

Por otro lado, los progenitores carentes del ejercicio de la patria potestad tienen ciertos derechos de gran importancia, como son el derecho de control y vigilancia sobre la función ejercida por la Entidad pública a quien ha correspondido el cuidado y la guarda de los hijos, así como el derecho a mantener relaciones personales con el menor, reconocido en el artículo 160 del Código Civil.

El primer derecho se concreta, por un lado, en un derecho de información sobre la forma en que la Entidad pública ejerce la potestad, es decir, de estar al corriente de la vida que llevan sus hijos, así como de la educación y formación que reciben⁷⁵⁰ y en general sobre el desarrollo intelectual, físico y psíquico de los menores.

Por otro lado, se manifiesta en un derecho de control, es decir los progenitores están facultados para acudir al Juez al objeto de que tome las medidas oportunas, si la función llevada a cabo por la Entidad pública guardadora de los menores o una determinada actuación no corresponde al beneficio de éstos.

No obstante, RUIZ-RICO RUIZ⁷⁵¹, aunque admite que subsista este deber de vigilancia, considera que está prácticamente vacío de contenido real, en el sentido de haber perdido todo tipo de control directo o inmediato sobre el menor -al carecer del ejercicio de la patria potestad o tutela-, control y vigilancia que serán ejercidos por la Entidad pública.

Yo creo que una cosa es que el control directo se ejerza por

⁷⁵⁰ De gran acierto es el artículo 38 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994. En el mismo se regula la información a los familiares del siguiente modo: "La Entidad pública deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación del menor bajo su tutela o guarda cuando no exista resolución judicial que lo prohíba....".

⁷⁵¹ RUIZ-RICO RUIZ: "Acogimiento y delegación...cit.", p.252.

la Entidad pública y otra el derecho de vigilancia que asiste a los padres. El que la Entidad pública lleve a cabo dicha función no deja necesariamente vacío de contenido el derecho de vigilancia que asiste a los progenitores.

En segundo lugar tienen el derecho de relación personal con el hijo, derecho de visita que se reconoce en el artículo 160-1 C.c. . En el mismo se dispone que *"El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial"*.

Se concreta fundamentalmente en mantener un contacto y una relación entre los progenitores apartados del hijo con éste⁷⁵².

Como señala MARTINEZ DE AGUIRRE⁷⁵³ en cuanto a la titularidad del derecho, es claro que, "cuando se trate de los progenitores, es independiente de la atribución del ejercicio de la patria potestad (así resulta expresamente del artículo 160

⁷⁵² También se recoge este derecho en el artículo 17 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, en los siguientes términos: "El menor separado de uno o de ambos progenitores tendrá derecho a relacionarse con éstos, excepto si fuera adoptado o cuando así se acuerde en resolución judicial. En caso de un menor tutelado por la Entidad pública, ésta podrá regular las condiciones del ejercicio de este derecho, atendiendo al interés superior del menor. En caso de oposición de los padres, resolverá el Juez, oído el Ministerio Fiscal".

⁷⁵³ Vid. MARTINEZ DE AGUIRRE: <<El derecho de visita en la reciente praxis judicial>>. Aranzadi Civil, Julio 1994, nº7, pp.17 y ss.

C.c.). Es también independiente de su titularidad: que uno de los progenitores haya sido privado de la patria potestad (incluso en el mismo procedimiento de nulidad, separación o, divorcio) no quiere decir que haya perdido simultáneamente el derecho a relacionarse con sus hijos; dicho de otra forma, la privación en beneficio del hijo de la patria potestad no entraña, también en beneficio del hijo, pérdida del derecho de visita".

Según RIVERO HERNANDEZ⁷⁵⁴ este derecho comprende una serie de relaciones variadas. Desde la simple visita hasta cualquier forma de comunicación. Su finalidad es fomentar las relaciones humanas así como la corriente afectiva entre padres e hijos.

En cuanto a sus características considera en primer lugar que es un derecho relativo en función de las personas a quienes se relaciona y de las circunstancias. Luego, una misma situación objetiva puede originar la concesión o denegación de tal derecho, dando lugar a un régimen de visitas muy distinto en unos supuestos o en otros. Además el régimen se puede modificar si cambian las circunstancias, llegando incluso a la suspensión de las relaciones.

En segundo lugar es un derecho personalísimo de su titular y, por tanto, inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

⁷⁵⁴ RIVERO HERNANDEZ: <<Comentario al artículo 94>> en VVAA "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil....cit.", pp. 694 y ss.

Se trata de un derecho subordinado a los intereses del hijo. En base a estos se determina su extensión y amplitud. Si el mismo atenta a su bienestar, podrá tener lugar su privación o suspensión.

En principio, la Entidad pública, como guardadora del menor, podrá considerar, atendiendo a las circunstancias que han originado la situación de desamparo y al interés del menor, si procede o no el ejercicio de este derecho de visita por los progenitores. Si los padres o tutores no están de acuerdo podrán acudir al Juez⁷⁵⁵ para que éste adopte las medidas que estime convenientes⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Vid. Auto AP Badajoz de 30 de Junio de 1994 (Ar.C. 969), Octubre 1994, N°11. En el mismo, los progenitores solicitan la cesación del acogimiento judicial y se oponen a la privación del derecho de visita.

La Audiencia desestima el recurso. En cuanto a la privación del derecho de visita estima que "su finalidad no es otra que la de facilitar la integración de los menores en la familia de acogida, siendo así que la visita a sus progenitores perjudica a los menores.

Es más, en el Fundamento de Derecho Quinto, se señala que "la privación del derecho de visitas es una posibilidad contemplada en el artículo 161 C.c., que siempre partirá de la valoración del interés del menor....".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia AP Huesca de 16 de Noviembre de 1993 (Ar.C. 2241), Febrero 1994, N° 25. Basándose en el interés del menor se priva del derecho de visita a la familia biológica.

⁷⁵⁶ En el Acta inglesa sobre la infancia de 1989 -la cual será estudiada más adelante, en el punto 15-4 del Capítulo II de esta tesis-, en el supuesto de que el Tribunal dicte una orden de protección, la autoridad local tiene el deber de promover el contacto entre los menores que estén bajo su protección y sus familias y amigos, a menos que esto no sea razonable o compatible con el bienestar del menor. Este contacto es "un derecho del menor".

Cuando el menor esté sujeto a una orden de protección, la autoridad local debe permitir que el menor tenga contacto razonable con sus padres, tutores y cualquiera que tenga una orden de guarda o protección, en virtud de una orden dictada en una tutela inmediatamente anterior, a que la orden de protección se dictase

Por último, a los progenitores suspendidos del ejercicio de la patria potestad les asiste la facultad de recuperar la guarda de los hijos con el correspondiente ejercicio de la patria potestad, en el caso de que se modifiquen las circunstancias que originaron la situación de desamparo, y se considere que esta medida beneficia al menor.

En cuanto a la aplicación analógica del artículo 156-4 C.c., en relación al régimen de actuación, estimo acertada dicha consideración de EGEA, partiendo de que la atribución sea automática y se extienda a la mayoría de los actos. La misma analogía cabe deducir creo yo del artículo 156-5.

En primer lugar, la Entidad pública como guardadora del menor ha de estar necesariamente investida del ejercicio del contenido

(art.34-1).

Dichas personas pueden solicitar una orden de visitas, en virtud del artículo 34-3, y el Tribunal dictará esa orden si lo considera apropiado. La autoridad local carece de poder para negar dicho contacto entre los menores y sus padres, ya que dicha decisión corresponde a los Tribunales. En este caso, la autoridad o el menor sólo puede solicitar, en base al artículo 34-4, una orden que autorice a la autoridad a negar el contacto, pero el que decide es el Tribunal.

Antes de dictar dicha orden, el artículo 34 requiere que el Tribunal considere las decisiones que haya adoptado la autoridad local, acerca del derecho de visita y, permita a los padres que las comenten.

La autoridad local puede negar el contacto durante 7 días cuando sea necesario, como un asunto urgente, para el bienestar del menor. Las ordenes deben dictarse, cuando se dicte una orden de protección o después, en cualquier procedimiento familiar relativo al menor bajo protección, con o sin solicitud. Las ordenes pueden definir la frecuencia, duración y lugar de encuentro o dejar que las partes lleguen a un acuerdo.

de la patria potestad para poder llevar a cabo tal misión. En caso contrario, se vería desprovista de medios jurídicos para la crianza y cuidado del menor y vacía de contenido la función de guarda.

Por tanto, el ejercicio de la tutela de la Entidad pública -al igual que ocurre en el artículo 156-4 y en el artículo 156-5-, se extenderá a todas las facultades, y conllevará la realización material de las funciones -educación, vigilancia,- que integran el contenido personal de la patria potestad. En su caso, comprenderá también, si es necesario, el contenido patrimonial.

En relación con la vigilancia y responsabilidad de la Entidad pública, hay que tener en cuenta el artículo 174-3 C.c., que previene que "*la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor...*". La responsabilidad que tiene la Entidad pública por ser tutora del menor -arts. 267, 269, 270 C.c.-, es lógica, ya que, dado el protagonismo que el legislador ha otorgado a las Entidades públicas, es normal que les atribuya una responsabilidad paralela a las funciones que asumen. Por otra parte, en el artículo 172-3 se señala que el ejercicio de la guarda se hará <<bajo la vigilancia de la Entidad pública>>.

Por tanto, como afirma LLEBARIA SAMPER⁷⁵⁷, "concretando <<in abstracto>> el contenido de la vigilancia que asume la Entidad, y

⁷⁵⁷ LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", pp. 298-299.

configurada como un deber, el concepto de responsabilidad queda ligado al mismo, accionándose en el caso en que el efecto perjudicial pueda ser explicado, por la negligente o dolosa conducta de la Entidad -acción u omisión- en la infracción o dejación de aquel deber".

A su vez, la Entidad pública, como tutora que es de los menores desamparados, será responsable "de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía"⁷⁵⁸, en virtud del artículo 1903, párrafo 3° del Código Civil.

Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1903-2, la responsabilidad paterna nace únicamente cuando los hijos "se encuentren bajo su guarda", lo que no sucede en las hipótesis de desamparo, bien asuma la Entidad pública la tutela, bien la guarda. En ambos casos se asume una <<guarda>> plenamente legal que, en consecuencia, dejarán de tener los progenitores. Luego estos casos quedarían fuera del supuesto de hecho del artículo 1903-2 C.c.

Nos queda saber que ocurre con el contenido patrimonial de

⁷⁵⁸ En dicho precepto -antes de la Ley 21/87- se incluía, como señala la doctrina, al guardador de hecho. Así DIAZ ALABART: <<La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o a la tutela>>. ADC, Julio-Septiembre, 1987, pp. 834-835, afirmaba que "no se trata de añadir algo no incluido en el artículo, sino de ver hasta donde llega su espíritu...".

Actualmente, tras la Reforma del 87, dicho artículo será también aplicable a la Entidad pública.

la patria potestad.

El contenido posible de la tutela automática será el de la tutela civil ordinaria⁷⁵⁹. Ahora bien, al igual que ésta (en el caso de la tutela del incapaz), no toda tutela administrativa tendrá un contenido idéntico, sino que dependerá en cierto modo del origen y la causa del desamparo.

En ciertos supuestos de desamparo en los que el menor no está sometido a patria potestad, tutela o guarda de hecho -bien por fallecimiento del titular o bien por Sentencia judicial de privación-, la tutela de la Entidad pública habrá de comprender todo el contenido -personal y patrimonial- propio de estas instituciones civiles de guarda.

Lo fundamental es proteger al menor, impedir que éste quede privado de la necesaria asistencia material y moral. Es la desprotección en la esfera personal del menor lo que origina que se adopte la tutela de la Entidad pública⁷⁶⁰, con la consiguiente

⁷⁵⁹ Como señala DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.59, es "el máximo contenido posible de la tutela de las Entidades públicas lo que se identifica con el contenido de la tutela civil ordinaria, no su contenido necesario".

⁷⁶⁰ En el artículo 32 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece que "la Entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley no precisará prestar fianza y podrá solicitar del Juez, en caso necesario, el nombramiento de un administrador de los bienes del menor. No obstante, aquélla realizará los actos necesarios para la conservación de su patrimonio hasta que se proceda a dicho

suspensión a los progenitores o tutores de las funciones que se refieren a la esfera personal del menor.

La administración del patrimonio del menor no es tan urgente, lógicamente, como la protección de su persona. Es más, la mayoría de los menores desamparados carecerán de un patrimonio para administrar.

¿Quién ostenta el derecho de representación del menor?, ¿lo siguen ostentando los padres o el tutor ordinario?, ¿o corresponde a la Entidad pública?. En principio, el mismo corresponde a la Entidad pública. La Entidad como tutora del menor asumirá la facultad de representación. Sin lugar a dudas ostentará la representación legal en el ámbito personal del menor. Así ocurrirá en materia educativa -cambio de centro educativo, firma de calificaciones escolares-, en materia de salud o en el ámbito de los derechos de la personalidad si el menor no puede actuar por sí mismo.

La representación en el ámbito patrimonial, dependerá de que en el caso concreto el menor tenga un patrimonio que administrar y se estime conveniente que la Entidad pública asuma también la administración de los bienes de éste.

nombramiento y reclamará los derechos económicos que pudieran corresponder al menor".

15.4 - LA PATRIA POTESTAD COMPARTIDA EN EL ACTA INGLESA SOBRE LA INFANCIA DE 1989⁷⁶¹.

15.4.1- LA POTESTAD TUITIVA⁷⁶².

El Acta emplea el término "potestad tuitiva" en vez de "derechos y deberes paternos", y comprende todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y la autoridad, que por ley, tienen unos padres (art.3-1) o un tutor (art.3-2) sobre su hijo y su propiedad. Se considera que no es práctica una lista de derechos y deberes, porque habría que tener en cuenta diferentes necesidades y circunstancias, las cuales además irían variando con la madurez del menor.

⁷⁶¹ El Acta sobre la infancia de 1989 consta de 12 Capítulos, 118 Artículos y 15 Anexos. El Capítulo I es una introducción (artículos 1-7) e informa de la interpretación del Acta en general, al establecer el principio por el cual deben guiarse los Tribunales -el bienestar del menor- y regular los derechos de los padres y tutores. En el resto de los Capítulos se regulan las siguientes cuestiones: en el II las medidas que se pueden adoptar respecto a los menores en los procedimientos familiares (arts.8-16); en el III la ayuda de las autoridades locales en relación a los menores y sus familias (arts.17-30); en el IV el cuidado de los menores y su supervisión (arts.31-42); en el V la protección de los menores (arts.43-52); en el VI los Hogares-Comunidad (arts.53-58); en el VII los Hogares y Organizaciones Privadas (arts.59-62); en el VIII los Hogares de menores registrados (arts.63-65); en el IX Acuerdos privados para menores en acogimiento (arts.66-70); en el X el cuidado de los menores y las guarderías (arts.71-79); en el XI las funciones y responsabilidades de la Secretaría de Estado (arts.80-84); en el XII aspectos generales (arts.85-108).

⁷⁶² En el Acta se emplea el término "potestad tuitiva" - responsabilidad parental sería su traducción literal-, que equivale a nuestra patria potestad. Estimo que es más conveniente mantener dicho vocablo que emplear la traducción equivalente a esta institución en el sistema español.

Quedan incluidos los siguientes derechos: a tenerlo en su compañía, a controlar su educación, determinando que educación va a recibir el menor, a corregir moderada y razonablemente a su hijo, a elegir su religión, administrar su propiedad, a representar al menor en los procedimientos legales, a autorizar un tratamiento médico y su matrimonio.

En relación con los deberes, el deber fundamental es el de mantener y educar a su hijo.

Una peculiaridad del derecho inglés es que esta potestad tuitiva puede ser compartida por varias personas⁷⁶³.

Si los padres están casados al tiempo del nacimiento, o si el menor es reconocido, ambos tienen la potestad tuitiva (art.2-1). Si no, sólo corresponde a la madre (art.2-2-a), aunque el padre pueda adquirirla (art.2-2-b) con una orden del Tribunal o mediante un acuerdo con la madre en la forma prescrita, como se establece en el artículo 4, párrafo 1º, o mediante una orden de guarda prevista en el artículo 8 (art.12-1).

La potestad tuitiva puede también ser adquirida por un tutor,

⁷⁶³ Vid. CRETNEY: "Elements of family law". Second edition. Sweet & Maxwell. London 1992, pp. 223-227.

por una persona con una orden de guarda a su favor⁷⁶⁴, padres adoptivos y autoridades locales, cuando se dicte una orden de protección⁷⁶⁵ o una orden de protección urgente⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ En el artículo 8 se contempla la orden de guarda que determina la persona con la que el menor va a vivir. Reemplaza a las derogadas ordenes de custodia.

La concesión de esta orden en favor de cualquier persona, automáticamente le otorga a aquélla la potestad tuitiva sobre el menor, sólo durante el tiempo en que la orden esté vigente (art.12-2).

⁷⁶⁵ El Acta de 1989, en el artículo 31-2 establece que una orden de protección o control, sólo tiene lugar si el Tribunal comprueba: "(a) que el menor está sufriendo o puede sufrir un daño importante o (b) si el daño o la posibilidad de ser dañado se atribuye a

(i) que el cuidado dado al menor o el que se va a dar, si la medida no se adopta, no es el que sería razonable esperar de un padre hacia su hijo; o

(ii) si el menor está fuera del control paterno".

En relación con el artículo 31-2 "Daño" es equivalente a maltrato o, el deterioro en la salud o el desarrollo. Los términos "maltrato", "salud" y "desarrollo" se definen en el artículo 31-9. Así "maltrato incluye el abuso sexual, físico y psíquico y el abandono. El término "desarrollo" se refiere al físico, intelectual, emocional y social. Con el Vocablo "salud" se alude tanto a la física como a la mental.

Las medidas obligatorias de protección -orden de protección y control- sólo pueden ser impuestas en los procedimientos de protección. La autoridad local puede pedir que se inicie el procedimiento de protección o cualquier otro procedimiento familiar, pero al ser abolido el procedimiento administrativo, será necesario que el Tribunal intervenga en todos los casos.

Cuando el Tribunal considera que el daño importante ha sido probado, puede dictar una orden de protección o de control a petición de cualquier autoridad local o de persona autorizada -se entiende por tal la Sociedad Nacional para la prevención de la Crueldad de los Niños (NSPCC)- (art.31-1). Alternativamente, puede dictar una orden de las establecidas en el artículo 8, por ejemplo, una orden de guarda en favor de uno de los padres del menor, o de las personas que lo han acogido. Para determinar qué orden es la más conveniente, el Tribunal debe tener en cuenta el bienestar del menor y considerar si el dictar la orden en cuestión será más beneficioso para el menor que no dictarla. Ahora bien, las órdenes del artículo 8, excepto la de guarda, no pueden dictarse en relación a los menores bajo protección (art.9-1).

La autoridad local tiene el deber de tener al menor bajo su cuidado y hacerse cargo de él mientras esté en vigor la orden

15.4.2- LA POTESTAD COMPARTIDA.

Una posibilidad, que se ha tenido en cuenta en relación con la tutela automática en la Reforma del 87, es contemplar en la misma la coexistencia de potestades con respecto al menor en cuanto a su titularidad, pero no en cuanto a su ejercicio.

En nuestro sistema, esta posibilidad también aparece contemplada, cuando la Entidad pública asume sólo la guarda del

(art.33-1). La orden de protección le otorga la potestad tuitiva del menor.

⁷⁶⁶ El poder de iniciar los procedimientos de protección proporciona una protección insuficiente en los casos en los que, el maltrato o el riesgo de daño requiere el traslado inmediato del menor de su hogar, y la prevención de trasladarlo del hospital o a otro lugar. En estos casos procede una orden urgente de protección, la cual se regula en los artículos 44 y 45.

En base al artículo 44-1 cualquiera puede solicitar al Tribunal una orden urgente de protección, la cual les confiere el poder de trasladar (o prevenir el traslado de) al menor afectado.

El Tribunal sólo dictará esa orden si se ha comprobado que existe una causa razonable para creer que el menor sufrirá un daño significativo, si no es trasladado al alojamiento previsto por el solicitante o no permanece en el lugar en el que está alojado en ese momento o, en el caso de solicitud por la autoridad local o la NSPCC, mientras se realizan las comprobaciones, el solicitante tiene razones para sospechar que el menor está sufriendo un daño importante (o es probable que lo sufra) y las investigaciones se frustran por la falta injustificada de acceso al menor (art.44-1-b y c), estimando el solicitante que dicho acceso es un asunto urgente.

Una vez dictada la orden, el demandante tiene el poder de trasladar al menor o evitar éste, y tiene la potestad tuitiva sobre el menor (art.44-4) -mientras esté vigente la orden-, haciendo todo lo que es necesario para salvaguardar el bienestar del menor. Puede trasladarlo en más de una ocasión mientras la orden se mantenga.

Su duración es de 8 días, aunque puede extenderse por otros 7 días (art.45 ap.1, 2 y 5), pero sólo cuando el Tribunal considere que será perjudicial para el menor si la orden no se prolonga.

menor ex artículo 172-2 C.c.⁷⁶⁷. En este supuesto la Entidad pública asume la titularidad de la guarda, sin perjuicio de que el ejercicio de la función de guarda se disponga bien mediante acogimiento familiar o internamiento del menor. La guarda de la Entidad es compatible con el ejercicio de la patria potestad de los padres o con la tutela anterior, ya que lo único que asume la Entidad, y con carácter temporal, es la potestad de guarda, esto es, una parte concreta del ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se sigue manteniendo el ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria limitada por la guarda ajena.

Dado que la potestad de guarda está dentro del ejercicio de la patria potestad, lo que ocurre es que se mantiene la patria potestad o la tutela pero la potestad de guarda de éstas se suspende para atribuirse a la Entidad pública. Luego coexisten, por un lado, la patria potestad atribuída a los padres o la tutela y, por otro, la potestad de guarda que se atribuye a la Entidad pública. La guarda necesita de aquellas instituciones tuitivas - patria potestad o tutela- para su existencia, pero lo que no cabe

⁷⁶⁷ Ahora bien, cuestión distinta es lo que ocurre cuando la Entidad pública asume la tutela en base al artículo 172-1 C.c. En este supuesto se suspende el ejercicio de la patria potestad o de la tutela que se atribuye a la Entidad. Los progenitores o tutores mantienen la titularidad, bien de la patria potestad o de la tutela. Ahora bien, la mera titularidad desprovista de su ejercicio conlleva que los progenitores conserven determinadas facultades aunque muy limitadas, queda prácticamente vacía de contenido, dado que es a la Entidad a la que corresponde el ejercicio de casi todas las facultades. Sí hay coexistencia de potestades pero ésta es no operativa.

es una duplicidad del derecho de guarda, o lo asume bien quien ostente la patria potestad o la tutela o bien pasa a un tercero su titularidad, y mientras éste la ostente queda suspendido para aquél que hasta entonces lo tenía tribuído.

También en el Derecho inglés se contempla la patria potestad compartida. Más de una persona puede tener la potestad tuitiva sobre el mismo menor y a la vez (art.2-5). Además de los padres y tutores la potestad tuitiva puede ser también adquirida por una persona con una orden de guarda a su favor, padres adoptivos y autoridades locales, cuando se dicte una orden de protección o una orden urgente de protección. Se defiende la "cotitularidad" de la patria potestad.

Los padres y tutores no la perderán cuando otros la adquieran (excepto si hay una orden de adopción), ni siquiera cuando se dicte una orden de protección, pero su libertad para ejercerla es limitada (art.2-8).

La potestad tuitiva no se pierde cuando otra persona o la autoridad local la adquiere (art.2-6). La potestad tuitiva sólo la perderán los padres si el hijo es adoptado. Si hay una medida, de las contempladas en el Acta, los padres mantienen la potestad tuitiva, pero sus acciones serán limitadas.

En el artículo 12-2 del Acta, se establece que una orden de

guarda⁷⁶⁸ en favor de cualquier persona le otorga a aquélla automáticamente la potestad tuitiva.

Estas personas están en la misma posición que los padres o tutores excepto en relación a determinadas materias que quedan excluidas (art.12-3). Así no pueden consentir una adopción, ni nombrar un tutor al menor (art.12-3). No se pueden cambiar los apellidos del menor, ni trasladarlo fuera de Inglaterra por un período superior a un mes, sin el consentimiento escrito del Tribunal (art.13-1)..

La autoridad local no puede solicitar una orden de guarda ni que ésta sea dictada en su favor (art.9-2). En cambio, una orden de guarda puede adoptarla el Tribunal en relación con cualquier menor, incluso con uno sujeto a una orden de protección (art.9-1)⁷⁶⁹. En este caso, la orden de guarda dejaría sin efecto la orden de protección. A su vez, si se dicta una orden de protección, quedará sin efecto la orden de guarda anterior, pero la autoridad local tiene la responsabilidad de promover el contacto con aquéllos que tenían una orden de guarda a su favor inmediatamente antes de que se adoptase la orden de protección (art.34-1).

⁷⁶⁸ Sobre los distintos tipos de órdenes y función de las autoridades locales, vid. P.J. PACE: "Family Law". M & E handbook series. Longman Group. Fourth Edition. U.K. 1992, pp. 262 a 275.

⁷⁶⁹ En el párrafo 1º del artículo 9 se establece: "Ningún Tribunal dictará una orden de las contempladas en el artículo 8 -excepto una orden de guarda- en relación con un menor bajo protección de la Autoridad local".

Por otro lado, hay que tener en cuenta que esta orden finaliza automáticamente cuando el menor tenga 16 años, a menos que el Tribunal compruebe la existencia de circunstancias excepcionales (art.9-6). También finaliza automáticamente si se dicta una orden de protección o una orden de adopción.

Cuando en un procedimiento de protección el Tribunal dicta una orden de protección⁷⁷⁰, esta orden le otorga la potestad tuitiva del menor.

En virtud del artículo 2-6, cualquier persona que tenga potestad tuitiva sobre el menor, antes de dictarse la orden de protección, continua teniendo dicha responsabilidad.

Con el fin de clarificar la relación entre la autoridad local y cualquier otra persona con potestad tuitiva, el artículo 33-3-b, confiere a la autoridad local el poder de determinar -sólo si es necesario para salvaguardar el bienestar del menor (art.33-4)- la extensión en la cual los padres o tutores podrán ejercer su potestad, pero no quitar la potestad tuitiva de los padres o

⁷⁷⁰ Vid. "Adoption: The future" (Presented to parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty), November 1993, Department of Health. London. En el mismo, en el Capítulo III, en el punto 3.15, en relación con el Acta de la Infancia, que entró en vigor en Octubre de 1991, se señala que se ha conseguido uno de sus objetivos que era reducir el número de órdenes de protección, control y de protección urgente, en relación con la situación existente antes de dicha Acta.

tutores del menor. Aunque la autoridad local adquiriera la potestad tuitiva, no podrá tomar determinadas decisiones. No puede cambiar la religión del menor, ni consentir su adopción o designar un tutor⁷⁷¹.

Si desean cambiar el apellido del menor o que permanezca fuera del Reino Unido más de un mes, deben obtener por escrito el consentimiento de todos lo que tengan potestad tuitiva o el permiso del Tribunal⁷⁷². El Tribunal debe dar permiso para colocar fuera de Inglaterra y Gales a los menores bajo protección de la autoridad local⁷⁷³. Este sólo lo dará si es en interés del menor.

La autoridad local tiene el deber de promover el contacto entre los menores que estén bajo su protección y sus familias y amigos, a menos que esto no sea razonable o compatible con el bienestar del menor. Este contacto es "un derecho del menor".

Las ordenes de protección finalizan cuando el menor tenga 18 años, a menos que antes se dejen sin efecto, si el Tribunal dicta una orden de guarda respecto al menor bajo protección (art.91-1) o el Tribunal deja sin efecto la orden dictada mediante solicitud de la autoridad, del menor o persona mencionada en la orden

⁷⁷¹ art.33-6-a y b

⁷⁷² art.33-7 y 33-8

⁷⁷³ El permiso no es necesario si son visitas de un mes o menos (art.33-7-b).

(art.34-9) o a solicitud de cualquier persona con potestad tuitiva sobre el menor (art.39-1).

Igualmente, adquirirá la autoridad local la potestad tuitiva -mientras esté vigente la orden- cuando el Tribunal dicte urgentemente una orden de protección⁷⁷⁴.

Cuando más de una persona tiene potestad tuitiva, cada uno de ellos puede actuar solo, excepto cuando el consentimiento de todos es especialmente requerido. La adopción y el ser considerado en estado de poder ser adoptado requieren el acuerdo de los padres o tutores, pero no, de otras personas con potestad tuitiva o de la autoridad local⁷⁷⁵ (art.2-7).

El Acta restringe ciertas decisiones cuando hay una orden dictada por un Tribunal. Nadie puede actuar de forma incompatible con dicha orden, incluso aunque ellos tengan potestad tuitiva⁷⁷⁶.

16.- REGIMEN Y CONTENIDO DE LA TUTELA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

Tras el análisis de la naturaleza de esta tutela interesa entrar a conocer en qué momento surge la tutela automática, cómo

⁷⁷⁴ art.44-4-c .

⁷⁷⁵ arts.12-3,33-6

⁷⁷⁶ art.2-8,art.14

se constituye, qué normas del régimen general le son aplicables, y cuál es el contenido de la misma.

El conocer cuando entra en funcionamiento la tutela de la Entidad pública tiene su importancia, pues, dependiendo de que sea antes, después o simultáneamente a la declaración de desamparo, se le atribuirán unos caracteres u otros.

Igualmente, su forma de constitución es trascendental, ya que es precisamente el carácter automático de esta tutela, una, si no la fundamental, de sus peculiaridades.

Puesto que estimamos que es verdadera tutela, pero especial, habrá que determinar qué normas del régimen general le son aplicables y cuales no.

Y, por último, se requiere conocer el contenido de la misma personal y en su caso patrimonial: por un lado, para saber qué aspectos abarca esta tutela, y, por otro, para determinar qué funciones corresponden al tutor.

16.1 - ¿CUANDO ENTRA EN FUNCIONAMIENTO ESTA TUTELA?.

En la Ley 21/87, se encuentra regulada esta cuestión. Ya en la Exposición de Motivos, en su párrafo 6º, se señala que "cambiando el criterio, al que respondía el anterior artículo 239,

se ha estimado, atendiendo a la urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores".

Por tanto, apreciada una situación de desamparo, inmediatamente entra en juego la tutela de la Entidad pública, siendo esta tutela ex artículo 172-1 una tutela del Título X del Libro I del Código Civil, pero con determinadas peculiaridades, como es su carácter automático.

Se arbitra un mecanismo que permita que estas Entidades administrativas atiendan rápida y efectivamente a los menores: la tutela ex artículo 172-1 C.c.

Al ser esta tutela una institución polémica, han surgido diversas interpretaciones doctrinales, acerca de su naturaleza jurídica. Dependiendo de la postura que se adopte, se hace actuar a esta tutela en uno u otro momento.

Los defensores de que es una tutela ordinaria, pero especial, estiman que es la Entidad pública la que aprecia el desamparo y asume automáticamente la tutela ex artículo 172-1, sin que tenga lugar una intervención judicial⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores...cit.>>, p.2066; LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.35; FERRER VANRELL: <<El Acoqimiento familiar...cit.>>, p.171.

Dicho sector a su vez considera que, ante un menor desamparado, la Entidad pública aprecia dicha situación y a la vez entra en funcionamiento una tutela normal automática. El esquema sería el siguiente:

Situación de hecho:	}	-Apreciación de desamparo por la Entidad pública.
Menor desamparado	}	-Tutela normal automática.

Esta interpretación es la que se desprende de la Ley. A su vez, es la que compartimos, puesto que la situación, en la que se encuentra dicho menor, requiere una intervención urgente, evitando cualquier dilación.

Por otro lado, nos encontramos con los defensores del intervencionismo judicial a ultranza, es decir, con el sector representado por los autores que estiman que es una tutela totalmente homologada con la ordinaria, y, por ello, el desamparo, debe ser declarado por el Juez y dicha tutela debe ser constituida judicialmente.

Lo anterior les lleva a apreciar la existencia de tres fases bien diferenciadas: 1-La Entidad pública asumirá funciones de mera guarda, desde que se aprecia que un menor está desasistido, hasta que se compruebe y declare el desamparo; 2-Declaración judicial de desamparo; 3-Tutela de la Entidad pública, que sólo procederá tras

la declaración judicial de desamparo⁷⁷⁸.

Distinguen la protección, que se debe otorgar al menor antes y después de la declaración judicial de desamparo. Defienden el siguiente esquema:

Menor desamparado: Guarda por Entidad====Declaración judicial de desamparo====Nombramiento judicial de tutor.

El principal problema de dicha postura es que no es acorde con el texto de la Ley, puesto que en ésta no se establece que en un primer momento entre en juego la institución de guarda y posteriormente entre en funcionamiento la tutela, y mucho menos se legitima a la Entidad pública para ejercer las funciones de guarda directamente. El artículo 172-2 sólo permite a la Entidad pública asumir la guarda, bien a solicitud de los padres o guardadores del menor, bien por decisión judicial. Además, entrando en el fondo de la cuestión, como luego veremos, se trata de dos instituciones de protección distintas.

Así, RAMOS SANCHEZ⁷⁷⁹ señala que "la intervención por quien no ejerce la facultad de juzgar debería entenderse como una actuación cautelar, en todo caso sometida, inmediatamente después

⁷⁷⁸ Vid. GONZALEZ LEÓN: "Del Abandono...cit.", pp. 294-297 y VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 635 y ss.

⁷⁷⁹ RAMOS SANCHEZ: <<Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley...cit.>>, p.5.

a la aprobación o desaprobación judicial". Pero, el citado autor reconoce, lamentándolo, que "no parece ser el sentido que quiere darse a la intervención administrativa".

Más claramente, VARGAS CABRERA considera que, ante el desamparo, se atribuye a las Entidades públicas "una titularidad formal de guarda construída, desde el principio, como legitimación de intervención inmediata para remediar la urgente situación. Quedan así, ex lege investidas de un poder jurídico, de un título legal para el ejercicio de facultades tuitivas de orden personal sobre el menor, que adquirirán materialmente por los siguientes modos: ope legis, convención y decisión judicial"⁷⁸⁰. En definitiva, estima que "la situación de desamparo per se origina un llamamiento legal que se traduce en legitimación para acceder al ejercicio de estos deberes tuteladores de orden personal"⁷⁸¹.

Sin embargo, el artículo 172-1 sólo legitima a las Entidades públicas a actuar directa e inmediatamente a través de la tutela ex lege, puesto que su carácter automático facilita su aplicación, como medida de atención urgente.

Además, en cuanto a los modos de adquisición de la guarda, señalados por el mencionado autor, en el artículo 172-2 sólo se contemplan los dos últimos, y en ningún caso se establece que la

⁷⁸⁰ VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 638 y ss.

⁷⁸¹ VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, pp. 641 y ss.

guarda pueda adquirirse ope legis y tenga carácter automático.

Por último, esta interpretación, que defiende la existencia de tres fases, actuando la tutela después de la declaración de desamparo, supone perpetuar el sistema establecido en la Ley 13/83 de 24 de Octubre, como si la Ley 21/87 no hubiese aportado nada nuevo, puesto que acaban sometiendo esta especial tutela a las reglas ordinarias. Por otro lado, deja sin sentido esta última regulación por falta de eficacia, con lo que poco o nada habría avanzado nuestro legislador.

Como se señala en la Exposición de Motivos, párrafo 8º, "pieza clave de la nueva Ley son las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas....", añadiendo a continuación que "el éxito de la Reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones". Finalmente, se pone de manifiesto que estamos ante una novedad legislativa y que el sistema cambia totalmente.

Pues bien, si el desamparo lo declara el Juez y, a su vez, aquél constituye la tutela, ¿qué sentido tiene el automatismo?, ¿qué cambio se ha producido?, ¿qué papel desempeñan las Entidades públicas?. Fácilmente, se contesta a estos interrogantes. Dichos autores prescinden del carácter automático, consideran que se mantiene el sistema anterior, otorgando el papel más relevante a la autoridad judicial, y dejan el protagonismo de las Entidades

públicas vacío de contenido.

Entrando en el fondo de la cuestión, vemos que trata de dos regímenes de protección distintos. La guarda sólo abarca el ámbito personal y coexiste con otra potestad superior, ya sea patria potestad o tutela ordinaria, que quedará desprovista de la potestad de guarda, pero mantiene otras facultades propias del contenido personal y del ámbito patrimonial de protección del menor.

En cambio, la situación de desamparo dá lugar a la constitución de la tutela automática, no a la mera guarda, que es insuficiente y opera en circunstancias menos graves que el desamparo, como son aquéllas que imposibilitan transitoriamente el ejercicio de los deberes propios de la patria potestad.

Ante todo la guarda opera en situaciones de carácter transitorio. Como se establece en el artículo 172-2, la Entidad pública asumirá sólo la guarda <<durante el tiempo necesario>>. Además, son los progenitores o tutores los que, sin ánimo de desamparar al menor, sino más bien con el fin de evitar el desamparo, solicitan a la Entidad pública que preste al menor dicha asistencia.

Las facultades que corresponden a la Entidad pública como tutora del menor son más amplias, abarcando el aspecto personal al completo -no sólo el derecho de guarda- y en su caso el

patrimonial. Mientras que en la guarda lo que la Entidad pública asume es sólo dicha potestad, lo cual es suficiente en los casos previstos en el artículo 172-2, pero no en los supuestos más graves de desamparo.

Refleja muy claramente la distinción entre ambas medidas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de Enero de 1992⁷⁸². En la misma, en el Fundamento de Derecho Tercero, se señala que, valorando todo el material probatorio obrante en autos y la propia actitud de la actora -madre del menor- en la comparecencia, de querer que continúe la guarda de la Comunidad sobre los menores, "se estima que estamos ante una situación objetiva de desamparo que ha de considerarse incluida en el párrafo 1 del artículo 172-1 C.c., pues el 2º párrafo de este precepto que contempla un caso en que la Entidad pública asume únicamente la guarda de los menores, 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>>, pero aquí, 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

⁷⁸² Sentencia AP Madrid de 21 de Enero de 1992. Aranzadi Civil 1992. Resolución nº 78.

sobre él, aquella sólo va a asumir a perpetuidad la guarda y no la tutela a que se refiere el párrafo primero del precepto".

Aparte del carácter temporal de la guarda, en el Fundamento de Derecho Segundo, se pone de manifiesto "que la Sala entiende que la privación de la necesaria asistencia moral y material de los menores, que es presupuesto de 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 exigidos por la conciencia social más común". Pues bien, teniendo en cuenta que ello debe ser así y que la Entidad pública actuará con la adecuada cautela a la hora de apreciar el desamparo, si éste tiene lugar, la medida que procederá, ante la situación de desprotección en que se encuentra el menor, será la tutela y no la mera guarda.

Por último, quedaría el sector doctrinal minoritario que estima que es una tutela distinta, no es verdadera tutela, sino que es un título administrativo que habilita a las Entidades públicas para ejercer la tutela. Abogan porque dicha tutela tenga un contenido personal y sea compatible con la patria potestad o tutela anterior.

Defiende dicho sector doctrinal que la Entidad pública aprecia el desamparo e inmediatamente entra en juego una tutela diferente, automática y provisional, de la Entidad, con un

contenido igual al de la guarda. Es decir, lo que la Entidad pública asumiría es una guarda ex lege, dado que atribuyen a la tutela los caracteres de la guarda.

Así, las situaciones se sucederían de la siguiente manera:

Situación de hecho:	}	-Apreciación de desamparo por la Entidad pública.
Menor desamparado	}	-Guarda ex lege.

Nuevamente, hay que decir que dicha interpretación no es acorde con el texto de la ley, puesto que la Entidad pública asume una verdadera tutela -art.222-4°, 239-, con lo que ello implica y no la guarda.

16.2 -RELACIONES CON LAS DEMÁS NORMAS DE TUTELA: ¿QUÉ NORMAS SE APLICAN DEL RÉGIMEN GENERAL DE TUTELA?.

Anteriormente, ya señalamos que, en nuestra opinión, la tutela ex artículo 172-1 C.c. es una verdadera tutela del Título X del Libro I del Código Civil, pero especial. En base a ello, presenta algunas peculiaridades debidas tanto a tratarse de una tutela institucional como al carácter automático de la misma. Sin duda, su diferencia principal reside en que se produce "ministerio legis" como consecuencia de la situación de desamparo.

Que se trate de una tutela institucional tiene su importancia, puesto que, como vimos anteriormente, la doctrina⁷⁸³, al estudiar la Ley de Tutela de 1983, criticó que la institución tutelar se hubiese regulado pensando exclusivamente en la personal. Se requería, por tanto, una adaptación de las normas dedicadas a regular la tutela de persona física a la tutela asistencial de persona jurídica.

Dicho carácter asistencial ocasiona determinadas dudas en relación a la aplicación de algunas normas del Título X del Código Civil. R. BERCOVITZ⁷⁸⁴ señala, entre otras, las prohibiciones del artículo 221 C.c., la mayoría de las causas de inhabilidad (art.243-1º, 3º y 4º y art.244-3 C.c.), las cuales no afectarán al tutor persona jurídica, el artículo 251-2 C.c. en el que se establece que "*las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*", puesto que, según el mencionado autor, no se aplica a los casos de tutela de personas jurídicas que tengan el carácter de administraciones públicas. También señala el artículo 260 C.c., que contempla la exigencia de fianza, considerando que ésta puede ser inadecuada.

⁷⁸³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentario a las Reformas de Nacionalidad y Tutela ...cit.>>, pp. 346 y 349; GARCIA CANTERO: <<El nuevo régimen jurídico de la tutela...cit.>>, p.431 entre otros.

⁷⁸⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentario a las Reformas de Nacionalidad y Tutela ...cit.", pp. 364-365.

Ahora bien, a lo anterior hay que añadir las características que se atribuyen a esta tutela, tras la regulación llevada a cabo por la Ley 21/87.

Los distintos preceptos modificados en materia de tutela en la ley 21/87, en concreto los artículos 222-4, 229 y 239 C.c., alteran el régimen de constitución, puesto que, en el último de éstos se atribuye una tutela automática por ministerio de la Ley a la Entidad pública, pudiendo la Administración intervenir por propia iniciativa en el ámbito de protección de menores.

La diferencia con la regulación que de la tutela llevó a cabo la Ley 13/83 es obvia, puesto que en ésta se prevé como una constante la intervención judicial en la constitución y desenvolvimiento de las instituciones tutelares.

16.2.1-NOMBRAMIENTO DE TUTOR: EL AUTOMATISMO.

En primer lugar, si defendemos el carácter automático de la tutela de la Entidad pública, hay que concluir que a la misma no le serán aplicables las reglas ordinarias para el nombramiento de tutor⁷⁸⁵ por ser incompatibles con su naturaleza especial, y porque esta función la asume automáticamente, ope legis, la Entidad

⁷⁸⁵ Vid. SANCHO REBULLIDA: "El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción...cit.", p.53; FELIU REY: "Comentarios..... cit.>>", p.35; EGEA I FERNANDEZ: <<La protección de menores...cit.>>, p.205; FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.177 y RODRIGUEZ SOL: <<La protección...cit.>>, p.1107

pública correspondiente (art.239-1).

En el artículo 239, se establece la diferencia entre ambas tutelas. Tras atribuir en el párrafo 1° la tutela de los menores desamparados a la Entidad, en el párrafo 2°, se establece que "*se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste*". De dicho precepto se deduce que no se aplicarán a la tutela de la Entidad pública las reglas ordinarias para el nombramiento de tutor.

Por tanto, esta tutela automática constituye una excepción al supuesto general contemplado en el artículo 231 C.c., en el que se establece que el Juez constituirá la tutela, ya que su constitución es automática, por ministerio de la ley, sin intervención judicial.

Tampoco se aplicará el artículo 259, según el cual, el Juez "dará posesión de su cargo al tutor nombrado", puesto que la Entidad pública ejercerá su cargo desde el mismo momento en que tiene por ministerio de la ley la tutela, sin que sea necesaria esta intervención judicial. Además, la toma de posesión se produce respecto del tutor nombrado por el Juez. Como dicha fase no tiene lugar, tampoco lo tendrá la siguiente. La toma de posesión necesaria para el ejercicio de la tutela supone la conformidad del

tutor en recibir el nombramiento⁷⁸⁶, conformidad ésta no necesaria en la tutela automática, pues la Entidad pública está obligada a proteger al menor.

Frente al sistema ordinario en el que el Juez, iniciado el procedimiento correspondiente, llevará a cabo una investigación acerca de la situación personal, patrimonial y familiar del menor, para declarar el desamparo y constituir la tutela si procede, según la Ley 21/87, será la Entidad pública la que aprecie si concurre o no una situación de desamparo. En el momento en que así lo declare, inmediatamente entrará en juego la tutela por ministerio de la ley.

16.2.2-CAUSAS DE INHABILIDAD Y EXCUSAS.

En relación con las condiciones establecidas para desempeñar el cargo de tutor en los artículos 243 a 245 C.c., hay que señalar que no son aplicables a esta tutela. Las distintas causas de inhabilidad son del tutor como persona física, no pudiendo, por tanto, entrar en juego en esta tutela, cuyo titular es la persona jurídico-pública.

La única causa de inhabilidad posible, y sólo en el supuesto en que la tutela automática comprenda el ámbito patrimonial, sería

⁷⁸⁶ Vid. GOMEZ LAPLAZA: <<Comentario al artículo 259>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 448-454.

la contemplada en el párrafo 4° del artículo 244, siendo el sujeto jurídico-público quien tenga "importantes conflictos de intereses con el menor, mantenga pleito o actuación sobre la titularidad de sus bienes o le adeude sumas de consideración". No obstante, dados los deberes tuitivos que competen a la Entidad pública, difícilmente se planteará dicho supuesto.

Entrando en el ámbito de la excusas reguladas en los artículos 251 a 258, en principio no cabe que el ente público pueda legalmente excusarse, puesto que la Ley 21/87 atribuye a aquél la tutela por ministerio de la ley. Producido el supuesto de hecho -situación de desamparo- y teniendo conocimiento del mismo la Entidad pública, inmediatamente entra en juego la consecuencia jurídica -tutela de la Entidad pública-. Se establece su obligación de intervenir en estos supuestos, no pudiendo rechazar la tutela de los menores necesitados de asistencia.

Es más, si se mantuviera la tesis objetiva de automatismo total, según la cual producida la situación de desamparo y sin que la Entidad pública tenga conocimiento de la misma ésta tiene la tutela por ministerio de la ley, la posibilidad de excusarse la Entidad carecería de sentido.

En concreto, en relación con el párrafo 2° del artículo 251 -el párrafo 1° está limitado a las personas físicas-, en el que se establece que "*las personas jurídicas podrán excusarse cuando*

carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela", R. BERCOVITZ⁷⁸⁷ planteó el problema de si dicha excusa sería aplicable "y en qué grado a las personas jurídicas que tengan el carácter de Administraciones públicas", estimando que hay que excluir del ámbito de aplicación de esta excusa a las Administraciones públicas, ya que "sería claramente contraria a la asignación de medios a que están obligadas por el respeto debido a sus fines fijados estatutaria o normativamente". Pues bien, éste es el caso de la tutela automática⁷⁸⁸.

Partiendo de que los recursos de las Administraciones públicas no son ilimitados, R. BERCOVITZ considera que el problema que aquí se plantea es de reparto de esos recursos. Por ello estima que "resultaría sorprendente que en dicho reparto un Estado Social de Derecho (arts.1, 39, 41, 43, 49 y 50 CE) no pudiese asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a las tutelas de los menores e incapacitados que tenga que asumir".

16.2.3-LA NO EXIGENCIA DE PRESTAR FIANZA.

Respecto al artículo 260 C.c., en el que se regula la constitución de la fianza, se parte de que el tutor deberá prestar

⁷⁸⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 251-2º C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela ...cit.", pp. 412-413.

⁷⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncian FELIU REY: "Comentarios.. cit.", p.25; VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663 y LLEBARIA SAMPER: "Tutela...cit.", p.38 entre otros.

garantía si existe una disposición del Juez -el Juez podrá exigir-. Corresponde al Juez decidir si se requiere o no dicha garantía, así como su cuantía y modalidad -hipotecaria, pignoratícia, personal- pudiendo exigirla, tanto cuando el tutor tome posesión de su cargo, como después y, especialmente, cuando aquél esté ya ejercitando la administración de los bienes del tutelado⁷⁸⁹.

En relación con la prestación de fianza por parte de la Entidad pública, la doctrina no es unánime. Así, un grupo de autores⁷⁹⁰ estima que no existen razones jurídicas para excluir la facultad del Juez de imponer a la Entidad pública la obligación de constituir fianza. Se basan en el artículo 174-2 C.c., en base al cual, el Fiscal puede promover ante el Juez la constitución de las medidas de protección que sean necesarias. Rechazan la argumentación que se apoya en la invocación del sentido literal del artículo 260 C.c., con el fin de justificar que el Juez no puede imponer fianza a la Entidad, pues sería siempre ulterior a la atribución ex lege y ejercicio de la tutela, ya que consideran que cabe la imposición de fianza constante tutela.

Su argumento final es convincente, puesto que en cuanto al momento que debe prestarse caben distintas posibilidades. Cuestión

⁷⁸⁹ Vid. GOMEZ LAPLAZA: <<Comentario a los artículos 260 y 261 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela... cit.", pp. 454-466.

⁷⁹⁰ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.96 n.124 y FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.25.

distinta es que estimo que no señalan las diversas razones -las cuales si podrían existir si se entiende que la tutela es también patrimonial, dado que la Entidad pública podría administrar mal los bienes del menor-, que podrían justificar esta postura, sino sólo el camino -art.174-2 C.c.- mediante el que se podría llevar a cabo.

En cambio, otro sector doctrinal⁷⁹¹ estima que, en relación al ejercicio de la tutela por la Entidad, no será aplicable el artículo 260 C.c., puesto que la solvencia de las Entidades públicas para hacer frente a sus responsabilidades patrimoniales dejan sin sentido esta garantía⁷⁹².

Ya R. BERCOVITZ⁷⁹³ consideraba que la exigencia de fianza podía "resultar inadecuada para el tutor que sea una persona jurídica". Más aún, cuando en la mayoría de los casos su titular será una Administración pública o una persona jurídica dedicada a

⁷⁹¹ VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663; EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció de menors...cit.>>, p.205 y <<Comentario al artículo 174 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.117; CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela...cit.>>, p.1057; FERRER VANRELL: <<El Acoqimiento familiar...cit.>>, p.180; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.59 . También se defiende esta postura en la "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid 1988, p.228.

⁷⁹² Igualmente, en el artículo 32 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece que "la Entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley no precisará prestar fianza...".

⁷⁹³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.365.

fines asistenciales.

Dado que la tutela se atribuye a una Entidad pública, no procede la exigencia de fianza, puesto que el ejercicio del cargo es obligatorio para aquella, no cabe excusarse, siendo su finalidad última proteger al menor desamparado. La disponibilidad de medios económicos para llevar a cabo su función hacen que no se precise dicha garantía.

16.2.4- LA OBLIGACIÓN DE HACER INVENTARIO Y EL ARTÍCULO 279 C.c. .

A diferencia de lo que sucede con la fianza, en el artículo 262 C.c. se establece la obligatoriedad para el tutor de hacer inventario, ya que es una garantía para los tutelados, una medida cautelar que viene exigida por el interés del menor. Por tanto, existe unanimidad en la doctrina⁷⁹⁴ respecto a la obligación de hacer inventario por la Entidad pública, conforme a los artículos 262 a 265, depositando los efectos de más valor en el establecimiento oportuno -art.265-.

Dicha obligación de hacer inventario aparece expresamente

⁷⁹⁴ PEREZ ALVAREZ: "La nueva ...cit.", p.96 n.124; FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.25; VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663; EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció...cit.>>, p.205; CABALLERO GONZALEZ: <<La tutela...cit.>>, p.1057; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.59; FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, p.180.

contemplada en la Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de Diciembre, de protección de menores⁷⁹⁵, en su artículo 8, en el que se establece: "*La Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma...*".

Ahora bien, esta Ley Aragonesa, por un lado, no menciona el resto de las obligaciones propias de los tutores y por otro, se limita a mencionar dicha obligación, sin establecer quien controla la formación del inventario y lo que no cabe es que su realización quede al arbitrio de quien administra, sobre todo cuando esta obligación tiene una finalidad de control⁷⁹⁶.

Dicha competencia de la Comunidad Autónoma, al igual que las demás que conllevan la protección de menores, corresponde en concreto al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo (art.24-1 y 2 de la Ley).

También en la Comunidad de Madrid, en el Decreto 121/1988 de 23 de Noviembre, regulador del Procedimiento de constitución y

⁷⁹⁵ Vid. Boletín Oficial de Aragón num.134, de 20 de Diciembre de 1989 y B.O.E. num.5, de 5 de Enero de 1990.

⁷⁹⁶ TENA PIAZUELO: <<Instrumentos de la protección de menores de la Ley Aragonesa de 14 de Diciembre de 1989>>, R.D.P., Julio-Agosto 1993, pp. 708-711 y SERRANO GARCIA: <<Aspectos civiles de la Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de Diciembre de protección de menores>>. Revista Jurídica de Navarra, Julio-Diciembre 1991 n° 12, pp. 30-31.

ejercicio de la Tutela y Guarda del menor, en el artículo 14-1, se establece que "si el menor sujeto a tutela tuviese bienes, por la Comisión de Tutela del Menor se procederá a la elaboración del inventario de los mismos, dándose cuenta al Ministerio Fiscal y actuando de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil".

También será aplicable el artículo 269 C.c., que alude a las obligaciones del tutor. El informe anual, recogido en el párrafo 4° de dicho precepto, no será sustituido en la tutela automática por la comprobación semestral que el Fiscal lleva a cabo sobre la situación del menor -art.174-, ya que son dos vías de control distintas.

Por último, debe tenerse en cuenta el artículo 279 C.c., en el que se contempla la obligación del tutor de rendir la cuenta general justificada⁷⁹⁷ de su administración ante el Juez en un plazo de tres meses a partir del cese de dicha tutela, aunque podría prorrogarse si concurre justa causa. Por consiguiente, finalizada la tutela, debe la Entidad pública rendir cuenta general justificada ante el Juez, si procede que administren bienes.

16.2.5-LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EXIGIDA EN LOS ARTÍCULOS 271 Y 272 C.c.

⁷⁹⁷ Vid. FELIU REY: "Comentarios ...cit.", p.26; VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663; EGEA I FERNANDEZ: <<La protecció...cit.>>, p.205; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.73.

Igualmente, será precisa la autorización judicial para llevar a cabo los actos enumerados en los artículos 271 y 272 C.c., conforme al procedimiento establecido en el artículo 273 C.c.

El precepto más importante en relación con la tutela de las Entidades públicas, lo constituye el párrafo 1° del artículo 271, en el que se requiere la autorización judicial "para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial", puesto que es el que se ocupa de la esfera personal. Normalmente, los menores en situación de desamparo carecerán de un patrimonio para administrar.

Así, hay que distinguir, por un lado, la declaración de desamparo y constitución de tutela automática -art.172-1 C.c.-, que, aunque conlleva el internamiento del menor con fines asistenciales en un Centro de Protección de Menores, no requiere actuación judicial, y, por otro lado, los internamientos con fines terapéuticos o educativos en un centro de salud mental o de educación o formación especial -arts.211 y 271 C.c.-, en los que la Entidad pública sí deberá solicitar en este caso la autorización judicial, porque la causa del internamiento es distinta. Aquí estamos ante un menor con problemas de salud, educación o formación, y además implica una limitación muy importante o, incluso, una total privación de la libertad de movimientos del

menor, pudiendo ser llevada a cabo contra su voluntad⁷⁹⁸. Ante la urgencia del caso se procederá a la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 211 C.c. para el internamiento de los presuntos incapaces.

La Entidad, en función de la urgencia del caso, podrá decidir el internamiento inmediato siempre que en las 24 horas siguientes la propia Entidad o el Ministerio Fiscal lo pongan en conocimiento del Juez para que otorgue la pertinente autorización judicial. Se protegen así los derechos de la persona que va a ser internada. En dicho precepto se recoge un sistema especial de garantías en función de la gravedad y trascendencia de las medidas que regula, y del estado de indefensión del sometido a la misma.

16.2.6-RETRIBUCIÓN DEL TUTOR.

En cuanto a la retribución del tutor -art.274 C.c.-, como contraprestación por los servicios prestados y que está condicionada a que el patrimonio del tutelado lo permita, parece que la Entidad pública no tendrá derecho a percibir retribución

⁷⁹⁸ En el artículo 40 del Borrador del Proyecto de Ley de Menores, de 8 de Junio de 1994, se establece: "El internamiento del menor en un Centro o establecimiento de salud mental requerirá autorización judicial, siendo preceptivo el informe previo del Ministerio Fiscal. Cuando revista carácter de urgencia, se seguirán los trámites del artículo 211 del Código Civil".

alguna del menor, en base al carácter asistencial propio de aquella⁷⁹⁹. Además, como señala R. BERCOVITZ, "en la mayor parte de los sujetos sometidos a tutela nos encontraremos con un patrimonio prácticamente inexistente o extremadamente reducido"⁸⁰⁰.

Por tanto, dicho precepto se aplicará a la tutela ordinaria, pero no a la tutela automática de menores desamparados -art.172-1° y 239-1° C.c.- . Puesto que los recursos de la Entidad pública provienen directamente del presupuesto público, no será necesaria una retribución a costa del patrimonio -normalmente inexistente- del desamparado.

16.3 - INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LA TUTELA.

Un nuevo problema, que no soluciona la Ley 21/87, porque no se pronuncia al respecto, es la posible inscripción en el Registro Civil de la tutela de las Entidades públicas.

⁷⁹⁹ En este sentido vid. FELIU REY : "Comentarios...cit.", p.25; GIL RODRIGUEZ: <<Comentario al artículo 274 C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia, 1991, p.809.

En cambio, se pronuncia en contra VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663 ya que considera que no hay obstáculo para admitir la posibilidad de retribución, "teniendo en cuenta las normas jurídico-administrativas reguladoras del carácter gratuito o retribuido de las correspondientes prestaciones asistenciales".

⁸⁰⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario al artículo 274>> en "Comentarios a ls Reformas de Nacionalidad y Tutela ...cit.", p.588.

En relación con la tutela ordinaria en el artículo 218-1 C.c. se establece que "*las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil*" y en el artículo 219 se regula el impulso de oficio de la inscripción por parte de la Autoridad judicial⁸⁰¹.

La Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro del estado civil de las personas naturales, suprimió la cuarta Sección de dicho Registro -que la Ley derogada de 1870 llamaba de *Ciudadania*- y estableció la que denomina de *Tutelas y Representaciones legales* (art.33 LRC), recogiendo dentro del Registro Civil el Registro de tutelas⁸⁰² -que reguló el Código Civil en la edición reformada de 1889, en sus artículos 288 a 292-.

Posteriormente se efectuó la Reforma del Reglamento del Registro Civil mediante el Real Decreto 1917/1986, de 29 de Agosto, modificándose -excepto el artículo 285- las dos Secciones de su Capítulo IV, "De la Sección de Tutelas y Representaciones legales".

⁸⁰¹ Vid. entre otros DIEZ DEL CORRAL RIVAS: <<Comentario a los artículos 218-219 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 235-241 y HUALDE SANCHEZ: <<Comentario a los artículos 218-219 C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pp. 678-682.

⁸⁰² CASTAN VAZQUEZ: <<Comentario a los artículos 228-231 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", p.292 señala que en los artículos 288-292 C.c. se preveía la creación de un Registro de Tutelas en los Juzgados de Primera Instancia, lo cual no tuvo mucho éxito y la Ley de 8 de Junio de 1957 los incorporó al Registro Civil.

A pesar de esta Reforma, HUALDE SANCHEZ⁸⁰³ afirma que "la confrontación de las disposiciones registrales con los preceptos sustantivos plantea alguna duda en el entendimiento de éstos".

Pues bien, partiendo del artículo 218 C.c., se deduce la obligatoriedad de la inscripción de la tutela en cualquiera de sus diversas formas: menores no emancipados, incapacitados, la tutela plural (art.236) y la de personas jurídicas del artículo 242 C.c.

Del párrafo 1º, se deduce que el objeto de la inscripción son exclusivamente las resoluciones judiciales, que afecten a los cargos tutelares y en absoluto otros hechos -inventario, fianza-, que, relacionados con el ejercicio de estos cargos, pueden acceder al Registro Civil por medio de anotación (arts.290 y ss RRC).

El artículo 218 C.c. hay que relacionarlo con el artículo 283-1 RRC, que establece que "*son objeto de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia y control de aquellos cargos*".

Dicha exigencia no plantea ningún problema en relación con la tutela ordinaria, en la que la intervención judicial se prevé como una constante en la constitución y funcionamiento de la

⁸⁰³ HUALDE SANCHEZ: <<Comentario al artículo 218 C.c.>> en "Comentario del Código Civil...cit.", p.678.

tutela. Sin embargo, en relación con la tutela asistencial, surgen inconvenientes a la hora de estimar si son aplicables o no dichos preceptos, puesto que no existe resolución judicial.

Nuevamente, la Ley 21/87 guarda silencio, así como la mayoría de los autores que tampoco se pronuncian al respecto. Sí lo hace, en cambio, RUIZ-RICO RUIZ⁸⁰⁴, el cual, en base a que las actas del Registro Civil constituyen "la prueba de los hechos inscritos (arts.2 LRC y 327 C.c.)", estima que sería conveniente que la Entidad pública inscribiese su tutela sobre el menor desamparado para que surtiese efectos frente a terceros.

Ahora bien, ante la inexistencia en este tipo de tutela de una resolución judicial, que es la que se inscribe, así como bien de documento auténtico, o declaración de alguna clase (art.23 LRC), el citado autor opina que "difícilmente podrá incribirse y surtir efectos, a menos que el ente, en cuanto órgano administrativo (art.81 RRC) en el haga constar la concurrencia de la situación de desamparo y su legitimación para el ejercicio de las funciones tutelares, aunque difícilmente el Encargado del Registro admitirá la inscripción, si no se acompaña una resolución judicial firme".

⁸⁰⁴ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex lege>>...cit.>>, p.67 lamenta la falta de inscripción. Igualmente HUALDE SANCHEZ: <<Comentario al artículo 218>> en "Comentario del Código Civil ...cit.", p.679.

Por el contrario RODRIGUEZ JORDA: <<Las Entidades competentes públicas y privadas.Alcance de sus competencias. La tutela automática>> en "El régimen jurídico de la adopción...cit.", p.16 estima que no es necesaria su inscripción el Registro Civil.

Concluye estimando que, si no hay inscripción, como parece difícil que suceda, los terceros -incluidos los propios padres- no se verán afectados por esta tutela automática, con lo que la virtualidad práctica de la misma sería nula.

No obstante, considero excesiva la conclusión a la que llega RUIZ-RICO RUIZ, ya que las inscripciones, como principio general, son declarativas respecto del estado civil. No hacen más que declarar su existencia o modificación, que se opera al margen del Registro. La inscripción en este caso no es requisito necesario para la adquisición de ese estado civil, no es constitutiva. Por tanto, no se puede pretender que la tutela automática como tal, con independencia de su inscripción, no pueda oponerse con carácter general a terceros. Es más, como veremos, dado su carácter automático dicha inscripción puede no ser necesaria.

En este sentido, estimo acertada la postura de DIEZ DEL CORRAL RIVAS⁸⁰⁵, el cual considera que "es más que dudoso que pueda extraerse un principio general en el Registro Civil en el sentido de la inoponibilidad a terceros de todos los hechos inscribibles no inscritos. Dicho de otro modo, el principio hipotecario de que <<lo no inscrito no perjudica a tercero>> no juega en el ámbito del Registro Civil más que en los casos excepcionales en los que el legislador así lo ha establecido".

⁸⁰⁵ DIEZ DEL CORRAL RIVAS: "Lecciones prácticas sobre Registro Civil". Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. 3ª edición. Madrid 1993, p.17.

Es más, el mencionado autor, en relación con el párrafo 2° del artículo 218 del Código Civil⁸⁰⁶, en el que se dispone que las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares o de la curatela <<no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones>>, reitera que "su opinión es contraria a este intento de aplicar principios hipotecarios al Registro Civil".

Caben dos vías para solucionar el problema: bien considerar que al tratarse de una tutela automática no es necesaria su inscripción, y por ello la Ley 21/87 no lo contempla, bien estimar que si debe procederse a su inscripción y, por tanto, estamos ante una laguna legal.

En relación con la primera vía hay que tener en cuenta que en la Reforma del Reglamento del Registro Civil se suprimió el artículo 284-2°, en que se excluía de la inscripción <<a las funciones tutelares de la Administración de los Establecimientos de Beneficiencia>>, lo cual estaba en armonía con el carácter automático y legal de la tutela atribuída a los Jefes de las Casas de Expósitos por el derogado artículo 212 del Código Civil.

Por tanto, tras la Reforma de la Ley 13/1983, de 24 de Octubre, la tutela que podía ser atribuida por el Juez al Director del establecimiento público sí que podría ser objeto de inscripción, así como la tutela a cargo de personas jurídicas

⁸⁰⁶ Vid. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, op. ult. cit., p.183.

(art.242 C.c.).

RUIZ-RICO RUIZ entre sus argumentos señala que, aunque se suprimiera el artículo 284-2 del Reglamento del Registro Civil, todavía el artículo 283 del mismo exige implícitamente una resolución judicial para la inscripción de todo lo relativo a cargos tutelares y medidas de guarda y vigilancia de menores o incapacitados.

Dicho autor parece no tener en cuenta por un lado que el artículo 283 RRC tiene pleno sentido en relación con la tutela ordinaria y la reforma de la misma en 1983, tutela ésta que difiere de la automática y, por otro, que se alude, no a cualquier medida de guarda y vigilancia de menores, sino sólo a las judiciales, sistema éste plenamente coherente, sin tener en cuenta la Reforma del 87.

En efecto, los artículos 172 y 239 C.c., tras la Reforma llevada a cabo por la Ley 21/87 de 11 de Noviembre contemplan la tutela automática y ex lege. Antecedente de estos preceptos era el anterior artículo 212 C.c., quedando en este caso, como hemos visto, excluída la inscripción de las funciones tutelares de los Establecimientos de Beneficiencia, lo cual era coherente por el carácter automático y legal de esta tutela, con lo cual cabe pensar que, a pesar de estar suprimido el precepto, dada la identidad de razón entre ambos supuestos, tampoco ahora será necesaria la

inscripción.

Cabe argüir, como de hecho hace RUIZ-RICO RUIZ, que la Ley de Adopción no ha previsto la modificación de los preceptos concordantes de la Ley y el Reglamento del Registro Civil. El legislador se ha olvidado de configurar que la excepción es la no inscripción.

Es evidente que se exige la inscripción de la resolución judicial, la cual, por definición, faltará en la tutela automática, no existiendo título para su inscripción. Mas por ello no hay que alarmarse, porque podríamos considerar que el carácter automático hace innecesaria la inscripción.

En cuanto a la segunda opción posible -estimar que la inscripción es necesaria y por tanto estamos ante una laguna legal-, obedecería a que la tutela automática puede tener un contenido igual al de la ordinaria, y es conveniente que acceda a los libros de dicho Registro⁸⁰⁷.

Entre los argumentos que justifican la práctica del correspondiente asiento principal de inscripción en la Sección 4ª, hay que destacar los siguientes.

⁸⁰⁷ En este sentido se pronuncia la "Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado". Madrid, 1988, pp. 228-229 en base a los artículos 23 LRC y 81 y 286 del Reglamento del Registro Civil.

En primer lugar, es cierto que el artículo 218 C.c. contempla la inscripción de las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares, pero, como señala DE PABLO CONTRERAS⁸⁰⁸, esta precisión no se contiene en la Ley del Registro Civil.

En segundo lugar, si antes hemos relacionado el artículo 218 C.c. con el artículo 283-1 RRC, también cabe dicha relación pero con el artículo 286 RRC, según el cual, los cargos tutelares "se inscriben por testimonio judicial u otro documento público suficiente que acredite la toma de posesión"⁸⁰⁹. Según el mencionado autor, dicho precepto se manifiesta en términos de mayor amplitud y, por tanto, en el mismo "cabe el documento auténtico en que conste la resolución administrativa, que declare la situación de desamparo del menor y la constitución de la tutela (que es documento público)"⁸¹⁰.

Por último, como ya vimos, los preceptos del Código Civil se deben a la Reforma del 83, y, puesto que el artículo 172-1 es fruto de la Ley 21/87, el tenor literal de aquéllos no debería ser argumento suficiente para obstaculizar el acceso al Registro de la

⁸⁰⁸ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.74. En el mismo sentido se pronuncian GIL MARTINEZ: "La Reforma de la adopción...cit.", p.56 y PEREZ ALVAREZ: "La nueva adopción...cit.", p.96 n.124.

⁸⁰⁹ Vid. también el artículo 23 de la Ley del Registro Civil.

⁸¹⁰ En contra se pronuncia RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela...cit.>>, p.67 dado que considera que no es un documento auténtico.

tutela automática, mas aún si se estima que esta inscripción es imprescindible y no sólo conveniente.

Será la propia Entidad pública la obligada a promover la inscripción, puesto que el hecho inscribible se refiere a ella (art.24-2º LRC). También podrá hacerlo el Ministerio Fiscal (art.24-3º LRC). Es más, en el artículo 93-1º RRC, se señala que "están especialmente obligados a promoverla sin demora: 1º...las relativas al organismo tutelar, el tutor...".

Por otro lado, puesto que la tutela automática conlleva la suspensión de la patria potestad o tutela anterior, deberá hacerse una inscripción marginal en la Sección 1ª, como hecho que afecta a la patria potestad, según lo dispuesto en el artículo 180 RRC, ya que "cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los padres se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos". Igualmente, si el menor estuviere sometido a tutela ordinaria, también deberá practicarse la nota al margen de la inscripción de aquélla como señala el artículo 288 RRC.

Según el artículo 9-2 del Decreto 121/1988 de 23 de Noviembre, regulador del Procedimiento de Constitución y Ejercicio de la tutela y guarda del menor de la Comunidad de Madrid⁸¹¹, si en el acuerdo que adopte la Comisión de Tutela la medida que

⁸¹¹ Vid. BOCM de 16 de Diciembre de 1988.

procede es la tutela, dicho acuerdo "deberá ser notificado también al Ministerio Fiscal y al Registro Civil".

Como señala el párrafo 4º del artículo 10 -que ha sido modificado por Decreto 71/1992, de 12 de Noviembre⁸¹²-, si, tras una intervención urgente -en cuyo caso procede acordar de inmediato la tutela del menor mediante resolución del Vocal Comisionado, para posteriormente dar cuenta a la Comisión-, a continuación se adopta la extinción de la tutela, deberá ser también notificado al Registro Civil.

Novedad importante del Decreto 71/1992, de 12 de Noviembre, es la que introduce su artículo tercero, en el que se establece que "Se crean en el Decreto 121/1988, de 23 de Noviembre los artículos 15 bis y 23 con el siguiente tenor literal:

15 bis. "Se crea en la Secretaria de la Comisión de Tutela del Menor un Registro de Tutelas, en el que deberán ser inscritos todos los menores, cuya tutela sea constituida y en el que se harán constar, al menos, los siguientes datos:

- a) Número registral.
- b) Número de expediente.

⁸¹² Decreto 71/1992, de 12 de Noviembre, por el que se modifica el Decreto 121/88, de 23 de Noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor (BOCM 19 de Noviembre 1992, Num.276).

- c) Fecha de inscripción.
- d) Apellidos y nombre del menor.
- e) Fecha de nacimiento.
- f) Causa de la tutela.
- g) Fecha de la constitución de la tutela.
- h) Organismo que constituyó la tutela.
- i) Ejercicio de la guarda durante la tutela.
- j) Fecha de cese de la tutela.
- k) Causas del cese."

En el artículo 23 se crea igualmente un Registro de Guardas.

16.4 - CONTENIDO DE LA TUTELA: PERSONAL Y PATRIMONIAL.

Dada la escueta regulación que de la tutela automática lleva a cabo la Ley 21/87, no se precisa cuál será el contenido de aquélla.

Partiendo de que es verdadera tutela -art.222-4º, 239-1º-, su contenido podrá abarcar tanto el ámbito personal como patrimonial⁸¹³. Dicha institución atiende al cuidado personal y, en su caso, patrimonial del menor. Puede asumir como contenido el de la tutela ordinaria.

⁸¹³ VARGAS CABRERA: <<El Desamparo...cit.>>, p.663; EGEA I FERNANDEZ: <<La protección ...cit.>>, p.205; DE LA HAZA: <<Notas sobre el <<affidamento>>... cit.>>, p.985 n.62.

Relacionando el artículo 215 C.c. con el 236-1° C.c., se puede concluir que la existencia sólo de un tutor de persona es una excepción, puesto que la tutela normalmente se ejercerá por un sólo tutor, que abarca ambas facetas la personal y patrimonial.

Los autores que discrepan de la postura anterior sobre la naturaleza jurídica de la tutela automática de la Entidad pública, y defienden, por el contrario, que dicha tutela es un título del que se puede servir la Administración para hacer efectiva la función de protección a los menores, abogan, bien porque su contenido sea exclusivamente personal⁸¹⁴, bien porque el mismo dependa de la situación concreta de cada menor, pudiendo ser modulado por la Administración⁸¹⁵.

Así, PEREZ ALVAREZ estima que la tutela administrativa supone "detraer el contenido personal de la guarda, bajo la que se ocasionó el desamparo, pero sin que la Entidad pública ostente por principio, ni la representación del menor, ni la administración de sus bienes"⁸¹⁶.

Igualmente, considera que la determinación del contenido de la tutela automática se hará en función de lo establecido en el

⁸¹⁴ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", pp. 94, 95, 96 n.124.

⁸¹⁵ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 57 a 62.

⁸¹⁶ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.94.

artículo 173-1 C.c. para el acogimiento familiar, "teniendo la persona que acoge al menor unos deberes que coinciden con el contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela". Concluye dicho autor diciendo que el artículo 173-1 "sólo atribuye al acogimiento un contenido personal, por ser el único que puede trasvasar la Entidad pública a los particulares en quienes hubiera delegado el ejercicio de la guarda inherente a la tutela administrativa".

En nuestra opinión, no cabe identificar tutela y acogimiento en cuanto a su contenido. La tutela de menores se constituye como sustitución del ejercicio de la patria potestad, con todo lo que esta medida supone en la esfera personal y en su caso patrimonial. Por consiguiente, el artículo 173-1 se refiere exclusivamente al acogimiento y no a la tutela ex artículo 172-1, puesto que dicha interpretación extensiva no sería acorde con lo dispuesto en los artículos 222-4º y 239 C.c. .

Cuestión distinta es que en la Ley 21/87 se insista en el contenido personal de la tutela automática, dado que aquélla afecta a los menores desamparados, y normalmente éstos careceran de un patrimonio. Ahora bien, el dar más relevancia a ese aspecto no implica que su contenido se limite al mismo.

El propio PEREZ ALVAREZ acaba reconociendo que, en ciertos casos -cuando por fallecimiento del titular, o en virtud de

Sentencia judicial de privación, el menor no estuviera sometido a patria potestad, tutela o guarda de hecho- "su contenido se expande y comprende la representación del menor y la administración de sus bienes"⁸¹⁷.

FERRER VANRELL⁸¹⁸ también defiende que sólo abarca el ámbito personal de protección propio de la tutela ordinaria para el supuesto del tutor de la persona, en base a una argumentación diferente. Estima que esta tutela puede coexistir con la patria potestad o tutela ordinaria y, además es provisional -art.239-2º C.c.-. Cuando se den "ciertas circunstancias, -que, a su juicio, no pueden ser otras que se derive la obligación de tener que intervenir en el ámbito patrimonial-, entra en juego la tutela ordinaria". Por otro lado, entiende que "el contenido de la tutela automática, según los artículos 172-2 y 3 C.c., es la guarda que comprende sólo el ámbito personal".

Pero hay que tener en cuenta que la tutela puede no ser provisional. Además si hay que gestionar un patrimonio, aunque en la tutela ex artículo 172 se atiende sobre todo al aspecto personal del menor, ello no conlleva que entre en juego la tutela ordinaria.

Que la tutela implique la guarda no significa que ése sea el

⁸¹⁷ PEREZ ALVAREZ: "La nueva...cit.", p.96 n.124.

⁸¹⁸ FERRER VANRELL: <<El Acogimiento familiar...cit.>>, pp. 180-181.

contenido de la tutela automática. En base a la afirmación de la mencionada autora, parece que ambas instituciones serían idénticas. Pero, si algo se establece en la Ley 21/87, es la diferencia entre ambas figuras, tutela y guarda (párrafos 1° y 2° del artículo 172).

Más original es aún la postura mantenida por DE PABLO CONTRERAS⁸¹⁹. Opina que "no es razonable entender que toda tutela administrativa posea idéntico contenido", sino que éste podrá ser modulado por la propia Administración, puesto que la tutela de las Entidades públicas se caracteriza por su elasticidad. Así "es, el máximo contenido posible de la tutela de las Entidades públicas lo que se identifica con el contenido de la tutela civil ordinaria, no su contenido necesario"⁸²⁰.

Considera que, si los padres o el tutor le prestan la adecuada asistencia moral, pero no la material, la actuación administrativa ha de limitarse a atender al menor en el aspecto material o viceversa. Por tanto, el acto administrativo que declare la situación de desamparo "no puede tener siempre los mismos efectos e idéntico contenido y consecuencias para el menor y para sus padres, tutores o guardadores"⁸²¹.

⁸¹⁹ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.58 n.59.

⁸²⁰ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.59.

⁸²¹ DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.59-60.

A nuestro parecer, el mencionado autor confunde el contenido de la tutela con las distintas medidas de protección. La situación en la que se encuentre el menor determinará que se adopte una u otra medida en función de su interés, pero ello no determina el contenido de la tutela.

Si la Entidad pública constata que el menor está en situación de desamparo, entrará en juego la tutela automática, que implica la suspensión automática de la patria potestad o de la tutela, y que abarcará el contenido personal y en su caso patrimonial de ésta.

Cuestión distinta es que la situación del menor no sea de desamparo y, dándose los requisitos del artículo 172-2, proceda la guarda institucional.

Finalmente, DE PABLO CONTRERAS señala que la Entidad pública asumirá todo el contenido personal o patrimonial de la tutela ordinaria, cuando "el menor carezca de padres o de tutor, cuando aquéllos hubieran sido privados de la patria potestad..; pero también cabrá, atendidas las circunstancias del caso, el dictado por la Entidad pública, en ejercicio de su potestad, de un acto administrativo, que expresamente prevea la asunción de todo el contenido de la tutela, cuando así lo aconseje el interés del menor (por ejemplo, cuando la situación de desamparo derive de un

ejercicio indigno de aquellas potestades familiares)"⁸²².

Como vemos, todas las situaciones anteriores dan lugar al desamparo y tutela de la Entidad pública. Luego, en definitiva, cuando entre en juego la tutela automática podrá abarcar ambos aspectos. Ahora bien, es su postura, mantenida en relación con la naturaleza jurídica de la tutela -no es una potestad familiar de Derecho privado, sino una potestad administrativa de Derecho público- lo que le lleva a afirmar que, para que la Entidad pública asuma todo el contenido de la tutela en supuestos propios de desamparo, la misma tenga que dictar una resolución administrativa.

Lógicamente, desde nuestro punto de vista, no podemos aceptar esta postura, puesto que estimamos que la tutela automática es verdadera tutela y, como tal, podrá abarcar la prestación de alimentos, la guarda y educación del menor, así como la representación legal y la administración de sus bienes.

En cambio, en la Ley Catalana 37/1991 de 30 de Diciembre, se contempla expresamente el contenido de la tutela, ya que, en el Preámbulo, se señala que "*las facultades que corresponden al Organismo competente por el hecho de ejercer las funciones tutelares sobre un menor concreto comprenden, tanto lo que se refiere a la persona, como al patrimonio del menor*". A continuación

⁸²² DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", p.61.

se dispone que "la guarda, por su propia naturaleza, queda limitada al cuidado personal".

16.5 - FUNCIONES DEL TUTOR.

En este aspecto regirán las normas del Título X del Libro I del Código Civil. El tutor público tendrá un conjunto de derechos y deberes en el orden personal y en su caso patrimonial⁸²³. La tutela confiere al tutor una potestad tuitiva, que abarca la totalidad de los intereses de los menores: su persona y sus bienes.

16.5.1-EN EL ORDEN PERSONAL.

En el ámbito personal, nos encontramos con los siguientes deberes establecidos en el artículo 269, según el cual: "*El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

1° - *A procurarle alimentos.*

2° - *A educar al menor y procurarle una formación integral.."*

De forma parecida, en el art.5 de la Ley Italiana 184/1983 se regulan los deberes de las personas que acogen al menor, que

⁸²³ Vid. GOMEZ LAPLAZA: <<Comentario al artículo 269 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 503-525; ROCA TRIAS: <<Comentario al artículo 217 C.c.>> en "Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela...cit.", pp. 229-235; SANCHO REBULLIDA: "Elementos de Derecho Civil IV". Bosch. Barcelona, 1989, pp. 316-324; PEÑA BERNALDO DE QUIROS: "Derecho de Familia". Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid 1989, pp. 579-588; VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, pp. 663-666.

consisten en "tener consigo al menor, proveer su mantenimiento, educación e instrucción, teniendo en cuenta las instrucciones de los padres, respecto de los cuales no haya habido pronunciamiento en el sentido de los artículos 330 y siguientes del C.Civil o del tutor, observando las prescripciones eventualmente establecidas por la autoridad.

La persona, que acoge al menor, debe facilitar las relaciones entre el menor y sus padres y favorecer la reinserción en la familia de origen.

Las normas contenidas en los párrafos precedentes, se aplicarán, si son compatibles a los supuestos de menores hospedados en una comunidad-alojamiento o acogidos en una institución".

Hay que señalar, que, en principio, esta norma indica los deberes de los acogedores familiares, porque, en su último párrafo, extiende su aplicación a las instituciones asistenciales, sólo si son compatibles y porque los deberes de estas instituciones vienen regulados expresamente en el art.3, que les concede facultades más amplias, al otorgarles sobre los menores recogidos poderes tutelares⁸²⁴.

⁸²⁴ El Acta inglesa sobre la Infancia de 1989 contempla, por un lado, los menores acogidos o acomodados por la autoridad local - "children look after by them" (art.22-1)- sobre los que no tiene potestad tuitiva y están bajo cuidado voluntario y, por otro, los menores bajo protección -"children in care" (art.33)- sobre los que tiene potestad tuitiva y están bajo cuidado obligatorio sin que los padres hayan consentido.

Respecto a los deberes de las autoridades locales hacia los menores acogidos por ella, hay que destacar que éstos son los mismos, que los que tienen hacia los menores bajo su protección (art.33), aunque, respecto a los primeros, no tiene la potestad

Tiene importancia analizar lo dispuesto en el párrafo último de dicho artículo, ya que extiende en cuanto sea compatible, la aplicación de la normativa dispuesta en los tres primeros párrafos a las instituciones asistenciales, y, por tanto, al acogimiento institucional.

Las obligaciones en el acogimiento familiar son las siguientes:

- 1- Tener al menor en su compañía.
- 2- Proveer su mantenimiento, instrucción y educación⁸²⁵.

tuitiva, lo cual limita su poder para tomar decisiones (art.3-5). (Vid. al respecto CRETNEY S. & MASSON J.M.: "Principles of family law". Sweet & Maxwell. Londres 1990, pp. 601 y ss. CRETNEY S.: "Elements of family law". Second edition. Sweet & Maxwell. Londres 1992, pp. 298 y ss. Sobre la regulación anterior a la Reforma de 1989, BROMLEY P.M. & LOWE N.V.: "Family Law". Butterworths. Londres 1987, pp. 452-489).

La autoridad local puede llevar a cabo las mismas acciones que se permite sean realizadas por cualquier otro cuidador de hecho. Hará "lo que sea razonable para promover y salvaguardar el bienestar del menor" (art.3-5).

Los padres, cuando su hijo sea acogido por la autoridad local, pueden delegar determinadas decisiones en ésta, mediante acuerdos. En cambio, para tener las autoridades locales la potestad tuitiva sobre los menores bajo su protección, es preciso una orden -bien de guarda, bien de protección- del Tribunal.

⁸²⁵ En el Acta inglesa sobre la infancia de 1989 se recoge también este deber de "tener al menor en su compañía y proveer su mantenimiento". La autoridad local debe mantener a todos los menores bajo su cuidado y acogerlos (art.23-1). Existen dos caminos diferentes de desempeñar este deber: el menor puede ser acogido fuera (por ejemplo, en acogimiento indefinidamente o por un periodo de tiempo) acomodándoles en una familia, con un pariente suyo, o cualquier otra persona -en este último caso se refiere a acogedores proporcionados por la autoridad local (art.23-3)- pudiendo existir una remuneración en estos tres supuestos, o acogido en una institución residencial (un "hogar comunidad" dirigido por la autoridad, un "hogar voluntario" dirigido por una organización

- 3- Tener en cuenta las indicaciones de los padres⁸²⁶.
- 4- Seguir las prescripciones de la autoridad judicial.
- 5- Favorecer la reinserción del menor en su familia

benéfica o en un "hogar de menores registrados" dirigido privadamente).

En el artículo 20 del Acta se establece que toda autoridad local debe acoger a cualquier menor necesitado, que esté dentro de su área si considera que es necesaria dicha medida como consecuencia de: a- No existir ninguna persona que tenga potestad tuitiva sobre él. b- Encontrarse perdido y haber sido abandonado; y c- Estar impedida (permanentemente o no y por cualquier razón) para acogerle o proporcionarle cuidados adecuados la persona que ha estado cuidándole (art.20-1).

Podrá acoger a cualquier menor -incluso aunque exista una persona con potestad tuitiva sobre él, que pueda proporcionarle alojamiento-, si considera que hacerlo salvaguarda el bienestar del mismo (art.20-4).

Ahora bien, si se oponen los que tengan la potestad tuitiva, la autoridad local podrá acudir al Tribunal y solicitar una orden de protección urgente (art.44) o iniciar un procedimiento de protección bajo el artículo 31.

La autoridad local es libre de elegir el tipo de acogimiento, pero debe tener en cuenta los puntos de vista del menor y de su familia (art.22-4° y 5°). El alojamiento dado debe estar cerca del hogar del menor, junto a sus hermanos, si están también bajo el cuidado de la autoridad (art.23-7-a y b), ya que si los menores regresan junto a su familia, la rehabilitación es más fácil si el contacto se ha mantenido.

En la práctica, las autoridades locales distinguen entre acogimiento a corto plazo, temporales y "puente" -en los que se prepara a los menores para situarlos con una familia permanentemente-, acogimientos de larga duración, y acogimientos preadoptivos.

⁸²⁶ Del mismo modo, en el Acta Inglesa sobre la Infancia de 1989 se recoge la instrucción de "tener en cuenta las indicaciones de las personas con potestad tuitiva". Antes de tomar una decisión en relación a un menor acogido o que se propone acoger, la autoridad local tendrá en cuenta los deseos y sentimientos del menor, de sus padres y de cualquier persona, que no es su padre, pero tiene potestad tuitiva sobre él (art.22-4); también se tendrán en consideración las creencias, la raza y ámbito cultural del menor (art.22-5).

natural⁸²⁷.

En realidad, son deberes propiamente dichos los dos señalados en primer lugar y el último; los otros dos son más bien instrucciones sobre cómo deben llevar a cabo su función.

Para una interpretación general y comprensiva de todo el precepto, es necesario tener en cuenta que el acogimiento es siempre un instrumento de ayuda temporal, tanto del menor, como de su familia. En este contexto es en el que ha de encuadrarse el deber de las personas, que acogen al menor de facilitar las relaciones entre el menor y sus padres y de favorecer la reinserción del menor en la familia de origen.

⁸²⁷También esta indicación se recoge en el Acta Inglesa sobre la Infancia de 1989. El deber general de la autoridad local en relación a los menores acogidos por ella es salvaguardar y promover su bienestar y hacer uso de los servicios, que estime adecuados para que el menor sea cuidado por su familia cuando dicha autoridad estime que es razonable (art.22-3).

Así, deben asegurar que el alojamiento esté cerca de su hogar (art.20-7-a), puesto que se debe procurar mantener el contacto entre el menor y su familia. Con este fin, el artículo 20-6 dispone que la autoridad adopte medidas que permitan al menor vivir con sus progenitores u otra persona con potestad tuitiva sobre aquél, o con una persona, a cuyo favor se haya dictado una orden de guarda inmediatamente antes de que se adoptara la orden de protección, o con un pariente, un amigo o alguien, que tenga relación con el menor, a menos que ello no sea razonable en la práctica o compatible con el bienestar del menor.

El trabajo con los padres y la preparación del menor para la independencia son dos puntos básicos en una protección adecuada. La autoridad local tiene el deber de llevar a cabo acuerdos que permitan al menor vivir con su familia y preparar al menor para una vida independiente una vez que finalice la protección (art.24-1).

En relación con que los acogedores deberán <<favorecer la reinserción del menor en su familia natural>>, hay que señalar que, más que una obligación, constituye una carga, incoercible jurídicamente, de hacer todo lo posible por la reinstauración de la vida familiar que normalmente correspondería. Dicha carga es aplicable a todos los sujetos implicados en el acogimiento, lo cual entronca directamente con el párrafo 3º del artículo 5.

A diferencia del acogimiento familiar, el instituto puede ejercitar los poderes tutelares, o porque falta el nombramiento de un tutor o porque él mismo es nombrado tutor.

16.5.1.1-VELAR POR EL MENOR.

En primer lugar, nos encontramos con el deber genérico de velar por el menor. La redacción del artículo 269 hace suponer que los apartados siguientes de dicho precepto son una concreción de este deber, que no se agota en aquéllos.

Su antecedente sería el artículo 154 C.c.en materia de patria potestad. El tutor tiene la obligación de satisfacer las necesidades de orden espiritual y material que requiera el menor. Tiene un deber de vigilancia.

A diferencia de la patria potestad, el tutor no tiene la obligación de tener en su compañía al sometido a tutela, pero sí

debe decidir con quién ha de convivir, asumiendo la responsabilidad y vigilancia de la situación.

La Entidad pública podrá tener al menor en su compañía cuando ejerza la guarda a través del Director del establecimiento o podrá darlo en acogimiento (art.172-3 C.c.).

Comprende, al igual que en la patria potestad, la facultad de reclamarlo de terceras personas que lo retengan indebidamente, o en caso de fuga recabar el auxilio de la autoridad.

La Entidad pública tendrá la potestad de internarlo conforme a lo establecido en los artículos 211 y 271-1 C.c. Si es en un establecimiento de salud mental o en un Centro de educación especial, se requerirá autorización judicial previa, salvo supuestos urgentes, en los que se dará cuenta a la autoridad judicial en las 24 horas siguientes. Si es en establecimientos educativos, que no sean de educación especial, no se requerirá autorización ninguna.

16.5.1.2-EL DEBER DE ALIMENTOS.

En segundo lugar, analizando las obligaciones concretas, está el deber de alimentos (art.269-1º), que, en base a dicho precepto, corresponde a la Entidad pública. Es una obligación unilateral, frente a la obligación de alimentos de los artículos 142 y

siguientes, que es recíproca.

También aquí, por alimentos se entiende <<todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica>>. Aunque, como señala GOMEZ LAPLAZA⁸²⁸, no se incluirán los aludidos en el párrafo 2° del artículo 142, puesto que "parece que la educación e instrucción se desglosan, en materia de tutela, de los alimentos, como obligación propia e independiente".

Como la tutela supone la separación del menor de su familia, la alimentación del menor en situación de desamparo corresponde a la Entidad pública como tutora que es. Ahora bien, en estos casos, la obligación de los padres de alimentar al menor, a pesar de la suspensión del ejercicio, permanece vigente en base al artículo 110 C.c.

En estos casos la Entidad pública podrá repercutir la cuota que corresponda en el patrimonio de los padres si éstos tienen suficientes medios económicos, aunque siempre deben tenerse en cuenta las normas jurídico-administrativas, que establezcan el carácter gratuito u oneroso de dichas prestaciones asistenciales. No obstante, si el desamparo proviene de una falta de asistencia material, lo anterior no será objeto de aplicación.

Ahora bien, si la Entidad pública acepta la custodia del

⁸²⁸ GOMEZ LA PLAZA, op.ult.cit., p.509.

menor con un evidente <<ánimo de piedad>>, aplicándose el artículo 1894 C.c., se le cerraría la posibilidad de ejercitar una acción de repetición de las cantidades invertidas frente a los padres, los teóricamente obligados en base al artículo 154 C.c. o 110 C.c.

La concurrencia de dicho ánimo y, por tanto, la imposibilidad de cualquier acción de restitución es clara cuando en el desamparo exista una falta de asistencia material por la falta de medios económicos de los progenitores.

Por otro lado, como el tutor no está obligado a tener al tutelado en su compañía, los alimentos podrá procurárselos, bien de forma directa, bien mediante la entrega de las sumas necesarias para ello a las personas que lo tengan en su compañía. Así, si el ejercicio de la guarda se lleva a cabo a través del acogimiento, la Entidad pública tutora podrá acordar que éste sea remunerado si lo cree necesario. Esta remuneración, en una situación de indigencia de los padres, la debe aportar la Entidad pública.

No obstante, si el ejercicio de la tutela se lleva a cabo a través del acogimiento, corresponde la alimentación del menor a la persona o personas que lo reciban en acogimiento, puesto que expresamente se recoge dicho deber en el artículo 173-1 C.c.⁸²⁹.

⁸²⁹ En este sentido se pronuncia DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil...cit.", pp. 73-74.

Ahora bien, puesto que, en base a los artículos 110 y 111, los padres conservan el deber de alimentar a su hijo en los casos de exclusión y privación de la patria potestad, ¿cual de los deberes legales prevalece?, ¿es posible coordinarlos o sólo cabe la prevalencia del uno sobre el otro?.

Es obvio que este problema no se planteará en todos los supuestos de acogimiento. Así, no tendrá lugar en aquellos casos en que el acogimiento obedezca a la falta de recursos económicos de los progenitores, puesto que los alimentos serán sufragados por los acogedores, en virtud del artículo 173-1.

RUIZ-RICO RUIZ⁸³⁰ estima que, "dada la imposibilidad legal de otorgar prevalencia a alguno de los deberes legales de alimentos, no queda más remedio que propugar la aplicabilidad conjunta del contenido de los artículos 173 y 110 C.c., lo que supondrá la existencia de dos deberes paralelos y simultáneos de alimentos". Por tanto, considera oportuno mantener "la naturaleza de <<deudores solidarios>> de padres y acogedores". Dicha solidaridad sería bastante evidente, ya que ambos tienen obligación de alimentar al menor, y nada impide que el menor se dirija contra cualquiera de los obligados⁸³¹.

⁸³⁰ RUIZ-RICO RUIZ: <<La tutela <<ex-lege>>...cit.>>, n° 2, pp. 153-156.

⁸³¹ En el mismo sentido se pronuncia MENDEZ PEREZ: "El acogimiento...cit.", pp. 165-166.

¿Cómo se traduce lo anterior en las relaciones internas?. Dada la inmediatividad en la actuación de los acogedores, como regla general, serán éstos los que desembolsen las cantidades necesarias para la alimentación y educación del menor, debiendo exigir a los progenitores, a continuación, el reembolso de la parte correspondiente a éstos.

EGEA I FERNANDEZ⁸³² estima que "si los padres tienen medios suficientes (supuesto extremadamente infrecuente, puesto que el problema del desamparo de los menores afecta, lógicamente, a sectores de las capas marginadas de la población), a ellos corresponderá hacerse cargo de los mencionados gastos independientemente de si se encuentran privados o suspendidos, o no, de la patria potestad (art.110), o corresponderá al patrimonio del propio menor, caso de que lo tenga".

En definitiva, pague quien pague, los que hayan realizado el pago o llevado a cabo la prestación alimentaria podrán exigir a los demás el reembolso de su parte, que se hará proporcionalmente, en atención a los medios disponibles en cada momento por cada una de las partes obligadas.

No obstante, nada impide que si los acogedores asumen la guarda del menor, por puros deseos humanitarios y sin intención de

⁸³² EGEA I FERNANDEZ: <<Comentario al artículo 173 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.>>, p.104.

reclamar nada a los progenitores, entraría en juego el artículo 1894 C.c., sobre gestión de negocios alimentaria, con lo cual, si los gestores, ahora acogedores, obraron <<por piedad y sin ánimo de reclamarlos>> no podrán exigir de ningún modo el reembolso a los obligados legalmente, a los progenitores.

16.5.1.3- EDUCAR AL MENOR.

En tercer lugar, está "educar al menor y procurarle una formación integral" (art.269-2 C.c.), cuyo paralelismo con lo dispuesto en el artículo 154 C.c. es total.

El ente público, dada la suspensión de la patria potestad, tiene total autonomía decisoria. En la esfera personal del menor, con el fin de su educación y atención, la Entidad pública, a diferencia de cuando sólo asume la guarda (art.172-2 C.c.), tiene un poder de decisión completo. La dirección escolar, cultural y educativa reside en el tutor público, siendo éste el que ha de decidir la formación religiosa y moral del menor.

Cuando la Entidad pública asume sólo la guarda (art.172-2), los padres o tutores tendrán la participación, que se les haya otorgado por convenio o decisión judicial. Así, aunque en principio corresponderá a la Entidad pública la dirección ordinaria en la educación del menor, aquéllos podrán participar en las decisiones trascendentales.

Dicho deber incluye la facultad de corrección (art.268-2) y el deber de respeto y obediencia en el sujeto a tutela (art.268-1).

16.5.1.4-RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

A la Entidad pública, bien asuma la tutela (art.172-1) o sólo la guarda (art.172-2), le corresponde la responsabilidad extracontractual procedente de daños ocasionados por el menor. En el artículo 1903 C.c. descansa el deber de responder en los supuestos de guarda. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos "que se encuentren bajo su guarda" y los tutores de los menores "que están bajo su autoridad y habitan en su compañía".

Hay que tener en cuenta que, según el artículo 1903-2 C.c., la responsabilidad paterna nace sólomente cuando los hijos "se encuentren bajo su guarda" lo que no sucede en las hipótesis de desamparo, bien asuma la Entidad pública la tutela, bien la guarda. En ambos supuestos se asume una <<guarda>> plenamente legal que, en consecuencia, dejarán de tener los progenitores. Luego estos casos quedarían fuera del supuesto de hecho del artículo 1903-2 C.c. .

La Entidad pública, como tutora que es de los menores desamparados, será responsable "de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía", en virtud del artículo 1903, párrafo 3° del Código Civil.

16.5.1.5- INFORMAR AL JUEZ.

Por último, hay que señalar que el apartado 3° del artículo 269 se refiere expresamente a los incapacitados y el apartado cuarto, en el caso de la tutela de las Entidades públicas, estimo que no será sustituido por lo establecido en el artículo 174 C.c., ya que aunque la Entidad pública pondrá en conocimiento del Fiscal cualquier anomalía que observe y además aquél está obligado a comprobar semestralmente la situación del menor, ello no es obstáculo para que el tutor también informe al Juez anualmente sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su administración. Son dos vías paralelas.

16.5.2- EN EL ORDEN PATRIMONIAL.

Aunque en principio la tutela automática no se extienda al orden patrimonial puede llegar a extenderse, y entonces será la Entidad pública el administrador legal del patrimonio del menor (art.270). Como ya dijimos, se aplicará el régimen de autorizaciones judiciales, que, para llevar a cabo determinados actos de gestión, se exige en los artículos 271 y 272 C.c., aplicándose el artículo 273 C.c. .

Si los bienes están abandonados -supuesto bastante raro- o los padres voluntariamente se los entregan a la Entidad no surgirá ningún problema. En cambio, si los progenitores se oponen a

entregarlos, la Entidad pública para hacerse cargo de los bienes deberá acudir al Juez.

No obstante, lo normal será que los menores desamparados carezcan de un patrimonio que sea preciso gestionar. De ahí que, dada la función asistencial que corresponde a las Entidades se dé más relevancia en la tutela automática de las entidades públicas al aspecto personal.

16.5.3 - LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR.

Tanto en el ámbito personal como en el patrimonial -si la tutela se extiende a éste-, corresponde al tutor la potestad de representación⁸³³. En efecto, como se establece en el artículo 267 C.c. "el tutor es el representante del menor o incapacitado". Por ley queda el tutor investido de un poder para actuar en la esfera jurídica del tutelado, en sustitución del mismo. Dicha representación tiene lugar tanto en la esfera judicial como extrajudicial.

La excepción a la representación la constituyen aquellos actos que el menor pueda realizar por sí sólo, por disposición

⁸³³ EGEA I FERNANDEZ: <<Comentario al artículo 173 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil...cit.", p.92, estima que "el régimen de tutela (en este caso automática) comporta la atribución de la representación legal del menor a la Entidad pública, por lo que se incluyen en él tanto los aspectos personales como patrimoniales...".

expresa de la ley (art.267): ejercicio de los derechos de la personalidad -art.162-1º en relación con la patria potestad-, de la facultad de testar a partir de 14 años (art.663 C.c.). También habrá que tener en cuenta aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre el tutelado y el tutor (art.221-2 C.c.), así como los relativos a bienes que estén excluidos de la administración del tutor⁸³⁴: como los bienes adquiridos a título gratuito, si así lo ordena el disponente (art.227), los que el menor, que sea mayor de 16 años hubiese adquirido con su trabajo o industria (art.164-3) -aunque este supuesto no esté especialmente previsto en relación con la tutela- y los bienes sujetos a defensor nombrado judicialmente.

17.- EXTINCIÓN DE LA TUTELA AUTOMÁTICA.

17.1- EN LA LEY 21/87.

Las causas de extinción de la tutela ordinaria como institución se recogen en los artículos 276 y 277 del Código Civil,

⁸³⁴ Vid. PARRA LUCAN: "El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán", pp.235 y ss. (Dispongo de un ejemplar por gentileza, que agradezco mucho, de su autora). Pone de manifiesto que igualmente en la Ley Catalana 39/1991, de 30 de Diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, la actuación representativa, tanto para los menores como para los incapacitados queda excluida en esos dos supuestos.

Es más, expresamente en el artículo 51 se excluye de la representación del tutor del menor: "a) los actos relativos a los derechos de la personalidad salvo que las leyes que los regulan dispongan de otra cosa b) los actos que de conformidad con las leyes y las condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo el menor".

que estimo son aplicables a la tutela de las Entidades públicas. En relación con éstas, veremos sólo las relativas a la tutela de los menores de edad y no las que afectan a la tutela de los mayores de edad incapacitados⁸³⁵.

Nos encontramos con las siguientes causas:

A - Que el sometido a la tutela alcance la mayoría de edad, ya que la minoría de edad es un presupuesto inexcusable de aquélla.

B - La adopción del tutelado menor de edad.

En este supuesto, la asistencia material y moral del menor queda garantizada, dado que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art.108-2) y el menor quedará sujeto a la patria potestad del adoptante o adoptantes. En cambio, el mero acogimiento preadoptivo no extingue la tutela de la Entidad pública, puesto que el acogimiento será tan sólo un instrumento para el ejercicio de la tutela o de la guarda.

C - El fallecimiento de la persona sometida a la tutela de

⁸³⁵ En el artículo 41 del Borrador de la Ley de Derechos de la Infancia de 8 de Julio de 1993, se contempla el cese de la tutela en los siguientes términos: "la tutela de la Administración cesará en los siguientes supuestos: a) Por decisión judicial. b) Cuando lo acuerde la Administración por haber cesado las causas que motivaron el desamparo y los padres estén en condiciones de recibir al menor. c) Por la constitución de una tutela ordinaria. d) Por mayoría de edad o emancipación del menor".

la Entidad pública.

D - La concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

Supuesto éste, que no creo se dé con mucha frecuencia en la práctica, pero, no obstante, como se establece en el artículo 321 C.c., "también podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de 16 años que lo solicitare".

Así, si la autoridad judicial estima que será conveniente para el menor y aquél lo solicita, podrá concederle dicho beneficio, siendo la situación del beneficiario equivalente a la del menor emancipado -art.323 párr.último-.

El menor que obtenga el beneficio de la mayor edad queda sujeto a curatela (art.286-2). El cargo de curador será ejercido por la misma persona, que hubiese sido tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa (art.292). Luego la Entidad pública tutora pasará a ostentar la curatela.

E - Recuperación de la patria potestad por su titular.

Si el desamparo se hubiese originado estando los padres del menor privados de la patria potestad mediante resolución judicial, y los Tribunales disponen, en interés del hijo, la recuperación de

aquella cuando cese la causa que la motivó (art.170-2 C.c.), se extinguirá la tutela de la Entidad pública.

Siendo posible el cumplimiento por los padres de los deberes de protección que establece la Ley, cesa la situación de desamparo y se garantiza la necesaria asistencia material y moral del menor.

Lo mismo ocurrirá si la Entidad pública aprecia que un menor está en situación de desamparo, entrando en juego inmediatamente la tutela de la Entidad pública, que conlleva la suspensión automática de la patria potestad, y, con posterioridad, aprecia que procede la privación de la patria potestad, solicitándoselo al Juez. Si transcurrido un tiempo, la autoridad judicial determina su recuperación, también se extinguirá la tutela de la Entidad pública.

Estos dos supuestos, sólo se distinguen en el momento en que tienen lugar la privación de la patria potestad. Es decir, en el primero, es la privación la que da lugar al desamparo y en el segundo, ante la situación de desamparo con posterioridad, es la Entidad pública la que solicita la privación.

A las causas enumeradas en los artículos 276 y 277 C.c., hay que añadir, como supuestos también de extinción institucional de

la tutela, dos más específicos de esta tutela ex lege⁸³⁶, que son los siguientes:

F - La cesación de la situación de desamparo del menor.

Es lógico que si la situación de desamparo es la que origina la tutela asistencial, cuando cese aquélla se extinguirá también la tutela de la Entidad pública, teniendo lugar la reinserción en la propia familia.

Debido al automatismo, se sabrá el momento en que nace y muere dicha función tutelar: al surgir y cesar respectivamente la situación de desamparo.

El cese de las causas que motivaron el incumplimiento o el imposible o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes -es decir desaparecida la situación de desamparo-, la tutela de la Entidad pública quedará extinguida, así como la suspensión automática de la patria potestad o tutela, volviendo los padres o tutor ordinario a la situación que

⁸³⁶ FELIU REY: "Comentarios...cit.", p.27; LETE DEL RIO: <<Comentario al artículo 239>> en "Comentario del Código Civil. Tomo I...cit.", p. 734; RODRIGUEZ SOL: <<La protección y Acojimiento...cit.>>, p.1108; DE PABLO CONTRERAS: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario a las Reformas del Código Civil ...cit.", pp. 75-76 y VARGAS CABRERA: <<El desamparo...cit.>>, p.666 el cual, a diferencia de los anteriores, estima que aunque cese el desamparo no se extinguirá automáticamente la tutela y se recuperará la patria potestad sino que "en todo caso será necesaria la decisión judicial al respecto".

ostentaban anteriormente en relación con el menor, tendrá lugar la rehabilitación de la patria potestad o de la antigua tutela.

Como señala VALLADARES RASCÓN⁸³⁷, "si la tutela automática supone la extinción de la anterior potestad sobre el menor, sin necesidad de procedimiento previo alguno, por igual razón, la extinción de dicha tutela, sin que el Juez constituya otra, deberá implicar la rehabilitación de la potestad anterior".

Nosotros, sin defender la extinción de la anterior potestad, sino la suspensión, consideramos que en este supuesto los efectos serán idénticos a los señalados por la mencionada autora.

También en el caso de suspensión de la patria potestad por imposibilidad de uno de los padres (art.156-4 C.c.), si el desamparo surge como consecuencia del incumplimiento de sus deberes para con el hijo, por parte del progenitor que ejerciera aquélla, si cesa la imposibilidad, podrá dicho progenitor instar la cesación de la tutela de la Entidad pública, disponiéndolo así ésta.

G - El nombramiento de un tutor ordinario (art.239-2), el cual tendrá lugar "cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste".

⁸³⁷ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela de los menores ...cit.>>, p.2060.

También en este caso, queda garantizada la necesaria asistencia material y moral del menor.

Este supuesto se refiere a que, producida ya la situación de desamparo, determinadas personas relacionadas con el menor se ofrezcan a hacerse cargo de éste.

Si se trata de miembros de su familia, la constitución de la tutela a su favor parece indiscutible en virtud del artículo 172-4 inciso primero, en el que se dispone que "se procurará la reinserción del menor en la propia familia".

Por otro lado, al igual que en el caso anterior, surgirá automáticamente una primera tutela de la Entidad pública, que se extinguirá cuando se constituya la segunda tutela.

Discrepan DIEZ PICAZO y GULLÓN⁸³⁸, los cuales afirman que "si el menor está sujeto a patria potestad, la conducta de los padres es causa de privación de la patria potestad, lo cual ha de ser declarado por el Juez (art.170) y pasarán a estar sometidos a tutela, según las normas ordinarias (art.222-1). Sólo para el caso de que la tutela no pudiera constituirse regirá esa tutela *ope legis* de la Entidad pública... que vendrá a ser residual, sólo para el caso de que no se pudiera hacer el nombramiento".

⁸³⁸ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. 4º edición. Tecnos. Madrid 1988, pp. 284-285.

No obstante, como señala VALLADARES RASCÓN⁸³⁹, "del artículo 239 parece deducirse lo contrario, al afirmar en el párrafo 1º que la tutela de los menores desamparados corresponde a la Entidad pública; y, en el segundo, que sin embargo, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias en ciertos casos. Es decir, que el párrafo segundo constituye una excepción a la regla general, establecida en el párrafo primero, y no a la inversa".

En efecto, como defiende la mencionada autora, el primer párrafo del artículo 239 es la regla general. Además, si entendiéramos que la tutela ope legis es residual, carecería de sentido que el nombramiento de un tutor ordinario fuere causa de extinción de la tutela automática, puesto que en base a dicho carácter residual, si primero se nombra el tutor ordinario, ni siquiera llegaría a surgir la tutela de la Entidad pública.

Finalmente, señalar que el acogimiento no será causa de extinción de la tutela de la Entidad pública. El artículo 172-3 parte de que, existiendo una antecedente tutela o guarda administrativa, el acogimiento es sólo un instrumento para el ejercicio de éstas, que subsisten. Por éso, tal ejercicio tendrá lugar bajo la vigilancia de la Entidad pública.

17.2 - EN LA LEY CATALANA 37/1991 DE 30 DE DICIEMBRE.

⁸³⁹ VALLADARES RASCÓN: <<La tutela...cit.>>, p.2052.

Dada la regulación detallada que se hace en dicha ley, por un lado se contempla la extinción de las funciones tutelares en las disposiciones generales y, por otro lado, en la Sección Cuarta del Capítulo Primero, se regula el cese de las medidas de protección.

En relación con las funciones tutelares, en el artículo 3 párrafo 1º, tras señalar que la resolución de desamparo comporta la asunción automática por el Organismo competente de las funciones tutelares sobre el menor, en el mismo se establece que ello será así *"mientras no se proceda a la constitución de la tutela por las reglas ordinarias o el menor no sea adoptado, no sea reintegrado a quien tenga la patria potestad o la tutela del mismo, no se emancipe o no llegue a la mayoría de edad"*.

Nuevamente, hay que agradecer al legislador catalán esta regulación minuciosa, puesto que establece el momento en que surge y el que cesa el ejercicio de las funciones tutelares, y más aún dedica toda una Sección al cese de las medidas de protección.

Así, en el artículo 16 se recogen las distintas causas de extinción de las medidas de protección, las cuales son las siguientes:

1- Mayoría o habilitación de edad. Las medidas de protección afectan a los menores en situación de desamparo, luego es razonable que cesen al alcanzar la mayor edad.

2- Adopción del menor. Cuando la situación de abandono tiene carácter definitivo, es lógico que la medida que se tome sea la adopción del menor, y, en el momento que ésta se produce, cesen las medidas de protección anteriormente tomadas.

3- Resolución judicial. Dadas las facultades que tiene el Juez, si él considera que debe extinguirse la medida adoptada previamente, éste dictará la resolución que corresponda, poniendo fin a la situación anterior.

4- Por acuerdo del Organismo competente, cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su adopción.

Así, si cesa la situación de desamparo, también cesará la medida de protección, puesto que dicha situación es la que originó el nacimiento de la medida de protección. Al cesar la situación para la que nació, se extingue la misma.

Lo mismo ocurre, si las que desaparecen son otras circunstancias que constituyan los presupuestos básicos de la aplicación de una determinada medida.

5- Caducidad del tiempo de duración previsto en la resolución de adopción de la medida, y, en su caso, de la prórroga.

Cuando en la propia resolución, se prevéa un tiempo de



duración, una vez transcurrido éste, la medida se extingue.

En el párrafo 1° del artículo 17, se recogen otras causas de cesación, en los casos de acogida simple y preadoptiva, como son la muerte, incapacidad o voluntad de la familia o persona acogedora. Ahora bien, en estos casos, se puede proceder de manera inmediata a una nueva acogida, bien en familia, en institución o preadoptiva.

Sólo en el caso de la acogida preadoptiva (art.17-2°), cabe que ésta cese a petición de un menor, mayor de 12 años, ya que se tiene en cuenta ante todo el interés del menor, adoptándose lo más pronto posible cualquier otra medida, que le beneficie.

Cabe preguntarse por qué el cese a petición de un menor, mayor de 12 años, sólo cabe en la acogida preadoptiva y no en el resto de las medidas, más aún, cuando a la hora de adoptar cualquier medida, siempre debe ser oído el menor de más de doce años y el de menos de doce si tiene suficiente conocimiento y es posible, como se establece en el artículo 5-4.

Consideramos que ello sólo puede deberse a que la acogida simple, bien en familia, bien en institución, es siempre provisional (art.5-1 y 12-1). En el artículo 11-1, se señala que *"la resolución por la que se constituya la acogida simple en familia debe ser motivada y especificar el tiempo de duración, que*

no puede ser más de un año, salvo que la medida sea prorrogada previa comunicación al Ministerio Fiscal". Y en el artículo 12-4, en relación con la acogida en institución, se prevé que ésta se constituya por las mismas reglas y duración que la anterior.

En cambio, la acogida preadoptiva, aún siendo también provisional, tiene como fin desembocar en la adopción. Para su constitución, se exige el consentimiento del menor, si tiene más de doce años y, si es menor de dicha edad, deberá ser oído. Por tanto, si durante este período de prueba, dicho menor, mayor de 12 años, no encaja con la familia adoptiva, se le concede que solicite el cese con anterioridad a la constitución de la adopción, que es irrevocable (art.30).

No obstante, una vez finalice el tiempo de duración que se establezca en la resolución -que en ningún caso puede ser superior a un año- y no se haya revisado la medida que se adoptó, o así lo establezca el Organismo competente, se puede proceder a la adopción del menor.

III.-CONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

I - En el Código Civil, con la reforma operada por la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, se introduce por primera vez una Sección destinada a la protección de menores desamparados -Sección primera del Capítulo V del Título VII del Libro I-, recogiendo en la misma la definición de desamparo, así como el régimen de protección de los menores desamparados, constituido, bien por la tutela automática (art.172-1 C.c.), bien por la guarda (art.172-2 C.c.) de la Entidad pública.

Fuente de inspiración de nuestra Ley fué la Ley Italiana N° 184, de 4 de Mayo de 1983, en cuyo artículo 8 se define el estado de abandono con gran detalle.

En cambio, nuestra Ley 21/87, no establece una regulación completa de la situación de desamparo, sino que en la misma se recoge un concepto de desamparo vago e insuficiente (art.172-1 C.c.).

Se trata de un concepto objetivo, en el que se atiende a datos puramente externos sin valorar las distintas causas, ni las intenciones que puedan tener los responsables del menor. Es una situación de hecho que no precisa declaración judicial.

Son precisos dos requisitos: el causal -el incumplimiento o inadecuado ejercicio- y el de resultado -la inasistencia moral o material, concediéndose gran importancia a éste último; lo que le convierte en el principal elemento caracterizador de la situación de desamparo.

Aunque la Ley del 87 no se pronuncie en relación al grado de incumplimiento, estimo que es preciso que sea grave, dadas las consecuencias que conlleva la apreciación del desamparo.

II - En nuestro sistema a la hora de configurar el concepto de desamparo, no serán relevantes las causas que lo han provocado. No se considera como una sanción al comportamiento de los progenitores, puesto que lo fundamental es la situación en la que se encuentra el menor y no las causas que lo hayan provocado, ni la posible imputabilidad de aquéllos. Las diferentes causas sólo importan en el supuesto de fuerza mayor, pero no en los demás porque es un concepto objetivo.

Hay que lamentar, que, a diferencia del artículo 8 de la Ley Italiana de 1983, y del artículo 9 de la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, de adopción y protección de menores desamparados, en la Ley 21/87, no se recoja expresamente en el concepto de desamparo la cláusula de fuerza mayor de carácter transitorio que excluye el abandono.

En el artículo 172-1, se incluye el "imposible ejercicio", sin aludir para nada a las causas de fuerza mayor de carácter transitorio. Es evidente que, si aquél es permanente, tendrá lugar el desamparo del menor, pero la situación no será la misma cuando el menor no pueda ser atendido transitoriamente por sus progenitores.

Esta deficiencia es paliada a través del párrafo 2° del artículo 172 C.c. No obstante, en éste no se establece el concepto de desamparo, siendo precisamente en dicho concepto donde debería haberse recogido esa cláusula.

Aunque en el artículo 172-2 no se utiliza la expresión "carácter transitorio", sí que se recoge el mismo mediante la expresión "durante el tiempo necesario". La temporalidad es un factor esencial, tanto de dichas causas, como de la guarda.

En nuestro sistema, a diferencia del italiano, sorprende la concepción que se tiene de la fuerza mayor, ya que el que se aprecie o no, dependerá en todo caso de la actitud de los padres, puesto 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

en cada supuesto de desamparo y decidir apreciarlo o no, en base al interés del menor, máxime cuando la Ley reconoce a éstas un amplio campo de actuación en muchos aspectos.

III - En el concepto de desamparo, no se contemplan los elementos personales, puesto que no se establece claramente quienes son las personas capaces de provocar el desamparo, ni se atiende a las intenciones de estas personas.

No se otorga ninguna relevancia a las personas, ni a las causas que lo han provocado. Se trata de un concepto objetivo, en el que no se determina quienes son los sujetos activos del desamparo, ni se analiza el comportamiento de las personas legalmente obligadas a cumplir "los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores" (art.172-1). El elemento básico para declarar el desamparo es la situación de hecho de desasistencia.

En la Ley, se valora la situación objetiva del menor y no la situación subjetiva de los progenitores. Su preocupación básica es ofrecer una solución rápida a los distintos supuestos en los que el menor está de hecho desasistido.

Los progenitores y los tutores serán los principales obligados a cuidar al menor. Junto a ellos, hay que incluir al guardador de hecho, a los acogedores formales, y a los delegados paternos en los

supuestos de acuerdos válidos de la delegación de la patria potestad. Todos ellos podrán originar la situación de desamparo.

La delegación de las funciones de guarda para ser lícita deberá ser una temporal, no dando lugar a que los progenitores se desentiendan totalmente de los deberes de protección, sino que, por el contrario, deben cumplir sus funciones de vigilancia y dirección del proceso de formación del menor. Además, será preciso que la delegación obedezca a causas justificadas y beneficie al menor.

Si se traspasan estos límites, estaríamos ante una abdicación encubierta de la patria potestad, la cual daría lugar, a la privación de la patria potestad.

Ahora bien, al mantener un concepto objetivo de desamparo, 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 existirá una falta de asistencia material y moral.

Si hay delegación y el menor está asistido aunque sea por terceros no habrá desamparo. Igualmente esto ocurrirá cuando un guardador de hecho proporcione asistencia al menor. El único supuesto en que si 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. .

IV - El artículo 172-1 C.c. se limita a establecer que la Entidad pública tiene "por ministerio de la Ley" la tutela de los menores desamparados, sin precisar quien va a apreciar el desamparo. La indeterminación del órgano competente ha motivado la existencia de dos posturas doctrinales diferentes. Una que atribuye dicha competencia a la Entidad pública, y, otra que considera que el desamparo sólo puede ser declarado por el Juez.

Estimo que la postura recogida en primer lugar es la más adecuada en base a los siguientes argumentos. De un lado, el tenor literal de la norma, que considera que el desamparo se produce <<de hecho>>, luego no se exigirá una declaración judicial previa, sino que será "apreciada" directamente por la Entidad pública. Igualmente significativo es el Preámbulo de la Ley, en el que se critica la rigidez propia de la legislación anterior. Rigidez que, entre otras causas, obedecía a que la situación de abandono fuera declarada judicialmente.

De otro, el iter parlamentario, ya que la enmienda n°7, que exigía que fuera el Juez el que declarara el desamparo, fué rechazada.

Igualmente, hay que tener en cuenta que todas las disposiciones de las Comunidades Autónomas estiman que dicha

situación es apreciada por la Administración, así como el modo en que la Ley ha sido interpretada en la práctica por las Entidades públicas.

Esta tesis es más acorde con el interés del menor, ya que ante la situación en la que se encuentra se requiere adoptar urgentemente una medida de protección.

Ante esta opción, los progenitores no quedan desprotegidos, puesto que, además de la superior vigilancia de la tutela que corresponde al Fiscal (art.174-1), si aquéllos se oponen a la medida adoptada por la Entidad pública pueden acudir al Juez. Cabe el recurso judicial a posteriori.

V - Uno de los fines y obligaciones del Estado, como se pone de manifiesto en el artículo 39 de nuestra Constitución, es la protección a la familia y a la infancia. Los titulares de esta protección son los menores de edad, que están sometidos a la patria potestad o bajo custodia de los organismos tutelares, siendo el Estado el obligado a garantizarla, teniendo en cuenta el interés del menor, como principio que regirá su actuación.

Apreciada la situación de desamparo, el menor debe ser protegido, estando los poderes públicos obligados a garantizar esa protección. El desamparo es el presupuesto indispensable que legitima a la Entidad pública competente para intervenir por propia

iniciativa en el ámbito de protección de menores.

La Ley 21/87, de 11 de Noviembre es el primer paso en una amplia operación de reforma del Derecho del menor. Se parte de la idea de la protección de menores como materia propia o de competencia propia de la Administración, limitando la intervención judicial a los supuestos en que se plantean conflictos de intereses.

La novedad de la Ley es erigir en "pieza clave a las Entidades públicas" -como indica su Preámbulo- que, en cada Comunidad, tengan la competencia en materia de protección de menores (art.172-1 C.c. y Disposición Adicional Primera), las cuales desempeñarán destacadas funciones en la protección del menor y en la prevención del desamparo.

Uno de los aciertos de la regulación, establecida en la Reforma del 87, es la protección inmediata del menor desamparado mediante la tutela de las Entidades públicas. En el momento en que se aprecia que el menor está en situación de desamparo, inmediatamente entra en juego la tutela ex artículo 172-1. Asumiendo las Entidades públicas "por ministerio de la ley" la tutela de los menores desamparados se asegura a éstos una protección rápida y eficaz.

Ello supone desjudicializar los escalones primarios de

protección, lo cual lo consigue la Ley a través de los mecanismos de la tutela automática que se concede ope legis a la Entidad pública, de la guarda y acogimiento extrajudiciales.

Se habilita a las Entidades públicas para actuar urgente e inmediatamente, apreciando ésta los casos en los que el menor se halle en situación de desamparo y asumiendo ope legis la tutela.

Esta tutela de la Entidad pública se caracteriza, en primer lugar, por su automatismo, porque se produce ex lege, se pone en marcha sólo, por ministerio de la ley, porque la ley lo dice. Se defiere "ope legis" y no "ope auctoritatis".

De gran acierto es el carácter automático de esta tutela, que ni requiere forma especial de constituirse, ni el Juez tiene que proceder al nombramiento de la Entidad pública como tutora. Se dota a esta tutela de carácter urgente e inmediato, imprescindible para establecer un sistema de protección del menor seguro y eficaz.

No obstante, a pesar de los términos en que se pronuncia la Ley, en la que ya en el Preámbulo se alude a <<una tutela automática a cargo de la Entidad pública>>, un sector doctrinal minoritario defiende la necesidad de una declaración judicial en la constitución de dicha tutela.

Sin embargo, a nuestro parecer, el automatismo es uno de los

mayores logros de la Ley, puesto que obedece a que, ante situaciones de desamparo efectivo, situaciones límite, es necesario que se dé una respuesta rápida que resuelva una situación de emergencia que no admite espera.

El fin de la Ley es lograr mayor eficacia y celeridad en las situaciones críticas; de ahí, la necesidad de la tutela ex lege, sin resolución judicial que siempre se produciría demasiado tarde, por las vicisitudes del procedimiento.

En segundo lugar, por su provisionalidad, ya que sólo debe mantenerse en tanto subsistan las causas que determinaron esa intervención, aunque, como lamentablemente, pone de manifiesto la realidad práctica, puede ser definitiva, bien porque la tutela ordinaria, la reinserción o la adopción no pudieron ser llevadas a cabo, o aún siéndolo, fueran contrarias a los intereses del menor.

En tercer lugar, por sus beneficiarios, los menores en situación de desamparo.

En cuarto lugar, por ser administrativa o de titularidad pública, ya que, se asigna exclusivamente a los organismos a los que corresponda en su respectivo territorio la protección de menores, ofreciéndoles diversas posibilidades de actuación para que aborden realmente las necesidades de los menores.

En concreto, son las Comunidades Autónomas quienes actualmente ostentan y ejercen de manera primordial todas las funciones relativas a la protección de menores, en función de lo establecido en la disposición Adicional Primera, según la cual las Entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos de las Comunidades Autónomas, a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.

Esta Disposición trae su causa del artículo 148-1-20 de la Constitución que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de asistencia social, y en base a ella, se ha derivado la materia de protección de menores. Ello ha motivado que la mayoría de las Comunidades Autónomas, hayan promulgado normas de desarrollo con incidencia en esta materia.

Finalmente, es delegable en su ejercicio. Ante los inconvenientes que puede presentar el ejercicio de una tutela por persona jurídica, la Ley de Reforma personaliza su ejercicio -pero no su titularidad-, permitiendo la guarda del menor, inherente a la tutela administrativa, al director del establecimiento o a las personas que lo reciban en acogimiento, así como que ésta sea ejercitada a través de instituciones colaboradoras (art.172-3 y Disposición Adicional Primera).

VI - La escasa regulación de la materia, ha originado importantes dudas acerca de la naturaleza jurídica de esta tutela.

Un grupo de autores, entiende que es una tutela distinta, es un título administrativo. Sin embargo, otro sector doctrinal mayoritario, estima que es una tutela del Título X del Libro I del Código Civil.

Ahora bien, dentro de este último grupo, podemos señalar la existencia de dos corrientes. Una, que estima que es una tutela stricto sensu, totalmente homologada con las demás tutelas, correspondiendo en exclusiva a la autoridad judicial, tanto la apreciación del desamparo, como el nombramiento de tutor a la Entidad pública.

Otra, en cambio, considera que se trata de verdadera tutela, pero de naturaleza especial, y, por tanto, sólo determinadas normas del régimen general de tutela serán objeto de aplicación a ésta.

Es precisamente, esta última corriente la que considero acertada, y a su vez acorde con el carácter automático de su constitución. Al defender la homologación plena con la ordinaria, se prescinde del carácter automático de ésta, sin tener en cuenta que, la nota distintiva de esta tutela es el automatismo, su carácter ex lege, que se constituye, por tanto, sin la intervención judicial.

VII - Uno de los mayores problemas de la Ley 21/87, al no pronunciarse expresamente, es la relación existente entre la tutela

de las Entidades públicas y la patria potestad o tutela preexistente e ineficaz, bajo la que se encontraba el menor.

La Ley guarda silencio en relación a las consecuencias de esta tutela en el régimen de protección existente con carácter previo. Lamentamos que la Ley no se pronuncie en un aspecto de tanta relevancia teórica y práctica.

La solución de esta cuestión no es unánime en la doctrina, sino que, más bien, podríamos decir que cada autor intenta buscar una salida diversa.

Algunos autores se pronuncian a favor de la compatibilidad entre tutela automática y la patria potestad o tutela existente con carácter previo.

Otros parten del principio opuesto, de la incompatibilidad entre aquéllas.

Y otros mantienen una postura ecléctica, defendiendo la incompatibilidad entre el ejercicio de la tutela de la Entidad pública y la tutela o patria potestad previamente existente, pero no en cuanto a su titularidad. Es la categoría de la suspensión la que actúa en estos supuestos.

La teoría de la compatibilidad, estimo que no se adecúa a los

principios rectores en esta materia y, por tanto, es improcedente, puesto que, si en algo coincide la mayoría de la doctrina, es en que en principio la patria potestad y la tutela son incompatibles por naturaleza. No actúan conjuntamente. Lo mismo ocurre cuando la coexistencia fuera entre una tutela ordinaria y una tutela automática, que no pueden concurrir, puesto que ésta última no es un caso de tutela plural o cotutela.

Frente a los que defienden la incompatibilidad absoluta entre ambas instituciones, estimo que existe una incompatibilidad en relación con el ejercicio de ambas instituciones, pero no en cuanto a su titularidad. En relación con esta última ambas coexisten. Mientras no tenga lugar la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, coexisten bien la titularidad de la patria potestad, bien de la tutela con la tutela automática de la Entidad pública.

Mediante la declaración de desamparo se atribuye a la Entidad la tutela automática. La consecuencia que ello produce es la suspensión sólo del ejercicio de la patria potestad o de la tutela existente con anterioridad.

Dentro del sector que aboga por la incompatibilidad, las interpretaciones llevadas a cabo para encontrar una solución son de lo más diversas.

En primer lugar, están, quienes partiendo de que la patria potestad se extingue, abogan por un control judicial previo. No obstante, la defensa a ultranza del artículo 170 C.c. no justifica la intervención judicial en la declaración de desamparo, máxime cuando, tanto del tenor literal del artículo 172 C.c., como de los debates parlamentarios -en los que se rechazó la enmienda n°7 que abogaba por la apreciación y declaración del desamparo por la autoridad judicial-, así como de la normativa autonómica dictada después de la Ley 21/87, se desprende que la misma es apreciada por la Administración.

En segundo lugar, están quienes estiman que nos encontramos ante una privación de la patria potestad por ministerio de la ley, ante una derogación parcial y tácita del artículo 170 C.c. No obstante, el considerar que dicho precepto, sin justificación suficiente alguna, ni en la Exposición de Motivos, ni en el articulado de la Ley, ha sido derogado tácitamente en parte, sería difícil de admitir. No parece que la intención del legislador fuese llegar tan lejos.

Finalmente, estimo que la patria potestad no se extingue, sino que su ejercicio queda en suspenso. Aunque, tras la Reforma de 1981, el concepto de suspensión no aparece expresamente, ni en el Capítulo IV del Título VII del Libro I, sí que está presente en el espíritu de diversos artículos -arts. 156-2, 156-4 y 156-5 C.c. entre otros-.

Pues bien, aunque la Ley 21/87, no recoge expresamente la categoría de la suspensión, sin embargo considero que es esta figura la que actúa en los supuestos de desamparo y consiguiente tutela automática de la Entidad pública.

Si estamos ante una situación de desamparo, es porque de hecho, los padres no están ejerciendo la patria potestad o, caso de ejercerla, inadecuadamente, luego lo lógico es sustituir esta situación de hecho por una situación de derecho, suspendiendo a los padres en el ejercicio de la patria potestad y atribuyendo el contenido del mismo a la Entidad pública.

Al igual que ocurre en el artículo 19 de la Ley Italiana num. 184 de 4 de Mayo de 1983, y en el artículo 3 párrafo 2º de la Ley Catalana 37/1991, de 30 de Diciembre, se suspende por ministerio de la ley el ejercicio de la potestad.

Apoyan dicha opción, entre otros los siguientes argumentos: el parecido existente entre los supuestos de imposibilidad del artículo 156-4 y el artículo 156-5 C.c. con el artículo 172-1 C.c., aunque en este último caso, por un lado, las causas afectan a ambos padres y, por otro, al originar una situación de desamparo se requiere la adopción de unas medidas de protección inmediatas; la suspensión en determinados casos -como ocurre en algunos supuestos del artículo 156-4, en el artículo 156-5 y en el artículo 172- no precisa de resolución judicial, sino que tiene lugar

automáticamente, es una privación parcial, automática, ex lege; su carácter no definitivo, por lo que, si los padres o tutores se oponen a la medida, o la Entidad pública o el Fiscal consideran que lo que procede es la privación total o remoción de la tutela, podrán acudir a la autoridad judicial; el ser más conveniente una medida inicial limitativa del ejercicio de la patria potestad que la medida más grave de la privación total; por último, en el artículo 277-1° C.c. se prevé que también los supuestos de suspensión pueden dar lugar a la tutela ordinaria y no sólo los de privación. Por tanto, por un lado, también podrá tener lugar la tutela automática si hay una suspensión de la patria potestad y, por otro, cabrá -por analogía con la patria potestad- la suspensión de la tutela anterior y el nombramiento de un tutor nuevo.

Finalmente, dado que aunque el ejercicio de la patria potestad o tutela se atribuye a la Entidad pública, pero se mantiene la conservación por los progenitores o tutores de la titularidad bien de la patria potestad o de la tutela, hay que precisar el contenido que abarca la mera titularidad de la patria potestad o de la tutela desprovista de su ejercicio.

Hay determinadas actuaciones paternas que exigen la participación de ambos titulares: deberán ser oídos por el Juez en los expedientes de adopción (art.177-3-1°), en los de dispensa de edad (art.48-2), en los supuestos de emancipación judicial (art.320).

Por otro lado, los progenitores o tutores carentes del ejercicio de la patria potestad o de la tutela tendrán ciertos derechos, como son el derecho de control y vigilancia sobre la función ejercida por la Entidad pública a quien ha correspondido el cuidado y la guarda de los hijos, así como el derecho a mantener relaciones personales con el menor (art.160-1° C.c.) siempre y cuando la Entidad pública considere que el ejercicio de este derecho de visita beneficia al menor.

IV.- JURISPRUDENCIA.

JURISPRUDENCIA.

--ITALIANA.

- Corte Costituzionale, Ordinanza 26-Feb-1990, DFP 1990, pp. 403-411.
- Corte Cass. 24-Feb-1988, n° 1952, DFP 1988, pp. 1312-1316.
- Corte Cass. 7-Sep-1988, n° 5060, DFP 1988, pp. 1679-1680.
- Corte Cass. 27-Mayo-1989, n° 2574, DFP 1990, pp. 52-53.
- Corte Cass. 27-Julio-1989, n° 3526, Giust. Civ. 1990-I, p.109.
- Corte Cass. 9-Feb-1990, n° 903, DFP 1990, pp. 815-816.
- Corte Cass. 7-Marzo-1990, n° 1801, Giust. Civ. 1990-I, p.1794.
- Corte Cass. 23-Abril-1990, n° 3369, DFP 1990-3, pp. 828-829.
- Corte Cass. 22-Mayo-1990, n° 4615, DFP 1991, pp. 481-482.
- Corte Cass. 23-Junio-1990, n° 6389, DFP 1991, pp. 495-496.

- Corte Cass. 6-Feb-1993, n° 1502, DFP 1993-3, pp. 502-512.
- Corte App. Torino, 22-Mayo-1990, DFP 1990, pp. 1196-1200.
- Corte App. Milán, 12 Julio 1991, DFP 1993-1, pp. 128-137.
- Corte App. Milán, 21 Enero 1992, DFP 1993-1, pp. 138-147.
- Corte App. Torino, 9 Junio 1993, DFP 1994-1, pp. 165-170.
- Trib. Min. Roma, 6-Feb-1984, DFP 1984, pp. 637-646.
- Trib. Min. Torino, 1-Junio-1984, DFP 1984, pp. 1037-1039.
- Trib. Min. Potenza, 15-Junio-1984, DFP 1984, pp. 1039-1051.
- Trib. Min. Roma, 10-Oct-1984, DFP 1985, pp. 172 y ss.
- Trib. Min. Roma, 13-Nov-1984, DFP 1985, pp. 183 y ss.
- Trib. Min. Torino, 20-Nov-1984, DFP 1985, pp. 203-214.
- Trib. Min. Torino, 30-Nov-1984, DFP 1985, pp. 214-223.
- Trib. Min. Genova, 24-Abril-1991, DFP 1993-3, pp. 595-604.
- Trib. Min. L'Aquila, 11-Dic-1992, DFP 1993-3, pp. 632-646.

--Trib. Min. L'Aquila, 26-Oct-1993, DFP 1994-2, pp. 682-688.

--Trib. Min. L'Aquila, 23-Nov-1993, DFP 1994-1, pp.257-266.

--ESPAÑOLA

--STC 71/1990, de 5 de Abril. Derecho de familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional II. Barcelona 1992, pp. 803-826.

--STC 36/1991, de 14 de Febrero. Derecho de familia. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional II. Barcelona 1992, pp. 999-1030.

--STC 298/1993, de 18 de Octubre, BOE de 9 de Noviembre de 1993, (Ar.TC 1993, 298).

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

--STS 3-marzo-1950 (AJ 703).

--STS 23-Junio-1965 (AJ 3912).

--STS 18-Feb-1969 (AJ 926).

--STS 15-Oct-1973 (AJ 3557).

--STS 7-Julio-1975 (AJ 2945).

--STS 19-Oct-1983 (AJ 5333).

--STS 27-Feb-1985 (AJ 817).

--STS 12-Julio-1985 (AJ 4006).

--STS 23-Julio-1987 (AJ 5809).

--STS 5-Oct-1987 (AJ 6716).

--STS 6-Marzo-1989 (AJ 1997).

--STS 9-Marzo-1989 (AJ 2030).

--STS 11-Oct-1991 (AJ 7447).

--STS 22-Julio-1993, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,
Nº 33, Sept/Dic 1993, R.884, pp. 973 y ss.

--Sentencia AT Bilbao, 30-Nov-1987, La Ley 1988-1, p.810.

--Auto AP Barcelona, 11-Oct-1990, Diccionario práctico de
Jurisprudencia Corona Quesada. Barcelona 1992, pp.41-42.

--Sentencia AP Córdoba, 20-Oct-1990, RGD, Nº 567, Dic. 1991, pp.
11496 y ss.

- Auto AP Barcelona, 14-Mayo-1991, Diccionario práctico de Jurisprudencia Corona Quesada. Barcelona 1992, p. 33.
- Auto AP Barcelona, 24-Mayo-1991, RJC 1991-4, p.1000 y RGD N° 570, Marzo 1992, p.2037.
- Auto AP Barcelona, 20-Junio-1991, RJC 1991-4, p. 1005.
- Auto AP Barcelona, 4-Oct-1991, RJC 1992-1, p. 86.
- Auto AP Gerona, 29-Nov-1991, RJC 1992-1.
- Auto AP Oviedo, 4-Dic-1991, RGD 1992, p. 2210.
- Sentencia AP Madrid, 21-Enero-1992, (Ar.C. 78) 1992.
- Auto AP Oviedo, 24-Marzo 1992, (Ar.C. 516) 1992.
- Auto AP Zaragoza, 10-Junio-1992, (Ar.C.894) 1992.
- Auto AP Vitoria, 15-Junio-1992, (Ar.C. 845) 1992.
- Auto AP Oviedo, 22-Junio 1992, (Ar.C. 969) 1992.
- Auto AP Barcelona, 30-Sept-1992, (Ar.C. 1326), Enero 1993, N°2.
- Auto AP Vitoria, 4-Dic-1992, (Ar.C. 1681), Marzo 1993, N°6.

--Auto AP Navarra, 2-Marzo-1993, (Ar.C. 372), Mayo 1993, N°10.

--Auto AP Barcelona, 9-Marzo-1993, RJC 1993-3, p.666.

--Sentencia AP Vitoria, 9-Marzo-1993, (Ar.C. 316), Mayo 1993,
N°9.

--Sentencia AP Huesca, 16-Nov-1993, (Ar.C. 2241), Feb 1994, N°25.

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

--Auto AP Valladolid, 3-Feb-1994 (Ar.C. 198), Mayo 1994, N°3.

--Auto AP Castellón, 12-Feb-1994, (Ar.C. 376), Mayo 1994, N°4.

--Auto AP Alava, 30-Junio-1994, (Ar.C. 1031), Octubre 1994, N°11.

--Auto AP Badajoz, 30-Junio-1994, (Ar.C. 969), Octubre 1994,
N°11.

--Sentencia AP Alava, 7-Julio-1994, (Ar.C. 1198), Nov. 1994,
N°13.

V. - BIBLIOGRAFIA

ALAGNA, S.: <<L'intervento del giudice nella famiglia tra autonomia del grupo e libertà de la persona>>. Dir. fam. pers. 1983, pp. 208-236.

ALBALADEJO, M.: "Curso de Derecho Civil IV". Derecho de familia, 5° ed., 1991.

ALONSO PEREZ, M.: <<Estatuto jurídico del menor emancipado tras las reformas del Derecho de familia>> en "La Tutela de los Derechos del Menor" (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil). Córdoba, Marzo 1984, pp.13-44.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: "Curso de Derecho de familia". Tomo III. Patria potestad, Tutela y alimentos. Madrid, 1988.

AMOROS MARTÍ, P.: <<Situación actual de los Servicios de Adopción y Acogimiento familiar. 1988>>, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Estudios del Menor, 1988.

ARCE y FLOREZ-VALDES, J.: <<El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de Noviembre de 1987>>, RGLJ, N°5, Nov. 1987, pp. 741-784.

<<La adopción y la guarda y custodia. Su marco legal: presente y futuro>> en "Aspectos jurídicos de la protección de la infancia". Consejo Superior de protección de Menores, Madrid

1985, pp. 31-45.

<<El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados>>, RDP, Mayo 1978, pp. 351-383.

ARELLANO GOMEZ, F.J.: <<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. 2085-2105.

AULETTA, T.: "Il diritto di famiglia". Torino, 1992.

BARENGHI, A.: <<Tipi e modalità di affidamento dei minori e relative problematiche (art.333 Cod.Civ. e 4 L.n.184/1983)>> Dir. fam. pers. 1990, pp. 240-252.

BAVIERA, I.: <<I parenti dei minori in stato di abbandono>>. Dir. fam. pers., 1983, pp. 237-242.

BEGHÉ LORETI, A.: "L'adozione dei minori nelle legislazioni europee". Milano, 1986.

BELLINI, V.: <<Delega di potestà e stato di abbandono>>. Dir. fam. pers., num.1, 1987, pp. 325-338.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: <<Comentario a la Sentencia del

Tribunal Supremo de 22 de Julio de 1993>> en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N° 33, Sept-Dic. 1993, Resolución 884, pp. 973-979.

— <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos, Madrid 1986, pp. 345-352.

— <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Tecnos. Madrid 1986, pp. 361-366.

— <<Comentario al artículo 251 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp. 411-414.

— <<Comentario al artículo 254 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp. 426- 428.

— <<Comentario a los artículos 303-306 del Código Civil>> en "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela". Madrid, 1986, pp. 784-794.

— <<Comentario a los artículos 172 al 180 del Código Civil>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", Vol.II. Tecnos. Madrid 1984, pp. 1146 a 1201.

— <<Comentario a los artículos 154-161 del Código Civil>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia". Vol.II, Madrid, 1984, pp. 1043-1076.

— <<Comentario a la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981>> en "Comentario a las Reformas del Derecho de Familia", Vol.II, Madrid, 1984, pp. 2003-2006.

— <<Comentario a los artículos 172 al 180 del Código Civil>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III, Vol. segundo, Madrid, 1982, pp. 260 y ss.

— "Derecho de la persona". Madrid, 1976.

— <<La vida independiente del menor emancipado>> A.D.C., Fasc. 4º 1972, pp. 1083-1151.

BESSONE, M.: "Casi e questioni di diritto privato". III. Matrimonio e famiglia. Giuffré editore. Milano, 1993.

BESSONE, M.; DOGLIOTTI, M.; FERRANDO, G.: "Giurisprudenza dell'adozione". Casi e materiali. (Appendice di aggiornamento a la nuova legge sull'adozione). Milano, 1983.

— "Giurisprudenza dell'adozione". Casi e materiali. Milano, 1981.

BIANCA, C.M.: <<Commentario all'art.1>> en "La nuova legge sull'adozione (Legge 4 Maggio 1983, n.184)", CEDAM, Padova, 1985, pp. 1-3.

BOUZA VIDAL, N.: <<la nueva Ley 21/1987, de 11 de Noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado>>, RGLJ, N° 6, Dic. 1987, pp. 897-931.

BRAND, E.: <<Adoption-Italie>>. Revue Internationale de Droit Compare>>, n°3, Julio-Septiembre, 1985, pp. 631-651.

BRENA SESMA, I.: <<Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la Reforma de 1987>>, AC, N° 25, Semana 17-23 Junio, 1991, pp. 1 y ss.

<<Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores>>, AC, N° 25, Semana 21-27 Junio, 1993-2, pp. 409-416.

BROMLEY, P.M. & LOWE, N.V.: "Family Law". Butterworths. Londres 1987.

CABALLERO GONZALEZ, J.M.: <<La tutela de los Menores en situación de desamparo>>, La Ley, N° 1980, Mayo, 1988, pp. 1055-1059.

CALVO CABELLO, J.L.: <<Aspectos jurisdiccionales de la aplicación del Código Civil y de la Ley de Tribunales Tutelares de

Menores en materia de adopción y guarda y custodia>> en "Aspectos jurídicos de la Protección a la infancia", Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1985, pp. 47-64.

CANOVA, L.: <<I danni psichici dell'istituzionalizzazione>>, Dir. fam. pers., nº4, 1993, pp. 1344-1379.

CANZI POGGIATO, M.T.: <<Uno Statuto per I Minori?>>, Dir. fam. pers. 1994-2, pp. 802-810.

CASTAN VAZQUEZ, J.M.: <<Comentario a los artículos 154-171 del Código Civil>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", T.III, Vol.2, Madrid 1982, pp. 55 y ss.

___ <<Comentario al artículo 222 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid, 1986, pp. 266-279.

___ <<Comentario a los artículos 228-231 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid, 1986, pp. 290-295.

___ <<Comentario a los artículos 232 y 233 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid, 1986, pp. 295-298.

CASTRO LUCINI, F.: <<Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/87, de 11 de Noviembre>>, ADC, t. 40, Oct-Dic 1987, pp. 1233-1241.

___ <<La nueva regulación de la adopción>> RCDI, 1971, pp. 829 y ss.

CATTANEO, G.: <<Appunti sulla nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori>>, Quadrimestre, num.I, 1984, pp. 18-69.

CENCI, P.: <<Minori, parenti ed adozione legittimante>>, Dir. fam. pers., n°4, 1990, pp. 1347-1361.

CERDA GIMENO, J.: <<Notas de urgencia acerca del nuevo Proyecto de Ley de Reforma de la Adopción>>, RCDI, 1987, N° 580, pp. 711-781.

___ <<Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (Comentarios a las Sentencias del TS de 22 de Junio de 1972 y 28 de mayo de 1973)>> en "Estudios sobre Jurisprudencia Civil. Volumen II". Madrid 1993, pp. 745-840.

CRETNEY, S.M.: "Elements of family Law". Second edition. Sweet & Maxwell. Londres 1992.

CRETNEY, S.M. & MASSON, J.M.: "Principles of family law". Fifth edition. Sweet & Maxwell. Londres 1990.

CUESTA MARTINEZ, A.: <<Marco General y Exposición de Motivos de la nueva Ley sobre Adopción y Acogimiento familiar>> en "Primeras Jornadas sobre adopción y Acogimiento familiar", Documentos de Bienestar Social, n° 16, pp. 43-62.

DE ANGELIS, L.: <<La Legge 4 Maggio 1983 n.184, sull'adozione e l'affidamento dei minori nella sua applicazione concreta>>, Dir. fam. pers., n°3, 1989, pp. 748-756.

DE CUPIS, A.: "Il diritto di famiglia". Padova, 1988.

DE LA CAMARA ALVAREZ, .: <<Comentario a los artículos 108-141 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo III, Volumen I, Madrid, 1984, pp.84 y ss.

DE LA HAZA DIAZ, P.: <<Notas sobre el <<affidamento>> familiar en Derecho Italiano y el Acogimiento familiar en el Código Civil español>>, RGLJ, N°6, Dic. 1987, pp. 959-1007.

DELGADO ECHEVERRIA, J.: <<Comentario a los artículos 142- 148 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", Vol.II, Madrid, 1984, pp. 1027-1039.

DE LUCA, M.L.: <<Lo stato di abbandono>>, Dir. Fam. Pers., 1989, pp. 285-300.

DE MARCO, G.: <<Il giudice tra genitore e minore nelle procedure di adozione ed affidamento>>, Dir. fam. pers., 1988, pp. 512-517.

DE PABLO CONTRERAS, P.: <<Comentario al artículo 172 del Código Civil>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Madrid 1993, pp. 35-88.

___ <<Comentario al artículo 222 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Madrid 1993, pp. 285-286.

___ <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil". Madrid 1993, pp. 312-314.

DE PRADA GONZALEZ, J.M.: <<La patria potestad conjunta en la Ley de Reforma de 13 de Mayo de 1981>>, RDN, Julio-Dic. 1982, pp. 261-290.

___ <<La patria potestad tras la reforma del Código Civil>>, RDN, Julio-Dic. 1982, pp. 274

DIAZ ALABART, S.: <<La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o a la tutela>>, ADC, Julio-Septiembre, 1987, pp. 795-894.

DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: <<Consentimiento, Asentimiento y Audiencia en la nueva Ley de Adopción>>, RCDI, 1987, pp. 9-37.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, 7ª ed., Madrid, 1990.

___ "Sistema de Derecho Civil", Vol. IV, 4ª ed. Madrid, 1988.

___ "Familia y Derecho". Civitas, Monografías, Madrid, 1984.

___ <<Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad>>, ADC, Tomo XXXV, 1982, pp. 3-20.

___ <<Notas sobre la institución tutelar>>, RCDI, N° 499, Nov.-Dic., 1973, pp. 1371-1412.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: "Lecciones prácticas sobre Registro Civil" Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. 3ª edición. Madrid 1993.

___ <<Comentarios a los artículos 218-219 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp. 235-241.

DOGLIOTTI, M. y BOCCACCIO, S.: <<La problematica della forza maggiore nell'adozione di minori>>. Dir. fam. pers. 1992-4, pp. 1207-1217.

DOGLIOTTI, M.: <<Il giudice della famiglia nel diritto italiano>>.

Dir. fam. pers., 1989, pp. 401-411.

___ <<L'affidamento familiare ed il Giudice tutelare>> Dir. fam. pers., 1992-1, pp. 83-100.

EGEA I FERNANDEZ, J.: <<Comentario a los artículos 173-174 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1993, pp. 88-117.

___ <<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. 163-232.

___ <<La tutela de menors a la Llei Catalana 11/1985 de 13 de Juny de Protecció de Menors. L'Acolliment>>, RJC, n°2, 1987, pp. 302-337.

FELIU REY, M.I.: "Comentarios a la Ley de Adopción". Tecnos. Madrid, 1989.

___ <<Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/87 de 11 de Noviembre>> AC, N°35, 1989, pp. 2749-2760.

FERNANDEZ ALVAREZ, L.: <<La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad

protectora de los Tribunales Tutelares de Menores>>, RGD, Num. 535, Abril, 1989, pp.1863-1881.

FERNANDEZ BERMEJO, M.: <<El concepto de desamparo, la tutela automática y las entidades públicas de integración familiar>>, en "Primeras Jornada sobre Adopción y Acogimiento Familiar", Documentos de Bienestar Social, n°16, Marzo, 1989, pp. 65-94.

FERRANDO, G.: <<L'adozione>> en BESONNE, M.: "Casi e questioni de diritto privato", pp. 232-277.

FERRER VANRELL, P.: <<El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre como modo de ejercer la <<potestad>> de guarda>>. A.D.C. Tomo XLVI. Enero-Marzo 1993, pp. 163-217.

FINOCCHIARO A.: "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori". Giuffré Editore. Milan, 1983.

FOSAR BENLLOCH, E.: "Derecho de Familia y Política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las perspectivas de la familia y del derecho de familia en la Europa del año 2000". AC, N° 47, 1987, pp. 2917-2933.

FRANCHI, G. SCHIPANI, S. BIANCA, C.M. BUSNELLI, F.D.: "La nuova legge sull'adozione" (Legge 4 Maggio 1983,n.184), Padova, 1985.

FUENTE NORIEGA, M.: "La patria potestad compartida en el Código Civil español". Madrid, 1986.

GARCIA CANTERO, G.: <<Notas sobre el Acogimiento familiar>>, AC, Num. 21, 1992-2, pp. 305-318.

— <<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, pp. 4-29.

— <<Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1983>>, ADC, Tomo XXXVII, Julio-Sept., Fasc.III, 1984, pp. 925-927.

— <<El nuevo régimen jurídico de la Tutela>>, RGLJ, Octubre 1984, pp. 465-500.

GARCIA Y GARCIA, I.: <<Notas para una construcción jurídica del Acogimiento de Menores en el Derecho español>>, La Ley, Num. 2128, 1988-4, pp. 988-1005.

GARCIA PEREZ, S.: <<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.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C.: <<Comentario al artículo 229 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Madrid 1993, pp. 286-302.

___ <<Comentario al artículo 232 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Madrid 1993, pp. 302-312.

GIL MARTINEZ, A.: "La Reforma de la Adopción". Dykinson, Madrid 1988.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, J.M.: <<El nuevo sistema de adopción>>. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 4/1988, Julio-Agosto, pp. 9-22.

GIL RODRIGUEZ, J.: <<Comentario al artículo 274 C.c.>> en "Comentarios del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia, 1991, pp. 808-811.

GITRAMA GONZALEZ, M.: <<Notas sobre la protección civil del menor en las crisis conyugales>> en "La tutela de los derechos del menor", Córdoba, Marzo 1984, pp. 153 y ss.

GOMEZ LAPLAZA, C.: <<Comentario a los artículos 259 a 261>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp.448-466.

- ___ <<Comentario al artículo 269 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp. 503-526.
- GOMEZ OLIVEROS, J.M.: <<Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de Octubre>>, (1ª parte), RCDI, N° 562, Mayo-Junio, 1984, pp. 625-676.
- ___ <<Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de Octubre>>, (2ª parte), RCDI, Num.565, Noviembre-Diciembre, 1984, pp. 1407-1448.
- GONZÁLEZ LEÓN, C.: "Del abandono y la tutela ex artículo 172-1 del Código Civil". Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. 1993.
- HUALDE SANCHEZ, J.J.: <<Comentario a los artículos 218-219 C.c.>> en "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid 1991, pp. 678-682.
- ___ <<Comentario a los artículos 243 a 251-1 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid, 1986, pp. 366-411.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRIA, J.; RIVERO HERNANDEZ, F.: "El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción", Madrid, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: "Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia", Barcelona, 1984.

LETE DEL RIO, J.M.: <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 732-734.

___ <<Comentario al artículo 243 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 740-742.

___ <<Comentario al artículo 277 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 817-820.

___ <<Comentario al artículo 239 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo IV, Madrid, 1985, pp. 317-319.

___ <<Comentario al artículo 242 C.c.>> en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales". Tomo IV, Madrid, 1985, pp. 321-323.

LLEBARIA SAMPER, S.: "Tutela automática, Guarda y Acoqimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de Noviembre)", Barcelona, 1990.

LLEDÓ YAGÜE, F.: <<Comentario al proyecto de Ley de Adopción>>. ADC, T.XXXIX, Fasc.IV. Octubre-Diciembre 1986, pp. 1193-1217.

___ <<Apéndice adaptado al BOCG. Congreso de los Diputados (4 de Febrero de 1987, III Legislatura)>>, ADC, T.L, Fasc. I. Enero-Marzo 1987, pp. 211-221.

LOPEZ HERNANDEZ, G.M.: "La defensa del menor". Madrid, 1987.

LORCA MARTINEZ, J.: <<La tutela <<ex lege>> o tutela de los menores en situación de desamparo>>, AC, N°24, 1989, pp. 1817-1823.

MADRIGAL DE TORRES, P.: <<Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños>> en Revista de Estudios Europeos, N° 5, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 109-121.

MANERA, G.: <<La legge sull'adozione nazionale ed internazionale>>. Dir. fam. pers., 1993-1 y 2, pp. 313-352.

___ <<Considerazioni sull'affidamento familiare>>. Dir. fam. pers., 1984, pp. 723 y ss.

___ "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.

MANTOVANI, M.: <<Commentario all'art.9>> en "La nuova legge sull'adozione" , pp. 59-62.

MARTIN MORÓN, M^a.T.: <<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. 3935-3941.

MARTINEZ DE AGUIRRE, C.: <<El derecho de visita en la reciente praxis judicial>>. Aranzadi Civil, Julio 1994, N° 7, pp. 11-34.

— <<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. 1391-1498.

MENDEZ PEREZ, J.: "El acogimiento de menores", Barcelona, 1991.

— <<La tutela de los Menores por las Entidades Públicas y su tratamiento procesal (A propósito de una Sentencia del TC)>>, RJC, 1994-2, pp. 207-219.

MONTES PENADES, V.L.; LOPEZ Y LOPEZ, A.M.; ROCA I TRIAS, E.; VALPUESTA FERNANDEZ, M^aR.: "Derecho de Familia". Tirant lo blanch, Valencia 1991.

MORENO QUESADA, B.: <<La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil>> en "Centenario del Código Civil", Tomo II, Madrid 1990, pp. 1513 y ss.

MUERZA ESPARZA, J.J.: <<Principios procesales de la nueva Ley de Adopción>>, La Ley, 1990-1, pp. 3-7.

MUÑIZ ESPADA, E.: <<Iniciativa constituyente de la tutela>>, RDP, Enero 1994, pp. 15-21.

MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal. Parte especial", Valencia, 1991, 8ª ed.

PACE, P.J.: "Family law". Longman Group. Fourth Edition. U.K. 1992.

PADOVANI, T.: <<Commentario all'art.71>> en "La nuova legge sull'adozione", pp. 227-231.

PALACIOS, D. y BERNAL DEL CASTILLO, A.L.: <<Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento>>, Actualidad Civil, N° 13/ 28 Marzo-3 Abril 1994, pp. 229-241.

PARRA LUCAN, M.A.: "El régimen de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho Catalán".

PASCUAL ESTEBAN, J.L.: <<La Tutela y la Guarda de Menores por las Entidades Públicas. El Acogimiento. La Adopción>>, RDN, Abril-Junio, 1988, pp. 261-281.

PATRONE, I.: <<Rapporti tra giudice per i minorenni e Servizi Sociale>>. Dir. fam. pers., n°4, 1993, pp. 1317-1343.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "Derecho de familia". Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1989.

PEREZ ALVAREZ, M.A.: "La nueva adopción", Madrid, 1989.

___ <<Sobre el desamparo y la tutela administrativa>> en "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo", Vol. primero, Barcelona 1992, pp. 679-694.

PEREZ DE CASTRO, N.: "El menor emancipado", Madrid, 1988.

PERLINGIERI, P. y PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: <<Commentario all'art.2>> en "La nuova legge sull'adozione", (Legge 4 maggio 1983, n.184), Cedam, Padova, 1985, pp. 15-25.

___ <<Commentario all'art.3>> en "La nuova legge sull'adozione", (Legge 4 maggio 1983, n.184), Cedam, Padova, 1985, pp. 25-29.

- ___ <<Commentario all'art.4>> en "La nuova legge sull'adozione",
(Legge 4 maggio 1983, n.184), Cedam, Padova, 1985, pp. 29-35.
- ___ "L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina".
Quaderni della Rasegna di diritto civile. Napoli, 1984.
- PETITO, L.: <<Commentario a la Sentencia del Trib. Minor. de
L'Aquila 11 Dicembre 1992>>, Dir. fam. pers., 1993-3, pp. 646-
651.
- PILLADO MONTERO, A.: <<Notas sobre el Proyecto de Ley de Reforma en
materia de adopción>>, RDP, Mayo 1987, pp. 446-457.
- PINNA, A.: <<Un nuovo ruolo dell'ente locale nella tutela dei
minori>>, Dir. fam. pers., 1993-3, pp. 733-746.
- PRADA GONZALEZ, J.M.: <<La patria potestad tras la Reforma del
Código Civil>> RDN, Enero-Marzo, 1982, pp. 253-325.
- PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E.: "Institucions del Dret Civil
de Catalunya". Dret de la persona. Dret de Familia, Volum III,
4ª edició, Tirant lo blanch, Valencia 1994.
- RAMOS SANCHEZ, J.: <<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;

Nº 2202, pp. 996-1104.

REBOLLEDO VARELA, J.A.: <<Comentario a la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/87>> en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1993, pp. 350-366.

RICO PEREZ, F.: <<La función tutelar de las Fundaciones>>, RGLJ, Marzo 1988, pp. 371-385.

RIPOLL-MILLET, A. y RUBIOL, G.: "El Acogimiento familiar". Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

RIVERO HERNANDEZ en VVAA "Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil", coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid 1982, pp.658 y ss.

ROCA TRIAS, E.: <<Comentario a los artículos 215-217 C.c.>> en "Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela". Madrid 1986, pp. 219-235.

___ <<Comentario a los artículos 90-101 del Código Civil>> en VVAA "Comentarios a las Reformas del Derecho de familia, I", Madrid 1984 pp. 580-581.

RODRIGUEZ JORDA, P.: <<Las Entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática>>

en "El régimen jurídico de la Adopción", Colección Aragón de Bienestar social, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1989, pp. 13-25.

RODRIGUEZ SOL, L.: <<La protección y Acogimiento de Menores en el Derecho español>>, La Ley 1993-1, pp. 1097-1116.

ROGEL VIDE, C.: <<Comentario al artículo 222 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp.691-697.

___ <<Comentario al artículo 229 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 711-713.

___ "La guarda de hecho", Madrid, 1986.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: "Acogimiento y delegación de la patria potestad", Granada, 1989.

___ <<La tutela <<ex-lege>>, la guarda y el acogimiento de menores>>, I y II, AC, nº 2 y 3, 1988, pp. 57-83 y pp. 137-160.

SANCHO REBULLIDA, F. y LACRUZ-BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia", Barcelona, 1984.

"El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y Adopción".

Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La Patria potestad dual", Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

SERRANO GARCIA, I.: <<Comentario al artículo 172 C.c.>> en "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 577-580.

SERRANO GARCIA, J.A.: <<Aspectos civiles de la Ley Aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de Menores>>, Revista Jurídica de Navarra, Julio-Diciembre, 1991, N° 12, pp. 13-42.

SEVA DIAZ, A.: <<El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico>> en "El régimen jurídico de la adopción", Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, pp. 29-36.

TENA PIAZUELO, I.: <<Instrumentos de la protección de menores de la Ley Aragonesa de 14 de Diciembre de 1989>>, RDP, Julio-Agosto, 1993, pp. 685-721.

TOLIVAR ALAS, L.: <<Aspectos jurídico administrativos de la protección de menores>>. Revista de la Administración pública,

num.124, enero-abril, pp. 35-63.

UBALDI, P.: <<Commentario dell'art.8>> en la obra de BIANCA, BUSNELLI, FRANCHI, SCHIPANI: "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, pp. 55-59.

— <<Commentario all'art.9>> en "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, pp. 62-64

— <<Commentario all'art.10>> en "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, pp. 65-68.

— <<Commentario all'art.15>> en "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, pp. 78-80.

— <<Commentario all'art.19>> en "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, p. 95.

— <<Commentario all'art. 21 >> en "La nuova legge sull'adozione", Padova, 1985, pp. 97-98.

VALLADARES RASCON, E.: <<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, pp. 2041-2067.

___ <<Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción>>, Poder Judicial, n°9, Marzo, 1988, p. 29-59.


VARGAS CABRERA, B.: <<El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas>> (Interpretación sistemática de la Ley 21/87), ADC, Abril-junio, T.II, 1991, pp. 611-695.


VENTOSO ESCRIBANO, A.: "La Reforma de la tutela". Colex. Madrid, 1985.

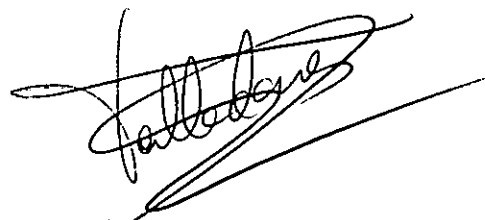
VERCELLONE, P.: <<Il giudice tutelare, il Tribunale per i minorenni e l'affido familiare>>, Giur. Merito, 1984, pp. 373 y ss.


___ <<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, pp. 155.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE APTO. ~~CON LA CENSURA~~
pr. unanimitad MADRID, 1 de Marzo de 1995


VOCAL: ENRIQUE RUBIO


DR. ROSA BOTILLAMÓN.
PRESIDENTE


VOCAL: ETELVINA ULLADARES RASCON


VOCAL: MARÍA JOSÉ HERRERO DE


VOCAL SECRETARIO: ANTONIO ORTI VALLEJO