

LAS FUNCIONES TUTIVAS DEL ESTADO ESPAÑOL: NIÑOS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO Y RIESGO SOCIAL

Lourdes TEJEDOR MUÑOZ*

SUMARIO: I. *Planteamiento general.* II. *La tutela por ministerio de la ley, legal o automática.* III. *La guarda administrativa o legal.* IV. *El acogimiento de menores.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En la actualidad, el *menor*¹ es sujeto de especial tutela, tanto desde el punto de vista social como desde el político, el psicológico y el jurídico. Cada vez existe una mayor sensibilidad hacia los problemas que sufre la infancia, y una preocupación mayor por proteger a quienes, por su falta de madurez,² pueden ser fácilmente manipulados, y necesitan que se les atienda en sus necesidades, para obtener una formación integral que les garantice un desarrollo adecuado. Todo ello, ha repercutido en la creación de un marco jurídico de protección de los derechos del menor, que pretende adecuarse a las exigencias actuales.

* Doctora en derecho, profesora titular de derecho civil, directora de Estudios de Actualización de Conocimientos, UNED, España.

¹ Véase estudio realizado por Tejedor Muñoz, en el capítulo 6, titulado “La guarda y acogimiento de menores”, de la obra *Curso sobre la protección jurídica del menor. Aspectos teóricos y prácticos*, Pous de la Flor, P. y Tejedor Muñoz, L. (coords.) Madrid, Colex, 2001.

² La menor edad de la persona determina un tratamiento especial sobre la capacidad, y como resalta Ruiz Jiménez, se ha perdido la oportunidad para dar una regulación uniforme y clara sobre la capacidad del menor, en la Ley 1/1996 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ruiz Jiménez, “La capacidad del menor” en *Curso sobre...*, *cit.*, nota 1, p. 34.

Que el medio idóneo para desarrollarse integralmente el menor es el constituido por la propia familia, es algo que puede afirmarse en la gran mayoría de los casos. Y es que, en situaciones que podrían llamarse de “normalidad”, no hay un medio más natural ni mejor que el padre y la madre ejerzan el cuidado, guarda, y protección de los hijos.

Por ello, no es de extrañar que la institución “estrella”, de la protección de los menores, es la que se lleva a cabo bajo la patria potestad del padre y de la madre de hijos menores no emancipados, ya sean matrimoniales, no matrimoniales, o adoptivos.

Sin embargo, en algunos casos, el estado ideal para el cuidado y guarda de los menores no es posible, o no es aconsejable, y ante la imposibilidad de que la patria potestad sea ejercida por los padres, la ley arbitra otros mecanismos jurídicos para la protección de estos menores. Así, en defecto de patria potestad, la protección de los menores recae subsidiariamente en la institución de la tutela ordinaria.

Desgraciadamente, las causas por las que un menor se puede encontrar en esta situación son muy variadas y abarcan situaciones tan dispares como que: los padres hayan fallecido, hayan sido privados judicialmente de la patria potestad, se encuentren incapacitados, o que el menor no tenga determinada la filiación, etcétera.

Otras veces, no existen los anteriores mecanismos para la guarda y protección de menores, o aun existiendo, se produce un defectuoso funcionamiento de los mismos, y resulta necesaria la intervención, de la administración, en mayor o menor grado, para paliar las situaciones de desprotección social en las que se puede encontrar el menor. En estos casos la administración sólo actúa cuando los anteriores mecanismos no existen o no funcionan adecuadamente, es decir con carácter supletorio.

Aquí, precisamente, se incardina nuestro estudio. En él nos proponemos analizar las diferentes modalidades de protección del menor, llevadas a cabo por la administración,³ o las entidades públicas (organismos estatales, autonómicos y locales). Puede afirmarse, que todas las medidas tienen un denominador común, garantizar el desarrollo integral de los menores en un entorno adecuado.

³ El punto de partida constitucional se encuentra en el artículo 39 de la Constitución española, que establece que: “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

1. *Riesgo y desamparo*

Las medidas de intervención de la administración pública, tienen diversos niveles de actuación dentro de las situaciones de desprotección social en las que se encuentre el menor. Conviene empezar, dada su indudable trascendencia, por distinguir⁴ nítidamente entre situación de riesgo y desamparo, tal y como hace la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.⁵

La situación de riesgo se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor, que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En estos casos, la intervención de la administración se limita a eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo. Por el contrario, en las situaciones de desamparo, la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, asumiendo la entidad pública la tutela o guarda del menor.⁶

Por tanto, ante la sospecha de que un menor pueda encontrarse desprotegido por no tener un entorno familiar adecuado para desarrollarse, las entidades públicas están obligadas a verificar la situación, evaluarla y adoptar las medidas que sean necesarias para resolverla, debiendo distinguir, precisamente, entre si se trata de una situación de riesgo o desamparo (artículo 16 de Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor).

En este sentido, puede señalarse que la administración tiene, entre otras, la tarea de la promoción y defensa de los derechos de los menores (artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor), pudiendo de oficio o instancia de parte, iniciar el procedimiento encaminado a distinguir entre estas situaciones.

Si la administración considera, que el menor se encuentra en una situación de “riesgo”, que perjudique el desarrollo personal o social del menor, pero que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de

⁴ Sobre las distintas situaciones de desprotección social que perjudican el desarrollo personal y social del menor, puede verse, entre otras, la sentencia de 3 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Ponente, Ilmo. señor D. García Martínez.

⁵ Las distintas actuaciones que pueden llevar a cabo los poderes públicos en las situaciones de riesgo y desamparo del menor, están recogidas, en los artículos 17 y 18 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

⁶ Véase Exposición de Motivos, Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor.

la ley, la actuación de los poderes públicos deberán garantizar, en todo caso, los derechos que le asisten, y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad que inciden en su situación (artículo 17 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor). Los esfuerzos de las administraciones deben encaminarse a ayudar a los padres a cumplir su papel (artículo 12.2 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor).

Es decir, cuando el menor queda expuesto a una situación de riesgo⁷ que impida su adecuado desarrollo personal o social, la administración, tomará cartas en el asunto, estableciendo los servicios adecuados,⁸ para que sin apartarle de su propia familia, se subsane esta situación. La administración debe elaborar un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales. Entre las medidas, preventivas o reparadoras, que puede adoptar para paliar estas situaciones, están por ejemplo, dar a la familia apoyo económico, ayuda técnica, prestaciones de tipo formativo o psicosocial, tanto para el niño como para quienes cuidan de él etcétera. Con estas actuaciones la administración pretende minimizar o eliminar el riesgo.⁹ Hemos de señalar, que para conseguir

⁷ A título de ejemplo, considera que hay situación de riesgo y no de desamparo, entre otras, la Sentencia de 15 de julio de 2004 (RAJ 2004/990) de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Ponente Ilmo. señor D. Pastor Oliver. En el supuesto contemplado, se estudia la oposición de la madre biológica de tres menores a la declaración administrativa de desamparo de los mismos. Se estima que hay situación de riesgo y no de desamparo, ya que existe un notorio deseo de la madre de convivir con sus hijos, pero hay un acentuado desconocimiento sobre el comportamiento adecuado a seguir. Los hijos no descartan ni rechazan la idea de volver con la madre. La madre carece de un modelo parental y familiar claro debido a la infancia que padeció (ella misma estuvo ingresada en centros de acogida). Su relación con los servicios sociales es ambivalente. Ella acudió a los mismos solicitando su ayuda, ante su situación matrimonial, sin embargo muestra recelos hacia la institución administrativa, porque ve en ella un rival que acabará quitándole a sus hijos. La falta de madurez de la madre para determinadas relaciones interpersonales no puede abocar al alejamiento de sus hijos, sino al empleo de los medios pertinentes para señalarle las pautas concretas que hay que seguir en estas relaciones. Es necesario que los servicios sociales realicen un plan detallado de actuación en el tiempo a fin de lograr la plena convivencia.

⁸ Así, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor, señala que: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin...”

⁹ Algunas sentencias, consideran necesario establecer una etapa de prueba, antes de decretarse la situación de desamparo, así la sentencia de 19 de noviembre de 2003 (RAJ 2004/5232) de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ilmo. señor D. Anglada Fors, afirma, que en el caso de autos, las circunstancias aconsejan un *proving* o etapa de prue-

sus objetivos la administración debe realizar un seguimiento del menor y necesita contar con el apoyo y colaboración de la familia.¹⁰ La situación de riesgo del menor puede cesar cuando desaparezcan las causas que la dieron origen, o cuando empeore la situación del menor siendo necesaria la declaración de desamparo.

La Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor, no hace una enumeración de las causas que se pueden englobar bajo situación de riesgo, a diferencia de algunas leyes autonómicas.¹¹ Por otro lado, es necesario, recalcar, que la situación de riesgo, no aparece contemplada en el Código Civil, a diferencia de la situación de desamparo en la que, como decíamos, la gravedad de los hechos aconseja separar al menor del entorno familiar.

Nuestro Código Civil recoge las siguientes instituciones de protección en las que interviene la entidad pública: tutela por ministerio de ley, guarda administrativa, o acogimiento, dependiendo de la situación de desprotección social, en que se encuentre el menor y de cuyo estudio nos vamos a ocupar seguidamente.

Es importante señalar que se pretende dar una visión de estas instituciones jurídicas, dirigidas a la “guarda”, desde el punto de vista del derecho civil común, advirtiendo que todas estas instituciones tienen su propia regulación en las comunidades autónomas,¹² y que, a veces, las normas administrativas están íntimamente ligadas a estas formas civiles de protección, por lo que nos referiremos a ellas puntualmente en cuanto que resulte obligado.

Debe tenerse en cuenta que, tanto si la guarda es asumida por la administración, a solicitud de padres o tutores, como si lo es en función

ba, de control directo y muy concreto para conseguir la más armoniosa convivencia entre la madre y los hijos. Sin perjuicio de que no superada esa etapa, se pudieran estudiar otras alternativas.

¹⁰ Conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor.

¹¹ Como señala Ballesteros de los Ríos, “surge la duda de qué debe entenderse por situación de riesgo, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que engloba un gran número de supuestos, siendo la Administración la que debe decidir qué supuestos se consideran como tales”. Ballesteros de los Ríos, *El desamparo y tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, p. 19.

¹² Una recopilación sobre las disposiciones de derecho civil, estatal y autonómico y foral vinculadas al menor, esta recogida en la obra coordinada por Tejedor Muñoz y Pous de la Flor, “Legislación Estatal y Autonómica sobre protección jurídica del menor”, *Estudios de la UNED*, UNED, Madrid, 2003, vols. I, II y Anexo.

de la tutela por ministerio de ley, por encontrarse el menor desamparado, ésta se realiza mediante el acogimiento familiar o residencial. Se puede afirmar, así, que el acogimiento es el instrumento tanto de la “guarda” como de la “tutela” administrativa. Por eso parece conveniente explicar estas instituciones, antes que la de “acogimiento”.

La regulación de las instituciones de protección de menores, que agrupamos, a fines didácticos, bajo denominación genérica de *guarda administrativa*, fueron introducidas por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, “*por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*” y modificadas posteriormente, por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de “*Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.¹³

2. Rasgos comunes

Todas estas medidas de protección de menores tienen en común:

1. Que son transitorias, protegen al menor mientras que se busca para él alguna solución definitiva.
2. Que implican, la separación del menor de su propia familia, con la finalidad de integrarlos en otra o en una institución adecuada para su protección y desarrollo integral.

Están presididas por los siguientes principios inspiradores de la materia, recogidos en la legislación del menor:

¹³ La redacción de la ley provocó diversos estudios doctrinales que aportaron una visión de conjunto sobre la misma, entre ellos pueden verse, Gullón Ballesteros, “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor”, *La ley*, 1996. Nuñez Muñiz, “Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, *La ley*, octubre de 1996. Alonso Pérez, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor de Modificación del Código Civil y de la LEC: Luces y Sombras”, *Actualidad civil*, 1997-1. Corral Gijón, “Novedades de la Ley del Menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre de 1999. Linacero de la Fuente, “La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, *Actualidad civil*, núm. 48, diciembre de 1999. Varela García, “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, principios programáticos y normas de conflicto”, *Actualidad civil*, núm. 12, marzo de 1997. Tena Pizuelo “Panorama de la guarda administrativa de menores tras la protección jurídica de 1996”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 24, 1997.

a) Buscar el interés del menor,¹⁴ interés que prima sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 172.4 y 173.3 del Código Civil, artículos 2o., 9.2, 11.2.a y Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del niño,¹⁵ y punto 8.14¹⁶ de la Carta Europea de los Derechos del Niño).

b) Procurar la reinserción del menor en su propia familia (artículo 172.4 y 173 bis. 1o. del Código Civil y 11.2 b) de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del menor y artículo 9.1.¹⁷ de la Convención de los Derechos del Niño).

c) Procurar que la guarda de hermanos se confié siempre a una misma institución o persona (artículo 172.4 del Código Civil).

¹⁴ Como afirma Pérez Martín, el interés del menor, resulta difícil de precisar. Se trata de un concepto jurídico abstracto, indeterminado, pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. Pérez Martín, *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1998, p. 41.

Conforme, al Auto del Tribunal Constitucional núm. 28/2001 (Sala Primera, Sección 1a.), de 1o. febrero (RAT C2001/28), se trata de norma de orden público, y, por consiguiente, de insoslayable observancia en el ordenamiento jurídico español con cita entre otras de las siguientes sentencias (SSTC 143/1990 [RTC 1990, 143], 298/1993 [RTC 1993, 298], 187/1996 [RTC 1996, 187], 114/1997 [RTC 1997, 114] y 141/2000 [RTC 2000, 141]). Recurso de Amparo núm. 5258/2000.

Algunos autores, como Rivero Hernández, F., consideran que el interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor..., *El interés del menor*, 2000, p. 11. Otros, como Carcaba Fernández, señalan que: “éste es un principio que en la actualidad, de forma semejante a la buena fe u otros, adquiere la categoría de principio general del derecho en su función de principio informador del ordenamiento jurídico”. “Acogimiento familiar vs. paternidad. El derecho de acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro de perder los hijos por sufrir una enfermedad mental”, *La ley*, núm. 5189, noviembre, 2000, p. 7.

¹⁵ Aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento el 30 de noviembre de 1990, señala que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

¹⁶ Declara que: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de los derechos del niño”.

¹⁷ Preceptúa que: “Los Estados partes velarán porque el niño se no se vea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”.

d) Remoción de la guarda en caso de existir problemas graves de convivencia entre el menor y quien tenga confiada su guarda (artículo 172.5 del Código Civil).

e) Atribución al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela, guarda y acogimiento de menores (artículos 174 del Código Civil, y 10.2, 14, 18, 21.4, 24 y Disposición adicional tercera y final vigésima, de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor, artículo 1825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y punto 8.14 inciso final¹⁸ de la Carta Europea de los Derechos del Niño).

II. LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY, LEGAL O AUTOMÁTICA

1. *Concepto*

Antes de entrar en el concepto, conviene empezar aclarando una cuestión de orden terminológico, ya que la doctrina y la jurisprudencia utilizan, para denominar a la institución a la que nos referimos, indistintamente los términos siguientes: *tutela por ministerio de la ley*, *tutela automática*, *tutela asistencial*, *tutela legal*; para referirse, en cualquier caso, a la tutela que se origina como consecuencia de una declaración de desamparo.¹⁹

La “tutela por ministerio de ley” se produce cuando la Administración constata el hecho de que el menor se encuentra en situación de desamparo; en estos casos la entidad pública está obligada por la ley de forma automática a la tutela del mismo, y debe adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

La tutela por ministerio de la ley aparece regulada en el Código Civil en el artículo 172.1.²⁰ Y fue introducida por la Ley 21/1987, que

¹⁸ Establece que: “En los procedimientos que afecten al menor deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguarda de los derechos del niño”.

¹⁹ Véase, Fernández Álvarez, “La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los tribunales tutelares de menores”, *Revista General de Derecho*, abril de 1989. Lorca Martínez, “La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo”, *Revista Actualidad Civil*, 24/1989. Benito Alonso, “Actuaciones de riesgo y desamparo de menores. Tutela automática y guarda”, *La ley*, núm. 360, 1997.

²⁰ También se refieren a la tutela administrativa los artículos 222, 239, y 261 del Código Civil.

sustituye el anticuado concepto de *abandono* por el más atemperado a los tiempos actuales de *desamparo*, y, posteriormente modificada por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículo 18.

La administración interviene, protegiendo al menor ante la situación de desamparo, asumiendo la tutela,²¹ convirtiéndose, así, en la forma intervención más intensa que tiene la Administración, en orden a la protección de menores. Sin embargo debe afirmarse, como a continuación veremos, que la tutela por ministerio de ley tiene grandes diferencias con la tutela ordinaria²², tanto por su origen, como por su constitución y por sus diferentes efectos.

2. Requisitos

A. Situación de desamparo

Según establece el artículo 172.1.2, del Código Civil:

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Conviene aclarar qué se entiende jurídicamente por situación de desamparo.

En primer lugar, es evidente, la amplitud del concepto de desamparo,²³ que puede encerrar situaciones muy variadas, tales como que el

²¹ El artículo 239 del Código Civil, preceptúa que: “La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad pública a la que se refiere el artículo 172... se procederá al nombramiento del tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste”.

²² Afirma, Leonseguí Guillot, refiriéndose a la tutela ordinaria, que el ejercicio de la función tutelar es un verdadero mandato legal que presenta los siguientes caracteres: subsidiaridad, naturaleza pública del cargo, obligatoriedad, generalidad, y control judicial. Sobre este tipo de tutela resulta de gran interés ver el capítulo V, “La Tutela”, en *Curso sobre...*, *cit.*, nota 1, pp. 99 y ss.

²³ Dentro de la situación de desamparo es necesario incluir los menores en *situación de calle*, término que en algunos países se aplica a lo niño de alto riesgo que deambulan en busca de recursos. Son una manifestación del empobrecimiento y de los proce-

menor no tenga un entorno familiar adecuado por malos tratos físicos, psíquicos, explotación, abusos sexuales, delincuencia, prostitución, alcoholismo, mendicidad, toxicomanía, abandono, desatención grave, trato negligente, ausencia de escolarización habitual, falta o incapacitación de las personas que ejerzan la guarda, etcétera. Nuestro Código, no hace una enumeración de las causas que considera de desamparo, a diferencia de muchas leyes autonómicas,²⁴ lo que nos parece adecuado,²⁵ ya que lo cierto es que los mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común están generalmente aceptados, y no se corre el riesgo de dejar fuera de la enumeración alguna causa. Lo importante es que permite incluir todas las situaciones que tienen como consecuencia dejar al menor privado de la necesaria asistencia moral o material.

En segundo lugar, hay que destacar, que la situación de desamparo se puede producir encubierta bajo una institución de protección como la patria potestad, tutela o guarda. Lo que significa que el menor, pese a encontrarse bajo una supuesta protección, de los padres, del representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, está desatendido moral o materialmente. Esta desatención puede desembocar en la situación de desamparo de una forma voluntaria o involuntaria.²⁶ Dicho

nos de exclusión social de algunos países. UNICEF distingue dos grupos de niños según la situación de sus familias. Los *niños en la calle* es el grupo más numeroso, trabajan en las calles pero mantiene vínculos con la familia, aunque pasan mucho tiempo en la calle y los *niños de la calle* que están sin hogar y tienen los vínculos familiares rotos debido a la inestabilidad o a la destrucción de la familia de pertenencia. Pudiendo estos últimos haber sido abandonados por las familias o haber elegido el escapar de sus casas. Esta situación se da en algunos países sobre todo de América Latina y del Caribe. El Estado debe ser responsable de que tanto sus menores como las familias a las que pertenecen tengan un estado de bienestar que permita a los menores el desarrollo integral. Si bien muchos factores, entre los que cabe destacar la pobreza, hacen desgraciadamente que esta tarea sea más que difícil.

²⁴ Sobre la concreción de estas situaciones en las leyes autonómicas, puede verse, Díez García, “Desamparo de menores y acogimiento”, *Aranzadi*, 1999, p. 2, vol. III, parte Estudio.

²⁵ Compartimos la opinión de Tena Pizuelo, cuando señala que: “bien mirado, tal vez lo que se pretende es dejar abierta, sin las limitaciones que pudieran resultar de un posible concepto positivo o legal, la oportunidad de apreciar el desamparo según convenga en función de las circunstancias concurrentes en cada caso”, Tena Pizuelo, “Panorama de la guarda...”, *op. cit.*, nota 13, p. 248.

²⁶ En contra, Vivancos Sánchez afirma que: “los supuestos de incumplimiento de deberes de protección legal son muy numerosos y en cualquier caso de naturaleza culpable de quien los comete, ya que de otro caso no dará lugar a la tutela automática sino a la guarda”, Vivancos Sánchez, “Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo”, *Actualidad civil*, núm. 48, diciembre de 2000, p. 6.

con otras palabras, los padres o tutores, en estos supuestos, están omitiendo o ejerciendo inadecuadamente los deberes²⁷ de asistencia y protección sobre los menores.

B. Elementos subjetivos

a) Hasta ahora, habíamos mantenido²⁸ que los sujetos protegidos por la tutela administrativa eran los menores de edad, en situación de desamparo.²⁹ Y que se entendía por tales los menores de 18 años, que se encontraban en territorio español, salvo que, en virtud de la ley que le fuese aplicable, hubiesen alcanzado antes la mayoría de edad³⁰ (de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de la Convención de los Derechos del Niño). Sin que existiera acuerdo doctrinal sobre si quedaban excluidos los menores emancipados,³¹ ni los que hubiesen obtenido el beneficio de la mayor edad.

Actualmente, a la vista de la nueva redacción del artículo 239³² del Código Civil, entendemos que el ámbito de protección se ha ampliado considerablemente al extenderse por un lado, la tutela de la entidad pú-

²⁷ El ejercicio de la patria potestad, por parte de los progenitores supone, el velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes, ejercicio que debe hacer siempre en beneficio de los hijos”, tal y como establece el artículo 154 del Código Civil.

²⁸ Véase Tejedor Muñoz, L., *op. cit.*, nota 1, p. 139.

²⁹ Así, lo establece el artículo 222.4 del Código Civil, cuando señala que: “Estarán sujetos a tutela: Los menores que se hallen en situación de desamparo”.

³⁰ Es por tanto, la ley nacional la que determina la mayor o menor edad (artículo 9.1 del Código Civil). Determinación, que a veces, se ve dificultada porque hay que comprobar si realmente se trata de menores cuando no están acompañados y no tienen documentación.

³¹ Véase con gran extensión el tema de los sujetos protegidos es tratado, por el profesor Espiau Espiau, S. “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999, pp. 74 y ss.

³² Se incluye un tercer párrafo en el artículo 239 del Código Civil, con el contenido siguiente: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, éste encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 del Código Civil, sea nombrada tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considerará como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Redactado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

blica a los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234³³ del Código Civil, sea nombrado tutor (sin que en este supuesto exija la ley que exista desamparo) y por otro, a los incapaces que se encuentre en situación de desamparo.

Creemos, por tanto, que quedan sujetos a la tutela por la entidad pública, no sólo los menores sino también los mayores de edad incapaces,³⁴ bien porque no existan o no puedan ser tutores las personas contem-

³³ Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1o. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2o. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3o. A los padres. 4o. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5o. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere...”.

³⁴ Con anterioridad, a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, se había debatido sobre la posibilidad de que los sujetos protegidos mediante la tutela administrativa fuesen también los incapaces mayores de edad, algo que no casaba bien con la literalidad del precepto. En particular, refiriéndose a los sujetos que pueden ser acogidos, destacaba Rodríguez Morata, “que el acogimiento puede operar tanto respecto de los menores de edad, estén o no incapacitados, como respecto de los mayores de edad incapacitados. La menor edad y la incapacitación son instituciones merecedoras de la especial protección que prevé el acogimiento familiar debido a que en aquellas personas concurren los requisitos de falta de discernimiento o imposibilidad de autogobernarse que pretenden suplirse mediante el acogimiento familiar”. Rodríguez Morata, F., *El acogimiento de menores*, Civil, BIB1997/165, p. 135, vol. III, parte Estudio.

De igual modo, algunas sentencias de la jurisprudencia menor entendían que si bien el Código Civil sólo previa expresamente la posibilidad de aplicar a los menores de edad la guarda administrativa, por analogía esa regulación había de extenderse también a los incapaces mayores de edad.

Puede verse, el auto de 29 de enero de 2001, de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Ponente Ilma. señora D. Gutiérrez Barrenengoa. En este caso, la madre de un incapaz mayor de edad, no podía hacer frente a los deberes derivados de la patria potestad prorrogada, dada su avanzada edad, su estado de salud, y la problemática que rodeaba a su hijo, y no existían parientes con posibilidad de asumir la potestad sobre el incapaz. Se planteaba, por tanto, en el supuesto debatido si eran susceptibles de ser sometidos por la autoridad judicial a guarda administrativa los incapaces mayores de edad. Y pese a que la literalidad y ubicación del artículo 172.2 del Código Civil, proclamen la solución negativa la similitud entre la situación del menor y del incapaz, ambos carentes de la capacidad natural para gobernarse, permite que se pueda aplicar a la analogía y extenderse también la regulación a los incapaces mayores de edad. Además, en el caso de los incapaces, al igual que en los de menores, puede ocurrir que los que tengan la potestad sobre ellos no puedan atenderlos, siempre como es el caso en que por circunstancias graves los padres o tutores no puedan cuidar de la persona sujeta a su potestad.

Algunas comunidades autónomas como la de Madrid Ley 4/1995, de 21 de marzo, creó la Agencia Madrileña de tutela de adultos, para el ejercicio de la tutela de los mayores de edad incapacitados judicialmente. Por otro lado, en la legislación autonómica

pladas en el artículo 234 del Código Civil, bien porque se encuentren desamparados.

Por otro lado, la nueva redacción del artículo 239 del Código Civil a nuestro juicio reproduce innecesariamente y de forma más imprecisa que lo hace el artículo 172.1 del mismo cuerpo legal, que debemos entender por situación de desamparo.³⁵

Conviene hacer algunas precisiones sobre menores extranjeros.³⁶ Ya que la inmigración viene siendo un fenómeno cada vez más relevante

se ha regulado el acogimiento familiar de personas mayores, tema que será tratado al estudiar el acogimiento.

³⁵ Al establecerse que la entidad pública asumirá la tutela cuando el incapaz quede desamparado, repite el artículo 239 con peor redacción cómo debe conceptuarse la situación de desamparo (situación descrita anteriormente en el artículo 172), señalando que es la que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben, pero no establece qué deberes son los que se incumplen, ni quién los incumple.

³⁶ Los Estados miembros en su afán de elaborar una política común de inmigración, han tomado diversas medidas, entre las que cabe destacar:

La Directiva 2004/81, de 29 de abril (DOL 6 de agosto de 2004 núm. 261). Sobre expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Prevé que se aplique a los menores de edad no acompañados (artículo 3.3), las disposiciones, que consisten principalmente es establecer su identidad y nacionalidad, encontrar a su familia y tomar las medidas que garanticen su representación jurídica (artículo 10).

La Directiva 2004/83, de 29 de abril (DOL 30 de septiembre de 2004 núm. 304) sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Prevé una serie de medidas para el tratamiento de los menores no acompañados, tan pronto se les conceda el estatuto de refugiados como la representación mediante una tutela legal o, en su caso, la representación mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada... Los Estados miembros velarán porque los menores sean acomodados: a) Con parientes adultos; b) En una familia de acogida; c) En centros especializados en el acogimiento de menores; d) En otros alojamientos adecuados para menores..., atendiendo al interés superior del menor no acompañado, tratarán de encontrar cuanto antes a los miembros de la familia. En caso de que pueda haber una amenaza para la vida o la integridad de un menor o de sus parientes cercanos, especialmente si permanecen en el país de origen, habrá que garantizar que la recogida, el tratamiento y la comunicación de la información referente a estas personas se realice de forma confidencial (artículo 30).

La Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero, por el que se aprueban las normas mínimas para la acogida de las solicitudes de asilo en los estados miembros (DO núm. L 31 6 de febrero 2003). Contempla expresamente, las medidas relativas a los menores no acompañados, que deben adoptarse... Principalmente... las destinadas a asegurarles la representación mediante una tutela legal o, en su caso, la representación me-

y creciente en la sociedad convirtiendo a España³⁷ en uno de los países de destino de los distintos flujos migratorios. En efecto, la complejidad del fenómeno migratorio ha generado la necesidad de una regulación específica sobre el tratamiento de estos menores.³⁸

Empezaremos, por analizar la situación de los menores inmigrantes no acompañados e indocumentados que se encuentran en el territorio español.

Se considera menor no acompañado³⁹ al menor de 18 años que llega al territorio del Estado sin ir acompañado de un adulto responsa-

dante una organización nacional encargada del cuidado y bienestar del menor, o bien otro tipo de representación adecuada..., desde el momento en que sean admitidos en el territorio hasta el momento en que se les obligue a abandonar el Estado... se alojarán: a) Con parientes adultos; b) En una familia de acogida; c) En centros de acogida con instalaciones especiales para menores; d) en otros alojamientos adecuados para menores... Los Estados miembros podrán alojar a los menores no acompañados a partir de los 16 años de edad en centros de acogida para solicitantes de asilo adulto. Atendiendo al interés superior del menor no acompañado, tratarán de encontrar cuanto antes a los miembros de la familia de los menores no acompañados. En caso de que pueda haber una amenaza para la vida o la integridad de un menor o de sus parientes cercanos, especialmente si permanecen en el país de origen, habrá que garantizar que la recogida, el tratamiento y la comunicación de la información referente a estas personas se realice de forma confidencial, a fin de no poner en peligro su seguridad (artículo 19).

El Reglamento núm. 1560/2003, de 2 de septiembre, que aplica el Reglamento 343/2003, de 18 de febrero de 2003, establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de solicitud de asilo presentada en un de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DOL 5 de septiembre de 2003). Prevé que se aplique a los menores de edad no acompañados (artículo 2.f), las disposiciones, que consisten principalmente en establecer su identidad y nacionalidad, encontrar a su familia y tomar las medidas que garanticen su representación jurídica (artículo 12).

La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO núm. L 251 de 3 de octubre de 2003).

Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DO núm. C221 de 19 de julio de 1997).

³⁷ Por desgracia son cada vez más frecuentes, noticias como está: "*Hallan a un menor oculto en un camión*" (publicada en el ABC el 13 de enero de 2004). Un adolescente de nacionalidad marroquí fue encontrado ayer oculto en los bajos de un camión, acomodado en la rueda de repuesto, en un aérea de servicio de la N-232 (Bailen-Motril), en el término municipal de Campillo de Arenas. El joven, de dieciséis años de edad, fue descubierto durante un control rutinario de la guardia civil y trasladado a un centro de menores de Jaén.

³⁸ En profundidad, es tratado el tema, entre otros, por Esteban de la Rosa, "Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas consideraciones controvertidas", *La ley*, 7 febrero, 2003. Murillas Escudero, "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos", *Aranzadi*, BIB 2003/12, p. 5.

³⁹ Véase Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DO núm. C211 de 19 de julio

ble del mismo, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de él; este concepto, incluye, a los que dejan de estar acompañados, después de haber entrado en nuestro territorio.⁴⁰

En los casos en los que desconocemos la edad e identidad de un extranjero y cabe la duda de que pueda ser menor, lo primero que debe hacerse es determinar la edad, para que en el supuesto de que se trate de un menor, tomar las medidas oportunas de protección y asistencia.

En consecuencia, en los supuestos en que las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado⁴¹ tengan conocimiento o localicen a un extranjero indocumentado, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los servicios de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata.

Además, ha de informarse de inmediato al Ministerio Fiscal, que tomará las medidas encaminadas para la determinación de su edad, para

de 1997). “La presente resolución se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos... Se aplica también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos”. Toda la normativa comunitaria, anteriormente referida, define al menor acompañado, en términos muy parecidos a los de la resolución, incluyendo también a los apartidas.

⁴⁰ Es necesario observar, que muchos de estos menores inmigrantes no pertenecen a ningún Estado miembro.

⁴¹ Véase artículo 35 bajo la rubrica de menores extranjeros, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre).

Artículo 92 bajo la rúbrica de menores extranjeros no acompañados, Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 46, de 22 de febrero).

Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 6/2004, de 26 de noviembre (RAL 2004/300842), sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que dejó sin efecto la polémica y dudosa Instrucción 3/2003 de 23 de octubre (RAL 2003/221142), sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

lo que colaborarán las instituciones sanitarias, y se realizarán las pruebas oportunas.

Para la determinación de la edad se utilizan varios métodos,⁴² el más empleado es el Greulich-Pile: “consiste en medir con radiografías la muñeca y la mano izquierda y comparar el resultado con un atlas”.⁴³

Si, determinada la edad, estamos ante la presencia de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

Llegado a este punto, la Administración General del Estado,⁴⁴ debe resolver qué hace con el menor, después de oír al menor y de obtener el informe de los servicios de protección de menores. La repatriación del menor se considera el instrumento legal preferente⁴⁵ cuando proceda el retorno a su país de origen o a aquél donde estén sus familiares (conforme al principio de reagrupación familiar)⁴⁶ y, con carácter subsidia-

⁴² Debe destacarse la referencia a las técnicas para la de determinación de la edad, realizada Murillas Escudero, *op. cit.*, nota 38, p. 5.

⁴³ *Cfr. Ibidem, op. cit.*, nota 38, p. 5, quien además afirma: “La ONU recomienda combinar más de un procedimiento de edad para concluir la fecha aproximada de nacimiento. Las principales técnicas Greulich-Pile. Es el sistema que generalmente se utiliza en España... Es el más antiguo de todos los procedimientos... Es barato y rápido, pero es la prueba ósea menos fiable”.

En este sentido, puede verse, la sentencia del juzgado de primera instancia de Cantabria de 6 de mayo de 2004, que declara la ineficacia de la resolución de fecha 18 de septiembre de 2002 del director general de acción social de la Conserjería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria. Por la que se acordaba la extinción de guarda y la baja del centro de acogida de menores extranjeros no acompañados, por falta de exactitud en la fecha de nacimiento. La resolución administrativa se fundaba exclusivamente en la conclusión médica, para determinar la edad. Se utilizó el método Greulich Pile, que, si bien, es adecuado para determinar la edad ósea, aunque no sea óptimo es el más empleado. Por considerar que la determinación de la edad cronológica mejora, significativamente, mediante la combinación de variables de edad ósea y edad dental, sin que esta última se hubiese practicado (AC 2004/821).

⁴⁴ La administración del Estado es la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería, artículo 149.1.2. de la Constitución española.

⁴⁵ Así, la resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, declara que: “La presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tenga la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países de terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor y de reunirlos con dichas personas”.

⁴⁶ En el caso que se opte por la repatriación es necesario que el menor cuente con las garantías necesarias para que prime siempre el interés del menor, y no se escondan

rio, se decidirá sobre su permanencia en España. Al menor, en todo caso, se le dará la atención inmediata que precise.⁴⁷

El procedimiento se inicia de oficio por la administración o a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela sobre el menor. El órgano encargado de la tutela del menor debe de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.⁴⁸ Estas actuaciones se podrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, ya que corresponde al fiscal comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada para el menor.

Una vez localizada la familia del menor se procederá a la repatriación,⁴⁹ en caso de estuviere incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial.

bajo esta solución expulsiones encubiertas. En este sentido, el artículo 92.4, señala que: “la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen”. Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En la página Web del Ministerio del Interior puede verse el régimen jurídico de los menores extranjeros en situación de desamparo, www.mir.es.

⁴⁷ Conforme al artículo 14, de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor al disponer que: “Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal”.

Existen centros de acogimiento y de atención inmediata para extranjeros menores. Pero, como pone de manifiesto, Elías Menéndez, “especiales dificultades supone la habitual resistencia de los menores inmigrantes a permanecer en los centros destinados a tal efecto, produciendo a menudo fugas. Los principales motivos, además de la imposibilidad de retenerlos, estriban en la escasez de recursos con los que se ha dotado a los centros, por lo que se aloja a un número mucho mayor de niños que del teóricamente previsto, el miedo a ser repatriados y la inadecuación de la filosofía educativa del centro para sus urgentes expectativas de encontrar un empleo”, Elías Menéndez, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Valencia, 2002, pp. 321 y 321.

⁴⁸ Así, se establece que: “Los servicios competentes de protección de menores, en cuanto tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, a la mayor brevedad a la Dirección General de Policía... los datos que conozcan relativos a la identidad del menor”, artículo 111.2 del Reglamento de 30 de diciembre de 2004 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁴⁹ La repatriación del menor será acordada por el Ministerio del Interior: delegados de gobierno, o por subdelegados, en su caso, y ejecutada por el Cuerpo Nacional

La repatriación⁵⁰ debe resolverse en el plazo máximo de nueve meses desde la que el menor está bajo la protección de los servicios competentes, no siendo posible la repatriación intentada, se le otorgará la autorización de residencia.⁵¹

Cabe plantearse, en que momento pasa el menor a encontrarse en situación de desamparo. Si inmediatamente, una vez que se sabe que el inmigrante no acompañado es menor de edad o tras la tramitación el oportuno expediente.

Nosotros nos inclinamos, por pensar que hasta que no se haya tramitado el expediente no se le debe declarar en desamparo y la administración no asumirá la tutela automática. Hasta ese momento tan sólo protege al menor para que durante la tramitación esté totalmente atendido. Si bien, nos parece que en la gran mayoría de los casos estos menores al no tener a nadie que se haga cargo de ellos, quedarán desatendidos moral y materialmente y procederá declararles en situación de desamparo. Por tanto, la situación que consta de hecho, se tendría que declarar, cuanto antes, mediante resolución administrativa, tal y como se hace con los menores nacionales que están en la misma situación. Sería conveniente establecer un plazo para la declaración de desamparo de extranjeros, y que la situación de indefinición se prolongase lo menos posible.

Si el menor permanece en España, tras el oportuno expediente administrativo, será declarado en situación de desamparo y de forma auto-

de Policía. Siempre que sea posible se efectuará a consta de la familia del menor o de los servicios de protección del su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos, subsidiariamente, se hará cargo la Administración del Estado del coste de la repatriación.

⁵⁰ Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa administrativa. El fiscal puede recurrir contra la decisión adoptada.

⁵¹ Hay que tener en cuenta que “los efectos de la autorización de residencia se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores...”, artículo 35.4 de la Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por otro lado, sobre la concesión del permiso de residencia a instancias de la administración pública tutelante y su concesión por darse los supuestos específicos, puede verse, entre otras, la sentencia de 22 de julio de 2004, del Tribunal Superior de Justicia Castilla La Mancha (RAJ 2004/256006). Ponente Rouco Rodríguez.

mática su tutela pasará a la administración.⁵² La guarda de estos menores será ejercida mediante el acogimiento familiar o residencial.

Si los menores que se encuentren tutelados por la administración y alcanzan la mayoría de edad sin haber obtenido el permiso de residencia, en los supuestos que hayan participado adecuadamente en los programas de integración social, la propia administración podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia.

Conviene recordar que para la adquisición de la nacionalidad española, basta con la residencia de un año para: “Los que hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esa situación en el momento de la solicitud”, conforme dispone el artículo 22.2 del Código Civil.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que, nuestro ordenamiento protege la situación del *nasciturus*,⁵³ así las mujeres extranjeras embarazadas no pueden ser expulsadas, cuando suponga un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.⁵⁴

Por último, también se contempla la solicitud de asilo⁵⁵ en España por menores no acompañados, en este caso se estará a lo dispuesto por

⁵² Tal y como establece el artículo 111: “Se ha previsto la creación de un Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos identificadores en la Dirección General de la Policía. En el que constará: a) Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia. b) Su impresión dactilar. c) Fotografía. d) Centro de acogida donde resida. e) Organismo público bajo cuya protección se halle. f) Resultado de la prueba médica de determinación de la edad, según informe de la clínica médico forense. g) Cualesquiera otros datos de relevancia a los citados efectos de identificación, incluidos los que puedan facilitar la escolarización del menor. Reglamento de 30 de diciembre de 2004 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁵³ Esteban de la Rosa “alude a este tipo de inmigración infantil que tiene lugar cuando el niño se encuentra en el seno de una madre, que llega embarazada al territorio español”. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, nota 38, p. 2.

⁵⁴ Véase artículo 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Resulta de gran interés, la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de enero de 2005 (RJ 2005/1520). Ponente Excmo. señor Yague Gil, que anula la orden de expulsión de una extranjera madre de un menor nacido en España, por considerar que llevaría implícita la del hijo menor español o la desmembración de la familia.

⁵⁵ Conforme al artículo 58.3: “en el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo... no podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre”, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

el artículo 15.4⁵⁶ del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo,⁵⁷ reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero,⁵⁸ así como la situación de menores no acompañados apátridas, regulado por el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.⁵⁹

b) Las entidades públicas que pueden ejercerla son las que tengan encomendada esta función en las diferentes comunidades autónomas (Disposición Adicional 1o. de la Ley de 21/1987, de 11 de noviembre, artículo 18 y disposición final 22 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor. Dicha guarda se ejerce a través del acogimiento.

3. Constitución. Requisitos formales

El procedimiento para constituir la *tutela administrativa* es extrajudicial, y se ajusta a una serie de formalidades administrativas y civiles.

Se inicia, como decíamos, de oficio, por la propia administración o a instancia de parte, ya que cualquier persona está obligada a denunciar, o a poner en conocimiento de la autoridad, las situaciones de desprotección en las que puede encontrarse el menor (artículo. 13.1. de Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor). Desde ese momento, la administración queda obligada, a comprobar la situación, oyendo a todos los interesados.

De este modo, una vez que la administración ha constatado el hecho del desamparo, es necesario que mediante *resolución* se aprecie dicho desamparo, y se declare la asunción de la tutela por ministerio de la ley. Dicho en otros términos, es necesario que esa situación de hecho, sea declarada formalmente por la administración, mediante una resolución, por la que, además, asume automáticamente la función de tutela.

⁵⁶ El citado artículo, señala que: “4. Los solicitantes menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo”.

⁵⁷ BOE de 27 de marzo de 1984, núm. 74.

⁵⁸ BOE de 2 de marzo de 1995, núm. 52. Modificado por el Reglamento de la Ley Orgánica de 4/200, de 11 de enero de 2000.

⁵⁹ BOE de 20 de julio de 2001, núm. 174.

La administración, queda obligada a poner esta situación en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificarlo en forma legal a los padres, tutores o guardadores, en el plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, además, en el momento de la notificación, se les informará de forma presencial, y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la administración, y de los posibles efectos de la decisión adoptada (artículo 172.1 del Código Civil y artículo 22 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor).

En caso de desacuerdo decidirá el juez si existe o no de desamparo, es decir, las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la tutela por ministerio de ley, son recurribles ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa (artículo 172.6 del Código Civil), de acuerdo con el procedimiento que luego analizaremos. Además, el fiscal en tanto que defensor de los intereses del menor, puede promover ante el juez las medidas de protección que estime necesarias, y ejerce funciones de vigilancia.

Sistemáticamente pueden señalarse las siguientes fases:

- Denuncia, hecha por cualquier persona, o autoridad, especialmente por aquellos que por su profesión o función detecten una posible situaciones de desamparo: servicios sociales, juez, ministerio fiscal, policía y otros cuerpos de seguridad, profesores, y por supuesto por el propio menor.

- Iniciación de un expediente, con la actuación de la administración, que oír a las personas interesadas (menor de 12 años o de menos si tuviera suficiente juicio, padres, tutores, guardadores, o personas interesadas) y evaluara la situación.

- Resolución del expediente, que terminará con la declaración de la situación de desamparo si se verifica la situación denunciada, adoptando las medidas oportunas de protección, en cuyo caso la entidad pública asumirá la tutela, en los términos previstos en el artículo 172 del Código Civil.

- Notificación de la resolución al Ministerio Fiscal y a los padres, tutores o guardadores.

Las consecuencias civiles son las señaladas en el artículo 172 a 174 del Código Civil.

4. *Efectos*

Lleva consigo la suspensión⁶⁰ de la patria potestad⁶¹ o de la tutela ordinaria, tanto en su aspecto personal como patrimonial. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él (artículo 172.1 del Código Civil).

Además, hay que señalar que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores (artículo 160 del Código Civil), pues se presume que puede ser conveniente para su desarrollo, si bien es verdad que ese derecho, tratándose de menores acogidos, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (artículo 161 del Código Civil). Lo que quiere decir que, por regla general, los padres tienen derecho a visitar y a seguir relacionándose y comunicándose con sus hijos menores.

La tutela pasa, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, a la administración, quien ostenta obligaciones personales y patrimoniales, tales como la representación legal, y, la administración del patrimonio del menor (artículo 267 y 270), etcétera. Pero a diferencia de lo que ocurre en la tutela ordinaria, en la que será la persona designada como tutor la que ejercerá la guarda, en la tutela por ministerio de ley, dicha guarda se ejerce a través del “acogimiento”.

III. LA GUARDA ADMINISTRATIVA O LEGAL

1. *Concepto*

Conviene antes de entrar en el concepto hacer una precisión de orden terminológico, pues como ocurre con la tutela por ministerio de ley, la doctrina y la jurisprudencia utilizan indistintamente, para referirse a esta institución, los nombres de *guarda*, *guarda legal*, *guarda*

⁶⁰ Se pierde temporalmente la guarda del menor pero no la titularidad de la patria potestad o de la tutela sobre el menor.

⁶¹ Véase Lasarte Álvarez, *Principios de derecho civil*, parte Derecho de familia, 3a. ed., Madrid, 2002, pp. 366 y ss, t. VI.

Díaz-Ambroña y Hernández Gil, *Lecciones de derecho de familia*, Madrid, 1999, pp. 420 y ss.

administrativa, guarda asistencial, guarda voluntaria y guarda rogada. Se encuentra regulada en el artículo 172.2 del Código Civil y en el artículo 19 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor.

Es la guarda que asume, temporalmente, la administración, a solicitud de los padres o tutores o del juez, cuando concurren determinadas circunstancias que a continuación veremos. Esta forma de protección, que ejerce la administración, a través de la guarda, se produce tras una solicitud “extrajudicial”, si la solicitan los padres o tutores cuando por “circunstancias graves” no puedan cuidar del menor, o “judicial” cuando es solicitada por el juez en los casos que legalmente proceda. En ambos casos la guarda tiene carácter transitorio.

En el primer caso, los padres o tutores solicitan ayuda a la administración para prevenir, o remediar una situación grave, en la que los menores se puedan encontrar desamparados. Es decir, existen circunstancias que impiden el cuidado del menor y por tanto su desarrollo integral (que pueden ser de muy variada índole, tales como falta de familiares cercanos que puedan asumir la guarda, pobreza, paro, enfermedad grave, toxicomanía, etcétera). En estos casos los padres o tutores ante la imposibilidad de tener a sus hijos como es debido acuden a la administración,⁶² pero conviene resaltar que éstos siguen teniendo responsabilidades para con los menores.

En el segundo caso, se produce a solicitud del juez. Ha de destacarse, además, que el juez tiene encomendada, por ley, la adopción de las medidas de defensa que considere oportunas, para apartar a un menor de un peligro, o evitarle perjuicios. Estas medidas se pueden adoptar dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículo 158 del Código Civil), si bien, el juez no asume directamente, o personalmente, el ejercicio de las funciones específicas de protección.

2. Constitución. Requisitos formales

La asunción de la guarda por parte de la administración puede tener su origen en un acuerdo de la entidad pública o de la autoridad judicial.

⁶² Tena Pizuelo afirma que: “el Código no señala la duración de la guarda, pues se limita a decir que *durante el tiempo necesario*; no obstante resulta razonable pensar que si la situación que determina la necesidad de guarda se dilatara en el tiempo, ello podría redundar en que la administración considerarse acontecido un verdadero desamparo”, Tena Pizuelo, *op. cit.*, nota 13, p. 252.

En el primer caso, la entidad pública, una vez solicitada la guarda temporal por los interesados, tramita el correspondiente expediente. En él analiza y estudia las circunstancias alegadas y la situación personal, social y familiar del menor, y después, oídas las partes interesadas, dicta la resolución que proceda.

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

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Si se considera que no procede la guarda, se puede acudir al juez a través de la oposición a la que más tarde nos referiremos.

En el segundo caso, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el juez, en los casos en que legalmente proceda (artículo 172.2 del Código Civil). Por ejemplo: en los casos que solicitada la guarda la entidad se niega a asumirla, en los procesos de acción de reclamación de filiación o impugnación de la misma, en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, los hijos pueden ser encomendados a una institución tutelar, si no hay acuerdo ente los cónyuges.

3. *Efectos*

A pesar de que los padres o tutores cedan temporalmente a la administración la guarda de los hijos, es muy importante resaltar que no por ello se extingue, ni la patria potestad, ni en su caso la tutela, tan sólo supone que determinadas funciones, que forman parte del contenido personal de la patria potestad o la tutela, se delegan en la administración, como, por ejemplo, aquellas derivadas de la convivencia con el menor.

En este sentido, se expresa además el Código Civil, al afirmar que los padres y tutores mantienen sus responsabilidades para con sus hijos o pupilos, y aquéllos deben ser informados de este extremo. Es decir, la guarda, así ejercida, coexiste con la patria potestad o tutela. Además, no hay que olvidar que los padres tienen derecho de visita y comunicación con el menor, salvo que se impidiera por resolución judicial (artículo

los 160 y 161 del Código Civil). De lo dicho, es fácil observar que el grado de intervención de la administración, en este caso, no tiene consecuencias tan drásticas como en la tutela administrativa.

Debemos destacar, además, que la función de guarda de la administración se ejercita a través del acogimiento familiar o residencial, y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

IV. EL ACOGIMIENTO DE MENORES

Como hemos ya hemos tenido ocasión de exponer, tanto la tutela administrativa, como la guarda conducen al acogimiento, siendo éste el instrumento por el que se materializa las citadas instituciones.

1. *Concepto*

Es la medida de protección de menores que hace efectiva la realización de la guarda o tutela administrativa, y consiste en integrar al menor en una familia, o en un establecimiento adecuado a tal fin. Comporta por tanto, la separación del menor de su familia originaria.

La figura del acogimiento fue introducida por Ley 21/1987, y modificada por Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

2. *Clases de acogimiento de menores*

Podemos distinguir dos modalidades de acogimiento, según quien tenga encomendado su ejercicio (artículos 172.3 del Código Civil y 20 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor):

a) Acogimiento familiar: cuando se ejerza por la persona o personas que determine la entidad pública.

b) Acogimiento residencial: cuando se ejerza por el director del centro o institución donde sea acogido el menor.

Hay que señalar que, aunque que el código prevé dos modalidades de acogimiento, se limita a regular y desarrollar el acogimiento familiar, mencionando simplemente el acogimiento residencial.

A. Acogimiento residencial

El acogimiento residencial⁶³ consiste en integrar al menor, en situación de desprotección social, en un centro (público o privado), ejerciendo la guarda el director del mismo. Se incluye aquí la integración en pisos asistidos y hogares funcionales. Es, sin lugar a dudas, el acogimiento de consecuencias más drásticas. Por ello, es la última medida que debe ser ejercida, pues se considera que la integración familiar será preferente a la integración en una institución. En todo caso, se procurará que el menor permanezca internado el menor tiempo posible. Estos centros tratan de mitigar la carencia de un entorno familiar.

La regulación de esta modalidad de acogimiento es competencia de la administración,⁶⁴ y dependerá de la normativa establecida en cada una de las comunidades autónomas con competencia en materia de asistencia social. Si bien con carácter supletorio, es de aplicación lo establecido en el artículo 21.1.2.3. de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor, teniendo en cuenta, en todo caso, que el fiscal tiene encomendada la tarea de vigilancia del acogimiento, quien comprobará, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá, ante el juez, las medidas de protección que estime necesarias (artículo 20.4 de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor y 174 del Código Civil).

B. Acogimiento familiar

El acogimiento familiar⁶⁵ consiste en integrar al menor en situación de desprotección social, en un núcleo familiar que sustituya al suyo de origen, ejerciéndose la guarda por la persona, o personas, que lo integren. Es una medida menos traumática que la anterior, por considerarse que la familia es el medio idóneo para el desarrollo integral del menor. Hay que resaltar que, el acogimiento familiar, se puede reali-

⁶³ Afirma Rodríguez Morata que: “el acogimiento residencial viene caracterizado por las siguientes notas: su provisionalidad, por ser una medida subsidiaria, por no implicar privación de la patria potestad o de la tutela ordinaria y por último porque no tiene carácter automático. Rodríguez Morata, F., *op. cit.*, nota 34, p. 2.

⁶⁴ Los centros serán los autorizados por la administración.

⁶⁵ Véase al respecto, Pérez Martín, *op. cit.*, nota 14. Fernández González, “Visión general del acogimiento familiar”, *Actualidad civil*, núm. 46, diciembre de 2000. Carcaba Fernández, *op. cit.*, nota 14.

zar en la familia extensa del menor,⁶⁶ con la que esté unido por alguna relación de parentesco o en una familia ajena al mismo.

El procedimiento de selección de los acogedores se lleva a cabo por la administración atendiendo a criterios tales como las características personales, circunstancias socioeconómicas, entorno que pueda dar soporte al acogimiento, etcétera.

Debe señalarse que muchos son los propios padres los que eligen a la familia que debe quedarse con el menor, si bien la administración es, como decimos, la que decidirá si cumple los requisitos de idoneidad para poder ser acogedores.

C. Tipos de acogimiento familiar

Dependiendo de que la propia familia del menor pueda mejorar, y que su retorno no implique riesgos para éste, o que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o con carácter pre-adoptivo, hay que distinguir las siguientes subespecies de acogimiento familiar,⁶⁷ atendiendo a su finalidad (artículo 173 bis del Código Civil, redactado conforme a la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor):

⁶⁶ Debe considerarse preferente el acogimiento en la familia extensa del menor ya que uno de los principios que en se apoya la protección de menores es la reinserción en la propia familia, siendo bastante usual que se los abuelos ejerzan la función de acogedores. Algunas leyes autonómicas expresamente señalan que se procurará que el acogimiento se produzca en la familia extensa del menor. Así, *La ley* 1/1995 de 27 de enero, de protección de menores de Asturias (*BOPA* 9 de febrero de 1995, núm. 32), artículo 44. c. *La ley* 3/1997 de junio, sobre protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia, y la adolescencia de Galicia (*DOG* 20 de junio de 1997), artículo 25. 2. *La ley* 7/1997 de 7 de febrero, que establece las normas reguladoras de atención integral a menores de Canarias (*BOIC* 17 de febrero de 1997, núm. 23), artículo 61.2. *La ley* de 1/1998, de 20 de abril que regula los derechos y atención al menor, de Andalucía (*BOJA* 12 de mayo de 1998, núm. 53), artículo 27.c *La ley* 41/1998, de 18 de marzo, del Menor de la Rioja, artículo 61. *Ley* 7 /1999, de 28 de abril, de protección a la infancia y la adolescencia de Cantabria (*BOC* 6 de mayo de 1999, núm. 90), artículo 50. *La ley* 3/1999 de 31 de marzo, que regula la competencia en materia de menores de Castilla la Mancha (*DOCM* 16 de abril de 1999, núm. 22), artículo 44 a). El Decreto de 93/2001, de 22 de mayo, por el que se crea el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del menor de Valencia (*DOGV* de 28 de mayo de 2001), artículo 46.2. *La ley* 14/2002, de 25 de julio de promoción, atención y protección a la infancia, Castilla-León (*BOE* 17 de agosto de 2002), artículo 91. a).

⁶⁷ Muy interesante resulta el estudio jurisprudencial realizado por Díez García, bajo el título: “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2003, pp. 167 y ss.

1. *Acogimiento familiar simple*:⁶⁸ que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia⁶⁹ bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.

2. *Acogimiento familiar permanente*: cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

3. *Acogimiento familiar preadoptivo*,⁷⁰ que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar,⁷¹ hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia.⁷² Este periodo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

En principio, como ya hemos afirmado, el acogimiento es una situación nacida con vocación de temporalidad, en espera de una situación

⁶⁸ Egea Fernández, J., “El acogimiento simple”, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999, pp. 87 y ss.

⁶⁹ Como destaca, Díez García: “El destino normal de este acogimiento será la tan esperada o ansiada reagrupación familiar una vez superadas las circunstancias que obstaculizaban el adecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos. Ahora bien, conviene dejar por un momento una visión acaso demasiado optimista, pues la realidad demuestra que, en ocasiones, por variadas circunstancias, aquélla no se produce”, Díez García, *op. cit.*, nota 67, pp. 193 y ss.

⁷⁰ Vaquer Aloy, “El acogimiento preadoptivo”, *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Madrid, 1999, pp. 117 y ss. Vicent López, “Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor”, en *Revista General del Derecho*, núm. 85, 1999.

⁷¹ Un estudio detallado de las personas que pueden adoptar y que pueden ser adoptadas, puede verse, en Pous de la Flor, “La adopción”, *Curso sobre la Protección Jurídica del Menor. Aspectos Teóricos y Prácticos*, Madrid, 2001, pp. 74 y ss.

⁷² Véase lo dicho anteriormente sobre los sujetos protegidos en situación de desamparo.

de permanencia que le ponga fin (reinserción futura del menor en su propia familia, acogimiento permanente, adopción). Hay que tener en cuenta que a veces el acogimiento se produce por familias que quieren desinteresadamente ayudar a los menores, incluso, en ocasiones, es la propia familia extensa del menor la que se hace cargo de él, y otras veces son familias que habitualmente se dedican a ello de forma remunerada, se puede decir que son “profesionalizadas”, las que proporcionan el medio familiar para que se desarrollen los menores.

Exclusivamente el acogimiento permanente tiene carácter estable, y el juez puede atribuir a los acogedores funciones tutelares. Es decir, ampliar las facultades de contenido personal que se desempeñan por el acogimiento familiar, por ejemplo, atribuyendo funciones de presentación.

El acogimiento *preadoptivo*, tiene por finalidad la adopción, lo que supone, por regla general, la ruptura con la familia de origen, y crea vínculos de parentesco (relación de filiación), con la familia que pasa a ser adoptiva (artículo 178 del Código Civil). La familia ejercerá la patria potestad sobre el menor, siempre que se den los requisitos de capacidad y formalidades exigidos para la adopción (artículos 175 y siguientes del Código Civil). Existe una contradicción entre el plazo de un año establecido en el artículo. 173 bis.1, que exige que el acogimiento familiar preadoptivo no pueda exceder de un año, y el establecido en el artículo 176.2,3a que permite que se inicie el expediente de adopción, si lleva más de un año acogido legalmente bajo la medida de acogimiento preadoptivo.

3. Elementos subjetivos

a) Los sujetos que pueden ser acogidos son los menores de edad,⁷³ no existe acuerdo doctrinal sobre si quedan excluidos los menores emancipados y los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad. En el supuesto de que el acogimiento sea preadoptivo, se exigirán los re-

⁷³ En este sentido, puede destacarse, el Decreto 38/1999, de 8 de julio, del Principado de Asturias, regulador del Programa de Acogimiento Familiar. La Ley 22/2001, de 29 de diciembre de 2000, de Cataluña, de Acogida de Personas Mayores (BOE núm. 29, de 2 de febrero de 2001). La Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogida Familiar de Personas Mayores de Navarra (BO Navarra núm. 150, de 13 de diciembre de 2002). Algunas comunidades tienen normas que responden a programa como el de *respiro familiar*, con los que se pretende ayudar a las familias a cuidar de los discapaci-

quisitos de capacidad que deben reunir los adoptados. En todo caso, los menores deben encontrarse en situación de desprotección social. En cuanto, al acogimiento familiar de personas mayores, regulado por algunas legislaciones autonómicas,⁷⁴ su estudio detallado debe hacerse en otro lugar.

b) El acogimiento se podrá ejercer por cualquier persona, ya viva sola o en pareja, bien casada o de hecho.⁷⁵ También, pueden ser acogedores las asociaciones y fundaciones no lucrativas. Tal y como establece el artículo 172.3 y 173.1.2 del Código Civil: “El acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que determine la entidad pública y sustituyan al núcleo familiar del menor o por el director del centro donde sea acogido el menor”. La generalidad con que el código establece quien puede ser acogedor al señalar que puede hacerlo “cualquier persona que determine la entidad pública”, implica, por un lado, que la ley no exige ningún requisito de capacidad especial, por lo que podrá ser acogedor cualquier persona mayor de edad con plena capa-

tados. Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el estatuto de las personas con discapacidad en la Comunidad Valenciana.

⁷⁴ Como dice, Sánchez González, “en ausencia de norma específica, se tenderá a tomar como referencia el régimen jurídico regulador del acogimiento de menor. No obstante, debe tenerse en cuenta que entre un supuesto y otro de acogida existen diferencias sustanciales”. Sánchez González, Ma. P., “Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 2003, p. 219.

En estos casos el sujeto acogido evidentemente es mayor de edad (con plena capacidad de obrar, o con alguna disminución de la misma). Cabe plantearse si podrían considerarse desamparados a estas personas mayores cuando estuvieran desatendidos moral y materialmente, bien por falta de la asistencia necesaria de quines deberían atenderles, bien por encontrarse solos sin ningún familiar que les pueda atender.

Como acertadamente resalta, Sánchez González quizá, a fin de evitar confusiones sería mejor referirse a los mismos como personas mayores dependientes, entendiéndolo por dependencia, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre de Atención y Protección a las Personas en situación de dependencia, “aquel estado en que se encuentran las personas que por razón de la disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de ayuda y/o asistencia importante para la realización de su vida cotidiana”, Sánchez González, Ma. P., *op. cit.*, p. 220.

Resulta de gran interés el trabajo de Linacero de la Fuente, Ma., “Protección jurídica de las personas mayores”, *La ley*, núm. 19, noviembre de 2004.

⁷⁵ Algunos autores como Iglesias Redondo, entendían que: “ante la falta de previsión legal es de suponer que no sólo es apta la pareja heterosexual, matrimonial o de hecho, sino también la homosexual”, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1997, p. 341.

cidad de obrar siempre que sea considera idónea, y, por otro, que no se hace distinción en cuanto a la identidad sexual de la persona.⁷⁶

No hay que olvidar, que las comunidades autónomas valoraran a las familias o personas de acogida según los distintos criterios de selección, que establezcan en sus propias disposiciones, teniendo en cuenta la edad, la aptitud educadora, la situación familiar y otras circunstancias, siempre en interés del menor. Debe observarse que algunas comuni-

⁷⁶ Actualmente, algunas comunidades autónomas contemplan expresamente el acogimiento por las parejas de hecho, tanto heterosexuales y homosexuales.

En Andalucía, la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (*BOJA* núm. 153, de 28 de diciembre de 2002). En el artículo 9o. preceptúa que: “Los componentes de las parejas de hecho podrán iniciar ante la administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. A efectos de los dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril de los derechos y la atención al menor, en relación con los criterios de valoración de idoneidad aplicados en dichos procedimientos, en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes”.

En Aragón, la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (*BOA* núm. 54, de 12 de mayo de 2004) y (*BOA* núm. 39, de 6 de abril de 1999), no lo contempla.

En Asturias, la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (*BOPA* núm. 125, de 31 de mayo de 2002), en su artículo 8o. señala que: “Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento sea simple o permanente de acuerdo con la legislación aplicable”.

En Canarias, la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la comunidad Autónoma de Canarias (*BOC* núm. 54, de 19 de marzo de 2003), no lo regula.

En Cataluña, la Ley 3/2005, de 8 de abril de modificación de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Parejas (*DOGC* núm. 2687, de 23 de julio de 1998), no lo regula.

En Extremadura, la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*DOE* núm. 42 de 8 de abril de 2003), el artículo 8.1 señala que: “Teniendo en cuenta que es competencia de la Junta de Extremadura, la función tutiva de los derechos de la infancia, así como todas las actuaciones en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores, los miembros de las parejas de hecho podrán acoger de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio, siempre que la modalidad del acogimiento sea simple permanente, de acuerdo con la legislación aplicable”.

En Islas Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables (*BOIB* núm. 156, de 29 de diciembre de 2001), no lo regula.

En Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 2, de 3 de enero de 2001), no lo regula.

En Navarra, la Ley Foral, 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (*BON* núm. 82, de 7 de julio de 2000), el artículo 8.2 dispone que:

dades entre las circunstancias que tienen en cuenta, señalan a las parejas matrimoniales y parejas de hombre y mujer unidos de forma estable respecto de las personas individuales.⁷⁷ Por lo que creemos que la normativa de alguna de las comunidades necesitara algunos retoques para que no haya preferencia en el acogimiento según la orientación sexual de las de las parejas, cuando hayan realizado una equiparación de parejas homosexuales y heterosexuales.

En caso de que el acogimiento sea preadoptivo, se exigirán los requisitos de capacidad que deben reunir los adoptantes.⁷⁸ Actualmente, está en trámite un Proyecto de Ley, por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOCG*, núm. 18-1, de 21 de enero de 2005) y tal y como declara la Exposición de Motivos⁷⁹ “permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del

“Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimientos para contemplar el modelo de familia formado por parejas estables”.

En el País Vasco, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (*BOPV* núm. 00, de 23 de mayo de 2003), el artículo 7o. señala que: “Los miembros de la pareja podrán, en los términos establecidos por la normativa vigente, formalizar el acogimiento de menores de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio”.

En la Comunidad Valenciana, la Ley 1/2001 de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho (*DOGV* núm. 3978, de 11 de abril de 2001), no lo regula.

⁷⁷ En Cataluña el Decreto 127/1997 de 27 de mayo, que modifica parcialmente el Decreto 2/1997, de 7 de enero, que aprobó el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (*DOGC* 30 de mayo de 1997, núm. 2402) establece en el artículo 64, entre los criterios de selección: e) Las parejas matrimoniales y parejas de hombre y mujer unidos de forma estable respecto de las personas individuales.

En Aragón el Decreto 79/1995 de 18 de abril, sobre normas reguladoras del procedimiento de declaración de desamparo e instrumentos de protección establecidos en la Ley de 4 de diciembre de 1989 (*BOA* 5 de mayo de 1995, núm. 53) en el proceso de valoración uno de los criterios del artículo 53.j se dará preferencia a la figura materna y paterna.

⁷⁸ En cuanto al requisito de la idoneidad de los adoptantes, como destaca, Pous de la Flor, “las personas que pretendan adoptar deberán hallarse en situación idónea, tanto en lo moral como en lo material, que afronten responsabilidades de asunción de un nuevo hijo a través de la adopción”, en Pous de la Flor, *op. cit.*, nota 71, pp. 76 y ss.

⁷⁹ En concreto el proyecto da una nueva redacción al apartado cuarto del artículo 175 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

mismo o distinto sexo, con plenitud de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición... en consecuencia, los efectos del matrimonio... serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a los derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte del procedimiento de adopción.

4. *Constitución. Requisitos formales*

El procedimiento para formalizar el acogimiento puede ser:

- Administrativo (artículos 173.2 y 174 del Código Civil) o
- Judicial (artículos 173.3 y 174 del Código Civil y artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Hay que resaltar que, en ambos casos, su régimen y efectos son civiles, y que esta regulación debe ser completada con la específica de la distintas comunidades autónomas.

Empezaremos por el acogimiento constituido por la administración (a través de una resolución administrativa), y establecido para que sea ejercido por las personas, o personas, que sustituyan al núcleo familiar del menor, o por los responsables del hogar funcional que determine la entidad pública, siempre en interés del menor y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

Previamente a la constitución del acta de acogimiento, la administración realiza un expediente administrativo que, esquemáticamente, pasa por los siguientes pasos:

- Incoación del expediente administrativo (de oficio o a instancia de parte).
- Tramitación del expediente (informe sobre la situación del menor, designación de personas que pueden acoger al menor).
- Resolución acordando o denegando el acogimiento.
- En caso afirmativo, se formaliza el acta.

El acogimiento se formalizará por escrito. El documento o acta de formalización del acogimiento familiar, exige una serie de requisitos necesarios para que el acogimiento, sea cual sea su forma de constitución administrativa o judicial, se entienda legalmente constituido. Éstos son:

1. Los consentimientos necesarios:

a) El consentimiento de la entidad pública (tenga la tutela o la guarda).

b) El de la persona o personas que reciban al menor en acogida.

c) El del menor, si tuviera doce años cumplidos. Antes de esa edad, si tiene suficiente juicio, tiene derecho, tan sólo, a ser oído, con lo que se le puede dar audiencia (conforme al artículo 9o. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

d) El de los padres, si fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor. Sin embargo, no será necesario el consentimiento de los padres en los supuestos de que se trate de un acogimiento familiar provisional acordado por la entidad pública, en interés del menor, hasta que se produzca la resolución judicial (artículo 173.3 del Código Civil).

2. Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.

3. Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:

a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.

b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.

c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.

4. El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.

5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.

6. Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.

7. Informe de los servicios de atención a menores.

Por último, hay que señalar que, dicho documento, una vez realizado, debe de remitirse al Ministerio Fiscal. Se inscribirá en el Registro Civil.

El acogimiento constituido judicialmente: tiene lugar cuando es decretado por el juez, en interés del menor, en los casos en que los

padres o tutores se opongan, o no consientan el acogimiento. Se hará, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que nos referiremos más tarde.

Hay que tener en cuenta que, pese a que el acogimiento se formalice judicialmente, corresponde a la entidad pública igualmente la selección de los acogedores, y el control del acogimiento. En consecuencia, la propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos al procedimiento administrativo, ya visto.

No obstante, hay que destacar que para evitar perjuicios al menor, si la decisión judicial se retrasa, la entidad pública podrá acordar, en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial. Si así ocurriese, la entidad pública una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días. Se pretende con ello que el menor quede inmediatamente atendido, si bien esta resolución de la administración se puede impugnar judicialmente.

5. Efectos

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone, a quien lo recibe, las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.⁸⁰ Esto no significa que entre el menor y la familia de acogida se creen vínculos familiares, la ley habla exclusivamente de participación del menor en la vida de la familia. Hay que señalar que no se crean vínculos de parentesco aunque se trate de acogimiento preadoptivo, pues cuando efectivamente cristalice la adopción, ésta será, y no aquél, la que creará los citados vínculos. Lo que ocurre, tan sólo, es que existe, por parte de la administración, una delegación de las funciones de contenido personal a la familia que ejerce la acogida, por ejemplo, velar por el menor, tenerlo en su compañía, procurarle alimentos, una educación integral, etcétera.

⁸⁰ En cuanto al derecho de los padres a relacionarse con sus hijos puede verse, Carcaba Fernández, quien afirma: “no se trata de valorar los lazos sanguíneos como superiores o no a los lazos que surgen del trato creo que en el fondo está en juego la seguridad jurídica del estado civil paternofilial, y si consideramos que la familia es el núcleo de la sociedad la seguridad de tal estado parece ser una cuestión de orden público”. Carcaba Fernández, *op. cit.*, nota 14, p. 5.

En consecuencia, los acogedores no tienen funciones de carácter patrimonial sobre los menores acogidos tales como la representación o gestión de los bienes, ya que no hay que olvidar que, en las situaciones de guarda a solicitud de los padres o tutores, estos mantienen la patria potestad, o en su caso las funciones tutelares, y que en las situaciones de desamparo, la tutela la ejerce la administración, y es ésta la que tiene la representación legal y las facultades patrimoniales. No obstante, en el acogimiento permanente pueden delegarse en la familia de acogida facultades de tutela.

Por otro lado, el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos menores (artículo 160 del Código Civil) podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor (artículo 161 del Código Civil). La entidad pública tiene, en todo caso, el deber de vigilancia y control del acogimiento.

6. Intervención del Ministerio Fiscal

Como ya hemos señalado, incumbe al fiscal la “superior” vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, con ello se pretende garantizar la adecuada protección de los menores sometidos a estas instituciones (el Ministerio Fiscal, es el órgano del Estado que tiene encomendada la defensa de los derechos de los ciudadanos, el interés público, y la defensa de la legalidad).⁸¹

Para poder cumplir su cometido, está obligado a comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promover ante el juez las medidas de protección que estime necesarias (artículo 174.2 del Código Civil). No obstante, ese deber de vigilancia no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor, ya que la administración tiene el deber de vigilancia y control de todas las instituciones de protección, y la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe.

Además, el Ministerio Fiscal, para que pueda cumplir su labor, recibirá de la entidad pública:

Noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores.

Copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos.

⁸¹ Conforme al artículo 124.1 Constitución española.

Igualmente, le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (artículo 174 del Código Civil).

7. *Publicidad registral*

En cuanto al acceso de los acogimientos a los registros públicos para su constancia registral, hay que señalar que la *publicidad en el Registro Civil* se limita a la anotación del acogimiento, ya que, conforme al artículo 154.3 del Reglamento del Registro Civil, “cabrá también la anotación 3o. Del prohijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia”. Si bien, no hay que olvidar que la anotación⁸² en el registro tiene un valor simplemente informativo.

Con carácter general Ley de Registro Civil permite que a petición del Ministerio Fiscal o cualquier interesado, se anote con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 1o. El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del registro” (artículo 38).

Además, también accederán a los registro públicos:

cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a los que se refiere este Título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que corresponda. A petición de la parte se comunicarán también a cualquier otro registro público a los efectos que cada caso proceda (artículo 755 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

En cuanto a la *publicidad administrativa*, es necesario señalar que en algunas Comunidades Autónomas existen también registros administrativos de los acogimientos, por lo que será necesario observar la normativa específica en cada caso.

8. *Procedimiento judicial*

La intervención del juez, en materia de protección de menores, obedece a causas muy variadas. Puede producirse tanto para que se constituyan o cesen judicialmente las instituciones de protección de menores,

⁸² Sobre tutela legal de las entidades publicas puede verse la Resolución de 22 de junio de 1999 (BIMJ núm. 1782-83).

como para ejercer un control de las constituidas extrajudicialmente, interviniendo siempre en beneficio del menor.

La constitución judicial del acogimiento se produce si los padres o tutores no consienten o se oponen al acogimiento. De los aspectos procesales se ocupa la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El procedimiento es el de jurisdicción voluntaria. También lo establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor al señalar que:

Se aplicaran las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1. Para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil... 3) Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades publicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán en todo caso en un solo efecto (disposición adicional 1o. De la Ley de Protección Jurídica del Menor).

Si bien, en estos casos, el procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria tendrá las siguientes peculiaridades:

- Tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio, en interés del menor, adoptando y proponiendo medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos, y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.
- No será necesaria la intervención de abogado y procurador, salvo para el escrito de oposición a la constitución judicial de acogimiento.

Este procedimiento debe entenderse actualmente vigente por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil excepción hecha de los artículos 1827 y 1880 a 19000 hasta la vigencia de la ley sobre jurisdicción voluntaria. Conforme a la Disposición Derogatoria Única 1) 1a. que establece que: “Los artículos relativos al procedimiento de Jurisdicción Voluntaria, quedarán en vigor hasta la vigencia de la de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados”.

Además, según la disposición final decimoctava: “En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el

gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria”.

Conviene precisar que, con anterioridad a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de tutela por ministerio de la Ley, se utilizaban las normas de la jurisdicción voluntaria (disposición adicional 1o. De la Ley de Protección Jurídica del Menor) y la oposición de los interesados se ventilaba por el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso (disposición adicional 1o. De la Ley de Protección Jurídica del Menor). En concreto, en casos de oposición, regía el artículo 1827, actualmente derogado.

Ahora, existe un procedimiento especial que regula la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (a la declaración de desamparo, y a la asunción de tutela y guarda administrativa y acogimiento) y adopción, previsto en el artículo 748, y regulado en los artículos 779 a 781, de los que más tarde hablaremos.

Siguiendo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria, hay que señalar que éste está regulado, para el acogimiento, en los artículos 1825, 1826, 1827 actualmente derogado, y en el 1828.

La Ley de Enjuiciamiento Civil reitera la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en las actuaciones relativas al acogimiento, así como la posibilidad de que el juez practique cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que el acogimiento, o su cesación es beneficiosa para el menor (artículos 1825 y 1826, además de en el 749 de la nueva ley).

El juzgado competente para conocer de estos procedimientos es el de Primera Instancia o el de Familia.

La legitimación para iniciar el procedimiento será promovida por el Ministerio Fiscal o por la entidad pública correspondiente.

Una vez iniciado el procedimiento, el juez debe requerir:

- El consentimiento de la entidad pública, si fuera la promotora del expediente.

- El de la persona o personas que reciban al menor en acogida.
- El del menor si tuviera doce años cumplidos.

El juez, además, oír a los padres, que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor, en su caso, y al menor de doce años si tuviera suficiente juicio, y dictará auto en el

término de cinco días, resolviendo lo procedente en interés del menor. Cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores, o si citados no comparecieran, se prescindirá del trámite, y el juez podrá acordar el acogimiento.

El juez, resolverá, en todo caso, si es o no procedente el acogimiento.

En el caso de que alguno de los interesados se oponga, existe un procedimiento especial al que inmediatamente nos referiremos.

Para terminar, hay que señalar que la cesación del acogimiento puede tener lugar, también, de forma judicial. En este caso, la iniciación del expediente de cesación judicial de acogimiento, tendrá lugar de oficio, a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del ministerio Fiscal, o de las personas que lo tengan acogido.

El juez podrá acordar la cesación del acogimiento tras oír a la entidad pública, al menor, a su representante legal y a los que lo tengan acogido.

Contra el auto que acuerde la Constitución o cese del acogimiento cabe recurso de apelación, que lo resolverá la Audiencia Provincial, en un solo efecto.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria concluye, mediante auto, en el que el juez confirmará la resolución administrativa, si la encuentra ajustada a derecho, o bien deja sin efecto, reintegrando, en este caso, al menor a sus padres o guardadores. El auto será susceptible de recursos de apelación.

A. Oposición

Puede ocurrir que los interesados o el propio Ministerio Fiscal, no estén de acuerdo con las resoluciones administrativas en materia de menores, en estos casos, se puede acudir a la vía judicial ordinaria para oponerse a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.⁸³ La oposición puede realizarse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

En este sentido, dispone el artículo 172.6 que: “Las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

⁸³ Un estudio de las distintas causas de oposición al acogimiento, a través de distintas sentencias de las audiencias, puede verse en Díez García, *op. cit.*, nota 24, p. 20.

Hasta ahora la cuestión estaba prevista para el acogimiento en el artículo 1827, que establecía como particularidad la no transformación del expediente en contencioso, “con la única salvedad de que los padres citados, sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo juez por los trámites del juicio verbal”. En el resto de los casos regía el artículo 1828.

Actualmente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece un proceso especial para la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menor (artículo 748). Este proceso aparece regulado en los artículos 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nos parece que estos procesos, solventarán y protegerán, de forma más adecuada, los derechos de los padres biológicos, o los tutores, o guardadores cuando sea declarada la situación de desamparo con su oposición, pues, hasta ahora, no existía un procedimiento, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que de forma clara los regulase, aplicándose, como decíamos, el artículo 1828, dedicado a la constitución y cesación del acogimiento. Si bien, no estará exento de problemas⁸⁴ como cuál será el plazo para interponer la acción de oposición.

Por otro lado, en estos procesos no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en protección de menores (artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El juzgado competente para conocer de estos procesos de oposición es el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora, y en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante, según indica la ley. Parece que pudiera entenderse que subsidiariamente también será del acogedor (artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁸⁴ En este sentido, se expresa Díez García, “al margen de las obligada celeridad, prioridad y urgencia que deba darse a estos expedientes, uno de los mayores problemas que se plantean... gira... en torno a la posibilidad de que exista un halo de incertidumbre en torno a la situación del menor que puede prolongarse casi indefinidamente... y dicha eventualidad viene dada, por una parte, por la inexistencia del plazo alguno para formular la oposición, y, por otra, a la predicada ausencia de los efectos de cosa juzgada material que generan”, en Díez García, *op. cit.*, nota 67, p. 397.

Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa⁸⁵ en materia de protección de menores habrá de presentar un escrito inicial (no es necesario que intervenga abogado ni procurador), en el que sucintamente expresara su pretensión y la resolución a la que se opone. Se hará mediante el juicio verbal.

El Tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.

Recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente demanda.

En cuanto a la tramitación de la Demanda, en la que ya si debe intervenir abogado y procurador, establece el (artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que el proceso:

se sustanciará por los tramites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban de ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley.

En cuanto a la contestación y forma de la contestación a la demanda, el artículo 405 referido dice:

1. En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el artículo 399, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Si considerare inadmisibile la acumulación de acciones, lo manifestará así expresando las razones de la inadmisibilidad. También podrá manifestar en la contestación su allana-

⁸⁵ Señala Díez García, que “en la mayoría de las ocasiones que se formula oposición se solicita, al tiempo, el cese de las medidas que hubieran podido acordarse. Para ello, los padres (u otros parientes del menor) suelen alegar el cambio de circunstancias que dieron lugar a la intervención de la entidad pública y que propiciaron tanto la declaración de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela automática como el acogimiento (provisional o no) que hubiera podido constituirse. En consecuencia, lo habitual es que en estos procedimientos se reexamine de nuevo la situación del menor y de su familia; lo que puede convertirse en una especie de revisión de las causas que, en su día, dieron lugar a la declaración de desamparo...”, Díez García, *op. cit.*, nota 24, p. 20.

miento a alguna o algunas de las pretensiones del actor, así como a parte de la única pretensión aducida.

2. En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

3. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda. Las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Por otro lado, el juicio verbal esta regulado en el artículo 437 al 447 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, la Ley de Enjuiciamiento Civil.