



Isaac Tena Piazuelo^(*)

El sistema de protección de menores en el **Derecho español**

“EN GENERAL PUEDE DECIRSE QUE CON AQUELLA NOCIÓN SE DESIGNAN DETERMINADAS MEDIDAS CON LAS QUE TANTO EL DERECHO PÚBLICO (DERECHO ADMINISTRATIVO ESTATAL Y AUTONÓMICO, DERECHO PROCESAL, DERECHO PENAL) COMO EL PRIVADO (DERECHO CIVIL) TRATAN DE CONSEGUIR EL AMPARO DE QUIENES NO TIENEN LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA AUTONOMÍA PERSONAL DE LOS MAYORES DE EDAD.”

1. Introducción

Al igual que sucede en otros países, la protección de menores está de permanente actualidad en España (lo cual, no siempre, es una suerte cuando esa actualidad pertenece a la sección de “sucesos” de los noticiarios). Ello se debe -de un lado- a la penosa realidad, de la que hacen eco los medios de comunicación, de que los menores son con frecuencia objeto de diversos abusos y dejaciones. Constituye probablemente un índice del nivel de vida y de progreso de cada país la sensibilidad frente a tales abusos. Una sana conciencia social (instrumentada a través de un Derecho eficaz) debe urgir a la búsqueda de un freno -o, mejor aún, de un contrapunto positivo- a tales desmanes. Esta precisamente puede ser la contribución del Derecho Civil desde el punto de vista de la protección, cuidado o preservación de los menores de edad. Frente a las correspondientes conductas (tipificadas o no penalmente) de quienes son autores de ciertos delitos o de conductas antijurídicas, cabe una afirmación positiva de los correspondientes valores o derechos de los menores que son sus víctimas, y que normalmente están consagrados por el Derecho Civil. Es decir, un mismo fenómeno de explotación, abandono, o abuso puede contemplarse paralelamente desde la perspectiva del infractor o desde la propia de la víctima; tal vez estemos asistiendo a una excesiva penalización de vida pública en general y en particular de las conductas sobre los menores, olvidando que lo que

(*) Abogado por la Universidad de Zaragoza. Doctor por la misma casa de estudios. Especialista en Derecho de Familia. Profesor Principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El temario de la protección de menores es sumamente amplio, convenientemente abordado por la doctrina científica, con un abundante tratamiento bibliográfico. Necesariamente estas líneas no pretenden sino una exposición sintética, suficiente para divulgar el modelo seguido por el Ordenamiento jurídico español en la protección de los menores de edad.

El sistema de protección de menores en el Derecho español

tiene tanta urgencia como el castigo de los comportamientos desviantes es la reparación de la víctima, y a ser posible la prevención para que esta nunca llegue a serlo.

Se encuentran en el campo del Derecho Civil las medidas de protección de menores dispuestas por la Ley, de que el propio Código Civil hace aplicación; aunque desde luego, el monopolio no es exclusivo ni del Derecho Civil ni del Derecho del Estado, pues también las llamadas Comunidades Autónomas (en este momento en número de diecisiete) han asumido competencias en la materia, y su legislación no responde estrictamente a los cánones de lo que puede ser el Derecho privado, ya que hay una importante faceta de Derecho Penal y de Derecho Administrativo, en todo caso, del Derecho público.

Mi propósito es abordar, desde la perspectiva del Derecho Civil español, un análisis sintético de las modalidades o instrumentos de protección de menores, sus características, procedimiento para su puesta en marcha, efectos, etcétera. Aunque, por lo que ya dije, no puede pretenderse que todas las normas relativas a la protección de menores tengan una naturaleza genuinamente civil, en una materia que precisa de una específica acción de los diversos niveles de la Administración pública. Ello al margen, a veces tiende a olvidarse que los menores son titulares de derechos no solamente naturales, sino con un contenido que ha sido positivado tanto en el ámbito de las Declaraciones Universales, también en los diversos derechos nacionales, y aún dentro de éstos (como es el caso de mi país) en la legislación autonómica (digamos “regional”) dedicada a la protección de menores. El Derecho Civil propiamente dicho contiene buena parte de la consideración positiva de los derechos de los menores⁽¹⁾, cuando el Derecho Penal se ocupa en términos negativos

de los correctivos necesarios cuando tales derechos no sean respetados, mediante la comisión de determinados delitos ¿Cómo se ordena esa pluralidad de entramados legislativos? Como tendré ocasión de exponer con más detalle, el Derecho privado español que regula la materia de la protección de los menores, está contenido de un modo general en el Código Civil de 1889 (que ha sido frecuentemente reformado para su puesta al día), y de otro lado existen algunas leyes especiales o extracodiciales. Entre las *novedades* (hablando en términos relativos, por el tiempo ya transcurrido) legislativas sobre la minoría de edad, por su trascendencia tiene que destacarse sobre todo la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley que había sido largamente esperada en respuesta a los nuevos problemas que estaban afectando en nuestro Derecho a los menores de edad. En cuanto a su ámbito personal de aplicación, el artículo 1 de la Ley (concordemente con el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989) lo refiere a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado antes la mayoría de edad⁽²⁾. Por exclusión, no se refiere pues ni a los mayores de edad (el artículo 315 del Código

(1) Aunque lo cierto es que la dimensión constitucional de la materia excede del estricto ámbito del Derecho Civil. Para la consulta del Código Civil español, un buen recurso es: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>.

(2) Dado que este precepto se refiere tanto a los menores españoles como a los extranjeros *que se encuentren en territorio español*, y teniendo en cuenta que la mayoría de edad ha sido fijada constitucionalmente en los 18 años (artículo 12 de la Constitución española -CE-), no se entiende la referencia a la posibilidad de que se alcance de otro modo la mayoría, sino en relación a la ley personal del menor extranjero que pudiera establecerla en una edad distinta de los 18 años (en este sentido, confróntese el artículo 9.1 del Código Civil). Pero, por otro lado, partiendo de la generalización a todos los menores (españoles o no) de la Ley, no se entiende muy bien por qué el artículo 10.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor tiene que hacer una inclusión expresa de determinados derechos (a la educación, a la asistencia sanitaria “y a los demás servicios públicos”, aunque no se concrete cuáles son éstos) que puede ser tomada como exclusión de otros a los que no se alude; no obstante, lo que sí tiene de importante este mismo artículo es que se advierte específicamente que los extranjeros tienen derecho a acceder a los servicios sanitarios y públicos en general, con independencia de su situación legal de residencia.



Isaac Tena Piazuelo

Civil), ni a los emancipados (el artículo 314 Código Civil), ni los habilitados de edad (artículo 321 del Código Civil), así como tampoco a los menores con vida independiente (artículo 319 del Código Civil). En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, la mayoría de ellas han dictado sus propias normas (leyes y reglamentos) de protección de menores. Cuando una Comunidad Autónoma, que haya asumido competencia en esta materia según su propio Estatuto de Autonomía (que viene a ser el texto constitucional de cada Comunidad Autónoma), tenga efectivamente normas propias serán éstas las que se apliquen en primer lugar; cuando se trate de Autonomías sin competencia en la protección de menores, o que carezcan de Derecho propio, la protección de los menores que se hallen en dicho territorio autonómico quedará encomendada al Derecho general del Estado (como ya he dicho, contenido fundamentalmente en el Código Civil y en alguna ley especial).

2. Planteamiento del tema en el Derecho español

2.1. Noción general del concepto de protección

Para empezar, el propio término “protección” permite ilustrar en qué puede consistir esa actividad. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, protección es la acción y efecto de proteger, lo que a su vez consiste en amparar, defender, favorecer. He aquí un primer problema, pues estas nociones tampoco nos permiten concretar inmediatamente en qué debe consistir exactamente la protección. Y aquí cabrían varias alternativas teóricas: de un lado, en sentido estricto, podría entenderse que la protección debe limitarse a ciertos derechos que tendría el sujeto que deba ser protegido, cuando éste no pueda defender ni requerir amparo por sí; de otro lado, en sentido amplio, podría entenderse que la protección debe extenderse a tantas como sean las necesidades padecidas por la persona que debe recibir tal protección. En general, puede decirse que con aquella noción se designan determinadas

medidas con las que tanto el Derecho público (Derecho Administrativo estatal y autonómico, Derecho Procesal, Derecho Penal) como el privado (Derecho Civil) tratan de conseguir el amparo de quienes no tienen la capacidad de obrar y la autonomía personal de los mayores de edad⁽³⁾.

2.2. Sujetos beneficiarios

Al margen de la difícil cuestión de determinar el ámbito teórico de la protección, ésta debe tener unos sujetos activos u obligados a prestar protección, y ciertos sujetos pasivos que tienen derecho a ser amparados. En el Derecho español, la mayor parte de las instituciones de protección y asistencia no se limitan en exclusiva a los menores de 18 años (ya que a esa edad queda fijado constitucionalmente el estado civil de la mayoría de edad), sino que suele tratarse de instrumentos en buena medida comunes a los menores e incapacitados (aunque, ahora, no deba yo tratar de éstos). Los beneficiarios o destinatarios de las actuaciones tuitivas, los que correlativamente tienen el derecho a exigir su protección, son los menores, es decir las personas físicas menores de edad⁽⁴⁾. La minoría de edad (al igual que la mayoría de edad, la incapacitación, el matrimonio, etcétera) son propiamente estados civiles o circunstancias que afectan o modifican la capacidad de obrar de las personas físicas. Los menores, los niños, son aquellas personas que, en sentido negativo, no disfrutan de la condición de mayoría de edad. La cual a su vez, en Derecho español, se determina constitucionalmente (artículo 12 de la Constitución española de 1978) y en el

(3) Aunque la propia diferenciación entre esa dos grandes ramas del Derecho, el público y el privado, no resulte nada fácil; entre otras cosas por la especial naturaleza de la normas de protección de menores, cuya adscripción puede escapar tanto a lo público como a lo privado (así, entre otras cosas, puede resultar poco eficaz el tradicional criterio distintivo de ULPiano: *publicum ius est quo ad statum rei romanae spectat, privatum quo ad singulorum utilitatem pertinet*).

(4) Y no emancipados, ni habilitados de edad, pues en tales casos se les equipara fundamentalmente a los mayores de edad (artículos 321, 322 y 323 del Código Civil).

propio Código Civil (artículo 315) fijándola en los 18 años de edad. La minoría de edad es, como digo, un estado civil, que tiene grados distintos según la concreta edad y situación de los menores; así, puede distinguirse entre menores de edad emancipados y no emancipados. Al margen de esta precisión, no es posible considerar al menor como un incapaz para realizar actos con trascendencia jurídica. Más bien al contrario, el menor es una persona fundamentalmente capaz tanto en el ámbito personal, familiar y contractual, que ve restringida su capacidad de obrar de forma excepcional en aquellos casos en que necesita una mayor protección de sus intereses, lo cual a su vez depende del grado de discernimiento del menor y de la trascendencia del acto concreto de que se trate⁽⁵⁾.

2.3. Los obligados activamente en la tuición de los menores

Los sujetos activos en la protección de menores pueden pertenecer a ámbitos distintos. Quiero decir que, desde una perspectiva natural, son los padres que ejerzan la patria potestad los llamados inmediatamente a desempeñar esa función. Pero, mediante una atribución jurídica, también el Estado y dentro de él diversas administraciones públicas, tienen encomendada la protección de menores. Esta obligación puede hacerse efectiva de dos maneras distintas: inmediatamente, porque desde la propia existencia del menor compete al Estado su protección, y subsidiariamente, cuando los llamados naturalmente a cuidar de los menores hagan dejación al respecto. El hecho de que tanto los particulares como la propia Administración tengan diverso cometido en orden a la protección de las personas físicas menores de edad, justifica, a su vez, que puedan distinguirse los medios de protección familiar (patria potestad) de aquellas otras instituciones jurídicas que actúan *en sustitución de la familia* (tutela ordinaria, tutela administrativa, curatela, nombramiento de defensor).

3. Catálogo de instrumentos de protección de menores en Derecho español

La protección de los menores, en sentido extenso, opera en el Derecho español de muy diversas maneras, que no son exclusivas del Derecho Civil. El catálogo dispuesto por el Código Civil resulta, si aludimos a una noción amplia en la protección, realmente extenso. Patria potestad, tutela, curatela, adopción, defensa judicial, guarda de hecho, internamiento, guarda administrativa y acogimiento tienen en común que pueden ser instituciones protectoras de los niños, aunque algunas de ellas no se refieran solo o exclusivamente a ellos. Ahora bien, dentro de esa diversidad, adquieren especial relevancia aquellas medidas que precisamente entran en juego cuando de modo previo no se ha cumplido la función protectora que la patria potestad o la tutela están llamadas a prestar de modo preeminente. Quiero decir que aunque el cuidado de los menores se actúa por lo general en situaciones de *normalidad familiar*, cuando mayor relevancia adquieren los instrumentos de protección de que se valen las instituciones de la organización estatal es cuando se dirigen a restaurar la pérdida de esa normalidad, o lo que es lo mismo, cuando se han producido situaciones de *desamparo* (noción ésta que es fundamental dentro del sistema de protección de menores). Al mismo tiempo, la propia noción de desamparo es la que desencadena o pone en marcha la actividad administrativa

(5) A modo de ejemplos, el artículo 162.1 del Código Civil reconoce la legitimación del menor para ejercitar los derechos de la personalidad en cuanto tuviera condiciones de madurez suficientes; de igual modo que la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982, de *Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, también da validez en ciertos efectos al consentimiento del menor cuando sus condiciones de madurez lo permitan; según el Código Civil los menores pueden contraer matrimonio a partir de los catorce años, con dispensa; cuando tengan dieciséis años pueden realizar los actos de administración ordinaria sobre sus propios bienes; tienen que prestar su consentimiento al acogimiento y a la adopción cuando tengan doce años, y su asentimiento cuando se trate de menores con suficiente juicio; pueden obtener la emancipación o la habilitación de edad a partir de los dieciséis años; tienen capacidad para adquirir la posesión de los bienes; pueden aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas; pueden otorgar testamento (salvo ológrafo) desde los catorce años; etcétera.



Isaac Tena Piazuelo

(por tanto distinta de la que naturalmente se actúa por los miembros de una familia en el seno de ésta) destinada a amparar o proteger a los menores.

Aunque solo fuera por la propia extensión que el tema adquiriría si me refiriera con detalle a todos y cada uno de los mecanismos protectores, desde los más ordinarios (como la patria potestad, la tutela, la curatela) hasta los más novedosos (como la tutela *ex lege*), es preferible que sea sintético, destacando en este breve trabajo los que en realidad se estudian por la doctrina científica civilista a propósito de esa parte del Derecho Civil que es la *protección de menores*. Tampoco me referiré ahora a la patria potestad pues su régimen jurídico resulta bastante prolijo, y más todavía cuando se ha introducido una nueva modalidad (la guarda o custodia *compartida* que, de por sí, merecería un estudio monográfico) tras la Ley 15/2005, del 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

4. Instituciones tradicionales de protección de los menores

4.1. Tutela y curatela

El artículo 215 del Código Civil considera como medidas de guarda y protección de los menores y los incapacitados la tutela, la curatela y el defensor judicial. La tutela ordinaria (regulada específicamente en los artículos 222 y siguientes del Código Civil, y distinta de la que modernamente se conoce como tutela *ex lege*) es una institución de guarda, subsidiaria de la patria potestad, que tiene como finalidad la asistencia, protección y representación de las personas menores de edad no sometidas a patria potestad, y de las personas mayores de edad que hayan sido incapacitadas judicialmente. Tutores pueden ser tanto las personas físicas, como las jurídicas. Se admite además la existencia de una pluralidad de tutores, y que se separe el cargo de tutor de la persona y tutor de los bienes del pupilo. Por su origen, la tutela puede ser de tres clases: a) *testamentaria*, aquella que tiene su origen en la designación hecha por los padres en testamento; b) *legítima*, cuando la delación es hecha por la ley; y, c) *dativa*, cuando el llamamiento lo hace la autoridad judicial. Pero téngase en cuenta algo de suma importancia: el modelo tutelar español se caracteriza como “tutela de autoridad”, en la medida en que es el juez, la autoridad

judicial, la clave del sistema y quien en último término debe resolver lo más conveniente a los intereses de la persona a proteger.

La curatela está regulada en el artículo 286 y siguientes del Código Civil. Aunque tutela y curatela se subsumen en la función tutelar en sentido amplio, tienen contenidos y efectos distintos: la función del curador es más limitada que la del tutor, porque no tiene la representación de las personas, ni la administración de los bienes, ni siquiera tiene encomendado el cuidado de la persona del sometido a curatela, y se limita a completar la capacidad del sujeto que no tiene una capacidad plena (artículo 288 del Código Civil). La curatela, en suma, no tiene otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o los incapacitados no pueden realizar por sí solos, en la medida en que carecen de plena capacidad.

4.2. Defensor judicial

Se trata de una medida de guarda o protección que se adopta por disposición de la autoridad judicial, cuando, en los términos del artículo 299 y siguientes del Código Civil, existe un conflicto de intereses entre el sujeto a proteger y sus padres, tutores o curadores, o bien cuando estos últimos por cualquier causa no desempeñen sus funciones.

4.3. Guarda de hecho

Como su propio nombre indica, se trata de una situación fáctica, en que alguien sin especial nombramiento al efecto asume la protección de un menor o incapacitado. Pese a tratarse de una situación de hecho, está relativamente juridificada por el Código Civil, que le dedica algunas disposiciones (artículos 303, 304 y 306). De modo general, la política legislativa seguida al respecto por el Código Civil es la de procurar que la situación de guarda de hecho se convierta, transformándose, en una medida de derecho de las que estoy refiriendo.

5. Guarda administrativa o asistencial

La tutela *ex lege* o automática, la guarda legal o administrativa, y el acogimiento, son específicos instrumentos de protección de los menores, que pueden encuadrarse bajo la denominación de lo que en sentido amplio se denomina *guarda administrativa o asistencial*. Constituyeron una cierta novedad en el Derecho Español, al ser introducidos en el Código Civil por la Ley 21/1987, del 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores; resultando nuevamente reformada la materia por la Ley de Protección Jurídica del Menor del 15 de enero de 1996. De este régimen resulta que se ha dispuesto para la protección de menores varios medios concretos, como la llamada tutela *ex lege* o automática, la guarda legal y el acogimiento; en realidad esta última alternativa (que admite a su vez diversas modalidades⁽⁶⁾) -más que independiente de las otras- es el medio por las que aquéllas se llevan a cabo. Esas medidas previstas por el Derecho común tienen su correlato en la diversa normativa que sobre el mismo ámbito objetivo han dictado las Comunidades Autónomas con competencias para legislar en la materia. En el Código son los artículos 172 (que ciertamente tiene una extensión llamativa), 173, 173 bis, y 174 los que de modo concreto se ocupan de la *guarda administrativa o asistencial*.

5.1. Concepto e importancia de la noción de *desamparo*

En síntesis, la importancia de lo que supone el *desamparo* puede cifrarse en que al detectarse esa situación se pone en marcha una serie de mecanismos administrativos y judiciales consistentes en la *guarda administrativa*. El artículo 172.2 del Código Civil señala, a modo de definición genérica, que “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. La importancia que, en consecuencia, tendría la determinación del concepto de desamparo, no se corresponde con los intentos del legislador por definirla; aunque, bien mirado, tal vez lo que realmente se pretende es dejar abierta, sin las limitaciones

que pudieran resultar de un posible concepto positivo o legal, la oportunidad de apreciar el desamparo según convenga en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Por ello mismo se caracteriza el desamparo como una situación *de hecho*, lo que claramente significa que es independiente de que quienes lo originan o provocan hayan ajustado su conducta a lo formalmente exigible en derecho, hayan cumplido, al menos en la letra de la ley, sus específicos deberes tuitivos; si pese a ello llega a producirse -de hecho- una privación de asistencia, acaba por integrarse aquella noción de desamparo. Creo que la presumible intención del legislador resulta evidente, al utilizar en la composición del concepto de desamparo buen número de conceptos indeterminados o puramente genéricos. Todas esas vaguedades e imprecisiones han de propiciar, como digo, un magnífico margen de discrecionalidad de la Administración (es decir de la entidad pública que en cada Comunidad Autónoma tenga encomendada la protección de menores) para poner en marcha sus actuaciones, o tal vez para no hacerlo, según se considere oportuno en cada caso de hipotético desamparo de un menor.

5.2. Tutela *ex lege* o automática

Se trata en realidad, más que de una medida o grado concreto en la tución de los menores, de una *actividad* de la Administración; desde otro punto de vista, igualmente podría afirmarse que la tutela *ex lege* es la situación en que se encuentran determinados menores, a disposición de la entidad pública que deba protegerlos. Dicho simplemente, la tutela de aquel modo denominada no es sino la puesta en marcha de la actividad administrativa a partir de una situación de desamparo, y que conducirá a una medida de protección propiamente dicha como es el denominado

(6) Como específicamente se verá, el acogimiento puede ser ya de tipo residencial, ya de tipo familiar; este último a su vez es ya simple, ya permanente, ya preadoptivo.



Isaac Tena Piazuelo

“acogimiento”⁽⁷⁾. Los calificativos de *ex lege* o de tutela “automática”, pretenden distinguir esta forma de protección administrativa (en cuanto se lleva a cabo por determinadas entidades públicas, en cada Comunidad Autónoma) de menores de aquella otra que presta la tutela llamada “ordinaria” o tutela tradicional (ajustada a los artículos 215 y siguientes del Código Civil). Esta última tiene por finalidad la protección, asistencia y representación de los menores no emancipados, y de los incapacitados (en este caso, cuando se determine en la correspondiente sentencia el nombramiento de un tutor), no sometidos a la patria potestad. De tal modo que tutela ordinaria y tutela administrativa son distinguibles en atención a los presupuestos, trámites y efectos, de cada una de esas figuras. La tutela ordinaria, como institución de protección subsidiaria de la patria potestad, presupone que los padres hayan fallecido, o que hayan sido judicialmente privados de su potestad, o que hayan perdido la que tuvieran prorrogada⁽⁸⁾; en cambio la tutela administrativa parte de la noción de desamparo antes expuesta, con independencia de que se trate de un menor sometido a cualquier tipo de guarda (prestada por la patria potestad, la tutela, la curatela, por el defensor judicial, o simplemente por el guardador de hecho). Dicho de otro modo, la tutela administrativa solamente determina una *suspensión* del contenido más personal de la patria potestad o de la tutela ordinaria, respetándose en cambio algunos aspectos más propios del ámbito patrimonial de esas funciones, pues “La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él” (artículo 172.1 del Código Civil, *in fine*). En sí mismas son distintas ambas modalidades de tutela y así se puede ver también por el sistema de

delación y nombramiento de la persona u órgano tutelar, como por los requisitos para su constitución, que son propios de la tutela ordinaria. Todo ello, en síntesis, permite diferenciar lo que es un procedimiento judicial (en el caso de la tutela ordinaria), de una serie de actos de naturaleza administrativa. Al propio tiempo la reforma operada en esta materia por la Ley de 1996 estableció para la tutela administrativa específicos requisitos de índole formal. De un lado se señala, en términos claramente imperativos, que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y ha de notificarse a los padres, tutores o guardadores, en el plazo de cuarenta y ocho horas la asunción de la guarda por la entidad pública a partir de una situación de desamparo; de otro contiene una admonición difusa, dependiendo de lo que sea *posible*, para que se informe a los que tengan la guarda del menor sobre las causas y efectos de la actuación administrativa. Artículo 172.1 del Código Civil. “1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los 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

- (7) Cfr. artículo 172.3 del Código Civil: “La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido el menor”.
- (8) En la medida en que el artículo 171 del Código Civil permite que se prorrogue la patria potestad sobre aquellos hijos que antes de alcanzar la mayoría de edad hayan sido incapacitados judicialmente; de tal modo que la patria potestad en este caso no se extinguiría por la simple circunstancia de cumplir 18 años el menor incapacitado. En cuanto a la desaparición de la patria potestad prorrogada, el mismo artículo señala por qué causas puede producirse: por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, por la adopción de este último, por haberse declarado la cesación de la incapacidad, por haber contraído matrimonio el incapacitado. Cuando al cesar la prórroga subsiste todavía la situación de incapacidad, deberá constituirse una tutela ordinaria (confróntese Artículo 171 del Código Civil *in fine*).

El sistema de protección de menores en el Derecho español

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”. En lo que pueden coincidir, sin embargo, la tutela ordinaria y la tutela de la Administración, es en cuanto al contenido de funciones, deberes y facultades, que comporta el cargo tutelar. Aunque todo ello, en el caso de la tutela administrativa, deba estar en lógica dependencia de cómo se instrumente, si mediante un “acogimiento familiar” o “residencial”⁽⁹⁾.

En cuanto a las causas de extinción, sin perjuicio de que la tutela *ex lege* pueda desaparecer al concurrir las causas que según el artículo 276⁽¹⁰⁾ del Código Civil ponen fin a la tutela ordinaria, han de hacerse varias precisiones. En primer lugar, al margen de la concurrencia de aquellas causas extintivas, si la apreciación de una situación de desamparo es la que determina a la Administración a actuar, solo cuando se haya remediado podrá cesar la tutela administrativa. Además, habida cuenta de que en todo caso debe distinguirse la extinción de la tutela de lo que propiamente es una simple remoción del tutor (véase el artículo 247 del Código Civil), entre las causas que específicamente se prevén en la tutela *ex lege* figura (en el número quinto del artículo 172 del Código Civil) que “Si surgen problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado en guarda, aquél o persona interesada podrá solicitar la remoción de ésta”. También se prevén específicas causas de extinción del acogimiento, en el artículo 173.4 del Código Civil.

5.3. Guarda legal

La “simple guarda” o “guarda legal”, no es sino la situación transitoria en que se encuentran determinados menores que, aún no estando actualmente en situación de desamparo, corren el riesgo de estarlo. Es decir, se trata de una actividad preventiva de la Administración, para evitar que llegue a producirse efectivamente el desamparo. El Código no señala la duración de la guarda, pues se limita a decir que durante

el tiempo necesario (cfr. artículo 172.2, primer párrafo); no obstante resulta razonable pensar que si la situación que determina la necesidad de guarda se dilata en el tiempo, ello podría redundar en que la Administración considerase acontecido un verdadero desamparo. La situación básica que actúa como presupuesto de la guarda es, así como en la tutela *ex lege*, la noción de desamparo; sin embargo, la diferencia con la tutela es que la guarda procede aunque realmente aquel resultado no haya llegado a originarse. Puesto que, en los términos de lo dispuesto en el Código, la guarda puede solicitarse a la entidad pública de un lado por los padres o tutores, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor (aunque tampoco en este caso da la ley los parámetros precisos para apreciar tal gravedad); lo que sucede es que son los propios padres o tutores los que solicitan en realidad, aunque no lo diga explícitamente el Código, una *suspensión* de parte de sus obligaciones o funciones respectivas, cediéndolas a la Administración. Desde luego, mediante la guarda de la Administración no cesan todas las funciones propias de la patria potestad o de la tutela, ni en el ámbito personal, ni en el patrimonial de los menores (puesto que eso no llega a suceder siquiera en el caso de la tutela *ex lege*, con mayor razón habrá de suceder lo mismo para la situación de guarda cuando ni siquiera precisa de la existencia de un desamparo efectivo; por otra parte el propio Código, al tratar precisamente de la guarda, alude, aun sin precisar más, a las responsabilidades que se siguen manteniendo en cuanto al menor⁽¹¹⁾). Además de por los padres o tutores, también puede solicitarse

(9) Partiendo de la premisa de que quienes ejercen la función tutelar en el “acogimiento familiar” son determinadas personas que elige la entidad pública, mientras en el “acogimiento residencial” se llevará a cabo por el Director del centro donde sea acogido el menor (cfr. artículo 172.3)

(10) Mayoría de edad, adopción, fallecimiento del sometido a tutela, o por concesión del beneficio de mayor edad (al adquirir similar situación a la del emancipado, *confróntese* 321 y 323 del Código Civil).

(11) “(...) La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo (...)” (artículo 172.2 del Código Civil).



Isaac Tena Piazuelo

la guarda por la autoridad judicial, por el Juez; lo que no tiene nada de llamativo, teniendo en cuenta que la reforma operada por la Ley de Protección Jurídica del Menor, confirió una extraordinaria amplitud a las facultades de los Jueces para adoptar, dentro de cualquier tipo de procedimiento y tanto de oficio como a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, las medidas pertinentes en orden a la protección de los menores. Del mismo modo que la tutela *ex lege*, la guarda administrativa se materializa en alguna de las modalidades de acogimiento que examinaremos a continuación.

5.4. Acogimiento

5.4.1. Noción preliminar y principios por los que se rige el acogimiento

El acogimiento es una medida o un instrumento material para lograr la protección de los menores *desamparados* o en *riesgo* de serlo; no se trata, como en la tutela y la guarda administrativas, de una simple actividad o tendencia de las entidades públicas, sino de algo más tangible. Aunque por su sentido gramatical la palabra “acogimiento” viene a significar lo mismo que “protección”, comporta además la idea de albergar o cobijar a alguien. Al margen de estas nociones puramente aproximativas del concepto de acogimiento, lo cierto es que el Código no lo define de modo general, sino que apenas señala algunos rasgos en relación con sus modalidades concretas. En cualquier caso, resulta que el acogimiento es efectivamente una forma de protección que, material e inmediatamente, consiste en albergar al menor que lo precisa ya en el hogar de una familia distinta a la suya originaria, ya en un establecimiento destinado a aquel fin. En cuanto a los principios generales que deben observarse en los acogimientos, independientemente de su específica modalidad, pueden enumerarse los siguientes que resultan de los artículos 172 y 173 texto legal. El principio preeminente, ya que su eficacia trasciende en puridad la medida de acogimiento, es la búsqueda del interés del menor (confróntese artículo 172.4 Código Civil) y además los criterios de procurar la reinserción del menor en su propia familia, y que cuando sean varios hermanos los sometidos a la protección administrativa se procure no separarlos, manteniéndolos en el mismo establecimiento en la guarda asistencial o confiándolos a una misma persona en el acogimiento familiar (confróntese *ibidem*), otro principio es que cabe la remoción del acogimiento familiar cuando se planteen problemas graves de convivencia (confróntese artículo 172.5 del Código Civil); igualmente se indica por la ley la reserva de actuaciones en relación con los acogimientos (confróntese artículo 173.5 del Código Civil),

así como la especial función de vigilancia encomendada al Ministerio Fiscal (cfr. artículo 174 del Código Civil).

5.4.2. Modalidades de acogimiento: Acogimiento familiar y residencial

En realidad, el tipo que se desarrolla por el Código es solamente el acogimiento familiar, pareciendo dar por supuesta la remisión de la modalidad residencial a la específica normativa que en cada Comunidad Autónoma regule esa clase de establecimientos. La única explicación de esta falta de detalle tal vez sea que se considera preferible dejar en lo posible fuera del texto civil lo que es exclusivamente una competencia administrativa de una entidad pública, y modalizada en cada territorio autonómico. Aunque de ser así resultaría ese modo de proceder realmente desacertado, pues en el fondo también el acogimiento familiar, o el acogimiento provisional al que luego se aludirá, se desenvuelven más o menos mediatemente como una actividad tuitiva pública; sin perjuicio de que la previa cognoscibilidad de un marco común y mínimo de requisitos, límites y circunstancias en que debiera desenvolverse todo acogimiento residencial facilitaría las tareas de seguimiento, que en general se encomiendan al Ministerio Fiscal (confróntese Artículo 174 del Código Civil), y el control último por parte de los Jueces.

Los tipos fundamentales de acogimiento son dos: el acogimiento llamado “familiar” (artículo 173 del Código Civil) y el “residencial” (confróntese artículo 172.3). Este último es una medida hospitalista propiamente dicha, y por ello mismo a evitar en lo posible; consiste en que el menor en situación que lo requiera (sometido a tutela administrativa -al resultar desamparado- o a la guarda en otro caso) está bajo el régimen de un establecimiento o centro de acogida, cuyo director será quien ejerza esa función protectora (confróntese artículo 172.3, *in fine*). El acogimiento familiar permite

El sistema de protección de menores en el Derecho español

del mismo modo que el residencial materializar la tutela o la guarda, pero resulta una medida más idónea o natural que la anterior, pues consiste en integrar al menor en una nueva familia (entendida ya en sentido estricto, o ya como un “hogar funcional” organizado o dispuesto por la Administración), que sustituye de una forma más o menos definitiva a la propia del menor. Tanto es así que al describir el artículo 173.1 tal modalidad de acogimiento, le asigna como funciones las que (según el artículo 154.1 del Código Civil) son deberes de los padres para con sus hijos bajo potestad. El acogimiento de tipo familiar, admite tres subespecies, en los términos de lo dispuesto en el artículo 173 *bis* del Código Civil. En definitiva, el acogimiento puede ser, atendiendo a su objeto o finalidad, ya “acogimiento familiar simple”, ya “acogimiento familiar permanente”, o ya “acogimiento familiar preadoptivo”. El “acogimiento familiar simple” se caracteriza por el artículo 173 *bis*, 1, como aquel puramente transitorio. Se trata de una medida de protección interina, en espera de que se modifique la situación en que provisionalmente se encuentra el menor, bien ante la inminente reinserción en su propia familia, bien en tanto se adopta una medida de protección más estable. Concorre en esta especie de acogimiento la relatividad fruto de que el texto legal no haya determinado durante cuánto tiempo puede recurrirse a esta medida, cuánto puede durar esa situación de espera para la reinserción o para el paso a otra medida distinta; lo cual, evidentemente, queda en manos de la entidad pública competente, de la Administración. Hubiera sido muy conveniente, también en este caso, que se fijasen unos límites temporales máximos al acogimiento simple para evitar que fuese la propia disponibilidad de medios materiales de la Administración, más que las necesidades objetivas de los menores a proteger, la que acabase determinando la calificación del acogimiento. El “acogimiento familiar permanente” tiene lugar en caso distinto al anterior. El permanente es el acogimiento propiamente dicho, una medida de protección estable o relativamente duradera, en que se traducen la tutela automática o la guarda legal. El “acogimiento familiar preadoptivo”, como resulta de su denominación, es una modalidad de acogimiento permanente que tiene por objeto, además de la inmediata protección de los menores, preparar o propiciar su adopción. Tiene, por otro lado, determinada virtualidad práctica, la de permitir una especie de prueba o ensayo de la adopción antes de que formalmente se constituya, a fin de que acogedores-adoptantes y acogidos-adoptados conozcan de modo previo y suficiente las circunstancias en que podrían desarrollarse las relaciones de filiación adoptiva.

Por otra parte, el régimen que en cuanto a la adopción establece el Código en los artículos 175 y siguientes, contiene determinadas reglas especiales, e incluso salvedades, en caso de que previamente a la adopción haya existido un acogimiento preadoptivo.

5.4.3. Requisitos del acogimiento familiar

Por regla general, el procedimiento para constituir el acogimiento se ajusta a una serie de formalidades extrajudiciales de las que entiende la Administración; la intervención judicial solamente se hace precisa en cuanto falta la voluntad espontánea, de quienes tienen la guarda del menor, para que se lleve a cabo la medida o cuando se oponen abiertamente a ella. El acogimiento familiar debe formalizarse por escrito, el cual deberá contener una serie de consentimientos o declaraciones de voluntad además de la previsión de las circunstancias en que se desarrollará aquél, debiendo remitirse dicho documento de formalización al Ministerio Fiscal (artículo 173.2 del Código Civil). En cuanto a las personas llamadas a prestar su consentimiento, son las siguientes: la entidad pública competente, en todo caso, aunque no tuviera la tutela o la guarda; las personas que deban actuar como acogedoras; el propio menor, cuando sea mayor de doce años; los padres que no hayan sido privados de la patria potestad o los tutores (si se negasen a prestar dicho consentimiento, en tal caso solamente caben dos posibilidades: que sea el propio Juez quien deba acordar el acogimiento, o bien que mientras el Juez resuelva lo procedente la entidad pública acuerde un acogimiento familiar provisional).

El documento de formalización debe contener los siguientes extremos:“(…) 1. Los consentimientos necesarios. 2. Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo. 3. Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido. b) El



Isaac Tena Piazuelo

sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria. 4. El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo. 5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores. 6. Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente. 7. Informe de los servicios de atención a menores (...)” (artículo 173.2 del Código Civil).

5.4.4. Extinción del acogimiento familiar

Son cuatro las causas por las que, según el artículo 173.4 del Código Civil, puede producirse la cesación del acogimiento:

1. Por resolución judicial; esta causa extintiva tendrá lugar de un lado, por señalarlo así el propio Código, cuando se trate de supuestos de acogimiento que a su vez se hayan constituido por resolución judicial, y también en aquellos otros en que la entidad pública, en contra del criterio de los interesados, se oponga a ponerle fin.

2. “Por decisión de las personas que lo tienen acogido (se refiere al menor), previa comunicación de éstas a la entidad pública”; al parecer, según resulta de la literalidad de esta

causa extintiva, es la propia voluntad de los acogedores la que determina la finalización del acogimiento, sin posibilidad de que la Administración les fuerce a continuar con la situación; aunque evidentemente en aquel caso lo que concluiría es la relación de acogida, sin que ello determine automáticamente el fin de la tuición pública sobre el menor.

3. “A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía”; en parecidos términos a lo comentado en el caso precedente, los anteriores guardadores del menor pueden solicitar el fin del acogimiento, mas ello no determina *ipso iure* que haya de suceder así mientras la entidad pública no entienda que se ha producido una alteración de las circunstancias que determinaron su actuación, y que en todo caso resulta beneficioso para el menor.

4. “Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores”; realmente ésta sí es, junto a la primera de las enumeradas, una causa extintiva del acogimiento que tiene virtualidad en sí misma; incluso entiendo que, habida cuenta de que el régimen de protección pública de los menores es esencialmente administrativo (salvo las concretas ocasiones de intervención judicial) y está generalmente desjudicializado, aquél será el supuesto básico de extinción; pues si por lo general está en manos de la entidad pública iniciar la relación de tutela *ex lege* o guarda legal, por lo mismo debe resultar de su competencia poner fin a tal actividad, al margen del control judicial de fondo que pueda oponerse a ello; de otro lado, préstese atención a que el Código explicita que la referida causa extintiva debe operar cuando ello sea lo conveniente al interés del menor, pues como ya sabemos dicho interés subjetivo se ha erigido en el superior parámetro de cuantas actuaciones le afecten.