

**EL DESAMPARO DE MENORES Y EL  
ACOGIMIENTO. PROBLEMÁTICA PRÁCTICA  
EN ARAGÓN Y SOLUCIONES JURÍDICAS**

PONENTE:

**D. Gabriel García Cantero**  
Catedrático de Derecho Civil

COPONENTES:

**D. Benito Soriano Ibáñez**  
Fiscal

**D. Luis Murillo Jaso**  
Letrado Diputación General de Aragón

MODERADOR:

**D. Jesús Gargallo Giner**  
Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Teruel

*Fernando García Vicente. Justicia de Aragón*

Buenas tardes y muchas gracias por estar aquí presentes. Celebramos los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Foro ha cumplido 13 años y podemos decir, sin temor a equivocarnos, que se trata de una iniciativa consolidada y que ya ha dado frutos muy importantes.

En Teruel es el tercer año ya que celebramos una de las sesiones de los Encuentros, en este caso la de clausura. En estos últimos 6 años decidimos que era bueno que los Encuentros se celebraran alternativamente en Huesca y Teruel junto con las habituales sesiones en Zaragoza. Para no quitar presencia en Zaragoza ampliamos las sesiones de 3 a 4 y lo que hemos hecho es poner algunas materias que hacen referencia al Derecho Público aragonés para que el Foro también abarque temas que si bien en principio no eran propiamente Derecho Aragonés hoy, tras la ampliación de las competencias autonómicas, ciertamente sí que lo son.

Teruel es un sitio con una brillante tradición jurídica en materia de derecho. Ya saben ustedes —lo conocen mejor que yo— que aquí estuvieron vigentes los Fueros de Teruel y de Albarracín hasta el año 1598. Lo que no sé si saben es que los turolenses pidieron en esa fecha el amparo de los Fueros de Aragón precisamente para que el Justicia tuviera jurisdicción en esta materia, precisamente para protegerse de algunos excesos en la época de Felipe II, acogiéndose al derecho de manifestación.

No podemos olvidar tampoco que en Teruel está uno de los documentos más valiosos sobre Derecho aragonés. Se trata del manuscrito de Miravete de la Sierra que contiene los Fueros de Aragón de 1247, que se ha reeditado 2 veces por el Justicia, una de forma individualizada y otra en un conjunto de Fueros de Aragón que incluye las 4 versiones de los Fueros de Aragón que se conocen: el manuscrito de la Universidad de Zaragoza, el de la Biblioteca Nacional, el de la Biblioteca de París que Antonio Pérez Martín descubrió hace unos años y el de Miravete de la Sierra, y, en fin, como podrán ustedes ver, la verdad es que no coinciden las 4 versiones del Fuero que en el mismo se publican, hay sensibles variaciones, pero una de las versiones del Fuero es la de Miravete.

El objetivo de estos Encuentros no ha variado. Se trata de tener un lugar de encuentro entre personas que pertenecen a distintas profesiones. Aquí las hay de tres profesiones jurídicas. Otras veces en Zaragoza intervienen abogados, notarios, registradores, etc. Se trata

de, desde la perspectiva de cada uno de ellos, dar una visión, visión parcial pero ciertamente enriquecedora.

A través del Foro se ha conseguido no sólo esta finalidad de tener un lugar de debate y discusión sino algo más, que es sentar una serie de conclusiones que se han publicado año tras año y que, sin duda, puedo decirles que han sido muy útiles para la elaboración de la Ley del Régimen Económico del Matrimonio y de la Ley de Sucesiones. Las dos puedo decirles que han tomado las conclusiones del Foro como un referente muy valioso.

Hoy vamos a hablar de «*El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas*». Participan tres destacados juristas. Como ponente, D. Gabriel García Cantero, Catedrático de Derecho Civil, que yo creo que es la persona en el mundo del Derecho civil que sabe más de Derecho de Familia, no en Aragón sino en toda España. Son muchísimas las obras que ha escrito de Derecho civil en general y más todavía de Derecho de Familia, pero también todo el mundo sabe que la puesta al día del Castán Tobeñas —edición tras edición— la ha hecho D. Gabriel. Es maestro de maestros y como tal lo tenemos todos. Créanme que es uno de los mejores especialistas —si no el mejor— que hay en Derecho de Familia.

Como coponentes intervienen D. Luis Murillo Jaso, que es Letrado de la Diputación General de Aragón y D. Benito Soriano Ibáñez, que es Fiscal. A ambos los conocen todos mucho mejor que yo y por eso no es precisa más presentación. Nos acompaña y va a moderar la Mesa el Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Teruel, D. Jesús Gargallo, a quien se lo agradezco especialmente.

Y sin más, doy la palabra al profesor García Cantero para que nos defienda su ponencia.

**EL DESAMPARO DE MENORES Y EL ACOGIMIENTO.  
PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EN ARAGÓN Y SOLUCIONES JURÍDICAS**

por  
Gabriel GARCÍA CANTERO (Ponente)  
Benito SORIANO IBÁÑEZ y Luis MURILLO JASO (Coponentes)

**Intervención de D. Gabriel García Cantero**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación del tema. 3. El nuevo concepto de protección de menores. 4. El menor de edad, sujeto de protección. 5. La discutida intervención del Estado en los asuntos familiares. 6. Algunas pinceladas históricas y comparativas. 7. Desamparo y acogimiento en el vigente derecho español. 8. Los problemas jurídicos del desamparo. 9. La nueva figura del acogimiento de menores. 10. Algunas posibles aplicaciones prácticas.

**I. INTRODUCCIÓN**

Se trata de un tema de Derecho de familia, materia que, por diversas razones, sigue estando en el candelero de las discusiones jurídicas, en España, en Europa y en el mundo, a pesar de y después de las grandes reformas familiares recaídas en los países europeos más importantes después de la Segunda Guerra Mundial, y, luego, prácticamente generalizadas a los demás. No es una afirmación tópica sino que pude comprobarlo personalmente el año pasado al preparar la ponencia general sobre el tema *¿Qué familia para el siglo XXI?*, en el Congreso de Derecho Comparado que se celebró en Australia (Universidad de Brisbane), con participación de países de todos los continentes, y pertenecientes tanto al sistema del *civil law* (Alemania, Suiza, Holanda, Grecia, Italia, España, Venezuela, Japón) como de la *common law* (Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda); y tanto de los países desarrollados (la mayoría de los citados) como de los en vía de desarrollo (Sudáfrica). En muchos de ellos juristas, políticos y sociólogos, se están preguntando: *¿a dónde va la familia?*, *¿qué*

tipo de relaciones pueden y deben establecerse entre padres e hijos?, ¿hasta dónde llegan los deberes de los padres, de la sociedad y del Estado, con relación a los hijos y para el mejor funcionamiento de la familia?, ¿cabe una política de neutralidad o indiferencia tratándose de los menores edad que, por definición, no han madurado lo suficiente para gobernarse por sí mismos?

## 2. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Pero aquí vamos a ocuparnos exclusivamente de dos situaciones familiares muy concretas: el desamparo y el acogimiento, cuyos protagonistas permiten analizar el problema —si se quiere—, más de cerca y más personalizadamente, sin perderse en abstracciones.

El desamparo supone la existencia de unos hijos menores de edad respecto de los cuales sus progenitores, el tutor, o los titulares de la autoridad familiar, están incumpliendo sus deberes de asistencia y protección, o lo hacen deficientemente.

El acogimiento introduce en el escenario a un protagonista distinto, es decir, a la familia acogedora, una familia de sustitución o de reemplazo en las funciones que aquéllos no han cumplido o no lo han hecho adecuadamente. Naturalmente intervienen también el Juez, el Fiscal y la Autoridad administrativa competente.

Además el tema se circunscribe, en el enunciado del programa, a nuestra Comunidad Autónoma, lo que ha de facilitar nuestra tarea al haberse aprobado recientemente por las Cortes aragonesas la Ley 12, de 2 julio 2002 sobre la infancia y adolescencia en Aragón<sup>1</sup>. Ahora bien, sin perjuicio de que poseemos plenas competencias legislativas en la materia, al sernos de aplicación la reserva del art. 149.1.9 CE, sobre el Derecho civil de determinadas regiones históricas, es lo cierto que sobre el tema hay otras normas de jerarquía superior que debemos respetar al legislar, entre las que cabe mencionar como más importantes la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Convenio de Roma de 1950 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, la *Convention Internationale des droits de l'Enfant*, aprobada por la ONU en 1989, el art. 39 de la Constitución de 1978 que obliga obviamente a todos los españoles, la Ley estatal de Adopción de 1987, y la Ley de Protección del Menor de 1996 (estas dos últimas en la medida en que resulten aplicables en Aragón).

Tampoco podríamos singularizarnos en esta materia, presentándonos, por ej., con una normativa absolutamente original, diferenciándonos de la vigente en otras CCAA, ni cabría sustraerse a las normas internacionales que ha suscrito España, ni resultaría prudente apartarse, sin motivo justificado, de lo que sobre la materia regula la legislación general del Estado, o lo que otras Comunidades Autónomas han dispuesto ya en uso de sus facultades (adviértase que prácticamente todas las CCAA han legislado sobre estas materias, unas con base en su Derecho civil propio y otras invocando diferentes títulos competenciales). En definitiva están en juego los derechos de un grupo de personas, muy vulnerables por su notoria situación de indefensión, a los que la ley pretende amparar.

Creo que con todo acierto, el art. 4 de la Ley aragonesa del 2001 dice que *el interés supe-*

---

(1) Sobre la cual resulta obligado citar la obra colectiva VVAA *Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y de la adolescencia en Aragón* (Colección el Justicia de Aragón) (Zaragoza 2002), que tuve el honor de coordinar.

*rior del menor* es el criterio último de su interpretación (principio en el que coinciden todas las diferentes fuentes aplicables); añadiendo el art. 6 que los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconocen<sup>2</sup> la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el Código civil, la Compilación del Derecho Civil de Aragón y las restantes normas del ordenamiento jurídico.

### 3. EL NUEVO CONCEPTO DE PROTECCIÓN DE MENORES

Cuando la Ley declara que el interés superior del menor es el criterio último para la aplicación de aquélla, podemos encontrar paradójicamente el primer escollo interpretativo. Imaginemos el caso de unos progenitores superprotectores, que no dejan a su hijo, ni a sol ni a sombra, hasta que llegue la edad de la mayoría, puede que aleguen a este respecto: *Cabalmente es lo que nosotros hemos dicho siempre, ¿quién va a querer a nuestro hijo más que nosotros? Y ello porque sólo nosotros sabemos qué es lo que le conviene y cómo protegerle.* Palabras que reflejan una concepción de la autoridad paterna como algo absolutamente monopolizado por los padres, y que reduce a meramente pasiva la situación jurídica del menor, antes de la mayoría.

Pero la Convención de 1989 y la más reciente legislación estatal sobre la materia responden a otros parámetros. La novedad es relativa, al menos para la doctrina civilista española. Hace más de medio siglo que el Profesor D. Federico De Castro, al hablar de la capacidad del menor de edad decía que no cabía entender que se pasase bruscamente de una situación de absoluta incapacidad de obrar a la plena capacidad del mayor de edad. Por el contrario, partiendo de una situación en la que el niño carece de uso de razón, y es obligado que en su nombre actúen sus representantes legales, sucesivamente ese niño va adquiriendo conciencia de lo que hace y el derecho le permite paso a paso actuar eficazmente, con asistencia de otras personas o, incluso, solo.

Bastaría, a estos efectos, poner sólo algunos ejemplos; a partir de los doce años no se le puede dar en adopción sin su expreso consentimiento; ello no significa que el adoptado vaya a elegir a sus adoptantes, pero éstos no podrán llegar a serlo sin su asentimiento o aceptación; a los catorce puede contraer matrimonio (aquí con plena capacidad de decidir, tanto si se casa o no se casa con aprobación del Juez, como la de elegir a su consorte), otorgar testamento sin autorización de ninguna otra persona (con idéntica libertad de elegir la modalidad testamentaria que estime más conforme a sus intereses, así como elegir libremente a su heredero testamentario, con respeto, en su caso, del régimen imperativo de las legítimas). En Aragón, a partir de los 14 años, el menor es el que contrata por sí mismo, aunque con asistencia de otras personas. (art. 5.1 Comp.).

Por ello no puede sorprendernos lo que se dice en el Preámbulo de la Ley del 2001: *La concepción que la sociedad tiene sobre la infancia ha dejado de ser la de un sujeto pasivo, un proyecto de futuro, necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona. Los niños y adolescentes tienen hoy la consideración, por sí mismos, de sujetos activos de derechos, de protagonistas principales de su propia historia. Los niños son personas y como tales deben ser tra-*

---

(2) Creo que el legislador aragonés no se ha propuesto una jerarquización de las fuentes normativas pues los Tratados Internacionales poseen una precedencia que la CE reconoce cuando han sido ratificados por las Cortes, o cuando una norma expresa de la propia CE así lo dispone (por ej. el art. 10.2 o el 39.4).

*tados, es decir, como personas singulares, únicas, libres, como sujetos de derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil. Los niños y adolescentes no pueden ser considerados como patrimonio de sus padres, de su familia o de la Administración» (Preámbulo de la Ley del 2001, II).*

Como consecuencia de estas ideas, la ley aragonesa junto al concepto de protección del menor, introduce el de *promoción de los derechos del menor*. En adelante, cuando se aluda en esta ponencia a protección de los menores se utilizará dicho término en sentido amplio, advirtiendo, sin embargo que es una de las cuestiones más delicadas la de decidir en la práctica en qué momento el menor puede actuar por sí mismo; dificultad, que, en último término, viene a equivaler a la de llegar a ser verdaderamente padre, conduciendo las relaciones padre-hijo a un difícil equilibrio que nunca debiera romperse antes de la mayoría de edad.

#### 4. EL MENOR SUJETO DE LA PROTECCIÓN

Quizá convenga advertir que encontramos expresiones legales que pueden ofrecer dudas en su interpretación por razones exclusivamente lingüísticas y de traducción. Así el conocido texto de la ONU de 1989 habla de la *Convention des droits de l'Enfant*, término que en la versión inglesa se traduce por *Child*. Un lector apresurado traducirá al castellano estos términos por *Niño*, y así lo ha hecho el art. 39.4 CE en una norma de proyección de futuro<sup>3</sup>. Sin embargo corremos el riesgo de quedarnos con los *niños pequeños*, lo que resulte evidente que ahora no recoge íntegramente la voluntad del legislador internacional. En efecto, el Convenio de 1989 aclara expresamente que tiene por objeto a todas las personas que por ser menores de edad, están sujetas a la autoridad de otras (padres, tutores etc). Parte del problema ha sido vislumbrado por el legislador aragonés cuando alude en el enunciado de la ley a la infancia y a la adolescencia, aunque puede ocurrir que literalmente se haya quedado corto (¿cuándo finaliza la adolescencia?).

Por otro lado las situaciones que hemos de estudiar aquí no pueden limitarse a menores nacidos en Aragón de padres aragoneses por los cuatro costados; ya que en nuestra Comunidad pueden ser abandonados niños nacidos en otros territorios o cuyos padres tengan diferente vecindad civil; incluso pueden darse, y con mayor frecuencia se producirán en el futuro, situaciones de abandono de niños pertenecientes a países extracomunitarios e, incluso, apátridas.

El art. 2 de la Ley recoge acertadamente el ámbito subjetivo de la misma al disponer su aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación legal, salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación civil aplicable. Por lo tanto, las medidas protectoras no se limitan a los menores que ostenten la vecindad civil aragonesa, o que tengan su domicilio o residan habitualmente en el territorio de la Comunidad aragonesa, sino que se aplican también a menores sujetos a otras legislaciones forales o al C.c.; la referencia a la residencia *transitoria* en Aragón permite aplicarla incluso a los menores

---

(3) *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*. Los redactores de esta norma constitucional fueron previsores y quisieron aludir, no sólo a las Declaraciones sobre la materia ya promulgadas, sino a las futuras, alguna de las cuales podía estar, a la sazón, en preparación (por ej. la Convención de 1989). Tal previsión es plenamente de alabar. Lo menos alabable es la utilización de un término *los niños* susceptible de una interpretación restrictiva.

magrebíes que son descubiertos aquí viajando ocultamente, por ej., en el fondo de un camión. El coponente Sr. Soriano Ibáñez nos ilustrará, a continuación, sobre las dificultades prácticas que encuentra en Aragón la asistencia de este colectivo, con frecuencia precisado de urgentes medidas de protección.

## 5. LA DISCUTIDA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS ASUNTOS FAMILIARES

He dado por supuesto que el Estado (o la Administración en general) han de ser uno de los protagonistas que aquí intervendrán ineludiblemente. Sin embargo aparece una inicial dificultad: Si se produce conflicto entre el Estado y la familia, alguien pensará inmediatamente: ¿quién va a proteger mejor a un menor sino sus progenitores, quienes le han dado el ser, y a quienes la naturaleza ha predispuesto para la crianza de sus hijos? ¿no es cierto que muchas veces la intervención de terceros o de una autoridad pública, empeora, mejor que facilita la solución de los problemas en presencia, ya sean del tipo de malos tratos, de asistencia en general o de educación? Sobre esto conviene elevarse desde la anécdota (el transeúnte que recrimina a la madre enfurecida que está azotando a su hijo por cualquier travesura; o la bronca conyugal en plena calle que finaliza alejándose del brazo los cónyuges enfrentados, quedando corrido el tercero que ha intervenido a favor de la mujer aparentemente maltratada) a la categoría (en último término ¿con que derecho interviene el Estado en la familia?).

Hay que decir que desde que, a principios del siglo XX, Antonio CICU, famoso civilista de la Universidad de Milán, defendió el carácter público del Derecho de Familia, ha pasado mucha agua bajo los puentes de la historia europea; la disputa doctrinal está sepultada en envejecidas revistas que pocos consultan hoy, si bien tuvo ecos fuera de Italia y el propio autor llegó a rectificar, incluso, sus opiniones a mediados del siglo pasado. Después de la Segunda Guerra Mundial es un hecho cierto que los regímenes comunistas promulgaron Códigos de Familia al margen del C.c., no se sabe si con inspiración en Cicu, o por otras razones, aunque hoy están revisando el tema en profundidad (Cuba, sin embargo, lo mantiene y, curiosamente, Cataluña ha promulgado un Código de familia independiente, probablemente a la espera de poder culminar su Código civil cuyo primer Libro está hoy recurrido ante el TC y proyectados los restantes).

La discusión entre los partidarios y los opuestos a la intervención pública en el seno de las familias ha perdido hoy intensidad y se está mayoritariamente de acuerdo en una serie de premisas: 1.º) Hay que rechazar dos posturas extremas, la totalitaria que haría de la familia una pieza más de la organización del Estado, correspondiendo a éste reglamentar con normas imperativas el funcionamiento de aquélla; pero también la absolutamente liberal que negara al Estado el derecho a intervenir en ciertos casos en las relaciones familiares<sup>4</sup>.

2.º) El art. 39 CE obliga a todos los poderes públicos a proteger a la familia, económica, social y jurídicamente; luego no cabe inhibición, pasividad o neutralidad (como se predica, a propósito del matrimonio, en los países nórdicos y en Holanda) cuando está ame-

(4) No es infundado ver en esa *diarrea legislativa* que padecen nuestras CCAA a propósito de las regulación de las parejas de hecho, una cierta manifestación del propósito de privatizar las relaciones familiares (reducción de formalidades para iniciarlas y máxima simplificación a la hora de disolverlas), naturalmente con aspiración—incompatible con la privatización— de equipararlas en sus efectos al matrimonio legal que, paulatinamente, iría desapareciendo del horizonte vital de los ciudadanos.



nazada la parte más débil, ya sea la mujer maltratada por su marido, ya sea el menor abandonado por sus padres.

3.º) La intervención del Estado debe respetar la autonomía familiar, protegida constitucionalmente por el derecho al libre desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de sus miembros (art. 10), el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18). La experiencia nos enseña que, desgraciadamente, sigue habiendo padres que descuidan reiteradamente sus obligaciones para con sus hijos, llegando al maltrato permanente, físico y moral, e, incluso al abandono, creando para los menores una situación de riesgo y de peligro inminente, cuya solución no puede relegarse únicamente a la iniciativa privada; también se dan algunos casos en que por la pobreza extrema de sus padres (incluso sin culpa por su parte), se encuentran éstos en la imposibilidad de proporcionar a sus hijos el mínimo de cuidados que prescribe la ley.

## 6. ALGUNAS PINCELADAS HISTÓRICAS Y COMPARATIVAS

Nos llevaría muy lejos una detallada evolución histórica sobre las relaciones paterno-filiales, que necesariamente arrancaríamos del Derecho Romano en el que el *paterfamilias* ejercía poderes absolutos sobre sus hijos, incluso el *jus vitae ac necis*, es decir el derecho a decidir sobre su vida o muerte. Costó bastante tiempo a la Iglesia Católica y al Derecho Canónico humanizar las aristas más duras de aquél. Precisamente como reacción a esta concepción que hacía del hijo una cosa, en el Derecho medieval aragonés se acuñó el principio *de consuetudine regnum non habemus patriam potestatem*, que ha pasado a la Compilación vigente, en la que la patria potestad se sustituye por la *autoridad familiar*. Muchos siglos tuvieron que pasar para que, diversos influjos, lograran templar la severidad y sentido discriminatorio (junto a algunas normas protectoras, como la *restitutio in integrum*) con que el menor era tratado por la ley. Todavía cuando en los siglos XIX y XX se promulgan los Códigos civiles europeos, predomina una regulación de la patria potestad concebida como derecho casi exclusivo en beneficio del padre, y únicamente a favor del progenitor varón, pues la madre sólo al quedar viuda podía acceder al ejercicio de la patria potestad<sup>5</sup>.

Después de la Segunda Guerra mundial y por influjo de la Declaración de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948, los países de Europa occidental empiezan a reformar<sup>6</sup> el régimen jurídico de la patria potestad, empezando por el nombre o designación con que en adelante se va a denominar la institución. En Francia la antigua *puissance paternelle* se llamará *autorité parentale*, mientras que en Portugal se conserva el *poder paternal*, si bien con un contenido muy diferente del anterior; en Alemania, el *elterliche Gewalt*, poder paterno, es sustituido por el cuidado paterno *elterliche Sorge*. Incluso, aquellos países, como Italia o España que conservan en sus Códigos el viejo nombre de *patria potestad*, han dado un giro copernicano a su regulación; así el art. 154 Cc. esp. dice que la patria potestad que compete conjuntamente a ambos padres, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, incumbiendo a los padres el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

---

(5) Sigue siendo fundamental la obra de CASTÁN VÁZQUEZ *La participación de la madre en la patria potestad* (Madrid 1957) con abundante documentación histórica.

(6) Puede verse con amplio detalle en CASTÁN VÁZQUEZ, puesta al día de CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral* V-2.º, 10.ª ed. (Madrid 1995) p. 277 ss.

Salvo emancipación, la patria potestad dura, normalmente, hasta que el hijo ha cumplido 18 años, o cuando muere antes de esta edad.

El art. 170 Cc permite que el padre o la madre puedan ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; y cuando cese la causa que motivó la privación, los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad. Este texto legal procede de 1981, lo que significa que se trata de una norma claramente postconstitucional; su eficacia garantista es máxima pues requiere una sentencia firme para privar de la patria potestad al titular, resultando más bien excepcionales los casos de pérdida que se den en la realidad<sup>7</sup>.

También hay que recordar que en materia de abandono voluntario de un hijo, normalmente al nacer y casi siempre por parte de una madre soltera, se aplicaba la ley de adopción de 1970, inspirada en un principio igualmente garantista de la patria potestad de la madre que le había reconocido, pero que a continuación lo había entregado a una institución, sin una clara voluntad de abandono del hijo; la ley establecía un plazo de seis meses para presumir dicha voluntad de abandono, lo que originaba una práctica abusiva para interrumpir ese ya largo plazo, bastando en la práctica para ello que la madre visitara a su hijo y diera alguna muestra de interés y afecto hacia él; sólo transcurridos seis meses sin ninguna intervención de la madre, podía el Juez declarar oficialmente el abandono de la criatura y de ello subseguía su *adoptabilidad* mediante declaración judicial.

## 7. DESAMPARO Y ACOGIMIENTO EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL

En 1978 se realiza en nuestro país una profunda reforma de la adopción regulada en el C.c. La ley nada decía sobre qué autoridad debía declarar la situación de desamparo (equivalente al anterior abandono), y la interpretación mayoritaria fue que tal facultad, no atribuida expresamente al órgano judicial, competía ahora a la Autoridad administrativa que en cada Comunidad Autónoma se encargaba de la protección de menores. Nada se decía sobre la situación en que quedaba la patria potestad de los padres biológicos puesto que el art. 170 no había sido modificado. Además el nuevo art. 172 Cc creaba una tutela *ex lege* sobre los menores abandonados a favor de la Administración cuyo contenido resultaba, de momento, una incógnita.

Entre las posibilidades de actuación después de que el menor pasaba a depender de la Administración, figuraba la vuelta a la familia de origen después de una actuación de ayuda administrativa; o bien crear una guarda administrativa sobre el menor, o acordar alguna de las modalidades de acogimiento que había previsto la ley de 1987. Este texto legal —gestado en el Ministerio de Asuntos Sociales—, no fue un modelo de perfección técnica,

(7) CASTÁN VÁZQUEZ, en *Com.Min.Just.* I, p. 573 ss. hace un análisis en profundidad de su contenido, llegando a la conclusión de no comprender los casos de *suspensión* de la patria potestad, que sí en cambio se regulaba en la versión original del Cc. En efecto, el art. 169 (versión original) privaba a ambos progenitores de la patria potestad sobre sus hijos, cuando se imponga como pena en sentencia firme en causa criminal o en sentencia firme en pleito de divorcio (separación) mientras duren los efectos de la misma; en cambio, el art. 170 (versión original) la suspendía por incapacidad o ausencia del padre o de la madre, así como por interdicción civil de cualquiera de ellos. Es claro que la reforma de 1981 había querido prescindir de la figura de la suspensión de la patria potestad, al tiempo que elaboró una *cláusula generalis* de pérdida de la patria potestad (a saber, la sentencia en proceso civil por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad). Si tal era el *status quaestiois quo ante*, no resulta nada fácil insertar en el mismo la regla final del art. 172.1 (reforma de 1996).

y la doctrina puso de relieve numerosos fallos que debieron ser corregidos, al menos en parte, por la Ley de 1996.

## 8. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL DESAMPARO

En primer término, pareció insólito a muchos autores que una decisión de la autoridad administrativa pudiera privar, por vía de consecuencia, a los padres de la patria potestad sobre sus hijos menores, dado que se daba incompatibilidad entre ésta y la nueva tutela *ex lege* de la Administración; además no se sabía qué clase de recursos podían ejercer los padres contra una decisión arbitraria de la Administración. Después de la reforma de 1996 se dice que las resoluciones administrativas 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. (art. 172.6). Sobre esta nueva disposición hay que decir que es de agradecer su propósito clarificador, si bien tampoco deja de causar extrañeza que un órgano administrativo intervenga decisivamente en las relaciones jurídico-familiares, que son de naturaleza exquisitamente civil, y para cuyo tratamiento hasta resulta posible que aquél carezca de preparación. No obstante lo anterior, el recurso directo a la autoridad judicial viene a reforzar las garantías de los padres biológicos, cuyos derechos según la Constitución deben ser igualmente respetados.

La nueva redacción dada al art. 172.1 por la reforma de 1996 resulta ahora algo más razonable y menos incorrecta. El pár. 1.º de dicha norma dice que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene, por ministerio de la Ley, la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, 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<sup>8</sup>.

Ahora queda meridianamente claro que la ley ha trasladado desde la competencia judicial a la del órgano administrativo la declaración sobre la existencia del desamparo o abandono del menor.

Transcurrido el tiempo suficiente para valorar este punto crucial de la reforma, me permito concluir que encuentro justificada esta norma en el caso de riesgo grave para la vida o salud del niño: así el recién nacido abandonado en un basurero, o vendido a unos nómadas que lo incorporan a su *troupe*; el menor cuyos padres han ingresado en la cárcel o están sometidos a tratamiento médico con internamiento prolongado; los cuatro niños de ese matrimonio que fueron dejados encerrados en su domicilio bajo llave, en un pueblo andaluz, sin subsistencias, transcurriendo varias horas en esta situación hasta que lo advierten los vecinos, o los padres que encierran despreocupadamente a dos hijos de corta edad en

---

(8) El condicionamiento *siempre que sea posible* origina que la salvaguarda de los derechos constitucionales procesales de los padres biológicos pueda no alcanzar su grado máximo. Es dudoso que la autoridad administrativa tenga siempre a su disposición los medios adecuados para localizar a los padres de los menores aparentemente desamparados. El procedimiento administrativo, poco conocido por los particulares, es una pantalla oscura que se interpone entre padres e hijos, y no infrecuentemente, aquéllos, sólo han podido comparecer ante el Juez cuando se han creado situaciones fácticas que alguien puede tener interés en presentar como irrevocables.

su coche y se van de discoteca o de copas, etc. son supuestos que bien pueden calificarse de emergencias en las que, ante todo, debe asegurarse la vida y salud del menor, y luego deberá investigarse la situación personal de los padres. Pero si el órgano judicial, en cualquier tipo de procedimiento, llegara a tener noticia de una situación de desamparo de un menor, me atrevería a aconsejarle que no se inhibiera inmediatamente a favor de la Autoridad administrativa, ya que parece que reúne mayores garantías para todos los intervinientes, y que sea el propio Juez el que investigue los hechos, y adopte decisiones.

Por otra parte, el mandato del art. 172.1 si lo entendemos de funcionamiento cuasi-automático, resultaría de imposible cumplimiento para la Administración en no pocos casos; pensemos en algunas de nuestras grandes y medianas ciudades en las que cientos de menores viven y duermen en la boca del metro, o en cualquier abrigo callejero, limpian los parabrisas de los coches en los semáforos, o venden pañuelos de papel; en toda España hay con seguridad miles de menores malviviendo en tal situación, cuya existencia consta a la Administración, pero ésta es consciente de carecer de medios para remediarla; el art. 172.1 no podría ser nunca un *tranquiliza-conciencias*<sup>9</sup>.

Por otro lado, hay que reconocer que este precepto no deja de representar un cuerpo extraño en el C.c. por estar propiamente dirigido a un órgano de la Administración pública, y por contener reglas de procedimiento claramente administrativo. Pero al mismo tiempo su conexión civil también resulta evidente pues afecta a menores de edad sujetos a patria potestad o tutela (en Aragón, a la autoridad familiar) y sirve para constituir otra modalidad de tutela de menores, que es institución regulada por el C.c. o la Compilación de Aragón. Planea sobre él la sombra del art. 24 CE que establece el principio de la garantía constitucional de los derechos de las personas; en efecto, el desenlace de este procedimiento administrativo puede desembocar en una efectiva privación de la patria potestad, que sólo compete a los jueces declararla, y por ello debe imponerse, al menos, la efectiva notificación en debida forma a los interesados en un plazo breve, de las causas que dan lugar a la intervención de la Administración, no debiendo dejarse a la apreciación de la Administración que tal notificación sea posible llevarla a cabo.

Tengo duda de si el art. 60 de la Ley aragonesa es debidamente respetuoso con los derechos constitucionales de los padres al remitir el procedimiento a una mera norma reglamentaria, y al permitir, incluso, que se haga una declaración provisional de desamparo.

El concepto clave es la noción legal de desamparo, que no ha variado desde 1987 y que se regula en el art. 172.1, párrafo 2.º C.c. y se repite literalmente en el art. 59.1 de la ley aragonesa. Se analizará por otro Componente, pero me gustaría que se aclarase en qué consiste el *inadecuado ejercicio de los deberes de protección*: ¿cuales son los parámetros de la comparación?, porque la autoridad administrativa debe confrontar la conducta de los padres biológicos o del tutor, con otro que servirá de modelo; pero ¿cual debe ser adoptado?, ¿el modo con que el mismo funcionario trata, o ha tratado, a sus propios hijos?, ¿o el que se practica habitualmente en la localidad donde ocurren los hechos?, ¿y si los progenitores enjuiciados proceden de un territorio español muy alejado del lugar en donde ocurren los

(9) Es dudoso que el art. 172.1 debiera estar incluido en el Cc. En los artículos incluidos en la sección 1.ª del cap. V, Libro I puede decirse que existe mayor *densidad normativa administrativa* que en el resto del C.c. Dicho lo cual cabe imaginar que alguien piense después de la rotunda declaración del inicio del art. 172.1 *que ya está resuelto el problema de la infancia desamparada pues queda acogida bajo el manto protector de las CCAA*. Sin perjuicio de reconocer una buena voluntad en el legislador (pero ¿qué presupuesto se dedica anualmente a este servicio social en cada CA?). La realidad es terca y sigue hablándose de un número importante de menores abandonados por sus progenitores, de los que nadie se ocupa, o respecto de los cuales la propia Administración ha renunciado a ocuparse.

hechos?, ¿y si se trata de una región española de costumbres muy distintas a las aragonesas?, ¿o de una familia extranjera? Los riesgos que ofrecen siempre los conceptos jurídicos indeterminados se multiplican al tratarse de la apreciación del *inadecuado ejercicio de los deberes de protección respecto de menores*.

Podrían servirnos a nuestro objeto los seis supuestos que el art. 59.2 de la ley aragonesa enumera, siempre que se considere una lista abierta<sup>10</sup>, y no cerrada, y se interpreten razonablemente. Me viene al recuerdo lo que presencié cuando desempeñé hace ya algunos años el Juzgado de Primera Instancia de Haro (Rioja); entonces era frecuente que las Bodegas contratasen a familias gitanas para realizar la vendimia, y ni que decir tiene que cualquier churumbel que podía llevar un cestillo colaboraba ineludiblemente en la recogida de uva ¿habría que declarar desamparados a esos menores por constituir una forma de explotación ese trabajo infantil (caso d)? O bien, otro supuesto real: una madre invidente o poliomielítica ¿estará impedida para prestar la debida asistencia a su hijo (caso e)<sup>11</sup>?

En cuanto a los efectos civiles de esta situación, después de la reforma de 1996, el pár. 3.º del art. 172.1 C.c. ha venido a clarificar las dudas que se habían suscitado desde 1987, al disponer ahora que *la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*. Adviértase que no basta con la declaración administrativa de desamparo, sino que hace falta la efectiva asunción de la tutela *ex lege* mediante acto administrativo del que queda constancia. Queda igualmente claro que no se trata de una causa de pérdida de la patria potestad o tutela, o de la autoridad familiar, sino de mera suspensión de tales funciones, figura que existía en relación con la primera versión del C.c., pero que había desaparecido en el C.c. después de 1981 y que también constituye una innovación en materia de tutela. La Ley habla de suspensión de esas instituciones, pero no desarrolla la figura; no es caso de pérdida definitiva de la patria potestad o de la autoridad tutelar, sino que se abre un paréntesis que, en principio, parece temporal. Se pierde la guarda del menor, pero no la titularidad de la patria potestad o de la tutela sobre aquél. Subrayo que en Aragón hay que entender que se suspende también la autoridad familiar respecto de quien la ha ejercido mal. En todo caso, y no obstante la declaración administrativa de asunción de la tutela, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres, tutores o detentadores de la autoridad familiar, en representación del menor y que le sean beneficiosos.

En principio, tal suspensión puede considerarse como la sanción civil de una conducta incumplidora de sus deberes por parte de los padres, pero como podría deberse también a circunstancias objetivas (por ej. los progenitores están reclusos por enfermedad), puede hablarse de un mero paréntesis legal hasta que la situación fáctica se aclare y el menor salga, temporal o definitivamente de su familia, o retorne a ella.

(10) También se muestra favorable a considerar como *numerus apertus*, el listado del art. 59 de la Ley aragonesa del 2001, Isabel CAUDEVILLA LAFUENTE, en *VVAA Comentario de la Ley 17/2001, de 2 de julio etc.*, cit., p. 382.

(11) No se si el redactor del art. 59 ha estado acertado al describir alguno de los supuestos de situaciones de desamparo: Así al referirse a la drogadicción habitual (que algunos impugnan), pasando inmediatamente a (cuando) *cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los menores*. Hay el riesgo de que el funcionario encargado del expediente de abandono *presuma* que una invidente o una madre totalmente sorda, o poliomielítica, no pueden cumplir los deberes de asistencia con su hijo. Tal presunción sería un insulto para esos admirables colectivos, formados por deficientes, que tratan de desarrollar al máximo las capacidades de sus integrantes.

## 9. LA NUEVA FIGURA DEL ACOGIMIENTO DE MENORES

Constituye, sin duda, la gran aportación de la Ley de 1987 al nuevo Derecho español de familia. Anteriormente en España había algún precedente administrativo; así la Ley 73 del Fuero Nuevo de Navarra contempla el *prohijamiento* que al cabo de diez años puede convertirse en adopción simple. Fuera de España las nuevas leyes sobre adopción dictadas en el último tercio del siglo pasado y en los años del presente, suelen prever con carácter previo y finalidad de prueba una situación similar al acogimiento; probablemente el modelo seguido por el legislador de 1987 ha sido el italiano del *affidamento*. Pero mérito del nuestro ha sido perfilarlo como situación familiar, describiéndolo o definiéndolo en el art. 173.1, y ampliarlo con una intensa fuerza dinámica cuyas últimas virtualidades todavía no se han agotado entre nosotros.

Conviene señalar las distintas características que el acogimiento presenta en diferentes países europeos. En Inglaterra es la situación normal y generalizada de asistencia a menores en situación de necesidad, se produce mediante decisión administrativa municipal, con vistas a la colocación de los menores que no pueden continuar en su familia biológica. Hay familias que se especializan en acoger a menores con problemas, sea temporalmente, sea hasta su mayoría. La adopción se reserva para casos muy singulares, muchas veces se constituye poco antes de alcanzar el menor la mayoría. En Alemania, bajo otra perspectiva, es normal que la madre biológica permanezca en contacto con los padres adoptantes desde el momento mismo de la adopción, con lo cual el trauma para aquélla puede ser menor mientras que éstos se benefician de la información que aquélla les proporcione sobre el adoptado. Otras legislaciones, como la nuestra, al tramitarse la adopción prefieren inicialmente mantener incomunicadas a ambas familias, presumiéndose que su conocimiento y contacto puede perjudicar a los menores, aunque el menor tiene derecho a conocer sus orígenes y es probable que al alcanzar la mayoría pueda contactar con sus progenitores. El secreto no rige, en principio, en materia de acogimiento pues en esta fase el interés del menor requerirá no interrumpir el contacto con sus padres biológicos; por ello la ley establece que cese aquél a petición del tutor o de los padres que conserven la patria potestad y reclamen su compañía (art. 173. 4.3.º). El régimen puede diferir cuando el acogimiento se acuerda por decisión judicial, incluso contra la voluntad de sus padres biológicos.

La regulación española sobre estas materias puede calificarse de muy amplia y completa. Define o describe el acogimiento familiar precisamente con la fórmula legal que sirve para definir o describir el contenido de la patria potestad en el art. 154, a excepción de la facultad representativa. El tipo de acogimiento es el formalizado por la Administración que se describe minuciosamente en el art. 173.2 C.c.; junto a él se da el acogimiento judicial cuando los padres se oponen o no consienten a un acogimiento administrativo, o cuando la conveniencia o necesidad del acogimiento aparece en un proceso familiar. La flexibilidad de la nueva figura se manifiesta en la gran variedad de modalidades admitidas por la ley: institucional, familiar simple, familiar permanente, familiar preadoptivo, preparatorio o provisional, y residencial.

El acogimiento en general es una institución familiar cuyo buen funcionamiento dependerá sobre todo de la selección de familias acogedoras que haga la Administración, y, eventualmente, del seguimiento y consiguiente control que han de hacer el Juez y el Fiscal.

## 10. ALGUNAS APLICACIONES PRÁCTICAS

En su aplicación a nuestra Comunidad Autónoma pienso que serían de interés las investigaciones sociológicas sobre el número y caracteres de los acogimientos otorgados en cada provincia, así como el seguimiento que pueda hacerse de sus ulteriores vicisitudes. Quizá mereciera un estudio aparte el abandono y acogimiento de menores extranjeros, debido a la específica problemática que conlleva. No sería inadecuado pensar también en campañas institucionales para dar a conocer y promover la difusión de esta forma de protección a los menores entre las familias aragonesas. Ejercer de familia acogedora constituye una noble función social que debe fomentarse y valorarse. Si nos fijamos en el acogimiento-tipo, caracterizado por su temporalidad y mantenimiento normal de relaciones con la familia de origen, el acogedor, o la familia acogedora, se compromete a integrar en su hogar a un menor con problemas. Lo describe hasta poéticamente, aunque con rigor jurídico, el art. 173.1 Cc. *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*. Es posible pensar en acogimientos especializados (por ej. respecto de menores incapaces o deficientes, y también respecto de los menores que ya no pueden ser adoptados), cuya decisión requiere, sin duda, mayores dosis de abnegación social.

Cabrían otras consideraciones al hilo de las anteriores.

En primer lugar un examen de la educación que se está dispensando actualmente en Aragón a los menores por parte de los centros docentes, públicos y privados, y también por parte de sus progenitores. Yo creo en la excelente sanidad moral de la familia aragonesa, en general. Pero no dejan de producirse casos llamativos protagonizados por menores, incluso con manifestaciones de carácter penal. ¿Ha habido en cierto modo una abdicación masiva de sus funciones educativas por parte de los padres? ¿Cómo emplean, muchas veces, su tiempo libre nuestros hijos? ¿Se ocupan los padres de controlarlos adecuadamente, especialmente durante los fines de semana? ¿Qué ha sustituido en la realidad a esa *educación en valores* que propugnan todavía muchos educadores?

Cambiando de plano la observación, cabe preguntar si se producen en el territorio de nuestra CA abandono de menores marroquíes o subsaharianos, hispanoamericanos o de los antiguos países del Este europeo, ¿cuentan efectivamente los órganos administrativos y judiciales aragoneses competentes con instrumentos adecuados de detección y tratamiento, sin olvidar el dominio instrumental de los idiomas correspondientes? Por poner sólo un ejemplo: ¿cuántos funcionarios de la DGA conocen suficientemente el árabe?

Preguntas surgidas al hilo de una exposición general que pueden ser incrementadas, analizadas y debatidas, y eventualmente resueltas, bien sea por los miembros de la Mesa, en sus respectivas intervenciones, bien sea en el ulterior coloquio.

Muchas gracias por su atención.

## Intervención de D. Benito SORIANO IBÁÑEZ

### EL DESAMPARO DE MENORES Y EL ACOGIMIENTO. PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EN ARAGÓN Y SOLUCIONES JURÍDICAS

#### INTRODUCCIÓN

*«Cuando los padres según la carne no ejercen bien esa paternidad que les corresponde como un deber y un derecho, cuando los padres de la sangre no saben ser padres del hombre completo, de la persona humana que es el hijo, el derecho del hijo prevalece sobre el de los padres»*

Estas palabras del que fue Presidente del consejo Superior de Protección de Menores, Miret Magdalena, resumen tres cuestiones básicas en la materia que hoy es objeto de nuestra ponencia:

- El principio del **interés superior del niño**, que deberá de presidir cualquier actuación, justificado en la situación de vulnerabilidad del niño, la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con suficiente madurez y responsabilidad y la necesidad de que las circunstancias que le rodean le sean especialmente favorables en esta etapa vital del desarrollo humano.
- La consideración del niño como *«sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás, partiendo de la consideración de que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujeto y por ello considerar las necesidades de los menores como eje de sus derechos y por ende de su protección»*.

(Exposición de motivos de la Ley de protección jurídica del menor).

- Por último, como se decía en los debates previos a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se dijo que el niño tiene una condición jurídica particular que hace que **dependa de los otros para satisfacer sus derechos**.

En la aplicación y defensa de estas tres ideas el Ministerio Fiscal tiene una importante misión, recogida en la propia Constitución Española, art. 124, y expuesta de forma más clara en el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico:

*«Asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio o fuera de él de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismo, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos»*.

— El Código Civil en su art. 174.1 encomienda al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela acogimiento o guarda de los menores, exigiendo en su número segundo un control semestral de la situación de los menores que son objeto de medidas de protección

— La LOPJM (L.O. 1/1996), vuelve a incidir en la figura del Ministerio Fiscal en su artículo 10 al establece que *el menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas*, instaurando en materia de protección de menores la **acción civil pública**. En otros



supuestos esta ley recoge la legitimación activa del Fiscal de forma específica, art. 4 (derecho a la intimidad), art. 5 (derecho a la información). El art. 21.4 al atribuirle la vigilancia sobre todos los centros que acojan menores (en relación con el art. 4.2 del EOMF), y finalmente la D. Adicional III exige que el Juez y el Fiscal actúen de oficio en interés del menor o incapaz adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas supliendo la pasividad de los particulares y asesorándoles sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

— En esa misma línea la Ley Aragonesa 12/2001 de 2 de julio de la infancia y la adolescencia en Aragón (en adelante LIA) transcribe estas garantías en sus art. 8.2 d), 11.4 y 13.4.

A este respecto vamos a incidir en nuestra ponencia en cuatro campos:

- El Desamparo y la tutela
- Protección penal del niño desamparado
- El menor extranjero
- Acogimiento: participación en la constitución, y en la posible oposición. Examen de la responsabilidad civil por hechos de los menores acogidos.

## EL DESAMPARO Y LA TUTELA

El Ministerio Fiscal puede jugar un papel fundamental en la detección del desamparo bien al recibir la noticia de una situación de riesgo o desamparo por parte de un particular ante su obligación de denuncia (art. 50.1 LIA) o de una autoridad o servicio público (50.4), bien por propio conocimiento por su intervención en procedimientos matrimoniales, de reforma de menores o de cualquier otro tipo.

Durante el procedimiento para la declaración del desamparo, el Fiscal debe de velar por la legalidad de la tramitación y debemos de resaltar la necesidad de la audiencia del menor, tal como recogen en general los arts. 9 LOPJM y 13 LIA con obligación de notificar al Fiscal la denegación de la audiencia y en particular el art. 52 LIA.

La declaración del desamparo deberá de ser notificada al Ministerio Fiscal, ex art. 172 C.Civil y 53 LIA y dará lugar a la tutela a favor de la entidad pública, tal como recoge el art. 172 C.Civil. «*La entidad pública,...* tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo (el menor en situación de desamparo)», y la pregunta que nos hacemos es si **esta tutela a la que se refiere el art. 172, es la misma que la regulada en el Título X del Libro I del C.Civil (tutela ordinaria)**.

Las legislaciones de menores han venido reconociendo una especie de tutela distinta a la que tuvo su origen en el Derecho civil radicando la diferencia esencialmente en que ante la situación de abandono de los menores, se constituye un aparato tutelar de carácter más o menos transitorio o permanente, en razón a la temporal protección o antecedente abandono del menor, atribuyendo la doctrina a este tipo de tutela el carácter de instituciones de Derecho público.

Si analizamos los antecedentes de la actual regulación encontramos:

- Art. 212 del Código Civil en la versión introducida en la primera edición por trans-

cripción literal del art. 178 del Proyecto de 1882 de los Libros I y II, donde se otorga la tutela de los menores acogidos en establecimientos benéficos a los jefes de las casas de expósitos<sup>1</sup>.

- La Orden de 1 de abril de 1937, regulaba el acogimiento familiar de los niños huérfanos o abandonados a consecuencia de los estragos producidos por la Guerra Civil y establecía en su art. 9 que la tutela de dichos niños será ejercida por las Juntas Locales de colocación Familiar<sup>2</sup>.
- La Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del código civil en materia de tutela, desplaza la regulación de la misma respecto de los menores acogidos en establecimientos públicos, pudiendo ser atribuida la tutela al Director del establecimiento<sup>3</sup>.

El **artículo 222** del C.Civil actual al recoger los supuestos de tutela, en su número 4.º, menciona como uno más a, «los menores que se hallen en situación de desamparo», y el **art. 239** al decir: «la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172», vienen a demostrar que nuestro Legislador no considera que se trate de dos tipos de tutela sino que la tutela que asume la entidad pública de forma automática es la misma que se regula en los artículos 222 y siguientes de nuestro Código civil.

La exposición de motivos de la ley 1/1996 también la considera como una vertiente de la tutela ordinaria al decir en su apartado cuarto «la coexistencia de estas dos vertientes de la institución de la tutela demanda una armonía interna en el C.Civil..», y así se deduce de alguno de sus artículos como el 23.

En contra de esta asimilación, la DGRN en resolución de 22 de junio de 1996 declaró tajantemente que «la situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores. Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil por afectar al estado civil de las personas» pues esa resolución judicial falta por definición en la tutela legal y el C.civil es terminante al señalar que «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil» art. 218.

No considero que la razón de no inscribirse sea la distinta naturaleza o que se trate de tutelas distintas sino que sólo deben inscribirse las resoluciones judiciales ex art. 218,

(1) Art. 212 C.Civil «Los jefes de las casas de expósitos son los tutores de los acogidos y educados en ellas. La representación en juicio de aquellos funcionarios, en su calidad de tutores, estará a cargo del Ministerio Fiscal».

(2) Art. 9 «Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio sustentado en el artículo 212 del Código civil para la de los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición se ejercerá por las Juntas Locales de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado, quienes investigarán en la forma que en cada caso crean más conveniente, cómo cumplen aquéllas su obligación tutelar. La representación en juicio de estos tutores estará a cargo del Ministerio Fiscal».

(3) Art. 239 «Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento».

pero no debemos olvidar que el art. 46 de la LRC y el 180 de su reglamento obligan a anotar al margen de la inscripción de nacimiento «cuantos hechos afectan a la patria potestad» y no existe duda de que la suspensión de la misma consecuencia de la tutela ex art. 172 le afecta.

No criticamos la decisión del Legislador de considerar esta «tutela asistencial» como un supuesto más de tutela ordinaria a la vista de la finalidad genérica que el art. 215 C.Civil atribuye a la tutela «*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente la persona o de los bienes de los menores...*», pero si entendemos que el Legislador no ha sido coherente con dicha «equiparación» porque parte de un modelo de tutela que después queda desnaturalizado cuando se profundiza en su regulación. Analicemos esas diferencias.

1.<sup>a</sup> Desde el punto de vista de la sistemática jurídica, ya que en buena técnica jurídica nos parece criticable plasmar en el art. 172.1, que se halla comprendido en el capítulo V del título VII del Libro I, cualquier referencia a la tutela del menor, cuando el marco adecuado sería el capítulo II del título X, encontrándonos de esta forma por un lado unas tímidas referencias a la tutela del menor en ese capítulo y otra nueva mención en el 172.1.

Esta controversia ya se puso de manifiesto en las discusiones Parlamentarias, donde el Grupo Popular a través del señor Cañellas Fons mantuvo la inconveniencia de incluir en el art. 172.1 esta materia relativa a la tutela, y así mismo la Agrupación de Diputados del PDP con la enmienda 83 del Sr. Urizarri Murillo intentó erradicar la mención a la tutela en dicho precepto.

(Estas deficiencias técnicas han sido corregidas al establecer la ley 4172003 de 18 de noviembre la tutela automática para casos de incapacidad mediante la modificación del art. 239 C.civil).

2.<sup>a</sup> Ausencia de control judicial en la tutela asistencial.

— La ley 13/1983 de 24 de octubre al modificar la regulación de la tutela potenció la intervención de los Jueces en la institución tutelar, «*hoy corresponde principalmente al Juez no solo las facultades que le otorgaba la legislación anterior sino todas las que ésta confería al desaparecido consejo de familia y aún más omnimodamente de cuanto las confería el derecho derogado*» en palabras de ALBALADEJO<sup>4</sup>.

El art. 222 C.Civil, recoge como supuestos que dan lugar a la tutela, o hechos objetivos y ausentes de valoración alguna como los números uno y tres, o cuando es necesaria esa valoración atribuye esa competencia al Juez, supuesto segundo, exigiendo la previa declaración de incapacidad.

El art. 216, coloca la tutela bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

— Frente a ello, la ley 21/1987, como señala RUIZ RICO RUIZ<sup>5</sup> con el art. 172 se procede a la introducción de un tipo especial de tutela de corte no judicialista, instaurando un sistema en donde retrocede sustancialmente la presencia garante de la autoridad judicial, a favor de una relativa omnipresencia de los entes administrativos, con los peligros que ello suele conllevar. PORQUE:

Vemos como donde reside la clave de todo el sistema introducido por la ley de 1987 es

(4) ALBALADEJO, Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia 8.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1997, pg. 308.

(5) RUIZ-RICO RUIZ, «La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores», Actualidad Civil, 1988, núm. 2, p. 60.

(6) MANUEL IGNACIO FELIY REY, Comentarios a la Ley de adopción, ed. Tecnos, pag. 34.

en la **declaración de desamparo**. En palabras de MANUEL IGNACIO FELIU REY<sup>6</sup>, se trata de una expresión que por ser requisito previo para constituirse la tutela que tratamos y justamente por no ser un fenómeno de la naturaleza, sino un acaecer definido por circunstancias sociales y humanas, resulta ser un concepto jurídico indeterminado que tiene que ser declarado formalmente después de una valoración fáctica y se trata de una cuestión de seguridad jurídica que afecta tanto al menor como a las personas que ostentan la patria potestad o el derecho de guarda o representación legal por ausencia de aquélla. Esta declaración de desamparo da lugar a la tutela del menor y a la consiguiente suspensión de la patria potestad de los padres.

La no admisión de una intervención judicial en la declaración de la situación desamparo podría dar lugar a un fraude legal consistente en la aplicación del supuesto previsto en el art. 172 con la consecuencia de suspensión de la patria potestad inaplicando el art. 170 que exige resolución judicial y ello debido a la evidente incompatibilidad institucional existente entre la tutela y la patria potestad. Pero a la vez si se acuerda el internamiento del menor resulta llamativo que el art. 211 C.Civil, exiga para el internamiento por razón de trastorno psíquico de personas, aunque estén sometidas a la patria potestad, la autorización judicial y en caso de razones de urgencia podrá ser posterior al internamiento y en el caso de que el internamiento sea por razones de incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad no se recoja esa intervención judicial.

No es que estemos dudando de la legalidad de la actuación de la administración, ni criticando su actuación diaria sino que la crítica va hacia el legislador y a la falta de intervención judicial en este procedimiento.

La reforma de 1970 introdujo en nuestro código el concepto de abandono y a pesar de las diferencias conceptuales la raíz última de ambas expresiones era la protección a la infancia, y tal como exigía el antiguo art. 174 in fine, dicha situación de abandono debía ser apreciada y declarada por el Juez, exigencia, a nuestro entender esencial para evitar la indefensión de unos padres que en otro caso podrían verse privados de un modo provisional pero indefinido —hasta tanto no desapareciera la situación desamparo o se nombre tutor conforme a las reglas ordinarias— del ejercicio de la patria potestad.

Si analizamos la doctrina:

- Para MANUEL IGNACIO FELIU REY, la falta de previsión del control judicial no deja de ser un olvido del legislador, y que en cierta forma se salvaba en el proyecto de la Ley 21/1987 donde el art. 174.1 establecía una vigilancia judicial de las tutelas reguladas en el art. 172, control que tendría su primera expresión en la declaración de la situación de desamparo; a nuestro entender no existió tal olvido ya que podría haberse salvado en las posteriores reformas y no se ha hecho, y baste con examinar las discusiones parlamentarias donde surge una rigidez casi obsesiva del Grupo mayoritario en el Congreso de atribuir la tutela automática a las entidades públicas con la consiguiente carga desjudicializadora como fin primario de la protección de los menores, constituyendo núcleo central o al menos aspecto importantísimo de la reforma.
- Otros han hablado de que puede existir indefensión en cuanto que el art. 172.1 no contempla trámite alguno de audiencia a los padres, pero en mi opinión no existiría tal indefensión pues este trámite si que se recoge en la regulación de las CCAA así como las leyes de procedimiento administrativo que regulan esta fase de declaración del desamparo.

— Para FERNÁNDEZ ÁLVAREZ<sup>7</sup> resulta inadmisibile prescindir del control judicial porque iría en contra del derecho a obtener la tutela de los jueces y tribunales, art. 24.1 CE pues constituye un grave ataque a la familia y a la protección que constitucionalmente se le otorga. (art. 39 C.E.).

Consideramos que la solución a estos problemas planteados sería que se estableciera que frente a una situación de posible desamparo, la entidad pública encargada de la protección de los menores interviniera inmediatamente. Si es necesario un internamiento del menor, proceder al mismo, en los mismos términos del art. 211 del C.Civil. Posteriormente estudiada la situación si se considerase de desamparo se regulase un procedimiento para que el Juez decretase esa situación con las consecuencias de la tutela automática y la suspensión de patria potestad. Como alternativa si se declara el desamparo por la entidad administrativa, está debería de solicitar al Juez la suspensión/privación de la patria potestad.

3.ª Las CCAA han asumido las competencias relativas a la protección de menores con base en el art. 148.1.20.ª CE dentro de lo que se denomina «asistencia social». La asunción de estas competencia conlleva la implicación del Derecho administrativo en esta materia, materia perteneciente tradicionalmente al Derecho Civil más genuino, ya que la declaración del desamparo se realiza dentro de un procedimiento sujeto al Derecho administrativo y no al civil, residiendo de esta forma el problema en determinar los límites entre uno y otro ordenamiento jurídico.

No vamos a entrar a analizar si se trata de actos administrativos y de temas relacionados con la competencia bastando con reproducir el art. 172.6 C.Civil donde preceptúa que «*las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa*».

**El procedimiento** será el establecido por la nueva ley de enjuiciamiento civil bajo la rúbrica *De la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, arts. 779 a 781.

En conclusión, hemos visto como el Legislador desde la Ley 21/1987 inició un camino de desjudicialización en esta materia intensificando el protagonismo de las entidades públicas con la Ley 1/1996, lo cual consideramos acertado, dentro del Estado Social proclamado por la C.E. que impone a los poderes públicos actuaciones positivas para la consecución de objetivos sociales, y a la vez porque las particularidades y exorbitancias propias de su particular régimen jurídico pueden suponer un instrumento más de protección de los menores desamparados, que actué allí donde las medidas estrictamente civiles se muestran insuficientes y lentas, pero entendemos que eso no debe llevarle a olvidar las garantías jurídicas mínimas aquí demandadas.

## PROTECCION PENAL DEL NIÑO DESAMPARADO

Algunas de las conductas que sufren los menores y que puede llevarles a encontrarse en situación de riesgo y en su caso de desamparo pueden constituir un ilícito penal, teniendo

(7) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Luis, 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 1989.

do el Fiscal en estos casos una participación trascendental como titular de la acción pública incluso en delitos que podríamos tildar de privados y que por afectar a menores se habilita la intervención del Fiscal.

Estos comportamientos que pueden resultar delictivos, a la vista del tema que estamos tratando, nos interesan no sólo cuando son cometidos por los padres o tutores, puesto que los tipos penales amplían la autoría a los guardadores y llama la atención que v.gr. el propio art. 226 del C.Penal menciona expresamente a los acogentes, dándose la posibilidad de que un menor que se encuentre acogido por incumplimiento de los deberes de asistencia por parte de sus acogentes se encuentre en situación de desamparo por negligencia de su tutor (la entidad pública) en el control de ese acogimiento, planteándonos un problema de difícil solución.

Muchos podrían ser los preceptos penales a analizar y cuyo estudio iría parejo al de los derechos de los niños, por que sólo vamos a mencionar alguno de ellos:

— Delito del art. 226 C.Penal:

*«El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.*

*El Juez podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.»*

— Delito de abandono de menores:

- Art. 229 «El abandono de un menor de edad ... por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

*Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.*

*Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.»*

- Art. 230 Castiga el abandono temporal con la pena inferior en grado
- El art. 231 castiga al encargado de la crianza o educación de un menor que lo entregue sin anuencia del que se lo hubiere confiado o de la autoridad a un tercero o a un establecimiento público.
- El art. 618 recoge una falta castigando la falta de asistencia menores abandonados por parte de cualquier particular.
- El art. 233, como disposición común aplicable a todos los abandonos (también a la utilización de menores para la mendicidad) faculta al Juez para imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años, y en caso de que el culpable sea funcionario público y ostente la guarda por dicha condición la inhabilitación especial para empleo lo cargo público por tiempo de dos a seis años.

Así mismo obliga al Fiscal a instar de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

- Delito de utilización o prestamos para la mendicidad, art. 232.

*«Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.»*

*Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.»*

- En el ámbito de la libertad sexual, el código penal agrava las penas de los tipos y establece la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela etc. de su cuando las conductas tipificadas son realizadas prevaleciéndose de su superioridad o parentesco, en el art. 192 como disposición común a estos delitos (179 y 180 agresión sexual, 181y ss., acoso sexual, 185 exhibicionismo ante menores, 187 y ss relativos a la prostitución, 189 utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos).
- Como otros supuestos que llaman la atención, podemos reseñar los supuestos en que los menores sean integrados en una secta donde los padres o guardadores sean miembros de la misma; en estos supuestos pueden ser muchos los derechos de los menores que podrían violarse y que obtendrían una protección penal mediante tipos penales genéricos (lesiones, agresiones sexuales, tratos degradantes) pero a la vez podría existir un desamparo ya que en algunos casos se realiza un maltrato o abuso psicológico con un sistema de vida atentatorio a la dignidad personal del menor y que crea en los niños graves deficiencias en las áreas de socialización y de autonomía personal.

No obstante cercano queda, no por fecha pero si por las consecuencias el famoso caso de la secta «Niños de Dios», donde la A:P. De Barcelona absolvió a sus miembros de los delitos por los que se acusaba, confirmando la resolución el TS (STS 1669/1994) de 30 de octubre, y donde la Audiencia, así mismo consideró que debía prevalecer la libertad de culto de los padres y su derecho a elegir la educación de sus hijos, por lo que frente a la oposición de los padres entenció que no existía el desamparo acordado por la administración (confirmó la resolución la STC 2601994 de 3 de octubre).

La LOPJM en su art. 7.2 párrafo último, atribuye al Fiscal legitimación para promover medidas jurídicas de protección en estos supuestos.

- No olvidamos toda la protección penal al maltrato infantil, dentro del maltrato familiar, tema que hoy está siendo objeto de numerosas reformas y podría por si sólo constituir el objeto de una ponencia o un curso.

Debemos de reconocer que en la práctica llegan a las Fiscalía o Juzgados conductas que podrían encajar en alguno de los delitos expuestos, y que no se incoa procedimiento penal alguno, salvo en supuestos de claros ataques a la libertad sexual (violaciones, abusos sexuales) o maltratos físicos, y sin que sirva de justificación ello se debe en ocasiones por el carácter de última ratio del derecho penal, a la necesidad y una prueba clara y concluyente de que los incumplimientos sean voluntarios, porfiados y persistentes, y por último a las penas que dichos preceptos señalan, privativas de libertad ó de multa que producen una victi-

mización secundaria al reducir los ingresos de la familia o al constituirle en desamparo si este no ha sido declarado ya (claro ejemplo lo tenemos en casos de absentismo escolar, si aplicamos el art. 226, y los padres cumplen la condena, debe de acordarse la guarda del menor durante ese tiempo).

## EL MENOR EXTRANJERO

### 1. Introducción

La inmigración viene siendo un fenómeno relevante en la sociedad española desde los años ochenta, adquiriendo en los últimos tiempos perfiles determinados tanto por los colectivos presentes en nuestro país, por la concentración espacial en ciertas zonas y las características especiales de los mismos.

En éste sentido es particularmente notable la creciente presencia de menores, en ocasiones con voluntad de arraigo al pertenecer a familias reagrupadas o instaladas de forma legal en España, pero en la mayoría de las ocasiones se trata de los denominados menores extranjeros no acompañados. Según datos de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, en el año 2002 los organismos públicos de protección acogieron a 6.239 menores extranjeros no acompañados, un 56% más que el año anterior, con una tasa estimada de crecimiento anual de 1.000 menores, de los cuales 4.738 procedían de Marruecos (un 75%), con un incremento del 86% respecto al año 2001<sup>8</sup>. Datos ciertamente preocupantes si observamos que la situación de estos menores conllevaría en muchos casos la tutela automática de la Administración y como consecuencia la futura residencia legal en España, lo que acarrearía, en palabras recogidas en la reciente Instrucción 3/2003 de la FGE «al desbordamiento del sistema español de protección de menores».

Por otro lado se trata de un colectivo donde existe un elevado porcentaje de varones, con edades en torno a los 16 años y fuerte movilidad espacial.

En Aragón también podemos apreciar el fuerte incremento mencionado a nivel nacional, los ingresos en Centros de observación y acogida fueron: 1995, 3; 1996, 16; 1997, 22; 1998, 30; 1999, 54 para llegar en 2002 a 136 menores; actualmente se encuentran acogidos 24 menores extranjeros.

Vamos a analizar un primer apartado relativo a cuestiones generales para continuar con el examen del menor extranjero acompañado frente al no acompañado.

### 2. Generalidades

#### — *¿Qué se entiende por Menor?*

La mayor o menor edad viene determinada por la aplicación de su propia ley nacional (art. 9.1 C.Civil), por lo que puede variar de uno a otro país, siendo constatable un proceso de armonización o convergencia encaminado a fijar la mayoría de edad precisamente a

---

(8) En el año 2000 la población Marroquí superaba los 28.700.000 habitantes de los que el 32% tenía menos de 15 años (9.184.000) de los cuales el 40% se encuentra sin escolarizar y su familia en una precaria situación económica.



partir de los dieciocho años, en la línea del art. 1 de la convención sobre los Derechos del Niño de la ONU.

Podemos encontrar casos como Marruecos donde la mayoría de edad está en los veinte años; parecería que en principio, a tenor del art. 9.1 C.Civil aún encontrándose en España serían menores hasta dicha edad y por tanto respecto a ellos deberían de aplicarse las medidas de protección, pero el art. 1 de la LOPJM (art. 2 LIA, de Aragón) establece como destinatarios de dicha protección a *los menores de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*». Por otro lado, la carga de probar el contenido y vigencia del derecho extranjero corresponde a quien lo invoca (art. 12.6 c.Civil y 281.2 LEC).

Otro tema es el de la determinación de la edad en caso de ausencia de documentación, pero se estudiará al hablar de los menores no acompañados.

#### — *El Menor extranjero*

Tradicionalmente se ha definido la condición de extranjero por oposición al concepto de nacional (art. 1.1 LO 4/2000), pero no podemos olvidar el ya consolidado proceso de creación de comunidades supraestatales (Tratado de Maastrich 1992), que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión y los extranjeros propiamente dichos o nacionales de países extracomunitarios, a los que nos referimos en este apartado.

Además de los derechos que la Ley reconoce a todos los extranjeros debemos de resaltar en lo que respecta a los menores los derechos de educación y a la asistencia sanitaria.

El primero de ellos recogido en el art. 10.3 de la LOPJM (art. 20 LIA) distinguiendo la Ley de extranjería entre la enseñanza obligatoria (art. 9.1) y la no obligatoria, sólo para extranjeros residentes (art. 9.3).

El art. 12.3 LE afirma el derecho a la asistencia sanitaria a todos los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España, sin exigir como lo hacía el art. 10.4 de la LOPJM que se encontrasen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública.

### **3. Menor extranjero acompañado**

Dentro de este apartado nos referimos<sup>9</sup>:

- A menores que han venido a España acompañados de sus padres o tutores;
- menores que se encuentran regularmente en nuestro país con el consentimiento de sus representantes legales (estudios, desplazamiento temporal, art. 54.2c LE);
- menor acompañado por un mero guardador de hecho(303 CC y 12.2 LO 1/1996).

Estos menores no tienen porque desembocar generalmente en el desamparo, aunque pueden producirse problemas fruto de distinta cultura, costumbres, religión. Respecto a ellos prima el derecho a conservar sus relaciones y no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos (art. 9.1 convención sobre derechos del niño), manifestación también del derecho a la reagrupación familiar (art. 17.1.b) y c) LE), CONSECUENCIAS:

---

(9) Circular 3/2001 FGE.

- si son expulsados los padres los hijos irán con ellos, y si los padres no pueden ser expulsados tampoco lo serán los hijos menores.
- Cabe el ingreso cautelar de menores, por la autoridad judicial, en centro de internamiento de extranjeros, cuando se den los requisitos del art. 62.3 LE (lo estén sus padres o tutores, lo soliciten estos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar). Competente será el Juez de menores y el informe del Fiscal será vinculante.

La L.O. 14/2003 de 20 de noviembre añade un art. 62 bis incluyendo esta situación como derecho de los extranjeros internados, en el apartado letra i).

#### 4. Menor extranjero no acompañado

El primer problema que nos encontramos en estos casos es la ausencia de toda documentación, desconociendo la edad y la identidad del «presunto menor», así como su posible emancipación.

- Respecto a la determinación de la edad, el art. 35.2 LE da un importante protagonismo al Ministerio Fiscal ya que es él el que dispone la prueba. Una vez localizado un menor indocumentado se le dará la atención inmediata que preciso por los servicios de protección de menores y se pondrá en conocimiento inmediato del Fiscal para la determinación de su edad.

Tal como recoge la Instrucción 2/2001, se utilizarán los servicios de urgencias radiológica operativo durante las veinticuatro horas, sin que se precise la asistencia de abogado al considerar la permanencia del menor en el Centro sanitario como una situación de privación de libertad análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la LO 1/1992. Al establecer las pruebas la edad por aproximación, habrá que presumir que la edad es la inferior de la horquilla que los servicios médicos señalen.

- En relación a la identidad, el párrafo quinto del art. 35 LE preceptúa que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados ... Para facilitar éstas, el art. 60 RE prevé la creación en la Dirección General de la Policía, de un Registro Central de Extranjeros y separadamente, de un Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo donde se recogerá su impresión dactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de edad, teniendo los servicios competentes de protección de menores la obligación de colaborar para facilitar los datos necesarios. No obstante, el art. 35 dice que esos *datos no podrán ser utilizados con una finalidad distinta de la identificación del menor*.

- Especial relevancia tiene el acto de la emancipación, acto que existe en algunos sistemas jurídicos, en virtud del cual se habilita al menor de edad a regir su persona y sus bienes como si fuera mayor. En nuestro Código civil se regula en los arts. 312 y ss. del C.Civil y junto a la mayoría de edad, recoge supuestos como el matrimonio, y la autorización judicial o de sus padres, debiendo resaltar a nos efectos que nos ocupan el art. 319 al recoger una emancipación por vida independiente consentida por los titulares de la patria potestad.

El tema es relevante en cuanto que los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados. ¿Cabe pensar que los menores extranjeros no acompañados están en realidad emancipados al vivir de forma independiente?

- En primer lugar, esta materia se regirá por la ley nacional del sujeto (art 9 C.Civil), por lo que la modalidad de emancipación mencionada sólo puede aplicarse a los extranjeros cuya ley personal así lo admita y debería ser objeto de prueba. Así si examinamos v.gr. la legislación de Marruecos, aunque los varones a partir de los doce años tienen capacidad para ganarse al vida, puede vivir, si el matrimonio de sus padres se ha disuelto, con diversos parientes señalados legalmente, pero la autoridad paterna subsiste, no existiendo una emancipación equivalente a la prevista en el artículo 319 Ccivil.
- La Circular 3/2001 de la FGE decía al respecto «en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos». Criterio que parece cambiar en la Instrucción 3/2003 donde se afirma «respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta».

- Dando un paso más, debemos de analizar cual es el tratamiento jurídico de estos menores extranjeros no acompañados; en estos supuestos ninguna relevancia tiene cuál sea la ley personal del menor, ya que la LOPJM es aplicable a todo los menores que se encuentren en territorio español con independencia de su nacionalidad (la LIA, en su art. 2 recoge su aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, independientemente de su situación) ya que las medidas de carácter protector y educativo se rigen por la ley española ex art. 9.6 Ccivil<sup>10</sup>.

Si el menor es localizado en la frontera la primera medida a adoptar es la no admisión y la devolución, con los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades básicas en supuestos de retención en frontera. Es lo que se denomina retorno, art. 60 L. Extranjería y 137 de su Reglamento.

Si el extranjero es localizado cuando pretende entrar ilegalmente en las inmediaciones de la frontera o dentro del territorio en transito o ruta, lo procedente sería la devolución art. 58 L.Extr. y 138 del Reglamento.

La instrucción 3/2003 FGE, considera viable el retorno o devolución recogido en el art. 60 LE, respecto a extranjeros menores que sea interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, que deberán de ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Según esta Instrucción de la FGE, en caso de que el retorno se demorase más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores competente para autorizan el internamiento en el centro de menores que designe la C.A. hasta el momento del retorno.

Si el menor es localizado dentro del territorio español, en principio deberá de ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores una vez identificado y determinada su edad, sin que la intervención tenga que desembocar en todos los supuestos en un internamiento o en una declaración de desamparo de forma automática. El desamparo sólo puede ser estimado a la conclusión de un expediente administrativo, sin

---

(10) En idéntico sentido el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, aunque ratificado por escaso número de países y con la reserva efectuada por España que limita su aplicación a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante.

perjuicio de adoptar medidas cautelares de protección, y no existirá en supuestos de situaciones episódicas de desprotección donde se asumirá la guarda temporal mientras subsistan las circunstancias que impiden a sus padres o tutores prestar la debida atención y cuidado. (en esta línea se sitúa la Instr. 3/2003 FGE).

En el supuesto de que se decrete el desamparo, la tutela será automática a favor de la entidad pública, pudiendo desarrollarse la facultad de guarda inherente a ella tanto mediante el acogimiento familiar como mediante acogimiento residencial. Durante el tiempo que el menor se encuentra tutelado no puede ser expulsado ya que su estancia se considerará regular a todos los efectos ex art. 35.4 LE.

La actuación de los poderes públicos debe estar orientada por el derecho del menor a no ser separado de sus padres y familiares y en consecuencia debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar (art. 35.3 L.Extr.)

La decisión sobre el retorno del menor a su país de origen corresponde a la Administración del Estado, única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (149.1.2.ª CE), sin perjuicio del informe previo de los servicios de protección de menores, orientando toda la actuación en interés del menor, por lo que sólo puede llevarse a cabo una vez localizada la familia del menor o en su defecto, los servicios de protección de menores de su país y tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares (art. 62.4 RE). La repatriación debe resolverse y ejecutarse en el plazo máximo de nueve meses desde la puesta del menor a disposición de los servicios competentes. Estas actuaciones se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Si el menor que va a ser repatriado se encuentra incurso en un procedimiento judicial (reforma de menores), se condiciona a la autorización judicial, aunque en caso de mayores se exige la audiencia del Fiscal y en caso de menores la comunicación al Fiscal.

Si la repatriación<sup>11</sup> no es posible, como ocurre en prácticamente la totalidad de los casos, ya que o se desconoce su nacionalidad o los servicios sociales de su país no se hacen cargo, se le concede al menor el permiso de residencia (art. 62.5 RE).

En la práctica, la mayoría de los menores extranjeros acaban internados en Centros de protección, y no consideramos que sea un recurso adecuado para su tratamiento ya que la protección que en ellos se ofrece no se corresponde a sus intereses de tipo económico y laboral, sino que constituye un elemento importante de perturbación del régimen ordinario en los centros. Nos encontramos ante menores con desarraigo, soledad, separados de sus familias, con diferente idioma, costumbres y angustiados frente a las soluciones que les afectan; por otro lado su aspiración es independizarse económicamente, por lo que requieren recursos sociales específicos, con educadores de calle, centros de día específicos y albergues nocturnos.

El acogimiento familiar en estos supuestos, por las características especiales expuestas resulta francamente difícil, salvo que busquemos, como ya se hace en otras comunidades autónomas, que el acogimiento se realice en familias de su misma nacionalidad y cultura, consiguiendo implicar a ese colectivo en el problema.

---

(11) En el año 2000 e presentaron ante la Delegación del Gobierno de Madrid 115 expedientes de reagrupación, se resolvieron 30 y se reagruparon 8.

## ACOGIMIENTO

No vamos a realizar un estudio completo de la figura del acogimiento ya que es objeto de otra ponencia, pero trataremos aquellas situaciones en las que interviene de forma directa la autoridad judicial. Dejamos de lado, por tanto, las clases de acogimiento, la constitución administrativa del acogimiento, el contenido etc.

### 1. Constitución del Acogimiento

El art. 173 del c. Civil recoge dos formas diferentes de constitución de acogimiento familiar, una ordinaria o principal que se formaliza en el plano administrativo, de la cual no vamos a hablar y una judicial de carácter subsidiario ó residual. Así se desprende del preámbulo párrafo 5 in fine de la ley 21/1987 «el acogimiento se formalizara en el plano administrativo», del art. 1828.1 LEC y del art. 173.3, estos últimos que recogen el supuesto habilitante para la intervención judicial: *la no prestación del consentimiento u oposición de los padres que fueren conocidos y no hubieren sido privados de la patria potestad, o en su caso del tutor*<sup>12</sup>.

#### a) Competencia:

— *Objetiva*: Será competente el Juez de primera instancia, tal como recoge la Disposición Adicional segunda de la LAD, que hace remisión expresa al art. 98 de la LOPJ, que posibilita la creación de Juzgados que conozcan con carácter exclusivo de determinadas clases de asuntos propios del orden jurisdiccional de que se trate; de esta forma en las localidades en las que existan serán los Juzgados de Familia quienes conozcan de las actuaciones referentes al acogimiento familiar, y a cuanto se relacione con las funciones de protección de menores encomendadas a las correspondientes Entidades públicas, y donde no existan el Juez de primera instancia.

— *Funcional*: Los mencionados órganos resolverán en primera instancia, y en caso de recurso de apelación, art. 1828 LEC, contra el auto de constitución o cese del acogimiento, lo resolverá la Audiencia Provincial, art. 82 LOPJ. Este recurso se admitirá en un solo efecto.

— *Territorial*: El art. 63 regla 16 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil establecía como Juez competente el del domicilio de la Entidad pública y, en su defecto, por analogía, el del domicilio del acogente<sup>13</sup>. El actual art. 51 no hace mención alguna y sólo encontramos alguna referencia en el art. 779 al regular la oposición a las medidas de protección y el asentimiento en la adopción.

#### b) Procedimiento:

Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria, recogido en el Título II del Libro III de la LEC.

---

(12) Así también el art. 73 de la LIA: «si los padres o personas que ejerzan la autoridad familiar o tutores no consienten o se oponen al acogimiento, éste sólo podrá ser acordado por el Juez».

(13) La Memoria de la FGE de 1989 al respecto dice: «la norma reguladora de la competencia territorial contenida en la regla 16 del art. 63 de la LEC no deja de plantear problemas interpretativos, especialmente en materia de adopción cuando no medie propuesta previa de la Entidad y el expediente sea promovido por los candidatos a adoptar. Parece absurdo que en tal caso la competencia haya de ser deferida al Juez del domicilio del solicitante» (aplicable mutatis mutandi al acogimiento familiar)

El art. 1811 de la LEC dice «se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas».

Como regla general a todos los expedientes:

- En caso de oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente...», sin embargo este precepto no es aplicable al acogimiento como expresamente preceptúa el art. 1827 en sede de disposiciones generales, parece de sentido común porque la intervención del Juez se deriva de la «oposición» de los padres o tutores.
- El art. 1826 p. 2 de la LEC. y el 173.5 del C. Civil dicen que todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva.

El Ministerio Fiscal tiene un papel destacado en la tramitación, ya que a tenor de los art. 1815 y especialmente el 1825, hacen preceptiva su intervención, otorgándole el art. 1828 la posibilidad de que sea el promotor del expediente, aunque el C.Civil parece haberse olvidado de dicha legitimación, quizás por inusual, al hablar de la necesidad de propuesta de la entidad pública con el contenido del documento de formalización del acogimiento administrativo y a presentar en un plazo máximo de 15 días<sup>14</sup>. Sería conveniente tal como recoge la Consulta 8/1997 de la FGE que esta propuesta se remitiera al Fiscal antes de su presentación ante el órgano judicial.

Una vez promovido el expediente, el Juez deberá de recabar el consentimiento:

- de la entidad pública, en caso de que el promotor hubiese sido el Ministerio Fiscal.
- de las personas que reciban al menor, «acogentes».
- del menor que tuviera doce años. ¿Debe el Juez no acordar el acogimiento si se opone el menor? ¿Debe primar su decisión o el genérico interés del menor en su caso? La cuestión es complicada. El art. 1263.1 del C.civil veda al menor no emancipado la facultad de prestar consentimiento con eficacia jurídica salvo en contadas y excepcionales circunstancias, pero al distinguir el legislador entre mayor y menor de doce años con diferente trámite «consentir» y «oír», me decantaría por pensar que no debería de constituirse un acogimiento donde un mayor de 12 años no quiera integrarse en esa familia.

Deberá de oír:

- a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad (ni suspendidos<sup>15</sup>), o al tutor en su caso. Si no ha podido conocerse su domicilio o paradero o citados no comparecen se prescinde del trámite.
- al menor de doce años que tuviera suficiente juicio.

El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento resultará beneficioso para el menor y previo informe del Fiscal, resolverá por Auto en cinco días «en interés del menor». El auto será motivado.

Observamos como el Juez tiene una doble función: sustitutoria, consistente en rellenar

(14) LIA art. 73.2

(15) figura suprimida por la Ley 11/1981.

con su actuación el vacío provocado por los padres no privados de la patria potestad o el tutor del menor, y constitutiva, ya que su decisión no se limita a una homologación de la propuesta de la entidad pública previa comprobación de si se han cumplido los requisitos legales, sino que ha de ser consecuencia de un examen a fondo de la propuesta y de su conveniencia para el menor, pudiendo el Juez no constituir el acogimiento si el acercamiento de las partes llevado a cabo por su labor conciliadora no fuere fructífero y el preacuerdo supusiera, a su juicio, un perjuicio para el menor.

## **2. Cese del acogimiento acordado por resolución judicial**

El art. 173.4 último párrafo C.Civil dice que será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez, pero además en su apartado primero de las causas de cese recoge la de «resolución judicial» por lo que parece admitir que el acogimiento administrativo pueda terminar por resolución judicial cuando así se plante, lo contrario dejaría sin contenido a la función del Ministerio Fiscal recogida en el art. 174 C.Civil.

El procedimiento es igual al expuesto para la constitución en lo relativo a la competencia, tipo de expediente, intervención del Fiscal, discrecionalidad del Juez en la práctica de diligencias, no transformación en contencioso, debida reserva y posible recurso contra el auto de cese, pero en este supuesto sólo es necesario oír a la entidad pública, al menor, a su representante legal y a los que lo tengan acogido.

## **3. Responsabilidad civil por hechos de menores acogidos**

### **a) Conceptos generales**

Debemos partir del principio de que la persona que causa un daño a otro deberá de reparar el perjuicio causado. Tres pueden ser los fundamentos a la obligación de reparar el daño:

- La responsabilidad subjetiva o por culpa, donde la víctima deberá de probar al menos un actuar negligente del autor del daño.
- La responsabilidad objetiva, donde la obligación de resarcimiento se deriva de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido con independencia de todo elemento intencional.
- La responsabilidad por riesgo, basada en que quien obtiene un determinado beneficio de una actividad que en sí genera un riesgo para los demás, debe asumir los perjuicios que les cause.

En nuestro ordenamiento la responsabilidad civil extracontractual se basa en la existencia de culpa o negligencia, así el art. 1902 C.Civil «*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*». Se exigen para que exista la obligación de reparar:

- un acto activo u omisivo antijurídico, ilícito por violar los deberes generales de corrección social;
- un resultado dañoso;

- un nexo causal entre la acción y daño causado;
- la culpabilidad.

De lo anterior deducimos que la responsabilidad civil tiene un carácter puramente personal, se responde de los hechos que uno realiza de forma dolosa o negligente, PERO nuestro C.Civil (art. 1903) recoge otros supuestos donde se responde del daño causado por otra persona en virtud de una especial relación existente entre ambos, presumiendo que el daño debe atribuirse más que al autor material al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona, así v.gr. el acogente respondería de la negligencia que permitió que el menor causara el daño.

Art. 1903: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.*

*Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía...*

*La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».*

Con este tipo de responsabilidad se busca, por un lado, asegurar al perjudicado la posibilidad de ser resarcido y por otro, se presume la existencia de cierta culpabilidad en la persona encargada de otra, bien porque no observó la debida diligencia en el control y vigilancia a la que legalmente viene obligado respecto al causante directo del daño (*culpa in vigilando*), al proceder a la formación del mismo (*culpa in educando*) o al elegir a la persona que va a realizar determinada actividad (*culpa in eligendo*)<sup>16</sup>.

Aplicando esta teoría general al tema que nos ocupa debemos de preguntarnos quien responderá de ese daño en los supuestos en que tengamos a un menor de edad acogido, ya que el autor del daño es un menor, la tutela la puede tener la entidad pública, la guarda los acogentes y los padres se encuentran con una especie de suspensión de su derecho de autoridad familiar. Nuestro ordenamiento jurídico exige de distinta forma la reparación del daño según se trate de un ilícito civil o un ilícito penal.

#### **b) Responsabilidad civil derivada de ilícitos civiles**

La responsabilidad civil a la que nos referimos sería la extracontractual, regulada en los art. 1902 y ss. Como veíamos el art. 1902 C.Civil regula la responsabilidad por actos propios y el 1903 la de personas de quien se deba responder, pero no debemos de considerar a éste último como una excepción al anterior sino una extensión o prolongación; en el primero el perjudicado deberá demostrar que hubo culpa o negligencia por parte del actor, en el segundo el obligado a resarcir debe probar que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia, es decir existe una presunción iuris tantum de culpa, PERO, dado que esa prueba es casi imposible y que el concepto de «diligencia de un buen padre de familia» es

---

(16) CRISTÓBAL FRANCISCO FABREGA RUIZ, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal V-2002.



indeterminado y depende de lo que entiendan los tribunales, se da un importante matiz objetivo a esta responsabilidad que distorsiona el sistema. Esto es lo que ha provocado que se hable de una responsabilidad objetiva.

Esta responsabilidad de los padres y tutores es directa y no subsidiaria, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de éstas y de emplear la debida cautela en la vigilancia de sus actos. Y es solidaria con la responsabilidad del causante inmediato del daño, si bien la falta de demanda de este no afecta a la constitución de la relación jurídico-procesal.

Expuesto esto debemos de analizar dos cuestiones: Si el menor tiene capacidad para responder y si el 1903 es aplicable a los guardadores (acogentes) ya que no se mencionan expresamente.

Respecto a la primera cuestión, no es pacífica, pero consideramos con la mayoría de la doctrina que debe establecerse la responsabilidad directa de los menores en aquellos casos en que tengan capacidad natural, ya que aunque tienen restringida la capacidad de obrar no carecen de personalidad jurídica, y no es lo mismo la capacidad para el consentimiento contractual que para discernir entre la conducta lícita e ilícita base de la imputabilidad; por tanto si el menor posee madurez de juicio suficiente para captar el significado social de dañar a otro deberá responder del daño, en su caso, solidariamente con su guardador. La LORPM, exige responsabilidad civil a todos los menores mayores de 14 años, salvo prueba de su inimputabilidad.

Por otro lado se ha venido hablando de una *responsabilidad por justicia social*, donde el menor sería responsable cuando atendiendo a las circunstancias del hecho y en particular las circunstancias económicas de las partes fuese aconsejable que la víctima no tuviera que soportar el perjuicio, responsabilidad especialmente necesaria si el guardador se ve exento de su responsabilidad si logra demostrar que empleó toda la diligencia debida.

En palabras de GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M.<sup>17</sup> en esta materia no deben existir menores y mayores sino personas que actúan culposamente y personas que no lo hacen, lo que deberá contemplarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar pero sin excluir a priori su obligación de responder.

En relación con el tema nos preguntamos si en el caso de que pague el acogente puede repetir sobre el patrimonio del menor. Ciertamente encontraríamos problemas ya que aunque se admite la aplicación del art. 1904 del C.civil a todos los supuestos del art. 1903, la responsabilidad del acogente es por acto propio y no por acto ajeno.

Hay que finalizar diciendo, como señala JOSÉ MÉNDEZ PÉREZ, que traer esta cuestión al terreno del acogimiento familiar no pasa de ser mera elucubración teórica a la vista de la procedencia social de los menores puestos en acogimiento y por tanto de su patrimonio.

— Analizando la segunda, distinguiremos entre la posible responsabilidad de la entidad pública, de los padres y de los acogentes.

En los casos en que estemos ante menores tutelados por la **entidad pública**, ésta sólo responderá por los actos de sus tutelados acogidos dentro de la entidad y respecto a los

---

(17) GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M., Protección civil del enfermo mental no incapacitado.

cuales posee la guarda, ya que el art. 1903 exige que el *menor habite en compañía del tutor*, cosa que no se daría en caso de acogimiento familiar, y no debe confundirse esta responsabilidad por actos realizados por los menores, con la derivada de su propia función de tutor, que como establece el art. 174.3 será responsabilidad *para con el menor*, que podrá ser por el mal ejercicio de la tutela y guarda o como consecuencia de la *culpa in eligendo* al seleccionar a los acogentes.

Respecto a los **padres**, hay que partir de que el 1903 C.Civil exige responsabilidad a los padres de los daños causados por los *hijos que se encuentren bajo su guarda*, y en lo supuestos analizados no están bajo su guarda y tienen suspendida la patria potestad ex art. 172.1 C.Civil.

En relación a los **acogentes**, las dudas se plantean en la posible aplicación del art. 1903 C.Civil, ya que la mayoría de la doctrina defiende el carácter taxativo del precepto (padres, tutores ...). Frente a estos otros como DÍEZ PICAZO defienden un carácter extensivo del precepto incluyendo todas las figuras de protección que supongan relaciones de compañía y vigilancia más o menos estables entre los menores y los protectores. Finalmente LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA<sup>18</sup> y GARCÍA VICENTE, F.<sup>19</sup> hablan de una responsabilidad del guardador de acuerdo con el art. 1902 C.Civil si el hecho dañoso del guardado se debió a su culpa o negligencia, llegando en realidad a la inversión de la carga de la prueba, y exigiendo al perjudicado que sea él el que pruebe la culpa del acogente.

El Tribunal Supremo, en algunas sentencias considera, refiriéndose a los guardadores, que los casos del art. 1903 son sólo enunciativos o *ad exemplum*, extendiendo la responsabilidad a los guardadores, por no promover la tutela (STS 13 septiembre de 1984) o sobre la base del art. 3.1 C.civil y la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social en la que deben ser aplicadas (SSTS 4 mayo 1984, 23 septiembre 1988 y 8 mayo 1990).

Debemos concluir que la constitución del acogimiento genera una serie de deberes para los acogentes —velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarle, procurarle una formación integral—, por tanto, teniendo obligaciones de vigilancia y educación si por negligencia no se cumplen correctamente y el acogido causa un daño, deberán de responder por aplicación extensiva, que no analógica del art. 1903 C.Civil.

Para mitigar esta carga, potenciar el interés de las personas en ofrecerse a realizar funciones de acogedor y que esta responsabilidad no suponga un lastre para conseguirlo, el art. 173.2 señala como contenido necesario del documento de formalización del acogimiento familiar «*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) Responsabilidad civil derivada de ilícitos penales

Antes de entrar en el fondo del tema objeto de estudio debemos de precisar que a tenor de la ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) y del art. 19 del C.Penal, podrán ser responsables penales por hechos que constituyan delito ó falta, los mayores de 14 años y menores de 18 (art. 1 LORPM), remitiendo a los meno-

(18) Citado por MÚÑIZ ESPADA en, Las persona jurídico-privadas tutoras, J. M. Bosch editor S.A., Barcelona, 1994.

(19) GARCÍA VICENTE, F., Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor (Curso FGE, Jaén, 1996).

res de 14 años a las instituciones de protección y por tanto en lo que se refiere a la responsabilidad civil al régimen general del C.Civil. Por tanto en los casos que un menor de 18 años y mayor de 14 cometa una infracción penal la exigencia de responsabilidad civil derivada de la misma queda fuera del C.Penal y será de aplicación el procedimiento que recoge la LORPM.

Frente a la anterior ley, L.O. 4/1992, que modificaba varios artículos de la Ley de Tribunales tutelares de menores, donde remitía el tema de la responsabilidad civil al C.Civil, la presente dedica el título VIII a su regulación, dando la posibilidad al perjudicado de optar entre renunciar, ejercerla por sí mismo en la pieza separada, reservársela para ejercerla en la vía civil, ó en caso de no decir nada será el Fiscal el que la ejercite (art. 61.1 LORPM). Esta regulación ha sido objeto de crítica desde diferentes sectores, ya que el que la responsabilidad civil se derive de un ilícito penal o civil, no introduce un factor diferenciador, reclamándose una unificación del régimen de responsabilidad civil.

Dejando a parte otros temas para evitar desviarnos del que nos ocupa, el art. 61.3 de la LORPM preceptúa:

*«Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».*

Vemos como, en primer lugar se considera responsable civil al menor, recogiendo seguidamente una responsabilidad solidaria en cascada *«por este orden»*, y nombrando no sólo a los padres y tutores, como el art. 1903.Civil, sino también a los acogedores, guardadores incluso de hecho. Por tanto si la guarda y el consiguiente contenido de deberes lo tienen los acogedores, estos eximirán de responsabilidad a los tutores y padres.

Por otro lado no se exige dolo ni negligencia en los designados, encontrándonos ante una responsabilidad objetiva; no se trata de una inversión de la carga de la prueba como en el art. 1903 del C.Civil sino que lo único que pueden lograr los «guardadores» probando la ausencia de dolo o culpa grave es moderar su responsabilidad.

El art. 63 LORPM incluye como responsables directos a los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo.

Para terminar mi intervención no puedo dejar de *señalar* la necesidad de nuevas soluciones legales y *señalar* la conveniencia de más medios para poder aplicarlas, con la esperanza de que pierda vigencia el antiguo proverbio:

*«cuando alguien señala con el dedo la luna, hay todavía quienes miran al dedo».*

**Intervención de D. Luis MURILLO JASO**

**EL DESAMPARO DE MENORES Y EL ACOGIMIENTO.  
PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EN ARAGÓN Y SOLUCIONES JURÍDICAS**

SUMARIO: Introducción. La declaración de desamparo: procedimiento administrativo de su adopción. Impugnación de la declaración de desamparo. La retirada de los menores de sus familias. El ejercicio de la tutela por la Administración. El acogimiento.

**INTRODUCCIÓN**

El objeto de esta intervención pretende ser una aproximación a la figura de la Administración Pública en su función de tutora de menores desamparados desde la detección de dicha situación hasta la conclusión de la tutela. Abordaré el estudio de tan amplio campo en esta Introducción comenzando con la evolución legislativa que ha llevado a la Administración al desempeño de estas funciones para, posteriormente, entrar en el análisis de determinados aspectos concretos y de la problemática que, habitualmente, se plantea.

Las reformas experimentadas en nuestro Código Civil en el ámbito que nos ocupa se inician con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código Civil en la materia. Dicha reforma de 1987 supuso dar una decisiva intervención a los poderes públicos en la protección de la familia y, básicamente, supuso consagrar una decisiva intervención pública en favor de los más débiles en la estructura familiar.

El artículo 39 de la Constitución, con el que se abre el Capítulo III del Título I «De los Principios rectores de la política social y económica», dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, en su apartado 2 establece que los poderes públicos aseguran la «protección integral» de los hijos, asimismo eleva a rango constitucional las obligaciones parentales de «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», y en el art. 4, como trasunto específico del art. 10.2 de la Constitución hace remisión a las normas internacionales de protección a la infancia.

El artículo 39 es un artículo absolutamente capital para introducirnos en la materia, artículo que conectaremos con el 10.1 del propio texto constitucional en cuanto que este último establece como fundamento del orden político y la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Importante cuestión el libre desarrollo de la personalidad, quizá el mayor derecho de un menor de edad sea el ir desarrollándose libremente, lo cual le garantizará el ir comprendiendo el resto de los derechos que se le reconocen y el ir ejercitándolos de modo responsable y libre.

Así pues, las normas constitucionales antes citadas y, en particular, el art. 39, cuyo tiempo verbal va curiosamente en tiempo presente de indicativo, a diferencia de los siguientes artículos cuyo tiempo verbal va en futuro, establece la igualdad de los hijos, la configuración de la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes con primacía de los

deberes sobre los derechos, y fundamenta la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la vida de la familia.

Evidentemente poder público no es exactamente idéntico a Administración Pública, el mandato se dirige a todos los poderes del Estado, si bien, decididamente entrarán en la cuestión el Poder Judicial y la Administración Autonómica.

Respecto de las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de lo relativo a la competencia en legislación civil foral, es de señalar el art. 148 de la Constitución únicamente mencionaba en su regla 20.<sup>a</sup> «Asistencia social» como competencia que se podía asumir en los momentos alboreales por Autonomías como la aragonesa. El Estatuto de Autonomía de Aragón en su art. 35.1.19, en su redacción de 1982, únicamente señalaba como competencia exclusiva: «Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario. Juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural». Dicho artículo fue suficiente para que el Estado transfiriera sus medios personales y materiales en materia de protección de menores en los años subsiguientes.

La Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, se dictó en base a dicha competencia de asistencia social, si bien, resulta evidente que la razón para su promulgación la dio la Ley 21/87 de reforma del Código Civil pues la competencia autonómica establecida en el Estatuto hemos de reconocer que, salvo en materia de Derecho Foral, título competencial no citado en el preámbulo de la Ley aragonesa 10/89, era francamente genérica.

Es decir, la reforma del Derecho Civil Español dio entrada a las Comunidades Autónomas a que fueran promulgando distintas leyes de protección de menores, al menos así sucedió en el caso aragonés. Promulgada la Ley 10/89, y asentada por su ejercicio reiterado la competencia, la reforma del Estatuto de Autonomía de 1996 (que no la reforma corta de 1994) estableció como título competencial específico en el art. 35.1.28 del Estatuto «Protección y tutela de menores».

La entrada de la Administración en una materia reservada tradicionalmente al Derecho Civil supone la necesidad de convivencia entre instituciones civiles y administrativas, instituciones que responden a distintos principios y cuya armónica convivencia únicamente se dará en la medida en que se tenga en cuenta que tanto las instituciones civiles como los procedimientos administrativos han de estar guiados por el principio superior de salvaguardar en cualquier caso el interés del menor.

Se plantea la problemática del alcance de la normativa autonómica, es decir, si las leyes autonómicas aragonesas de protección de menores se consideran leyes civiles forales se deberían entender aplicables exclusivamente a los sujetos a vecindad civil foral, frente a lo anterior entendemos que prevalece una consideración administrativa de la legislación autonómica, en concreto de la Ley de Infancia y Adolescencia, dado que se dicta en virtud del título «protección de menores», tiene aplicación territorial como toda normativa administrativa (art. 9.1 del estatuto de Autonomía), si bien realiza continuas remisiones al Derecho Civil respecto de los conceptos fundamentales. Ello nos lleva a considerar que un cambio en el Código Civil podría suponer una derogación de la normativa administrativa aragonesa que se halla al servicio de los conceptos civiles, únicamente una normativa foral en la materia, normativa foral hoy en día muy parca, dictada en base al título competencial en materia de Derecho Civil y al de Protección de Menores podría hacer surgir una normativa aragonesa de vigencia territorial y no dependiente del Código Civil, sino del Derecho foral aragonés.

## LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA SU ADOPCION

El art. 172 del Código Civil, tras la reforma de 1987, establece que «La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se halla en situación de desamparo, tiene por Ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda,...».

El art. 7.2 de la Ley 10/89 estableció la necesidad de regular un específico procedimiento administrativo para declarar el desamparo. Y ese es uno de los primeros problemas puesto que es obvio que es necesario un procedimiento administrativo para constatar que se da una situación de desamparo pero ¿procede en Aragón, a vista de la legislación vigente, la aplicación en la materia del procedimiento administrativo común establecido en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común?, obviamente la Ley 10/89 remitía a un procedimiento especial pero no planteaba mayor cuestión ni desarrollaba procedimiento alguno.

El Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/89, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, todavía vigente en lo que no se oponga a la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, establece reglas procedimentales en sus arts. 9 a 14, reglas que son puras especialidades respecto del procedimiento administrativo común cuyas fases: incoación, instrucción, y resolución no pueden desconocerse así como tampoco los derechos de los interesados en el procedimiento que incluyen el realizar alegaciones a lo largo de todo el procedimiento, pedir la práctica de pruebas, tener vista de lo actuado y recurrir la resolución del procedimiento así como aquellos actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art. 107.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

El art. 60 de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón remite asimismo a norma reglamentaria si bien ordena que en el procedimiento que se desarrolle reglamentariamente deberá tenerse en cuenta que el desamparo se declarará mediante resolución motivada que, a su vez acordará la medida de protección que corresponda, y, todo ello, previo informe del equipo interdisciplinar.

El procedimiento para adoptar declaración de desamparo es obvio que debe respetar las fases de incoación, instrucción y resolución y todos los derechos que la normativa administrativa reconoce a los interesados<sup>1</sup>, a día de hoy la normativa reglamentaria no establece más que pequeñas especialidades sobre el procedimiento administrativo común, con lo cual, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 30/92.

Evidentemente, ello puede llevar a pensar que tal actuación llevará a la ineficacia más absoluta dado que el procedimiento administrativo común no está pensando específicamente en supuestos tan complejos como una declaración de desamparo que conlleva situa-

---

(1) En este sentido es muy destacable el trabajo titulado «La convivencia de ámbitos normativos en la protección de la infancia: reflejo en la Comunidad Autónoma de Aragón» de Ana María Hernández de la Torre publicado en el número 17 (diciembre de 2000) de la Revista Aragonesa de Administración Pública.

ciones tan corrientes como la huída de la familia del territorio autonómico evitando la actuación administrativa, o la necesidad de actuación inmediata ante situación de grave peligro en la vida del menor.

Como vemos el mayor problema es la urgencia que pueden plantear casos concretos sin embargo dicha urgencia se hallaba ya prevista en el art. 13 del Decreto 79/95 y se halla prevista en el apartado 2 del art. 60 de la Ley de la infancia: la posibilidad de medidas cautelares incluyendo el desamparo cautelar.

Esta figura ha dado un resultado práctico absolutamente excelente pues permite abordar rápidamente situaciones de crisis, retirar al menor y guardarlo, y, mediante la tramitación del oportuno procedimiento administrativo con todas las garantías legales, estudiar adecuadamente a la familia y trabajar con ella al objeto de la reinserción. Evidentemente, para la correcta utilización de la medida es precisa la existencia de informes que aconsejen como la única posibilidad en interés del menor. Ha habido numerosos casos en que el procedimiento ha concluido con la reinserción del menor en la familia bien porque ésta haya reaccionado a la vista de las circunstancias, bien porque ha aprovechado el apoyo de la Administración para mejorar sus condiciones de vida.

Como advertencia el desamparo cautelar es una buena advertencia, como medida cautelar cabe en ser adoptada una vez incoado el procedimiento y no lesiona derechos de los interesados pues los padres o tutores del menor siempre pueden intervenir en el procedimiento incluso recurrir dicha medida cautelar.

A mi juicio el desamparo cautelar produce los mismos efectos jurídicos que el desamparo definitivo si bien la diferencia es que ha de ser confirmado al final del procedimiento principal. Como es de ver discrepo en este punto de opiniones como la de la profesora Eulalia Moreno<sup>2</sup> quien opina que «en la tutela ex-lege la situación que da lugar a la necesidad de protección del menor por parte de una Entidad Pública es, en esencia, irreversible, en la cual no se aprecia la posibilidad de que remitan las circunstancias que han dado lugar al desamparo del menor». En mi entender las situaciones humanas son sumamente cambiantes ,y, por otra parte, si bien el desamparo, no como medida cautelar sino como resolución final del procedimiento, ha de dictarse habida cuenta la falta de respuesta de la familia biológica la principal consideración para dictarlo ha de ser la situación del menor no ya que la familia biológica evidencie o no posibilidades de recuperación.

Importante es la fase de instrucción en la que la Ley de infancia exige que obre informe de un equipo interdisciplinar, entendemos que de pedagogos, educadores y psicólogos por norma general, dicho informe es preceptivo pero no es vinculante para la autoridad que resuelve. El problema está en que la intedisciplinaridad del informe, y permítaseme la palabreja, puede hacer olvidar una figura capital en todo procedimiento cual es la figura del instructor. En todo procedimiento es obvio que ha de haber un órgano encargado de impulsarlo, en el caso del procedimiento de declaración de desamparo, que a mi juicio tiene numerosas similitudes con un procedimiento sancionador, la figura del instructor es sustancial pues es quien ha de decidir sobre la práctica de las pruebas, dar audiencia a los interesados, incorporar sus alegaciones y formular propuesta de resolución.

A mi juicio el instructor debería, en la medida de lo posible, ser licenciado en Derecho pues nos encontramos en un ámbito en el que es decisiva la ponderación de los derechos

---

(2) Eulalia Moreno: «Actuaciones de protección del menor» en «Protección Jurídica del Menor» dirigido y coordinado por la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía. Ed. Comares. Granada 1997.

del menor y su familia así como medir el alcance que puede tener la intervención administrativa. Evidentemente no todo puede descansar en el informe técnico pues la valoración de los informes en la propuesta de resolución es algo sustancial y dicha valoración ha de realizarla persona distinta a quien ha redactado los informes. El instructor debería ser licenciado en Derecho por cuanto el procedimiento ha de seguir los cauces legales y la declaración de desamparo afecta decisivamente a la situación jurídica de la persona.

El instructor ha de tener en cuenta, en primer término, el propio concepto de desamparo, que es un concepto jurídico indeterminado. Según el Código Civil se considera 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 (art. 172 Cc).

La Ley aragonesa en su art. 59 recoge el citado concepto en su párrafo 1 mientras que su párrafo 2 establece una serie de situaciones que suponen desamparo, la citada lista es un *numerus apertus* poco afortunado pues, por ejemplo, el art. 59.2.e al definir la Falta de atención adecuada parece referirla tan solo a los supuestos de drogadicción, en fin, que si un listado sirve para ayudar a interpretar el concepto general en determinados casos puede contribuir a generar confusión.

En mi opinión cuando el concepto, por indeterminado que sea, está suficientemente claro es innecesario ejemplificarlo, y, en mi opinión, este art. 59.2 tipifica las situaciones más graves lo cual no excluye que se de situación de desamparo en otras de menor gravedad objetiva pues el desamparo hay que apreciarlo en cada caso en concreto y teniendo en cuenta cada menor en concreto.

En este sentido indicaré que la Ley aragonesa al señalar, por ejemplo, como causa de desamparo el inducir al menor a trabajo infantil (art. 59.2.d) no debe ser interpretada de modo categórico sino con arreglo al caso concreto y, sobre todo, teniendo en cuenta que dicho trabajo infantil suponga una explotación del menor, es decir, teniendo en cuenta el concepto general, por tanto, que la situación de hecho (trabajo infantil) se produce por un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda y tal situación de hecho da lugar a que el menor se halle necesitado moral o materialmente, es decir: se buscan ejemplos para aplicar el concepto de desamparo y acaba siendo el concepto jurídico indeterminado el que nos clarifica y ayuda a interpretar el listado.

El referirse el Código Civil a que el menor se halle privado de la necesaria asistencia moral o material conlleva una aplicación yo no diría restrictiva del concepto sino proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, atendiendo al interés del menor. A mi juicio es de tener en cuenta varios factores: en primer lugar la situación inmediata con que se encuentra la Administración que puede aconsejar un desamparo cautelar, en segundo lugar las deficiencias del núcleo familiar, es decir, a qué obedece el inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de protección, y, en tercer lugar, intentar por todos los medios subsanar los citados problemas para que dicha situación no perdure.

Considero con Leticia Anoro, Isabel Caudevilla y Noelia Samper<sup>3</sup> que no pueden distinguirse tipos de desamparo y que es efectivamente acertada la opinión de Mayor del Hoyo cuando señala que nos encontramos ante una regulación objetiva que atiende exclu-

---

(3) Leticia Anoro, Isabel Caudevilla y Noelia Samper «Situaciones de desamparo» en «Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón» dirigido por Gabriel García Cantero. Ed. El Justicia de Aragón, 2002.



sivamente a la producción del resultado. Entiendo que nada tiene que ver con la legislación vigente las opiniones que señalan que hay varios tipos de desamparo dependiendo de si se acude voluntariamente a denunciar la situación ante la Administración o si ésta actúa de oficio.

Lo importante es averiguar las causas de tal situación y buscarles remedio, el fin que persigue la Administración, a tenor del art. 45 de la Ley de infancia, es la superación de estos problemas mediante «la integración del menor en núcleos naturales de convivencia» y el primero es la propia familia, así pues, el primer núcleo a estudio es la propia familia y la primera alternativa a estudiar la reinserción del menor en la propia familia, primero en la nuclear y, si en esta no es posible, en la extensa. La tutela ex-lege permite el control del proceso por los equipos educativos convirtiéndose en un útil instrumento para normalizar situaciones familiares.

El control de la situación permite poner los medios adecuados para acabar con la misma, una situación de desamparo de un menor evidencia carencias familiares notables, una intervención administrativa puede contribuir a enderezar el rumbo familiar o, como poco, a enderezar el rumbo de la vida del menor si su familia no es un adecuado lugar para su desarrollo, no olvidemos el libre desarrollo de la personalidad a que hace referencia el art. 10.1 de la Constitución.

He de advertir que estoy hablando de una intervención en familia dentro de los límites del art. 172 del Código Civil que, aunque indeterminados, tienen un claro perfil. El menor debe encontrarse de hecho privado de la necesaria asistencia moral o material y ello debido al incumplimiento de los deberes de guarda por quien legalmente corresponda. Una situación que, a mi juicio, basta con interpretarla literalmente pues el Código Civil restringe los casos por sí mismo a las más graves situaciones que pueda sufrir un menor. Así la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 21 de enero de 1992 señala que debe apreciarse su existencia «cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común»<sup>4</sup>.

La intervención administrativa no puede sustituir las libres decisiones familiares sobre la crianza de los hijos, ni sus concepciones éticas o morales, ni su orden en sus hábitos domésticos, ni sus costumbres, únicamente persigue sustituir a la familia cuando ésta, por acción o por omisión, constituye un evidente mal objetivo para el menor, y, aún así, el trabajo primero ha de centrarse en intentar recuperar a la familia.

El procedimiento administrativo acabará con la correspondiente resolución motivada que determinará la medida de protección. Dicha resolución debe ser dictada por órgano distinto del instructor, con lo cual se garantiza la mayor reflexión posible sobre la decisión.

En Aragón corresponde tal decisión a los Directores Provinciales del Instituto Aragonés de Servicios Sociales tras la atribución de la competencia en materia de menores al Instituto el año 1999 y ello de conformidad con el Decreto 79/95.

---

(4) Citada por Aurora López Azcona en «La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de declaración de desamparo». Aranzadi Civil, 2001, volumen I, primera Edición.

## IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Siempre se entendió por los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón que la declaración de desamparo debía recurrirse en vía civil y nunca en vía contencioso-administrativa.

Ello es claro a día de hoy pues la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor así lo estableció al modificar el art. 172.6 del Código Civil, suprimiendo, por otra parte, el requisito de la reclamación previa en vía administrativa, y estableciendo un inadecuado procedimiento en vía civil pues su Disposición Adicional Primera 2 remitía para estas impugnaciones a las normas de la jurisdicción voluntaria.

Se pasó de entender que el procedimiento adecuado era el de menor cuantía por encontrarnos ante una resolución que afectaba a derechos derivados del estado civil, a la remisión legal a un procedimiento, jurisdicción voluntaria, propio de actuaciones en que no había contradicción de partes, procedimiento ilógico pues la contradicción se daba ab initio.

Dicho procedimiento ilógico, como no podía ser de otra manera, se aplicó en varias ocasiones durante la vigencia de la disposición legal que lo regulaba y los Juzgados de Zaragoza, experiencia a la que me ciño, le fueron dando diversas fórmulas de tramitación, pues la jurisdicción voluntaria lo permitía, admitiendo, asimismo los Juzgados de Zaragoza, la impugnación mediante juicio declarativo ordinario de menor cuantía como proceso plenario llegándose a considerar que la resolución dictada en vía de jurisdicción voluntaria no tenía fuerza de cosa juzgada.

Todo siguió así hasta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dio un procedimiento especialmente adecuado, en su art. 780 resuelve la cuestión remitiendo a un juicio rápido y suficientemente garantista cual es el juicio verbal pero establece la fundamental regla de que la Administración deberá remitir al Juzgado el expediente administrativo al objeto de dar traslado al actor para que pueda formular demanda.

A mi entender es un gran acierto de la Ley de Enjuiciamiento Civil el haber configurado un procedimiento que resulta prácticamente idéntico al procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el que se le da una importancia capital al expediente administrativo pues se requiere para formular demanda y, evidentemente, se va a tener en cuenta a la hora de dictar resolución.

El enjuiciamiento civil se va a centrar en el fondo de la cuestión pues las cuestiones de procedimiento administrativo no serán tenidas en cuenta por el Juez civil salvo que hayan vulnerado derechos no susceptibles de ulterior subsanación y ello en la medida del derecho de fondo vulnerado.

A mi juicio el que la impugnación deba residenciarse ante la Jurisdicción Civil con exclusión de la reclamación previa no excluye, si el interesado así lo estima, que pueda presentar reclamación previa a la vía civil al objeto de que la Administración reconsidere su decisión. Es de tener en cuenta que no existe un plazo para acudir a la Jurisdicción Civil dado que el plazo no es otro que el del derecho de fondo, es decir el derecho a volver a ejercer la patria potestad, autoridad familiar, tutela o guarda suspendida por la declaración de desamparo.

Asimismo considero que la vía administrativa y contencioso-administrativa no se halla del todo cerrada pues puede suceder que se recurra por un problema de procedimiento, que el interesado presente recurso frente a denegación de pruebas, falta de trámite de

audiencia, o, simplemente recurra la resolución final no ya en cuanto al fondo sino, por ejemplo, a falta total y absoluta de procedimiento solicitando retroacción de actuaciones. La falta de procedimiento es una causa de nulidad del acto administrativo consignada en el art. 62.1.e de la Ley 30/92. Considero que el interesado puede centrar su reclamación en los vicios del acto administrativo de los arts. 62 y 63 de la Ley 30/92 y residenciar su reclamación en vía administrativa y ulterior vía contencioso-administrativa, el Juzgado contencioso podría anular el acto administrativo de declaración de desamparo que adoleciera de los vicios señalados en los precitados artículos lo que obligaría a la Administración a retrotraer las actuaciones al momento de la comisión del vicio.

En cuanto a la legitimación para recurrir los Juzgados Civiles han sido de interpretación amplia llegando a reconocerla a los abuelos aun cuando no ostentaren ni patria potestad, ni autoridad familiar, ni tutela ni guarda alguna. Incluso en alguna ocasión se ha admitido la legitimación de los abuelos aun contra el criterio de uno de los progenitores quien ostentaba la patria potestad.

A mi juicio, fuera de las personas que vean suspendidos sus derechos-deberes de guarda, habrá que estar al caso concreto a la hora de examinar la legitimación si bien parece que va a ser difícil negarla a los abuelos y más aún habida cuenta su importante papel, cada vez mayor, en la educación de los nietos y la política legislativa actual respecto de los mismos<sup>5</sup>.

## LA RETIRADA DE LOS MENORES DE SUS FAMILIAS.

Requisito preciso para el correcto ejercicio de la tutela que, normalmente, exige la entrada en domicilio.

La autorización judicial al respecto, salvo que medie causa por delito, ha sido residenciada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa a tenor del art. 8 de la Ley rituaría de dicha Jurisdicción. En este punto entiendo acertado el señalar a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como competente frente a la Jurisdicción Civil dado que se trata de realizar una análisis legal de las formas externas de la actuación administrativa con el fin de salvaguardar la inviolabilidad del domicilio sin impedir el ejercicio de las potestades administrativas pues éstas se basan en el interés general (art. 103 de la Constitución) y, en el caso que nos ocupa en el interés del menor<sup>6</sup>.

La jurisdicción contencioso ha venido exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos formales: remisión de expediente y declaración de desamparo, en cualquier caso se ha venido solicitando que en informe técnico consten claramente los motivos de la intervención así como la expresa negativa de los padres a la entrada en domicilio o las razones

---

(5) Política legislativa no exenta de críticas sobre todo en el punto a la concesión de legitimación a los abuelos para intervenir en asuntos propios del matrimonio y los hijos. En este sentido vid. «Sobre el régimen de visitas abuelos/nietos» en el número 77 (noviembre 2003) de la Revista Juris «Buscar alternativas» María Dolores López Faraldos y Carlota Cabrera Schwartz, abogadas, así como «Apuntar las carencias» María Teresa Martín Nájera, magistrada.

(6) En este punto discrepo de la conclusión del documentado y riguroso estudio de la profesora López Azcona antes citado. La profesora López Azcona llega a la conclusión que «de lege ferenda» sería plausible un cambio de Jurisdicción pasando la cuestión a la Jurisdicción Civil. A mi juicio el Juez Civil carece de especialización para examinar la legalidad de las formas extrínsecas del acto administrativo así como para examinar la competencia del órgano resolutor. Un Juez Civil es el idóneo para el fondo de la cuestión pero no para este punto meramente incidental si bien fundamental para el ejercicio de la tutela.

que aconsejan no avisar a los padres al respecto, razones que se cifran en evitar la huida de la familia con el menor.

Habida cuenta la necesaria notificación a los padres o guardadores de la asunción del desamparo por la Administración y las evidentes posibilidades de fuga u ocultación de los menores, el art. 172 del Código Civil en su párrafo 1 prevé la notificación presencial que se ha juzgado posible y necesaria en muchos casos que se efectúe en el momento de la retirada de los menores, el Juzgado, al efectos de autorizar la entrada, únicamente exige que se justifique que en el caso concreto es precisa dicha notificación presencial dispensando, si vistas las circunstancias lo considera adecuado, la notificación previa a la entrada.

Frente a la resolución del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo cabe apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la respectiva Comunidad Autónoma, recurso, a mi juicio, carente de sentido pues si se anula la entrada ya efectuada ¿se va a condenar a la Administración a la entrega de los menores cuando tiene la legítima tutela de los mismos cuestión de fondo que sólo puede ser atacada en vía civil?

La entrada y retirada de los menores plantea uno de los momentos más difíciles y delicados, el momento de la ruptura familiar. Exige profesionales especialmente cualificados tanto por parte de la Administración actuante como por parte de la policía.

No obstante es también en este momento cuando, en algunos casos, se evidencia la debilidad de la poderosa Administración pues ha habido madres, más que padres, que a punta de cuchillo (sic) han abortado la operación y han conseguido que la Administración tome la decisión de no intervenir para evitar un mal mayor, en determinados casos se ha llegado a tener la tutela nominal y el menor seguir viviendo con la familia habiendo abandonado la Administración el caso.

Considero no justificable la actuación de la Administración en estos supuestos pues, si se intenta la entrada una vez hay que perseverar hasta el fin, esto no obstante es de señalar que la Administración Autonómica Aragonesa carece de competencias en materia de policía autonómica, con lo cual depende de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que obedecen a sus mandos naturales y, salvo especial insistencia de éstos, no van a tener la misma eficacia en estos asuntos que una propia policía autonómica. No pretendo con esto reivindicar una policía autonómica, únicamente dejar sentada una reflexión sobre la utilidad de determinadas competencias que, asumidas unánimemente por las Cortes de Aragón en la propuesta de Reforma Estatutaria que culminó con la Reforma de 1996, fueron desestimadas por las Cortes Generales por, según se dijo, no añadir nada a la autonomía Aragonesa.

La huida de los menores también ha evidenciado un nuevo fenómeno que afecta a las Autonomías ¿qué sucede si un menor tutelado en Aragón se fuga a Valencia por ejemplo? La única solución es cesar la tutela y avisar a la Generalitat Valenciana pues la Generalitat no va a ejecutar una resolución adoptada en Aragón habida cuenta que debe apreciar por sí misma si el menor se halla en desamparo en Valencia o se encuentra en una nueva situación que no permite ser calificada de desamparo.

En fin, una vez que se tiene al menor materialmente, comienza el efectivo ejercicio de la tutela por la Comunidad Autónoma, en el caso que nos ocupa, a través del IASS.

## EL EJERCICIO DE LA TUTELA POR LA ADMINISTRACIÓN

El art. 61 de la Ley de infancia da las pautas para el ejercicio de esta tutela, básicamente en su apartado 3.

El citado apartado, como es desgraciadamente habitual en la normativa aragonesa, confunde Gobierno con Administración, el art. 61.3 debería referir que la Administración, en este caso el IASS, a través del órgano competente, la Dirección Provincial correspondiente, formará inventario de bienes y derechos de los menores sujetos a tutela como acto primero.

Evidentemente el inventario ni se comunica a autoridad judicial alguna ni al Ministerio Fiscal salvo que por los mismos se requiera, la Ley aragonesa no contiene dicha previsión y, a mi entender, no es una laguna sino una previsión consciente de que es un inventario hecho exclusivamente por la Administración, no olvidemos que no estamos ante una tutela de constitución judicial.

Esto no obstante, durante el ejercicio de la tutela en mi opinión es preciso solicitar autorización judicial como cualquier tutor para los actos del art. 271 del Código Civil, y se ostentan los mismos derechos y prerrogativas del tutor establecidos en el Código Civil.

El tutor es el IASS que, por ley de creación, goza de personalidad jurídica propia e independiente de la Diputación General de Aragón y ha de considerarse, por ello, como Entidad Pública con competencias de protección de menores en el territorio de la Comunidad Autónoma Aragonesa. Evidentemente hay que individualizar en un órgano dentro del IASS que ejerza la tutela en su nombre, dicho órgano es el Director Provincial que dicta la resolución de desamparo.

Así pues, la tutela se ejercerá por la Dirección Provincial, las resoluciones se adoptarán por el Director Provincial y el tutor es la persona jurídica IASS. Un evidente problema se plantea con la existencia de tres Direcciones Provinciales y la inexorable marcha de los menores a Zaragoza por razones educativas, o de mayor número de plazas en centros de protección o de mayores medios de resocialización, y es que las Direcciones Provinciales normalmente no dan traslado del expediente a la de residencia del menor con lo cual se le sigue tratando a distancia, lo cual, en mi opinión, ya manifestada por escrito en sucesivas y distintas ocasiones, es un profundo error tanto por los problemas que plantea el seguimiento diario del menor como por la dilapidación de tiempo de los funcionarios en realizar viajes a otras provincias.

Una situación peculiar en cuanto al ejercicio de la tutela prevista en la Ley de Infancia en su art. 58 es la consagración legislativa de la posibilidad de que los menores tutelados, e incluso los que se hallen en guarda, o en situación de riesgo, puedan ser representados y defendidos en juicio por los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón. Se ha considerado por las Cortes de Aragón que la situación de sujeción especial en que los citados menores se hallan respecto de la Administración justifica que los mismos puedan ser defendidos por los Letrados de sus Servicios Jurídicos. Respecto de los que se hallen en guarda puede entenderse la misma justificación, respecto de los que se hallen en situación de riesgo declarada no es más que una regla de asistencia social fundada en una cierta dependencia de la Administración. Ello ha dado lugar a numerosas intervenciones de los Letrados de los Servicios Jurídicos, sobre todo ante la Jurisdicción penal de Menores, en defensa de los derechos e intereses de los menores sujetos a tutela de la Administración. Esta es una actuación que viene desarrollándose ya en algunas Comunidades Autónomas, de hecho la norma aragonesa no es sino

la consagración de una práctica. Esta cuestión se suscitó ya en los duodécimos encuentros de Letrados de las Comunidades Autónomas celebrados en Pamplona en junio de 1996.

Mi compañero Rafael Guerras Posadas, Letrado de la Junta de Castilla y León, defiende, aun sin expresa previsión legal, esta posibilidad de actuación de los Letrados autonómicos si bien señala el riesgo de la existencia de casos de posible contradicción de intereses entre la Administración y el menor<sup>7</sup>.

En la conclusión de la tutela, cuyas causas se contemplan en el art. 62 de la Ley de infancia, no hay rendición de cuentas, evidentemente, si bien, el menor podría exigir vista del expediente a tal efecto y realizar la reclamación que estime oportuna, frente a la resolución de tal reclamación la duda sería ¿recurso en vía civil o contencioso-administrativa? A mi juicio en vía civil pues la Administración ha obrado como un particular no investida con su potestad de imperium.

## EL ACOGIMIENTO

La Ley Orgánica 1/1996 moduló esta interesante figura introducida en el Código Civil por la Ley 21/87, el acogimiento es la figura jurídica a mi juicio más novedosa y susceptible de mayor utilización para solucionar en la práctica la problemática de la situación de desamparo de un menor y garantizarle el libre desarrollo de su personalidad.

La Administración siempre distingue un previo acogimiento cual es el acogimiento residencial en centro de protección de menores (art. 66 y siguientes de la Ley de infancia) en el que se aconseja y ordena estar el menor tiempo posible (art. 66.2).

Es el primero de los acogimientos que, normalmente, tiene lugar si bien a veces es la solución definitiva pues hay casos en que el menor no es adoptable (normalmente por encima de seis años) por carencia de adoptantes, y hay casos en que no es factible un acogimiento no preadoptivo sobre todo en menores mayores de 14 años pues el menor y su familia biológica lo pueden poner difícil. Nos encontramos ante menores «institucionalizados» cuyo estudio puede dar mucho de sí a la literatura científica de la Psicología.

La Ley recoge la posibilidad de compaginar esta medida de acogimiento residencial con la estancia en fines de semana y vacaciones con familias colaboradoras (art. 66.4) ello puede ayudar a tender el puente hacia el acogimiento en familia.

Durante el acogimiento residencial se da ya una primera división de responsabilidades entre tutor y centro acogedor, división carente de transcendencia si el centro de protección es de titularidad de la Administración Autónoma, pues la guarda efectiva del tutelado corresponde al titular del establecimiento.

La cuestión, como hemos dicho anteriormente, es insertar al menor en un «grupo natural de convivencia» (art. 45 de la Ley de infancia), la Ley no se atreve a hablar de familia por no reducir el número de posibilidades, si bien, el primer núcleo natural de convivencia es la familia de siempre. El Consejo Aragonés de la Adopción juega el papel decisivo

---

(7) Rafael Guerras Posadas «Las partes en el proceso regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores» en «Aspectos Jurídicos de la Protección del Menor» Coordinado por Ignacio Sáenz Hidalgo. Edita Junta de Castilla y León, 2001.

de seleccionar para el menor la familia que juzgue más adecuada entre las obrantes en los registros de la Administración (art. 76.6 de la Ley).

En el acogimiento se da la regla que luego se mantendrá en la adopción, se busca una familia para un menor y no un menor para una familia, lo importante verdaderamente es satisfacer las necesidades del menor no tanto las de la familia acogedora o adoptante.

La Ley no señala que la Administración pueda declarar que un menor no es idóneo para ser acogido o adoptado, sin embargo sí que señala que la Administración puede declarar no idóneos a los solicitantes de acogimiento o adopción (art. 77.5 de la Ley), la no idoneidad es susceptible de ser recurrida por el mismo procedimiento que la resolución que declara el desamparo.

La posibilidad de declarar la no idoneidad señala que lo importante es el menor y que la Administración tiene la potestad de eliminar solicitantes, claro está que dicha posibilidad ha de ser mirada de modo restrictivo y absolutamente motivado en razones técnicas de orden psicosocial que evidencien que un menor acogido o adoptado por dichas personas podría verse en situación de desamparo, ir a un concepto más amplio de la inidoneidad lo considero absolutamente desproporcionado y una intrusión en las decisiones libres, legítimas y respetable de los solicitantes.

El Consejo Aragonés de la Adopción, órgano colegiado cuya composición y competencias se determinan en el art. 86 de la Ley de infancia, es quien en última instancia decide el tipo de acogimiento: preadoptivo, permanente o simple. Una de las cuestiones más interesantes, dentro de los acogimientos permanente y simple es la posibilidad de remunerar a los acogedores (art. 72.2 de la Ley) lo cual abre la vía a los acogedores profesionales, personas que se dedican al acogimiento como oficio que, si bien puede parecer chocante, vienen a solucionar de modo eficaz las situaciones más comprometidas, los menores más difíciles.

El acogimiento para la Administración supone una derivación o compartición, según el caso, de responsabilidad a los acogedores y un inicio del camino de solución del problema, no supone la extinción de la tutela dado que la Administración podría perfectamente revocar el acogimiento por inadecuado ejercicio de las funciones propias de los acogedores sin embargo supone el comienzo de la superación del mismo en unos casos se conseguirá y en otros no, pero la integración plena en la vida de familia que supone el acogimiento, de llegar a darse, ya es la solución del problema luego restará darle definitiva forma jurídica.

El art. 173 Bis del Código Civil establece las clases de acogimiento:

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

2.º 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.º Acogimiento familiar preadoptivo, 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 nece-

sarios para adoptar, 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. Este periodo será lo más breve posible, y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año».

Estas son las tres modalidades fundamentales del acogimiento (las que restan son el acogimiento familiar provisional que puede constituir la entidad pública en tanto, por no consentimiento u oposición de los padres biológicos o tutores, se tramita judicialmente cualesquiera de los acogimientos antes citados y ello a tenor del art. 173.3 del Código Civil, y el previsto como medida en el art. 7.1 i) de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y que constituye el Juez de Menores en Sentencia penal).

Algunos autores ven en el art. 173 Bis del Código Civil cuatro modalidades de acogimiento al distinguir dos en el acogimiento preadoptivo a tenor de los dos párrafos referidos al mismo<sup>8</sup>, en coherencia con lo anteriormente expuesto respecto del desamparo considero que acogimiento preadoptivo no hay más que de un tipo con independencia de los supuestos que lo ocasionan o del procedimiento para su formalización pues lo fundamental son los efectos jurídicos que produce una vez que es formalizado y los efectos son siempre los mismos.

También se suele distinguir dentro de la Administración entre acogimientos administrativos y judiciales, dicha distinción puede admitirse como criterio operativo pues separa los acogimientos formalizados por la Administración sin el concurso judicial de aquellos que deben ser autorizados (que no formalizados) por el Juez frente a la oposición o no consentimiento de los padres biológicos o tutores, pero no puede admitirse, desde mi punto de vista, como distintas modalidades dado que, sustantivamente, producen los mismos efectos una vez en vigor.

Considero que el Juez no formaliza el acogimiento sino que, frente a la oposición o no consentimiento, analiza la cuestión y, atendido el interés del menor, simplemente autoriza el acogimiento propuesto por la Administración o lo deniega. Hemos de señalar que, a diferencia de la adopción, si bien ésta vendrá muy condicionada por un acogimiento previo, el acogimiento es una medida de protección que no modifica ni altera las relaciones paterno filiales pues si éstas están alteradas lo habrán sido como consecuencia de la declaración del desamparo no del acogimiento.

El acogimiento se formaliza en los términos establecidos en el art. 173.2 del Código Civil exige el consentimiento del menor si tuviere 12 años cumplidos, de los acogedores y de la entidad pública, «tenga o no la tutela o la guarda». Respecto de los padres biológicos y del tutor se solicita el consentimiento y si no consienten o se oponen el acogimiento se formaliza judicialmente.

Dos cuestiones a citar en cuanto a la formalización la primera que la entidad pública ha de intervenir en todo tipo de acogimientos tenga o no la tutela o guarda del menor, ello ha llevado a derivaciones de las antiguas guardas judiciales a acogimientos administrativos a veces por los propios Juzgados ante la existencia de consentimiento entre guardado-

---

(8) En este sentido la profesora María Linacero de la Fuente en «Protección Jurídica del Menor», Ed. Montecorvo, 2001.



res, menores y acogedores y la falta de medios técnicos de los Juzgados para poder conocer mejor la cuestión y controlarla.

En cuanto al consentimiento de los biológicos es de señalar que como lo que se exige es el consentimiento la Administración, al menos el Consejo Aragonés de la Adopción, acuerda instar la vía judicial para el caso de padres en paradero desconocido, lo cual es una interpretación absolutamente acorde con la normativa.

La vía judicial conlleva la extensión de la figura del acogimiento provisional (art. 173.3) antes citado, clase de acogimiento distinta de los señalados en el art. 173.Bis y que se caracteriza por no tener regulación alguna en el Código, su única misión es dar un título jurídico a acogedores y acogido en tanto dure la tramitación del acogimiento judicial y su contenido podría ser el del art. 173.2 si bien modalizado en la consideración de la provisionalidad de este acogimiento y su pendencia respecto de la decisión judicial.

No vamos a entrar en la tramitación judicial del acogimiento, dado que sería objeto de un trabajo mucho más amplio, podemos decir que, tal y como viene en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 es adecuada sobre todo al impedir que el procedimiento se paralice convirtiéndose en contencioso ante la oposición de los padres biológicos o del tutor, éstos son oídos en el procedimiento pero, como estamos ante una medida de protección, sería absurdo paralizarlo para dar un trámite contencioso. Ello sucederá en la adopción habida cuenta la extinción definitiva de los vínculos biológicos.

Esto no obstante urge una profunda renovación en nuestra normativa procesal pues la misma da lugar a procesos diabólicos en el caso de una adopción posterior a un acogimiento pues para adoptar puede haberse tardado más de cuatro años consumidos en: impugnación del desamparo y su apelación, tramitación del acogimiento y de su apelación, tramitación de la adopción, del juicio verbal de oposición a la adopción y su apelación, y tramitación de la apelación al Auto constitutivo de la adopción.

Es obvio que deben tenerse en cuenta todos los derechos afectados pero nos encontramos con que en las distintas fases se permite la discusión siempre de los mismos temas que, básicamente, se centran en negar la situación de desamparo, argumento recurrente por más que haya quedado zanjado judicialmente. El problema es que la declaración de desamparo no es lo mismo que la privación de la patria potestad y que una privación de patria potestad es una cuestión sumamente ardua en la que la Administración prefiere no entrar puesto que habría que demandar a todos los padres de menores que fueran a pasar a acogimiento cuando quizá no planteen oposición en la tramitación judicial del acogimiento.

Por lo anterior, y habida cuenta los intereses encartados de menores, padres biológicos y adoptantes, urge una reforma de la normativa procesal con un procedimiento rápido, flexible y eficaz para todos y que garantice los derechos de todos.

Como hemos dicho ello no afecta al acogimiento dado que suele ser el proceso más rápido y adecuado habida cuenta la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que acierta a dar respuesta a la necesidad social, fin al que, en definitiva, han de atender siempre nuestras normas sustantivas y procedimentales.

## COLOQUIO

Moderador: D. Jesús GARGALLO GINER

Muchísimas gracias. D. Gabriel García Cantero plantea si puede haber una comunicación de pregunta y repregunta entre ponente y coponentes o aclaraciones y no sólo las que puedan hacer los asistentes.

En primer lugar, el Sr. García Cantero desea hacer una serie de aclaraciones.

### *Gabriel García Cantero. Ponente*

En primer lugar, quiero decir que me consta que tanto en la Diputación General de Aragón como en otras Administraciones Autonómicas se están realizando actuaciones verdaderamente abnegadas en materia de asistencia de menores; hacen todo lo que humanamente pueden hacer. Alguien puede sacar a relucir trapos sucios (sabemos que en Andalucía hay una asociación de padres que consideran que se han visto privados de sus hijos por algún organismo de la Comunidad Autónoma andaluza, ...; son abusos que han llegado a los Tribunales, es verdad), se trata de casos aislados pues, en general, —debe reiterarse—, tanto la Diputación General de Aragón como otras Administraciones Autonómicas están haciendo lo mejor que saben, lo mejor que pueden en esta difícil y delicada materia.

Segunda cosa que yo quisiera decir. Al Fiscal Benito Soriano le diría que estoy sustancialmente a favor de su punto de vista. Lo que ocurre a propósito de cómo encajamos la Ley de Adopción en el Código Civil, hay que hacer referencia a los orígenes: la Ley de Adopción procede de un anteproyecto elaborado por el Ministerio de Asuntos Sociales, Ministerio que ha hecho muchas cosas técnicamente buenas en temas legislativos, pero que esta Ley no es la mejor de todas. Por consiguiente, el origen marca lo que ha pasado, y menos mal que parcialmente se ha reformado en 1996.

Hay un fenómeno que los psiquiatras especialistas en menores y en adopción nos están alertando desde hace mucho tiempo. Dicen los psiquiatras que el tiempo en que un menor, un recién nacido o un bebé empieza a advertir que ha sido abandonado por su madre, y que experimenta que hay otros que sustituyen a su madre, es mucho más breve de lo que pensamos. Yo recuerdo que el Dr. Seva, catedrático de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, cuando regía la Ley anterior y había seis meses para declarar el abandono, decía «¡Dios mío, seis meses. En seis meses el menor ya ha perdido toda razón de vivir!». Entonces, en el caso de abandono de niños muy pequeños sobre todo, la Ciencia aconseja que hay que actuar rapidísimamente.

Otra cosa que le quería decir es que ciertamente el artículo 170 habla sólo de privación total o parcial de la patria potestad y se ha buscado la escapatoria de la suspensión de la patria potestad. La suspensión de la patria potestad estaba regulada en la Ley anterior, que fue derogada en 1981. Entonces, ahí tenemos que hacer pasarelas, no sé cómo podríamos decir, yo me inclinaría a favor de esa interpretación, pero veo que también hay razones en contra.

Y la cuarta cosa que a mí me gustaría decir al público, desde un punto de vista práctico es que hay un artículo de la reforma de 1987 que se ha mantenido en 1996 que, a mi juicio, es hermoso y que debiera servir algo así como de lema para promover el acogimiento. Artículo 173, apartado, 1, leo:

«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».

A mí me parece esto bellissimo, la mejor definición que se ha podido encontrar para esa nueva institución y que yo lo consideraría como una especie de lema, de banderín de enganche. ¿Creen ustedes que esto tiene todavía eco en la sociedad, y que suscitara esas vocaciones sociales? Algunos matrimonios podrían reflexionar así: «Hombre, nosotros tenemos hijos ya situados, tenemos hijos que van por su lado, tenemos tiempo, ¿por qué no acogemos?». Es una vocación, una vocación social que habría que promover.

Estas serían mis invitaciones al público y a los demás coponentes.

**Benito Soriano. Coponente**

En el fondo, son cuestiones que hemos venido comentando porque nos hemos reunido unas cuantas veces. Respecto al tema de la urgencia para resolver esas situaciones de desamparo, considero que incluso puede ser más urgente el internamiento por trastorno psiquiátrico, que viene regulado en el artículo 211 C.Civil y se exige la autorización o la ratificación posterior del internamiento por parte de la autoridad judicial; es decir, un niño que veamos que está desamparado no existiría ningún problema para internarle en un centro donde se le dé la atención necesaria por parte de la entidad pública, pero le estamos privando de libertad y se lo estamos quitando a sus padres. Entonces, yo entiendo que la intervención judicial es una garantía, aunque sea *a posteriori*; si realmente se exige la autorización para internar a un menor con trastorno psiquiátrico, ¿por qué no para internar a este menor con otro tipo de trastorno?

En cuanto a la cuestión de la suspensión, yo estoy de acuerdo en que el artículo 170 no recoge el tema de la suspensión, pero entiendo que es un fraude claro de ley, porque cualquier cosa que afecte a la patria potestad, siendo la protección de la familia un derecho recogido constitucionalmente, no puede ser adoptado más que por resolución judicial.

**Jesús Gargallo Giner. Moderador**

¿Alguna sugerencia?, ¿alguna pregunta?, ¿algún comentario? Estos temas son muy interesantes porque son temas de rabiosa actualidad. Incluso no solamente como civilistas o como personas interesadas en el Derecho, sino también como padres, los problemas que se nos pueden plantear como padres.

**Esteban Mangas. Abogado**

La pregunta era para Benito Soriano. Lo que pasa es que he salido un momento y no sé si me he enterado bien cuando hablabas de la responsabilidad civil por los hechos del menor. Has dicho, me parece, que la entidad pública tutora no responde nunca porque el menor no convive con la entidad pública y yo creo que, aparte del acogimiento familiar normal, del acogimiento por «mercenarios» por llamarlo de alguna manera —los que cobran—, está el acogimiento en residencias que son de la entidad pública y en ese caso yo pienso que sí que respondería la entidad pública por los actos que realice el menor.

**Benito Soriano. Coponente**

Sí, hay que partir de la base de una familia de acogida. El otro tema está claro: si es su tutor, no es que físicamente tenga que residir con él. Si está en acogimiento residencial, está dentro de su institución, vive dentro de su institución y, por tanto, responde.

Yo lo que quería separar es la responsabilidad que tiene para con el menor, de la responsabilidad que tiene por los actos del menor si está con otra familia.

Aquí es importante señalar —es una cosa que me he saltado por la premura de tiempo— que dentro de las condiciones que tiene que cumplir el documento de acogimiento, o un apartado de los que se recogen en el formulario de acogimiento, es que, según el Código Civil, tiene que establecerse el sistema de cobertura de esos daños. Es decir, por un lado parecería, cuando uno se lo lee la primera vez, que estamos potenciando ese acogimiento, porque habrá padres que nos digan: «Pero oiga, usted me deja ese niño, me paga, pero ¿y si causa un daño lo voy a tener que pagar?», parece que quiera el Código Civil recoger ahí que la entidad pública tenga que hacer un seguro, pero entiendo que no es así. Esto se planteó en una consulta a la Fiscalía General del Estado, la consulta 8/1997. Allí se preguntaba si esto significaba que obligatoriamente la entidad pública tenía que contratar una póliza de responsabilidad civil (en la práctica se hace, contratar una póliza y está la póliza y asume ese riesgo); pero dijo la Fiscalía General del Estado que esto no significaba que obligatoriamente tuviera que establecerse esa póliza y tampoco significaba que fuera un régimen distinto de responsabilidad civil e incluso, que si hay pactos entre la Administración y el acogente o acogedor sobre esa responsabilidad civil, sólo valen *inter partes*.

Yo muchas veces he utilizado el término «acogente» y es porque ya que estamos en Derecho Aragonés, Joaquín Costa tenía un trabajo sobre el Acogimiento como institución consuetudinaria del Altoaragón y aunque no es lo mismo porque no se refiere a estos acogimientos, sí que a la familia que acogía a otro se la denominaba «acogente» y es un término que no se oye en ningún sitio, se les llama «acogedores». Pero me llamó la atención que, estando dentro de Aragón y siendo que Joaquín Costa lo utilizaba, pues no vendría mal utilizarlo y por eso les digo que suelo utilizar el término «acogentes» alguna vez.

#### ***Gabriel García Cantero. Ponente***

Se puede completar el tema de la responsabilidad. La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que desde hace ya algún tiempo mantiene la tesis de que los accidentes padecidos por o los daños causados por los menores en situación de dependencia de las Comunidades Autónomas son a cargo de la Comunidad Autónoma.

Hay una sentencia, recuerdo, en la que condena a la Comunidad Autónoma vasca, al Servicio Vasco de acogida porque durante las vacaciones de verano había entregado el menor a una entidad colaboradora que se había encargado de llevar a los niños de excursión. En la excursión vadean un río, un chiquillo de los acogidos no sabe nadar y se ahoga. Es responsable la Administración que ha organizado todo este montaje. Hay que contar con los criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo que hace responsable a la Comunidad Autónoma de los daños sufridos por o causados por estos menores.

#### ***Luis Murillo. Coponente***

Yo, lo único que quería añadir, para que se quede tranquilo, es que la jurisprudencia imputa toda la responsabilidad a la Administración. No es algo que compartamos los Servicios Jurídicos, ni muchísimo menos. Porque, claro, lo del artículo 1903 del Código Civil, lo de la negligencia, jurisprudencialmente es una historia porque la negligencia no existe, vamos es todo objetivo y, sobre todo, cuando aparece una Administración, que, evidentemente, tiene un patrimonio, y la existencia de un patrimonio conlleva rápidamente la objetividad de la responsabilidad. Esa es mi experiencia. Quizás esté demasiado peleón y al final la jurisprudencia sea más justa de lo que uno piensa. Pero, en cualquier caso, se acata por

más que no se comparta del todo. Va por la línea que ha dicho el profesor García Cantero y la Administración con este pésimo entre comillas «negocio» que nos ha tocado con el desamparo y con la exclusión de la actuación judicial —porque es una actuación administrativa—, porque si el desamparo se acordara por los jueces, pues a lo mejor, en materia de responsabilidad, ahora estábamos hablando de otras cosas.

Realmente, y tal y como está la legislación y la jurisprudencia, a la Administración le toca apreciar la situación y, una vez que ha apreciado la situación, la Administración va a responder absolutamente de todo. Si están los acogedores, yo entiendo que habría que examinar quién ha sido el causante, quién ha sido el negligente y evidentemente nos esforzaremos en ello, con poco éxito probablemente.

La responsabilidad se ha objetivado. No sólo se ha objetivado en la Ley Penal del Menor, donde viene absolutamente objetivada y es muy difícil exonerar a la Administración Pública, aunque haya una cláusula de exoneración en el artículo 61.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, es que en vía civil la jurisprudencia la ha objetivado tremendamente.

Yo entiendo que, a veces, todo esto puede conllevar un efecto absolutamente perverso porque la Administración puede acabar pensando muchas cosas, sobre todo cuando le lluevan responsabilidades civiles; quizás pueda inhibirse en algunos casos porque hay casos de tutela muy difíciles y entonces, aparte de invertir recursos públicos en un menor que no hace ni caso, va a reparar todo lo que hace ese menor. La cuestión es muy difícil desde mi punto de vista pero, en fin, la jurisdicción va la línea de imputar responsabilidades y puede existir el peligro de que la Administración se lo piense antes de intervenir.

Yo entiendo que, de todas formas, en cuanto a la responsabilidad de la Ley del Menor, es objetiva pero no excluye que examinemos el nexo causal. Tendrá que haber una actuación administrativa y tendrá que haber un daño cometido por el menor y ese menor tendrá que estar bajo la guarda de la Administración y que sea, de alguna manera, guarda efectiva.

Y respecto a la alusión de familias «mercenarias», en cuanto a las acogedoras, evidentemente es chocante que se les pague por estas cosas y se les paga incluso a veces mucho —del orden de 300.000 pesetas—, pero yo les puedo asegurar que yo no aceptaría 300.000 pesetas por la carga. Son casos extremos los más, digamos, «caros» para la Administración. En cualquier caso, es un buen recurso porque es más barato que un recurso de institucionalización. Una institucionalización, por ejemplo, en un centro de reforma puede salir perfectamente, hablando en pesetas, por las 900.000 al mes. Es carísimo.

### ***Rafael Bernabé. Notario***

Una breve referencia al hilo de lo que se ha venido diciendo aquí sobre este carácter de «mercenario». Yo creo que la figura del acogedor o acogente —como lo denominaba el ponente— es una figura que está desprovista de la autoridad tradicional que ha tenido la tutela o la adopción en sustitución de la autoridad familiar o la patria potestad. Yo creo que es una figura entrañable y que debe desarrollarse o potenciarse por la Administración con el máximo énfasis porque sinceramente yo no sabía el tema económico de las 300.000 pesetas, la verdad es que acabo de conocerlo ahora, pero me parece que hay muy poca publicidad, o sea que no se conoce la institución y es una institución de vocación solidaria de extraordinaria ayuda para resolver problemas que van a producirse posiblemente en el futuro con muchísima frecuencia, cada día más porque la institución

familiar se va desmoronando, por lo menos en la forma clásica u ordinaria, en la que todas esas situaciones de desamparo eran atendidas por familiares próximos. Creo que una de las funciones principales que tiene la Administración es el desarrollo publicitario, el hacer una presentación exhaustiva de la figura y empezar un poco a tocar conciencias removiendo solidaridades precisamente para atender esas necesidades, porque yo sinceramente creo que muy pocas personas conocen cómo funciona, qué desarrollo tiene y no es el premio de las 300.000 pesetas, porque yo creo que hay otras personas de buena fe que lo harían quizás con ilusión si no tienen otras obligaciones en momentos de su vida. Nada más.

**Fernando García Vicente. Justicia de Aragón**

Hace bastante tiempo hice la tesis sobre la responsabilidad de los padres por actos de hijo menor y, al hilo de lo que ha surgido aquí, querría decir varias cosas.

En primer lugar, respecto al requisito de la convivencia, esto proviene del Código Civil francés y la jurisprudencia francesa era muy extensa en esto. La verdad es que no se ha respetado nunca. Hay un caso de un padre marino mercante que, mientras navegaba por el Golfo, su hijo le pega una pedrada a otro y lo deja tuerto. Se estableció que es verdad que no convivía, pero como la responsabilidad lo es por culpa *in vigilando* o *in educando*, no había educado bien a su hijo y, por tanto, aunque no estaba presente allí, debía haberlo educado para que cuando él no estuviera presente se portara de forma responsable.

En segundo lugar, se ha dicho que es una responsabilidad prácticamente objetiva y es verdad. Sin embargo debo decir que hasta un determinado momento —y luego seguí pendiente del tema— leí toda la jurisprudencia que había en Francia, en Italia, algo de Inglaterra y en España, y me encontré con un supuesto curioso en el que siempre se exoneraba de responsabilidad: los casos de delitos sexuales. Como saben ustedes, en los casos de violación, estupro y rapto se obligaba a indemnizar como en todo delito y a dotar a la ofendida, pero hubo 2 casos en España en que por cuestiones meramente formales el Tribunal Supremo denegó esa indemnización hecha de una forma o de otra.

También quiero señalar que cabe la responsabilidad del Estado, pero cabe una responsabilidad del Estado concurrente con todos los supuestos del artículo 1903 del Código Civil: con los padres, por no haber educado en su momento bien al hijo; con los directores o dueños de un establecimiento o empresa, en el caso de que esté trabajando; e incluso con los profesores de los centros escolares. Cabe una triple responsabilidad, habrá una concurrencia de responsabilidad cuya derivación o distribución es otro problema que habría en cada caso que discutir en razón de la concurrencia de la conducta de cada uno de ellos a la culpa o resultado que finalmente se ha producido. Nada más.

**Fermín Hernández Gironella. Magistrado**

En relación con el comentario que ha hecho el último ponente relativo a la posibilidad de que la Administración en determinados caos se piense declarar en desamparo a determinados menores más o menos conflictivos, me ha surgido la cuestión de que, teniendo en cuenta que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite acudir a la jurisdicción en los casos de inactividad de la Administración, si sería posible acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para que declarase un desamparo que la Administración no quiere o no está dispuesta a declarar y en tal caso quién sería el legitimado. Evidentemente, yo creo que el Fiscal estaría legitimado pero, ¿podrían estarlo también por

ejemplo las víctimas de ese supuesto menor que va haciendo por ahí males y estragos? Querría conocer la opinión del ponente sobre esta cuestión.

*Luis Murillo. Coponente*

La verdad es que la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha roto con el criterio de ser una mera jurisdicción revisora y ha entrado en la vía de la inactividad de la Administración. No sé si sería estrictamente el caso de la inactividad —no tengo aquí el texto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—, podría serlo; lo que sucede es que si el Ministerio Fiscal o las personas interesadas (familiares, etc.) solicitan de la Administración que declare el desamparo de un menor por sus hechos ilícitos o por su conflictividad, entiendo que la Administración en cualquier caso lo que debería hacer es responder. Lo que no podría hacer es ese caso es decir: «mire usted, esto está aquí, yo lo he archivado», sobre todo si lo pide el Ministerio Fiscal.

La respuesta no tiene por qué ser una respuesta afirmativa, desde mi punto de vista. Es decir, la Administración tendría que ponderar y responder a la solicitud y contra esa respuesta cabría recurso, por lo que ya no sería inactividad. Para evitar la inactividad bastaría responder y ahí nos iríamos a la jurisdicción civil, además.

Yo entiendo que el problema de fondo que se está planteando —sobre todo con los menores propios de reforma— es la escasa efectividad de la tutela administrativa. Es decir, menores de 16 años que viven por su cuenta, que viven con su novia, que viven como les da la gana, hablando pronto y mal, y están tutelados por la Diputación General de Aragón y mantenemos la tutela y a veces acuden a los centros de protección, están un tiempo, comen bien, se vuelven, se van —son centros abiertos—, y luego llega una acción ilícita de estos menores, destrozan un coche y es la Administración la que debe responder. Pero, ¿cómo se puede contener, salvo que delinca y se le condene por la Jurisdicción a internamiento en centro cerrado, a un menor de 16 años? Es muy difícil.

El delito es una manifestación de desamparo, desde mi punto de vista. Pero hay veces que uno puede pensar que el delito es una manifestación de una vida absolutamente independiente, absolutamente libre para delinquir y para hacer lo que uno quiera.

De hecho protección y reforma tienen una convivencia digamos difícil porque el menor que pasa de protección a reforma, en protección se queda un poco descolgado, pasa al Juzgado de Menores y ya lleva la vida que lleve, salvo que vuelva a protección —que en algunos casos vuelve—, pero ahí es donde entra un poco el conflicto porque además se invertir mucho dinero público y al final resulta que, además de invertir ese dinero, condenan a la Administración por vía responsabilidad. Que yo no digo que en algunos casos proceda, evidentemente, pero es que hay casos en los que hay una persistente actuación administrativa intentando, intentando..., en los que lo único que conseguimos es la moderación de responsabilidad porque el tutor, como dice la Ley del Menor, no ha incitado al menor a cometer el hecho. Evidentemente que no se les ha incitado sino todo lo contrario pero hay que responder.

Hoy mismo hemos tenido un caso que ha quedado para sentencia —y quizás sea una doctrina interesante— de un menor tutelado que, a la hora de retirarlo, la madre salió, fue imposible intervenir porque montó una escandalera y se desaconsejó el uso de la fuerza, la segunda vez pasó lo mismo y la tutela no se pudo ejercer por la retirada del menor y quedó un poco como un acto de fe: «¡a ver si algún día podemos hacer algo!». El menor

delinquir bajo el influjo de la madre y hoy en la pieza de responsabilidad civil del Juzgado de Menores, después de haber sido sentenciado el menor, el perjudicado ha dicho expresamente: «Lo que yo quiero cuando reclamo esto —que era una escasa cuantía— es que castiguen a la madre y que pague el menor para que se entere la madre», La demanda no iba contra la madre, iba contra el menor y el tutor (DGA). El tutor lo ha intentado y ha acreditado documentalmente y testificalmente que no ha podido hacer nada, pero el tutor es la Diputación General de Aragón. Es un caso para ver qué dice la jurisdicción, porque hasta el propio perjudicado, por el que ejercitaba la demanda el Ministerio Fiscal, que era del mismo pueblo, que conoce a la familia, que sabe del mal influjo de la madre, que sabe que el menor ha vivido siempre con la madre, que la Administración no ha podido con él, no quería la condena de la Diputación General de Aragón. Si en este caso se nos condena, este tipo de tutelas que se quedan un poco para ver si podemos intervenir se convertirán rápidamente en otra cosa, no cesarán totalmente pero se convertirán en un expediente de protección en el cual habrá un educador asignado y si se da una situación de desamparo entonces habrá que correr para volverlo a tutelar... De la otra manera ya teníamos el título, pero claro si ese título de tutela por más que acreditemos que ha sido imposible ejercerla conlleva que se convierta en la práctica en una póliza de seguro del menor y de su señora madre..., pues, evidentemente, hay cierta resistencia en el seno de la Administración a estas cosas.

***Jesús Gargallo Giner. Moderador***

Muy bien. Dos intervenciones más. Según me han comentado, dentro de cinco minutos debíamos terminar, pero si esto va así, ¿podemos seguir, no?, porque es un tema interesante y el derecho es vivo.

***María José Sánchez***

Es al hilo del tema de la responsabilidad. Han comentado que La Administración en última instancia siempre es la que responde y que no comparten esta posición en todos los casos. Pero yo querría saber si el tema de la responsabilidad puede ser un inconveniente o es un inconveniente a la hora de que una familia decida acoger a un menor. Es decir, una familia que quiere acoger a un menor, ¿tiene que plantearse esa posibilidad de la responsabilidad?, ¿la Administración le deja claro esa situación o no le da a entender esa posibilidad de responsabilidad? Porque me imagino yo que no es la misma responsabilidad la de una familia que acoge a un niño y que lo tiene muy poco tiempo, por ejemplo un mes, en el que todavía no ha podido educarlo o acostumbrarlo a esa familia o darle unos valores, que la familia que lleva por ejemplo acogiendo a una misma persona durante tres años. Yo quiero saber si se les han planteado esos problemas o si las familias se echan atrás por el tema de la responsabilidad.

***Benito Soriano. Coponente***

Creo que por parte de la Comunidad Autónoma hay unos seguros de responsabilidad civil que se hacen cargo de estos problemas porque también surgía el problema: en el caso de cumplimiento de medidas impuestas en reforma, concretamente con la medida de prestación de trabajos en beneficio de la comunidad. Entonces, cuando se solicitaba, por ejemplo a una asociación de minusválidos, la posibilidad de que un menor fuera a cumplir allí una prestación de este tipo, lo primero que decían era: «¿qué pasa si este menor se lesiona?, ¿qué pasa si se tuerce el tobillo cuando está limpiando o barriendo o se pilla un dedo?». Esto se salvó a través de unas pólizas de seguros que acogen estos supuestos. Creo que la inter-



pretación del artículo a que yo me refería, en concreto del apartado del formulario que se rellena para el acogimiento, se hace mención a una póliza existente de responsabilidad civil para cubrir y ayudar a los acogedores y de esta forma potenciar esas familias acogedoras.

**Antonio Guíu**

Simplemente a efectos de curiosidad. ¿Cuántos menores tutelados tiene la Comunidad Autónoma de Aragón en estos momentos?

**Luis Murillo. Coponente**

Hay un Registro Central. El otro día lo consulté. No sabría precisarte. La verdad es que les pregunté únicamente si existía el Registro, que existe efectivamente, pero no te sabría decir, porque las tutelas son muy variables. Yo he tenido a veces registros sobre unos te podría decir 400, quizás..., pero es muy volátil, es decir, las altas y bajas son constantes. En ese Registro aparecen las tutelas en alta, las guardas en centros.... Hay bastante población. Te podría decir sobre 400-500 casos, quizás. Eso sin perjuicio de que luego a lo mejor se tenga que complementar con los Registros auxiliares en Huesca y Teruel.

**Jesús Gargallo Giner. Moderador**

¿Alguna otra intervención? Simplemente voy a hacer yo unas pequeñas manifestaciones. En primer lugar, estoy de acuerdo con la entrada en vigor de la modificación del Código Civil en el tema, que creo que es muy importante, de la intervención de los abuelos. Se ha publicado la reforma del Código Civil que incrementa la importancia de los abuelos. Simplemente quiero hacer esa manifestación de que estoy a favor de la reforma del Código Civil porque a veces desgraciadamente ya no son los padres, el padre y la madre trabajan, no pueden cuidar a los hijos, por otra parte se encuentran en una situación de abandono y de desamparo y finalmente la Administración da la intervención a los abuelos.

**Gabriel García Cantero. Ponente**

Ha habido jueces que han negado a los abuelos la posibilidad de ser acogedores de sus nietos.

**Jesús Gargallo Giner. Moderador**

En segundo lugar, una idea que es si no nos tenemos que replantear el concepto de familia. Es que estamos hablando de familia. Cuando dice el Código Civil en el artículo 67 que los cónyuges deben socorrerse y ayudarse mutuamente siempre «en interés de la familia», ¿qué se entiende por esa familia?, porque de ahí se deriva todo. Y por otra parte también porque se ha hablado aquí por D. Luis Murillo que ha dicho y lo ha dejado ahí, no sé si intencionadamente: «es que no es familia, es un núcleo de convivencia familiar» y dentro de un núcleo de convivencia familiar podemos meter todo.

Claro, entonces para mí choca con una figura del desamparo. El artículo 172 del Código Civil define el desamparo cuando se priva de lo que es una asistencia material, que es lo que se ha relacionado con el artículo 173 pero, ojo, es muy importante la asistencia moral que también dice el artículo 172; porque el artículo 173 se refiere a la prestación de medios materiales, alimentación, cuidado, asistencia ..., pero no habla de la asistencia moral, es el artículo 172.

Entonces, hay que tener muy en cuenta todos estos datos y creo que son relevantes a la hora de otorgar a un menor a una familia, a un núcleo de convivencia familiar no solamente lo que es la asistencia material sino también desde el punto de vista moral. Simplemente quiero hacer estas manifestaciones. Nada más.

*Fernando García Vicente. Justicia de Aragón*

Muchas gracias a todos y hasta la próxima vez.