

Nuevas tendencias de la protección al menor

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA PATRIA POTESTAD.—III. LA REFORMA DE LA TUTELA: A) ANTECEDENTES DOCTRINALES Y PRELEGISLATIVOS. B) LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE: a) *Principios de la reforma*; b) *El defensor judicial en esta Ley*.—IV. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA: A) TRIBUNAL SUPREMO. B) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS.—V. LA GUARDA DE LOS MENORES EN EL CODIGO CIVIL.—VI. LA LEY ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR.—VII. NORMAS AUTONOMICAS: A) ANDALUCÍA. B) ASTURIAS. C) ISLAS BALEARES. D) CASTILLA Y LEÓN. E) CATALUÑA. F) EXTREMADURA. G) GALICIA. H) MADRID. I) MURCIA. J) NAVARRA. K) LA RIOJA. L) CASTILLA-LA MANCHA. M) CANTABRIA.—VIII. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El Derecho de familia se caracteriza en general porque sus normas tienen un marcado carácter moral más que jurídico.

El maestro CASTÁN (1) recoge de RUGGIERO tal fondo ético de las normas familiares resaltando el fenómeno peculiar del Derecho de familia de recoger relaciones que implican la existencia de obligaciones que jurídicamente aparecen incoercibles en principio, porque el Derecho a veces se muestra incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de estos preceptos, y por eso acude con frecuencia a confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre y a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

De esta nota deriva CASTÁN, como consecuencia importante de la especial naturaleza de las normas y relaciones jurídico-familiares, el dato de que éstos tienen, por lo general, la consideración de normas de orden público y son por

(1) CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo V, vol. 12, Madrid, 11.^a edición, 1987, pág. 53 y sigs.

ello imperativas e inderogables; por ello, es la ley, y no la voluntad de los particulares, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.

Pero hay una parte del Derecho de familia donde el fondo ético o más bien moral está más acusado, y es, sin duda, el que se refiere a los elementos más necesitados de protección, que son los menores e incapacitados.

Por eso, gran número de legislaciones han recogido esta idea, y es regla general en el Derecho comparado la existencia de normas en las que los poderes públicos aceptan el cometido de regular con esmerada atención lo referente al cuidado y guarda de los necesitados de protección. Tales regulaciones son el resultado de un ambiente generalizado que se concreta en tratados internacionales, entre los cuales destaca la Convención de Derechos del Niño, dada en el ámbito de las Naciones Unidas, que fue aprobada el 20 de noviembre de 1989, y que se ratificó por España el 30 de noviembre de 1990. En la misma línea está la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada en 1992 por el Parlamento Europeo en su Resolución A-3-0172/92. También puede citarse la Carta de los Derechos de la Familia, de la Santa Sede, de 22 de octubre de 1983, que en su artículo 4.f) recomienda que en lo referente a la tutela y la adopción, los Estados deben promover una legislación que facilite a las familias idóneas recoger a niños que tengan necesidad de cuidado temporal o permanente y que al mismo tiempo respete los derechos naturales de los padres.

Parece como si se viniese a dar la razón al autor italiano ANTONIO CICU, el cual en varias de sus obras mantuvo la gran influencia del factor público en las normas familiares (2), defendiendo que en éstas predomina el principio de la dependencia a fin de defender la familia sobre la autonomía de la voluntad que predomina en las relaciones privadas.

Lo cierto es que esta tendencia también se ha manifestado en nuestra legislación. El Código Civil, siguiendo la línea individualista del Code français, sólo contempló la figura del defensor de menores en el restringido ámbito de la contraposición de intereses en la relación paterno-filial y apenas esbozó una protección en las instituciones tutelares y de la adopción; en todo caso con unos tintes privatistas acusados y sin apenas intervención de los poderes públicos o de los órganos judiciales.

El profesor JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ (3) señala que las críticas doctrinales al sistema tutelar del Código Civil ya se manifestaron en realidad desde los años inmediatos a su promulgación, pero que fue a mediados de este siglo

(2) Especialmente en su libro // *Diritto di famiglia*, escrito en 1915, traducido al español por SENTÍS, con adiciones al Derecho argentino, Buenos Aires, 1947.

(3) En su conferencia *La reforma de las instituciones tutelares*, pronunciada en el Colegio de Registradores en noviembre de 1984 y recogida en el libro *Actos conmemorativos del cincuentenario* de dicho Colegio, págs. 29 y sigs.

cuando esos estudios fueron alcanzando mayor amplitud. En las décadas de los cuarenta y cincuenta se publicaron varios libros sobre la tutela y otros muchos trabajos monográficos sobre el particular. Sigue diciendo que a esta preocupación doctrinal se unía la más concreta generada en el ámbito de ciertas asociaciones dedicadas a la protección de subnormales, los cuales consideraban inadecuada e insuficiente la protección otorgada por nuestro ordenamiento.

Los estudios doctrinales y la presión de las instituciones condujeron a la redacción de preceptos de reforma legal, que, por otra parte, era obligada como consecuencia de la necesidad de conformar nuestra legislación familiar con las directrices de la Constitución de 1978.

Entre las leyes que han regulado el ámbito familiar y en consecuencia la protección a los menores e incapaces, y que estudiaremos en cuanto a este aspecto concreto, hay que citar:

- La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que reguló el ejercicio de esa patria potestad por el padre y la madre.
- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre la tutela, que trasladó a esta institución la figura del defensor judicial, que antes aparecía como privativa de la patria potestad, y suprimió el organigrama familiar para pasar al Juez la misión protectora de la tutela.
- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre la adopción, modificando varios artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de dar mayor entrada a los entes públicos en estas relaciones, con la finalidad de proporcionar mayor atención a los adoptados.
- Por último, por ahora, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificando también varios artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso algunos de los recientemente redactados. En la Disposición Final 21.^a de esta Ley se dejan a salvo las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil foral o especial propio; por ello acudiremos al final a esas normas autonómicas.

Y para completar este trabajo, veremos antes la trayectoria desde aquel defensor judicial frente a los padres y en la tutela, tanto en el Código como en la jurisprudencia, hasta las figuras más genéricas y de carácter predominantemente público que procuran la guarda y protección de los menores.

II. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA PATRIA POTESTAD

En su primitiva redacción, que llegó a 1983, el artículo 165 del Código Civil estableció que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan

un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio o fuera de él. En su segundo párrafo se daba al Juez la pauta para nombrarlo, prefiriendo al pariente del menor a quien le correspondería la tutela legítima y después a otro pariente o a un extraño.

Varios autores se ocuparon de este cargo (4), y el Tribunal Supremo pronunció varias sentencias sobre su naturaleza, siendo expresiva la de 17 de abril de 1933, que señaló que la misión del defensor de menores es *ad hoc*, meramente representativa y no de vigilancia y de administración permanente, y en otra sentencia de 8 de enero de 1917 ya se había declarado que se le nombre sólo para un asunto determinado. En cuanto a cuándo debe entenderse que hay incompatibilidad de intereses entre padres e hijos, la jurisprudencia ha ido declarándolo en diversos casos concretos, y la doctrina aventuró algunos criterios, aunque no siempre seguros.

Lo cierto es que casi únicamente se ha considerado el nombramiento del defensor en los casos de partición de bienes, lo que hace que, a nuestros efectos de institución no tuviere una suficiente utilización, tal como se regulaba inicialmente en el Código, tanto por el estrecho margen de actuación como por carecer de competencias en cuanto al aspecto de defensa personal de los menores.

Así la configuraba la jurisprudencia, acorde con el artículo 165 del Código, que no daba para más. Veremos al estudiar las nuevas sentencias del Tribunal Supremo como, en especial una que veremos, concede una mayor utilidad al dar al defensor el cometido de defender al menor en un pleito sobre el estado civil.

Por ello, entramos en las normas siguientes.

III. LA REFORMA DE LA TUTELA

Se hizo por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que dio nueva regulación a la tutela, modificando el Código Civil, en el sentido de disminuir su característica de órgano predominantemente familiar y acrecentar la intervención judicial.

Estudiemos esta regulación, empezando por los antecedentes y completándola con la jurisprudencia más reciente.

(4) Pueden verse: JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», en *RCDI*, 1430, pág. 193, y la conferencia de TOMÁS OGIYAR, en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación en 1947, y comentario a esta conferencia de TAULET, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año dicho, pág. 153. La trata brevemente CASTÁN en su 7.^a edición, 1958, tomo 5.º, pág. 148.

A) ANTECEDENTES DOCTRINALES Y PRELEGISLATIVOS

Para redactar este capítulo nos sirve de guía inmejorable la conferencia del profesor CASTÁN VÁZQUEZ en el Colegio de Registradores (5), que conoce estos avatares por haber tenido una destacada intervención personal en ellos.

Nos dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ que la reforma de nuestro sistema tutelar ya estaba bastante justificada con los fracasos prácticos que se habían manifestado a lo largo de casi un siglo de aplicación de aquellas vetustas normas.

Pero además concurrían otras motivaciones, entre las que señala:

1.^a El ejemplo de varias legislaciones extranjeras que últimamente habían modificado sus respectivas normas.

2.^a La presión moral de algunos documentos supranacionales como la Declaración de los Derechos del Niño y la de los Derechos del Retrasado Mental, de la ONU y la Carta de los Derechos de la Familia de la Iglesia católica.

3.^a La presión real de nuestra sociedad, que quería cambiar las normas de nuestras viejas instituciones civiles por otras penetradas de un sentido social nuevo, tratando de imbuir a la tutela de un contenido personal que debía sobreponerse al patrimonial antiguo.

4.^a La especial atención actual hacia los discapacitados, que carecían de protección específica en las viejas normas.

5.^a El cambio en la consideración que se da a los pródigos e interdictos, que ya no son verdaderos incapaces, pero necesitan una protección.

Tanto las críticas doctrinales como la presión de los documentos supranacionales y la de varias instituciones interesadas dieron lugar a varios intentos de propiciar la reforma de la tutela.

El profesor CASTÁN VÁZQUEZ cita el proyecto que se elaboró en la Facultad de Derecho de San Sebastián por un equipo universitario dirigido por el prestigioso especialista profesor don GABRIEL GARCÍA CANTERO, de gran importancia, aunque se limitase a contemplar solamente la tutela de los discapacitados.

Mayor amplitud e importancia, porque sirvió de base a los trabajos ya prelegislativos orientadores de las nuevas normas, tuvo el estudio redactado por el equipo de civilistas de la Universidad Autónoma de Madrid, dirigido por el profesor don LUIS DíEZ-PICAZO. Se tituló *Estudios para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*.

En la conferencia que venimos siguiendo, dice el profesor CASTÁN VÁZQUEZ que partía este estudio del fracaso práctico de las instituciones tutelares

(5) Conferencia citada en la nota 3.

de nuestro Código, así como de la transformación de la familia moderna, que, según la extensa Introducción del estudio, tiene hoy como notas más características las de estatización, proletarización, desencarnación y democratización. Para adaptar el Código a este tipo de familia, el estudio ofrecía una nueva regulación de los Títulos IX y X del Libro I. En ella se contenían innovaciones importantes, como la supresión del cargo de protutor, la reaparición de la curatela, la incorporación del defensor judicial a las instituciones tutelares y la regulación de la guarda de hecho. Junto a estas novedades esenciales y que han sido aceptadas, en definitiva, por el legislador, había otras muchas de interés, algunas de las cuales han sido también recogidas en la Ley.

Sobre la base del estudio citado del grupo de Díez-PICAZO, en la Comisión General de Codificación se comenzó a redactar en 1978 un borrador para la reforma de la tutela, produciendo un primer texto del «Anteproyecto de reforma del Código Civil en materia de tutela», que fue presentado para su revisión a la Sección de Derecho Civil, presidida por el mismo profesor Díez-PICAZO y asumiendo el profesor CASTÁN VÁZQUEZ la labor de ponente en los trabajos de revisión.

Tras una discusión minuciosa, la Sección dio por terminado el texto del Anteproyecto el 23 de abril de 1981; fue elevado al Gobierno y éste lo remitió a las Cortes.

El proyecto pasó por las Cortes dos veces, pues, presentado por el Gobierno de UCD en 1981, se disolvieron las Cortes antes de su aprobación. El nuevo Gobierno socialista presentó otro Proyecto, esencialmente igual al anterior, que fue finalmente aprobado, dando lugar a la Ley que pasamos a estudiar.

B) LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE

a) *Principios de la reforma*

La Ley apareció en el BOE sin Exposición de Motivos, aunque sí se había incluido en el Proyecto de 1983., que se presentó a las Cortes. Este puede servir como elemento importante para la interpretación de la norma en cuanto que da a conocer el pensamiento del legislador.

Decía que su sistema se basa *sobre principios opuestos a los del anterior* y que *dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de pluralidad de la guarda legal que, junto con la tutela, introduce la curatela (recuperando una institución de larga tradición jurídica) y la figura del defensor judicial; y el principio de la tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria.*

Como dice el Notario ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO (6), estas dos ideas venían a dar respuesta a las críticas que se venían haciendo al sistema anterior del Código, especialmente en cuanto a que el Consejo de familia constituyera el eje de la regulación.

1. En cuanto a la pluralidad de figuras de guarda, la nueva redacción recoge, además de la llamada *guarda de hecho*, tres figuras de protección, que son la tutela, la curatela y el defensor judicial, con lo que este último, como veremos en seguida, pasa de su antiguo ámbito restringido de la patria potestad al más amplio de la protección de menores e incapaces en general. Después han proliferado otros cauces, con otro tinte administrativo, a los que aludiremos también.

La distinción entre las figuras del tutor y el curador ya existían en el Derecho romano, aunque no con la significación actual: la tutela, según el nuevo artículo 222, alcanza: 1.º A los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2.º A los incapacitados, cuando lo haya establecido la sentencia de incapacitación, y 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. Están sujetos a la curatela, según el artículo 286: 1.º Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2.º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. 3.º Los declarados pródigos; y, según el artículo 287, igualmente, procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

La resurrección de la curatela en el Derecho español procede del estudio del equipo Díez-Picazo, que la concibió como *un instituto tutelar de cariz patrimonial* reservándola para ciertos emancipados y ciertos incapacitados. La Comisión de Codificación aceptó esta reaparición de la curatela, extendiéndola a los pródigos (tras las discusiones que antes he recogido), y su criterio pasó al nuevo texto del Código Civil; éste señala las limitadas funciones del curador en los nuevos artículos 287 a 290. El 291 extiende a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

2. El principio de tutela de autoridad adoptado por la nueva legislación era obligado desde el momento en que se ha suprimido el antiguo Consejo de familia, que antes ocupaba una posición fundamental, y que no había funcionado en la práctica. En la nueva regulación, la autoridad judicial se convierte en eje fundamental de la tutela, que tiene funciones decisivas para orientar el funcionamiento de sus órganos y decidir la mayoría de las cuestiones.

(6) En su libro *La reforma de la tutela*, Editorial Codex, Madrid, 1985, pág. 13.

Los primeros estudios doctrinales posteriores a la Ley 13/1983, suelen ser favorables a estos principios. CASTÁN cita el trabajo *La tutela e instituciones afines conforme a la Ley de 24 de octubre de 1983*, apéndice al *Derecho de familia* de LACRUZ y SANCHO, Barcelona, 1983, págs. 12 y 13, donde se dice:

En el aspecto crítico poco hay que objetar —me parece— a la recuperación de la histórica curatela, separándola de la tutela para los supuestos en que no se trata de suplir la capacidad de obrar de un incapaz sino de completar, en actuaciones determinadas, las limitaciones de capacidad de quien, en principio, es persona capaz. Creo, también, que nadie añorará las suprimidas figuras del protutor y Consejo de familia, cuyo fracaso en la práctica resulta evidente y probado. Acaso alguna objeción quepa oponer al abandono del sistema de tutela de familia y sustitución por el de autoridad, refiriendo la expresión tutela de familia no tanto a los órganos cuanto al espíritu inspirador de su régimen e informador de las competencias y actuaciones. Por otra parte —concluye—, no es seguro que, en su situación actual, los órganos judiciales estén en condiciones de soportar el peso que la reforma les echa encima.

b) *El defensor judicial en esta Ley*

El profesor CASTÁN VÁZQUEZ, en su conferencia citada (7), dice que la figura del defensor judicial venía regulada en el Código Civil desde 1889, como es bien sabido, en el área de la patria potestad. El estudio del equipo DÍEZ-PICAZO la trajo al campo de la tutela y esta innovación fue aceptada por la Comisión General de Codificación, cuyo proyecto señaló en la Exposición de Motivos que la institución del defensor judicial *se extiende ahora a las instituciones tutelares para la representación y amparo de los intereses de los menores o incapaces en supuestos que la determine expresamente*. Tales supuestos han sido, en definitiva, los señalados en el nuevo artículo 299 del Código Civil. De la misma norma se desprende la función del defensor judicial en este campo: representar y amparar los intereses de los pupilos en aquellos supuestos: el nombramiento viene regulado en los nuevos artículos 300 y 301.

La nueva regulación del defensor judicial se contiene en los siguientes preceptos:

Artículo 299. Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

(7) Citada en la nota 3, pág. 53.

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2.º En el supuesto de que, por cualquier cosa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3.º En todos los demás casos previstos en este Código.

Artículo 299 bis. Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Artículo 300. El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, tutor, curador o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo.

Artículo 301. Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

Artículo 302. El defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

1. Nombramiento

El artículo 299 recoge tres supuestos en que procede el nombramiento del defensor, aunque el último es una remisión general.

El primer caso es casi repetición del supuesto tradicional de la patria potestad a que se refiere el artículo 163, respondiendo a la misma filosofía e idea de evitar los peligros de la contraposición de intereses.

A este respecto, VENTOSO ESCRIBANO (8) pone un reparo a la redacción de este párrafo legal, y es el relativo a que la regla general es que el tutor sea representante legal del tutelado mientras que el curador simplemente asiste o complementa la capacidad del sometido a curatela. Pues bien, partiendo de esta base, lo lógico es que el defensor judicial sustituya al tutor y al curador y su función sea con la misma extensión del sustituido, es decir, con un

(8) Obra citada en la nota 6, pág. 122.

alcance representativo o bien simplemente de asistencia, y de ahí que al señalar el artículo 299 del Código Civil, que se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quien se encuentre en alguna de las situaciones que enumera el mismo precepto, ciertamente alude a esa función representativa, que tendrá lugar cuando quien tenga conflictos de intereses sea el tutor, pero no se refiere a esa misión de asistencia del curador, y si bien habla de amparar nos parece que este término tiene un sentido genérico y amplio y además el final del inciso segundo del número primero de este artículo 299, refiriéndose al caso de la tutela, emplea los términos representar y amparar. Donde sí está más claramente diferenciada la distinta misión de tutor y curador es en el primer inciso del número primero del citado precepto, pues contrapone los representantes legales y el curador a quien menciona expresamente, por la razón expuesta de que no es un representante legal.

En el caso que se contempla en el número 2 del artículo 299 se recoge un criterio abierto y amplio que pretende que en ningún momento queden desprotegidos los menores e incapaces. Algo parecido se prevé para el caso de que el tutor se excuse y deje de ejercer sus funciones; en el ínterin, el artículo 256 dispone que el Juez nombrará un defensor que le sustituya.

Como hemos visto, el artículo 300 dispone que el nombramiento del defensor lo realiza el Juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, o del tutor o curador, o incluso a instancia de cualquier persona capaz de comparecer en juicio. Este artículo 300 no hace gradación alguna para la designación, dejándola al solo juicio del Juez, el cual *nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo*. Había una dualidad de normas, no concordantes, entre éstas, el artículo 300 y el párrafo 3.º del artículo 163, que señalaba una pauta en el sentido de nombrar primero al pariente a quien correspondería la tutela legítima y, a falta de éste o cuando tuviere intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño. Esta última norma ha sido derogada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección al menor, por lo que ha desaparecido la discordancia anterior.

Como hemos visto, el artículo 301 del Código Civil determina que *serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores*. La referencia a los curadores supone una doble remisión dado el artículo 291 del Código Civil; como las causas son prácticamente iguales, no tiene mayor interés distinguir el caso del defensor para suplir al tutor o al curador.

2. Contenido del cargo

La nueva regulación es muy escueta en este punto, pues, como se ha visto, el artículo 302 del Código Civil se limita a señalar que *el defensor judicial*

tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

Dado que en la actualidad se ha regulado con carácter autónomo e independiente la figura del defensor judicial, hubiera sido oportuno haber ahondado en su regulación evitando todo tipo de dudas en orden al punto que nos ocupa.

Así opina VENTOSO ESCRIBANO (9), según el cual, en los supuestos del número 2 del 299, dicho defensor nombrado se colocará en el puesto del tutor o curador que no desempeñe sus funciones con las mismas atribuciones y por ello no sólo debería rendir cuentas de su gestión sino que además habría de obtener la autorización de los artículos 271 y 272, en su caso.

Y el mismo autor sigue diciendo que más dudoso puede resultar el número 1 del citado artículo 299. En tal supuesto cuando no hay nombramiento de defensor sino que se ejerce por el no incompatible de los varios tutores (o curadores, de admitir su posibilidad) conjuntos no hay ninguna duda que se aplicarán las normas de la tutela o curatela. Mayores problemas pueden derivarse cuando se nombra un defensor judicial para sustituir al único tutor que tiene intereses contrapuestos; en tal caso la disyuntiva estará en si se debe aplicar el artículo 302 o si además habrá que tener en cuenta los artículos que exigen autorizaciones previas. Supongamos uno de los actos de los artículos 271 ó 272 en que el interés del tutor sea contrapuesto al del tutelado; en tal caso nos podemos plantear la cuestión de si el nombramiento del defensor determina que éste, una vez examinado el caso y pronunciado a favor de la realización del acto, puede consumarlo o bien, para esto último, precisa de la autorización. Quizá desde un punto de vista lógico habría que inclinarse por esta última solución, pero en tal caso estaríamos estableciendo una exigencia no pedida por el artículo 302, lo que posiblemente tampoco haya de preocuparnos, pues en muchos casos al solicitar el nombramiento del defensor se tendrá que poner de manifiesto el acto que se proyecta y, en caso de que presente algún aspecto que no esté claro, creemos que el Juez podría establecer las cautelas que estimara pertinentes incluso con anterioridad a que se consume el acto.

Quizá uno de los casos que puede presentar mayor frecuencia e interés es el acto de la partición hereditaria. El supuesto más ordinario es el de conflicto de intereses entre padres e hijos, del que se ocupa el artículo 163, pero al que se le puede aplicar el artículo 302 que comentamos, mas también puede existir entre tutor y tutelado.

Este punto ha sido tratado en la jurisprudencia en una Circular de la Fiscalía del Estado, según veremos. Es de notar que la cuestión ha quedado

(9) Misma obra, pág. 124.

resuelta por la modificación del artículo 1.060 del Código Civil en la Ley de Protección al Menor, agregándole un segundo párrafo que dice: *El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.*

Así pues, la regla general será la aprobación judicial posterior a la partición, a no ser que el propio Juez haya dispensado expresamente de este trámite.

IV. EL DEFENSOR JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA

Antes de la reforma de 1983 fueron frecuentes tanto las sentencias del Tribunal Supremo como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para resolver las cuestiones que en la práctica se presentaban en materia de contraposición de intereses entre los menores y sus padres, que daba lugar al nombramiento de defensor judicial.

Sólo vamos a recoger las decisiones posteriores a la reforma, que ya comprenden la figura del defensor judicial tanto en las relaciones paterno-filiales como en las tutelares.

A) TRIBUNAL SUPREMO

1. **Sentencia de 10 de marzo de 1994.** Es importante en cuanto nos da el concepto, el alcance y los requisitos del defensor judicial. En este pleito, doña JOSEFA P.S., en su calidad de defensora judicial de la menor doña MARÍA DULCE V.B., demandó en juicio declarativo de menor cuantía a la madre de ésta, doña MARÍA JESÚS B.P., para pedir la nulidad de unos contratos de venta hechos en documento privado sin haberse obtenido la previa autorización judicial que requiere el artículo 166 del Código Civil, circunstancia conocida por el comprador, según resulta de modo explícito de dichos documentos privados.

Uno de los motivos que los recurrentes alegaban para pedir la casación era que la defensora no había acreditado sus facultades de representación de la entonces menor, para solicitar la nulidad de los contratos celebrados por su madre.

Dice así el fundamento jurídico cuarto de la sentencia:

El motivo no se estima, no porque carezca de razón, sino porque la menor María Dulce, una vez llegada a la mayoría de edad ha sustituido a la actora doña Josefa en este pleito, interponiendo el presente recurso de casación, con lo que ratifica y asume lo actuado por esta última sin poder. El defensor

judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento. Es inconcebible que en este pleito ni el Juzgado ni la Audiencia hayan reparado en la anomalía que supone el ejercicio de una acción de nulidad de contratos por una defensora judicial que fue nombrada antes de que se perfeccionasen los contratos cuya nulidad pide en nombre de la menor y no haya probado siquiera que posteriormente sus facultades las ha extendido el Juez que la nombró a proceder en este litigio. Pero la conducta de la hoy mayor, a la que la defensora judicial decía entonces representar, sana su inexistente poder, y no puede ser de otra manera porque sería absurdo, contrario a la economía procesal y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 de la Constitución) que se estimase el motivo, y que se obligase por tanto a doña María Dulce a entablar contra el señor F. y su madre doña María Jesús el mismo proceso en el que ahora están inmersos.

2. Sentencia de 12 de junio de 1985. Insiste en la idea de que el defensor es una figura presidida por la transitoriedad y designada para un caso específico. Dice uno de sus considerandos:

Que el motivo cuarto del recurso, amparado asimismo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, se basa en violación de la doctrina legal sobre el litis consorcio pasivo necesario, ocasionada por la circunstancia de no haber sido demandado el defensor judicial de los menores a pesar de postular la accionante la nulidad, rescisión y en definitiva la ineficacia de una serie de actos u otorgamientos en los que intervino y participó dicha persona para completar la capacidad de los menores y representarlos frente a su padre en vista del interés contrapuesto que con éste tenían; y tampoco puede prosperar, en primer término porque, como es evidente, no se trata de problema relativo a la correcta formación de la relación jurídica procesal o adecuada integración del contradictorio, que exigiría preservar el principio de audiencia con relación a quienes ostentan un interés directo y legítimo en la controversia, sino de defender la exigencia de servirse en la situación de que se trata de una figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (artículos ciento sesenta y tres y doscientos noventa y nueve, número primero del Código Civil), lo que excluye todo aspecto de institución permanente.

3. Sentencia de 12 de marzo de 1996. Para disolver una comunidad hereditaria en la que había una finca indivisible que ha de venderse en pública subasta. El Tribunal Supremo declara que el defensor judicial de una coheredera menor tiene facultades para allanarse a la demanda.

Dice así un fundamento jurídico:

TERCERO. *El motivo segundo plantea también, al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de normas jurídicas y jurisprudencia por haber aceptado la actuación del defensor de doña Pilar C.C. en representación de ésta, cuando sólo es su defensor en el abintestato y además porque necesita autorización judicial para intervenir en la partición.*

El motivo decae porque vuelve a confundir la infracción de normas procesales, como las relativas a personalidad, capacidad procesal, representación, que tiene su cauce en el número tercero del artículo 1.692, con las cuestiones de Derecho material que se ventilan por el número cuarto, pero es que además, la demanda se dirige contra los titulares de los derechos en liza, y son éstos los que deben comparecer en juicio a través de sus legítimos representantes, a quienes los actores no tienen el deber de conocer. En el caso de autos la demanda identifica la persona del defensor de doña Pilar C.C. en don Eduardo, hermano de la incapaz, y entre ambos no existe conflicto alguno de intereses. Hablar en el pleito de división de cosa común de la necesidad de aprobación judicial, será preciso sólo en el caso de que se lleve a cabo partición material con adjudicación de lotes entre los interesados, pero no se exige autorización judicial para que el representante de la incapaz se allane a una demanda de división de la cosa común, en la que hay otros muchos demandados, entre los que sí se da vínculo de litisconsorcio pasivo necesario, que exige una resolución uniforme. El allanamiento, pues, ni perjudica en principio sus derechos, ni impide que se dicte resolución distinta a la aceptada.

4. Sentencia de 5 de junio de 1997. Es la más reciente que conocemos y tiene un interesantísimo fondo moral, en cuanto que se recaba la necesidad de nombrar defensor a un menor, cuando el interés, que es contrario al de sus padres, es precisamente el estado de hijo matrimonial.

El esposo impugna en juicio la paternidad del hijo nacido de su esposa, y tras las instancias del pleito, el Tribunal Supremo anula las actuaciones por no haberse nombrado defensor al menor en un asunto que tanto le interesa como calificar su filiación.

Ha sido Ponente don LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, y la Sala se expresa así en los fundamentos siguientes:

TERCERO. *La Sala, antes de examinar los transcritos motivos del recurso, se plantea ex officio como cuestión prioritaria compulsar si dadas las*

características del litigio, se ha observado el acervo de presupuestos o garantías formales aplicables al mismo, y cuya respuesta condicionará aquel examen; y al efecto, no puede por menos que resaltarse que ***ejercitándose en la demanda una acción de impugnación de la paternidad matrimonial que ostenta el codemandado menor de edad, con respecto al actor*** con base al artículo 136 del Código Civil, aspirándose, pues, a la destrucción de la presunción de esa paternidad, y con ello a la aniquilación del correspondiente estado civil que hasta la fecha ostenta ese codemandado como tal hijo matrimonial del demandante, ***se persigue con ello un objetivo judicial de ruptura de ese estado civil que, en principio, ha de ponderarse con toda clase de cautelas***, procurando, en lo posible, que el proceso en que se debata se haya tramitado al abrigo de susodicha disciplina adjetiva, máxime, si como acontece en autos, se antepone a la misma otra subyacente de carácter sustantivo, como es la relativa a si los derechos o intereses del repetido menor han estado suficientemente defendidos en el litigio, por cuanto si la respuesta fuese negativa llevaría consigo pronunciar la inconsistencia de la relación jurídico-procesal, tal y como se ha trabado en autos; por consiguiente, se subraya que, si es posible aislar en contencioso ***un ejemplo en que los intereses o derechos del menor deban estar suficientemente protegidos***, es en casos como el presente, en el que la acción entablada se aspira a extinguir su privilegiado estado civil como hijo matrimonial del actor, y cuando además, ***la supuesta defensa de aquellos intereses la ha asumido en exclusiva la propia madre también codemandada, que provoca así el problema de ésta en esa tutela, cumple con los designios legales cuando, a propósito de la cuestión, se configura en el artículo 163 del Código Civil, la figura del defensor del hijo no emancipado.***

CUARTO. Y así, el primer párrafo del citado artículo 163 configura al puro defensor cuando coexistan intereses opuestos de ambos progenitores con los del hijo menor, que no es el caso debatido, puesto que éstos están enfrentados de tal forma que integran el litigio, por lo que resta examinar si el segundo párrafo del precepto cuando habla de que si uno de los progenitores fuese el contradictor o conflictivo, el otro asumiría la defensa del menor, es el subsumible y cuya sanción conduce a examinar si dados los intereses de ambos contendientes —progenitores del menor ab initio— alguno de ellos ostenta o persigue los idénticos del menor, pues, entonces, aquella defensa asumida por la madre sería suficiente; en la presente compulsa judicial, se debe tener en cuenta el dogma incorporado a nuestro ordenamiento desde el precepto constitucional del artículo 39, de que el valor superior y prevalente y, por tanto, proyectable en los hijos, es que, a toda costa, se facilite la investigación de la paternidad, esto es, que ***en la contienda ostente supremacía el descubrimiento de la verdad material o biológica, por lo que el conflicto de intereses de am-***

bos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra su hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también le defiende, y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su proge, amén de que en la actuación procesal de esa madre no puede eludirse su propia defensa, de su estima, fidelidad, etc., que aunque sumergidos, son asimismo, motivaciones explicativas de aquella actuación; en definitiva, descartado el juego de este artículo 163.2, no cabe sino aplicar su primer párrafo, y exigir la observancia del nombramiento del defensor del menor, lo que conduce a que mal planteada la relación jurídico-procesal, el Tribunal de oficio, y actuando a tenor del artículo 1.715.2 LEC, decrete la nulidad de las actuaciones con reposición de las mismas desde la presentación de la demanda, para que por la instancia se proceda a ese nombramiento a los fines de la defensa de los intereses del menor en el litigio así planteado, lo que se acuerda con los demás efectos derivados sin imposición de costas a las partes en ninguna de las instancias ni en este recurso.

B) DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

La doctrina emanada de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque no sea verdadera jurisprudencia alegable en casación, se ha ganado esta calificación generalmente admitida por su indubitable autoridad científica. Por supuesto, es guía a seguir y vincula a los registradores en el ámbito concreto de la inscripción del caso sometido a recurso.

Han sido muy numerosas las Resoluciones sobre el defensor judicial, pero nos vamos a ceñir a las posteriores a la reforma de 1983.

Podemos agrupar en tres asuntos las Resoluciones que vamos a citar, resumiendo su doctrina; cuando hay contraposición de intereses, cuando es precisa la aprobación judicial de la partición con defensor y una última Resolución sobre venta de fincas de un pródigo.

1. La Dirección General ha declarado que sí hay contraposición de intereses, y por tanto es preciso que intervenga el defensor judicial en los siguientes casos:

— En la Resolución de 14 de marzo de 1991 se planteó la siguiente cuestión: Si es necesario o no el nombramiento de defensor judicial para dos menores de edad en una escritura en la cual, sobre la base de un testamento por el que el causante, de vecindad civil catalana y casado en régimen de

gananciales, instituye herederas a sus dos hijas y deja el usufructo universal a su esposa, ésta, por sí y en representación de aquéllas, menores de edad, inventaría los bienes del consorcio conyugal y se adjudica en propiedad la mitad indivisa de todos ellos más el usufructo de la otra mitad, con ciertas facultades de disposición respecto de ciertos bienes, quedando la nuda propiedad de esta mitad para las dos hijas, también y entre ellas, de forma indivisa.

La Dirección General resolvió que en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez. De no hacerse así los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca.

Igualmente se consideró la existencia de contraposición de intereses en el supuesto contemplado en la Resolución de 3 de abril de 1995, donde además se dan los criterios para apreciarla. Dicen así los fundamentos jurídicos del 5.º al 8.º:

5. *El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses contrapuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 del Código Civil) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 del Código Civil). Determinar, caso por caso, si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos, es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.*

Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la interven-

ción del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.

6. *Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial*

7. *La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación, el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 del Código Civil entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo, el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido, una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos, respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.*

8. *La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura, en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debatida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación, la adjudicación total en pleno dominio de todos bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda*

a conmutar el usufructo viual en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil

En cambio, no se ha considerado necesaria la intervención del defensor, por no existir posibilidad de intereses contrapuestos en la Resolución de 10 de enero de 1994, donde se planteaba la cuestión de si es inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y aceptación de herencia en la que es única compareciente la viuda del matrimonio que lo hace por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre, o por el contrario se requiere además la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor, dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Ha de advertirse que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudica por mitad y *pro indiviso* entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

Resolvió la Dirección que en el supuesto concreto de este expediente, la única finca de carácter ganancial se adjudica por mitad y proindiviso a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad, y determinada ya la masa hereditaria se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber desigualdad entre una y otra, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a ambos sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

Tampoco se apreció la posibilidad de contraposición de intereses en la Resolución de 6 de febrero de 1996, cuando están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y, por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, constando así inscritos en el Registro de la Propiedad, han sido adjudicados *pro indiviso* entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor cuando en realidad no la ostenta según se ha razonado.

2. La cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene el defensor del menor requiere aprobación judicial posterior fue discutida desde la contraposición entre los artículos 271 y 1.060 del Código Civil, dando lugar a declaraciones un tanto inseguras de la Fiscalía General del Estado y la Dirección General de los Registros.

Ya hemos dicho que en la Ley 1/1996, de Protección al Menor, se ha agregado un segundo párrafo al artículo 1.060, que pone fin a la cuestión al disponer que *el defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento*. O sea, que la regla general es que la partición precisará la aprobación del Juez y la excepción que éste la haya dispensado expresamente.

Para las particiones anteriores habrá que acudir a los documentos antes citados. La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, decía:

Si relacionamos el artículo 1.060 del Código Civil con las normas generales de la Ley de 24 de octubre de 1983, llegaríamos a la conclusión de que la intervención del tutor o del defensor judicial en nombre del incapacitado es requisito suficiente para la validez del acto particional; la aprobación judicial de la partición la excluye el artículo 1.060, siempre que haya intervenido el representante legal del incapacitado, y es notorio que el tutor ostenta tal carácter (art. 267 del Código Civil), cualidad que también concurre en el defensor judicial del incapacitado, porque según el artículo 299.1.º se nombrará defensor judicial que represente y ampare los intereses del incapacitado cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales. Tal representante legal es el tutor como el defensor judicial, pues la función sustitutiva de éste tiene la misma calidad que la de aquél; la única diferencia es la provisionalidad del defensor judicial, en cuanto supone una suspensión limitada en el tiempo de la tutela para un determinado asunto en el que la ley prohíbe al tutor representar al tutelado (art. 221.2.º del Código Civil).

Sin embargo, tras el análisis del artículo 271.4.º del Código Civil se llega a conclusión distinta, pues a su tenor el tutor precisa autorización judicial para realizar la partición de herencia en que el tutelado se halle interesado, y la aprobación judicial una vez que se haya practicado. Esta es, concretamente, su literalidad: El tutor necesitará autorización judicial para realizar la partición de la herencia o la división de la cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial.

Su antinomia con el artículo 1.060 es manifiesta, pero contraída a los representantes legales del incapacitado: tutor y, en su caso, defensor judicial. En los demás casos de representación legal, el artículo 1.060 producirá sus

efectos. Así, las representaciones legales derivadas de la patria potestad, ya sea la de los padres (art. 162 del Código Civil) o la de los defensores judiciales de menores (art. 163 del Código Civil), presentes en la partición, no precisan que ésta sea aprobada judicialmente, pero el tutor y el defensor judicial están sujetos al requisito de la aprobación judicial para que la partición en la que hayan intervenido, representando al incapacitado, sea válida y eficaz.

La Dirección General dictó dos Resoluciones sobre el particular:

En la de **4 de abril de 1986** declaró que no es necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre.

Para ello se basaba en los siguientes:

CONSIDERANDO que el artículo 1.060 del Código Civil establece que no será necesaria la aprobación judicial, siempre que los menores estén legalmente representados, lo que supone una ampliación de su contenido respecto a la situación anterior a la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, ya que hasta entonces el precepto se limitaba a enumerar exclusivamente a los padres del menor, mientras que ahora tiene lugar en todos los casos en que estén debidamente representados.

CONSIDERANDO en consecuencia que al ostentar el defensor judicial el carácter de representante legal para la conclusión de un acto concreto —art. 163 del Código Civil—, es claro que en la partición en que intervenga representando al menor, no debe seguir —como indica la Circular citada en los vistos— como presupuesto de eficacia la aprobación judicial, aparte de que no hubiese tenido razón de ser el modificar el artículo 1.060 del mencionado Cuerpo legal por la citada Ley de Reforma si se hubiese querido mantener invariable su contenido.

CONSIDERANDO que la posterior reforma de la materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983, no incide en lo anteriormente indicado, ya que la indudable antinomia que ahora se produce entre el artículo 271.4.º y 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre de un menor.

Y en la de **23 de julio de 1990**, siguiendo la misma línea, declaró igualmente que no es necesaria la aprobación judicial de la partición hereditaria en la que está interesado un incapaz sujeto a tutela, que es representado por un defensor judicial nombrado específicamente para este acto ante el conflicto de intereses existentes entre el incapacitado y el tutor.

Se razona esta declaración en el fundamento jurídico 3.º, que dice así:

3. *La delimitación del ámbito de aplicación del actual artículo 271.4.º del Código Civil no puede hacerse a espaldas de la evolución del tratamiento jurídico dispensado a las particiones contractuales en que estuviere interesado un menor o incapacitado. Es de observar cómo el criterio del artículo 1.409 LEC, que exigía la aprobación judicial en todo caso, fue primero excepcionado para la hipótesis en que el menor estuviere representado por su padre, madre o tutor (arts. 269.7.º y 1.060 del Código Civil originario), y luego totalmente superado al prescindirse de tal aprobación judicial siempre que el menor o incapacitado estuviere legalmente representado, ya por sus padres, ya por el defensor judicial, ya por el tutor o protutor debidamente autorizados por el Consejo de familia (art. 1.060 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981). En este orden, el artículo 271.4.º del Código Civil, introducido tras la reforma del 24 de octubre de 1983, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor (exigencia que parece obedecer a la necesidad de hallar una vía de control sustitutiva de la anterior autorización del Consejo de familia), no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados (vid. arts. 215, 216, 220, 231 y 302 del Código Civil, así como el tratamiento en capítulos independientes de la tutela, de la curatela y el defensor judicial) por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno-filial, máxime cuando no se trata de defensor nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (art. 302 del Código Civil). Ello es, además, coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapaces.*

Repetimos que, en adelante, la única regla ya válida y segura es la contenida en el nuevo párrafo añadido al artículo 1.060 del Código Civil por la Ley Orgánica 1/1996.

3. **Resolución de 3 de mayo de 1995.** Se declara que el defensor judicial del declarado pródigo precisa, para enajenar bienes inmuebles, la autorización judicial previa que ordena el artículo 302 del Código Civil.

En el presente recurso se debate sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta de ciertos inmuebles pertenecientes a persona que ha sido declarada pródigo y en la que concurren las siguientes circunstancias:

1. La venta fue realizada en nombre del pródigo por uno de sus hijos actuando en su única calidad de defensor judicial; en la escritura pertinente no se

hace ninguna referencia a la condición de representante voluntario del pródigo que con anterioridad correspondía a dicho hijo, en virtud de escritura de subapoderamiento otorgada el 2 de marzo de 1990, a su favor por un hermano suyo que, a su vez, era apoderado del pródigo con facultades suficientes para conferir poderes en su nombre; no obstante, al tiempo de la calificación se tuvo a la vista esta escritura de subapoderamiento. 2. La cualidad de defensor judicial del compareciente se acredita mediante testimonio expedido el 2 de octubre de 1990 del auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, de fecha 27 de septiembre de 1990, en el que por incumplimiento de los deberes propios de su cargo, se acuerda la remoción del anterior curador del pródigo —otra hermana del compareciente— y, como consecuencia de ello, *se acuerda acordar el nombramiento en este procedimiento* del nuevo defensor judicial, en tanto en cuanto se procede al nombramiento de un nuevo curador.

Dados estos antecedentes fácticos, se resuelve:

Si en lugar de ser asistido el pródigo por el curador ha de intervenir, en su lugar y por disponerlo así el Juez, un defensor judicial, éste tendrá sólo las atribuciones que le haya conferido el Juez (cfr. art. 302 del Código Civil). Y en el presente caso las atribuciones que tiene el defensor judicial son, según el auto de nombramiento de 27 de septiembre de 1990, las mismas que constan en el auto de 16 de abril de 1984 para la curadora removida y en este auto, en el que además se trató de adaptar la tutela del pródigo a la nueva legislación sobre tutela, se encomendaba —acertada o equivocadamente— a la curadora la administración del patrimonio del pródigo y se daba por supuesto que no tenía ésta facultades en relación con los actos de disposición, los cuales competen, según dicho auto, al mismo declarado pródigo con la previa autorización judicial. Ciertamente, en auto de 22 de septiembre de 1984, se autorizó al pródigo para enajenar los bienes, con intervención de la entonces curadora. Pero ésta ha sido removida y a las atribuciones conferidas por ese auto a la entonces curadora no se refiere el auto de nombramiento de defensor judicial de 27 de septiembre de 1990. Se requiere, pues, nueva autorización judicial y no por exigencia del artículo 271 del Código Civil, sino por exigencia del artículo 302 del Código Civil.

V. LA GUARDA DE LOS MENORES EN EL CODIGO CIVIL

En busca de los antecedentes de esta nueva figura hemos acudido, una vez más, a la citada conferencia del profesor CASTÁN VÁZQUEZ, y en ella nos dice que la doctrina jurídica extranjera ha dedicado alguna atención, desde hace años, al caso —que no es infrecuente en la vida real— de que una persona

asuma el cuidado de un menor o incapaz sin estar formalmente investida del cargo de tutor. En la doctrina española han estudiado también esa hipótesis algunos autores como ORTEGA PARDO y CAMPOS HERNÁNDEZ. Tomándola en cuenta, el equipo DÍEZ-PICAZO incorporó a su Proyecto en 1977 una regulación de la *guarda de hecho*.

Se justificaba la inclusión de este capítulo diciendo que *es uno de los más cortos y sin embargo puede que uno de los más importantes. Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida por aquellos otros que habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente, a asimilar estos supuestos a los de la gestión de negocios ajenos.*

Esta innovación fue, como otras, aceptada por la Comisión de Codificación, aunque reduciendo a solamente dos normas las siete que el Proyecto del equipo DÍEZ-PICAZO había dedicado a la materia. La Ley de 1983 le ha consagrado, en definitiva, tres:

Artículo 303. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Artículo 304. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Artículo 305. Queda sin contenido.

Artículo 306. Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

Comparando estos preceptos con los que se contenían en el anteproyecto de DÍEZ-PICAZO, dice VENTOSO ESCRIBANO en su libro citado, página 128, que la dedicación normativa al tema no es muy grande, pues, incluso, queda en el aire el propio concepto del guardador de hecho. El citado Anteproyecto era más explícito en este punto, pues determinaba a tal fin: *quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la Ley impone a los tutores* (art. 307), y continuaba señalando el citado Anteproyecto, en el artículo 308,

que la regla establecida en el artículo anterior se aplicará también cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal, o hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

Y sigue diciendo VENTOSO ESCRIBANO que, a la vista de estos dos artículos del mencionado Anteproyecto, el concepto que en él se recogía de guardador de hecho era bastante amplio y explícito. La redacción del vigente artículo 303 es menos concreta y plantea el problema de su delimitación. Aunque habla en general de guardador de hecho, lo cierto es que, al aludir a los artículos 203 y 228 y, por otro lado, al mencionar no al incapaz sino al presunto incapaz, parece que sólo quiere eludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que ésta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa; es decir, de los casos antes mencionados en los artículos 307 y 308 del meritado Anteproyecto, parece que los del último de ellos no son los que tuvo presente el legislador. No obstante, nosotros creemos que la interpretación del artículo 303 debe ser amplia y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la guarda de hecho? Tiene algunos contactos con el mandato y aún más con la gestión de negocios ajenos, pero las diferencias son evidentes, pues éstos tienen un cariz puramente patrimonial, mientras que en la guarda prima el aspecto personal y aún familiar. Por ello debe encuadrarse, como lo hace el Código, en la sistemática de las instituciones tuitivas o tutelares; es una figura singular o *sui generis*, para remediar situaciones perentorias y siempre bajo las medidas de control y vigilancia que el Juez considere oportunas.

Dada esta especial naturaleza jurídica de la guarda de hecho, han discutido los autores sobre la validez de los actos realizados por el guardador de hecho. CASTÁN nos dice que el equipo DÍEZ-PICAZO distinguió en este punto los actos meramente conservativos realizados por el guardador de hecho en interés del pupilo (que serían válidos y producirían todos sus efectos si fueran útiles para el menor o incapaz) y los demás actos (que podrían ser anulados a instancia del tutelado o de los representantes legales nombrados con arreglo a derecho).

Hemos visto que el nuevo artículo 304 del Código Civil dispone que los actos realizados por el guardador de hecho, en interés del menor o del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

A la vista de esta norma, observa SANCHO REBULLIDA que si los actos no redundan en utilidad objetiva del menor o presunto incapaz, sí que podrán ser impugnados aunque el guardador, intencionalmente, los hubiese realizado en interés del menor o presunto incapaz; entiende también que la utilidad habrá

de apreciarse en la totalidad del acto de gestión y *no cabrá impugnación parcial de un acto dejando subsistente de él lo que haya sido útil* (10).

En otro sentido, y según dispone el artículo 306 con remisión al artículo 220, el guardador podrá resarcirse de los daños y perjuicios que sufra, cuando no haya mediado culpa por su parte, con cargo a los bienes del guardado, si no puede obtener su resarcimiento por otro medio.

VI. LA LEY ORGANICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR

Una breve Exposición de Motivos es utilísima para dar a conocer cuál es el pensamiento del legislador y siempre sirve de base para mostrar los propósitos que luego tienen su expresión en los textos más escuetos del articulado. Varios son los preámbulos de nuestras leyes históricas que han quedado como buena muestra de lo dicho, y constituyen verdaderos monumentos de nuestra literatura jurídica.

Afortunadamente, esta Ley del Menor ha recogido en una extensa Exposición de Motivos la *mens legislatoris*, y en ella, además de presentarnos el contenido de la norma, nos proporciona una buena base para su interpretación casi auténtica.

Comienza diciendo que la protección al menor constituye en la actualidad una preocupación generalizada, la cual se ha recogido en varios documentos internacionales, en nuestra Constitución y en varias leyes nacionales reformadoras del Código Civil desde la de 1981, la de 1983 sobre la tutela, la de 1987 sobre adopción y otras. En la de 1987 se agilizan los procedimientos de protección al menor, permitiendo a las entidades públicas competentes la asunción automática de la tutela en los casos de grave desprotección. Se recogió la figura del acogimiento familiar como una mera institución de protección al menor como principio inspirador de las actuaciones tanto administrativas como judiciales y del Ministerio Fiscal.

Con todo, se echaron a notar algunas lagunas, y además han surgido nuevas necesidades y demandas de la sociedad y esta Ley, se dice, quiere dar respuesta a esas demandas, para lo que se aborda una reforma de las tradicionales instituciones protectoras del menor reguladas en el Código Civil. Pero, aparte de esto, lo más destacable es que inspira esta reforma la construcción de un amplio marco jurídico de protección que vincula a los poderes públicos y a las instituciones específicamente relacionadas con los menores.

Así pues, lo que más resalta en ese acercamiento de tipo público que se da a esta regulación protectora del menor, que cada vez se aleja más de los

(10) *La tutela e instituciones afines*, cit., pág. 72 (citado por CASTÁN, pág. 451).

antiguos parámetros predominantemente privatistas y familiares y se acerca a las áreas sociales. La Ley contempla a los menores como verdaderos sujetos activos, y en su Título I les atribuye varios derechos, reconocidos en instrumentos internacionales, como el honor, la intimidad y la propia imagen, a la información, asociación y reunión, libertad de expresión y el derecho a ser oído; el Título I se completa con la regulación de las medidas y principios rectores de la acción administrativa.

En el artículo 12 se regulan las actuaciones de protección al menor, diciendo que se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley. En consecuencia, se ordena que los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.

En los artículos siguientes se desarrolla este principio de dos gradaciones, o sea, atención inmediata de la autoridad y cesión posterior a las personas o instituciones indicadas para asegurar la asistencia a los menores. Se pasa de la retención pública en los casos de riesgo y desamparo a regular la guarda de los menores, con referencia al artículo 172 del Código Civil (de nueva redacción), el acogimiento familiar, a la tutela y a la adopción.

En el acogimiento se recogen los tres tipos que pasan a regularse en los nuevos artículos que se reforman en el Código Civil, o sea, el acogimiento simple, el constituido con carácter permanente y el preadoptivo.

En el artículo 21 se regulan los servicios especializados de acogimiento en establecimientos públicos en este modo:

Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor.

Todos los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores deberán estar autorizados y acreditados por la entidad pública.

En la tutela se procede a reformar algunos de los preceptos existentes en el Código Civil, y se crea en cada Fiscalía un índice de Tutela de Menores.

En la adopción se reforman también algunos de los preceptos del Código Civil, introduciendo la exigencia del requisito de la idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciada por la entidad pública que formula la propuesta o directamente por el Juez en otro caso.

En el artículo 25 se regula la adopción internacional, teniendo en cuenta que en los últimos años se ha producido un gran aumento de las adopciones

de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles. Dice así el citado artículo 25, primer punto del número 1:

En materia de adopción internacional, corresponde a las entidades públicas:

- a) *La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas.*
- b) *La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición del compromiso de seguimiento.*
- c) *La acreditación, control, inspección y la elaboración de directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial.*

Las funciones de mediación a realizar por las entidades acreditadas serán las siguientes:

- *Información y asesoramiento a los interesados en materia de adopción internacional.*
- *Intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes, tanto españolas como extranjeras.*
- *Asesoramiento y apoyo a los solicitantes de adopción en los trámites y gestiones que deben realizar en España y en el extranjero.*

Siguen tres Disposiciones Adicionales, de carácter procesal; una Disposición Transitoria, que remite a la normativa anterior para los procedimientos ya iniciados, y una Disposición Derogatoria.

Las reformas, numerosas y fundamentales, de diversos artículos del Código Civil y de la LEC se contienen en veinte Disposiciones Finales.

VII. NORMAS AUTONOMICAS

La Ley de Protección Jurídica del Menor respeta las competencias de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo señalado en la Constitución y sus Estatutos respectivos, y regula tal reparto competencial en la Disposición Final 21, dejando especialmente a salvo las normas de Derecho Civil foral o especial en las Comunidades Autónomas en que rijan y declarando que esta Ley del Menor es subsidiaria respecto de dichas disposiciones específicas vigentes.

Y las entidades públicas mencionadas en la Ley para llevar a cabo sus finalidades serán, según su Disposición Final 22, las que se designen por las

Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla de acuerdo con sus respectivas normas de organización.

Más explícita es la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que establece lo siguiente:

Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.

Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar, a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.

Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.

Once son las Comunidades Autónomas que han dictado normas sobre el particular, que reseñamos a continuación, recogiendo, en resumen, lo más importante de sus disposiciones (11).

A) ANDALUCÍA (12)

La primera disposición fue el Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, en el cual se establecían las medidas para la aplicación en Andalucía de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de artículos en el Código Civil y la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

Dicho Decreto ha sido expresamente derogado por la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, que en su Exposición de Motivos recoge los antecedentes legales nacionales y dice que, *habida cuenta que el artículo 13, apartados 22 y 23, del Estatuto de Autonomía, otorga a*

(11) Recogemos los textos de estas disposiciones del libro *Normativa autonómica*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que comprende desde 1979 hasta la actualidad, varios tomos bianuales.

(12) Texto de la Ley, en el Boletín de Información del Colegio de Registradores, núm. 38, junio de 1998, págs. 1314 y sigs.

nuestra Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de servicios sociales e instituciones públicas de protección y tutela de menores respetando la legislación civil, penal y penitenciaria, a la Administración de la Junta de Andalucía corresponde la consideración de entidad pública a la que se encomienda la protección de menores.

El Título I se refiere en general a los derechos de los menores y el artículo 2 establece que *las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que los menores gocen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por la Constitución, la Convención de Derechos del Niño y demás acuerdos internacionales ratificados por España, así como por el resto del ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, etnia, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social*

En el Título II se regula lo relativo a la protección de los menores, que es el tema específico que nos interesa, y dice, en su primer artículo, que es el 17 de la Ley:

A los efectos de la presente ley, se entiende como protección el conjunto de actuaciones para la atención de las necesidades del menor tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada.

Otras disposiciones de la Ley son:

- *Las Corporaciones Locales de Andalucía son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo.*

La Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma.

- *Corresponde a la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente, asumir la tutela de los menores desamparados que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de las competencias que sobre estos últimos pudiesen tener otras Administraciones públicas.*
- *El órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que tenga conocimiento de una situación de posible desamparo de un*

menor iniciará expediente de protección, sin perjuicio de la adopción de las medidas inmediatas de atención que el menor requiera.

- La Administración de la Junta de Andalucía asumirá y ejercerá solamente la guarda cuando los que tienen potestad sobre el menor lo soliciten, justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

Cuando quienes tienen la patria potestad o tutela soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía que asuma la sola guarda del menor, se firmará expediente con arreglo a lo previsto en el artículo precedente y conforme a lo dispuesto en el artículo 172.2 del Código Civil

- Cuando las circunstancias del menor lo aconsejen, se promoverá su acogimiento familiar hasta que pueda reintegrarse en su familia de origen, o reinsertarse en su medio social una vez alcanzada su mayoría de edad, su emancipación, o bien hasta que pueda ser adoptado. Los acogedores podrán recibir una compensación económica en las condiciones que reglamentariamente se determine.
- El acogimiento familiar administrativo será formalizado por la Administración de la Junta de Andalucía, con el contenido y los consentimientos legalmente establecidos, con independencia de que ésta tenga o no la tutela o la guarda del menor.
En los casos en que los que el acogimiento familiar deba ser declarado judicialmente, la Administración de la Junta de Andalucía formulará propuesta ante el órgano jurisdiccional correspondiente.
- El acogimiento familiar se constituirá, según su finalidad, con el carácter de simple, permanente o preadoptivo, de conformidad con lo que establece el Código Civil.
- En los casos que proceda, la Administración de la Junta de Andalucía formulará la propuesta previa de adopción de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Quienes soliciten de la Administración de la Junta de Andalucía el acogimiento familiar o la adopción de un menor deberán someterse a un proceso de valoración de idoneidad, en base a los criterios biológicos y psicosociales que se establezcan reglamentariamente y sin perjuicio de los requisitos legalmente establecidos. La Administración de la Junta de Andalucía dictará resolución sobre su idoneidad, que será notificada al solicitante.
- El acogimiento residencial de un menor en centro de protección se establecerá por resolución de la Administración de la Junta de Andalucía o por decisión judicial.

La Administración de la Junta de Andalucía acordará el acogimiento residencial cuando no sea posible o aconsejable aplicar otra medida protectora y por el período más breve posible.

La guarda del menor acogido en un centro de protección será ejercida por el director del mismo, bajo la vigilancia de la Administración de la Junta de Andalucía y la superior del Ministerio Fiscal.

La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y períodos vacacionales,

- *Los centros de protección de menores, en cuanto a su organización y funcionamiento, se regirán por las disposiciones establecidas por la Administración de la Junta de Andalucía. Su regulación deberá ajustarse a los principios inspiradores de esta Ley,*
- *Corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados competentes con relación a los menores a quienes se impute la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en las leyes penales.*
Igualmente le corresponde la ejecución de las medidas protectoras, educativas y formativas que por los Juzgados de Menores se adopten respecto de aquéllos a que se refiere el apartado anterior.

Este es el resumen de las más interesantes disposiciones de la Ley reciente de Andalucía,

B) ASTURIAS (13)

Este Principado ha dictado la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección al Menor.

En su artículo 2 se da el concepto de protección diciendo que: *A los efectos de esta Ley, se entiende por protección de menores, el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales, que la Administración del Principado de Asturias, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo en todo momento al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social.*

En el artículo 3 se señala el ámbito de aplicación de la Ley, señalando que *las medidas de protección previstas en la presente Ley se dirigirán a aquellos menores de edad que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio*

(13) Normativa autonómica, tomo 1995-96, pág. 207,

de la Comunidad Autónoma y en los que concurra alguna circunstancia susceptible de actuación protectora; sin perjuicio de que resultare aplicable otra normativa, en función de las circunstancias concurrentes en el menor objeto de protección, por razón de su origen o procedencia.

El ejercicio de esta competencia corresponde, en el organigrama de esta Comunidad Autónoma, a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. En varios capítulos se regulan los derechos del menor, las actuaciones de prevención, las medidas de protección en general y su régimen, el apoyo familiar, situación de desamparo y tutela, la guarda y al acogimiento familiar, el alojamiento en centros e instituciones colaboradoras de integración familiar.

Resume sus propósitos al decir que la Administración del Principado actuará *de formacoordinada con los distintos entes públicos que intervengan en la atención social a la infancia y especialmente con la administración sanitaria, laboral y de seguridad social, educativa, en orden a procurar la elaboración de programas integrados y actuaciones eficaces que proporcionen un mayor bienestar a los menores* (Disposición Adicional 2.^a).

C) BALEARES (14)

Las Islas Baleares tienen en esta materia la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección a los menores desamparados.

Tras una extensa Exposición de Motivos, la Ley contiene en 30 artículos y varias disposiciones complementarias la normativa especial de esta Comunidad Autónoma.

La situación de desamparo se da en cualquiera de los casos que relaciona el artículo 5:

- a) *Malos tratos de orden físico o psíquico, en cualquiera de sus manifestaciones. También tienen tal consideración los abusos sexuales, las situaciones de explotación y cualesquiera otras de naturaleza análoga.*
- b) *Inexistencia de personas a las que legalmente correspondan las funciones de guarda.*
- c) *Incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad o tutela.*
- d) *Ejercicio deficiente o inadecuado, voluntario o involuntario, de las funciones de guarda inherentes a la patria potestad o tutela, generador de graves peligros para el menor en el orden moral o material.*

(14) Normativa autonómica, tomo 1995-96, pág. 265.

La situación de desamparo será apreciada por la Consellería de Gobernación, que tiene la competencia, a través de su Dirección General de Juventud, Menores y Familia.

Después se regula la declaración de desamparo, sus efectos y las medidas de protección, con especial atención a las acogidas de tipo familiar, preadoptiva e institucional.

La Ley 8/1997, de 18 de diciembre, atribuye las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores a los Consejos Insulares de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, regulando su ejercicio y funcionamiento.

D) CASTILLA Y LEÓN (15)

Esta Comunidad Autónoma tiene un Reglamento de expedientes administrativos de adopción que fue aprobado por Decreto 184/1990, de 20 de septiembre.

Según su artículo 7, los que deseen constituir una adopción para formular la propuesta al Juez competente, deberán presentar la correspondiente solicitud al Servicio Territorial de Bienestar Social de la provincia de su domicilio. Es preciso acreditar idoneidad para ser adoptante, regulándose el procedimiento y señalando los criterios de valoración. En los casos de acogimiento, el Servicio Territorial antes citado será el encargado de su seguimiento.

Finalmente, se crea un Registro donde serán inscritos los menores tutelados susceptibles de adopción, donde se anotarán las incidencias relevantes que se produzcan en relación con los menores inscritos.

Por Decreto 57/1988, de 7 de abril, se dictaron normas sobre protección de menores que ahora se han incluido en este Reglamento, conservando tan sólo un carácter subsidiario.

E) CATALUÑA (16)

En Cataluña, aparte de un Decreto de 1987, señalando los departamentos competentes en materia de adopción, se dictaron dos Leyes en 1991, una sobre protección a menores desamparados, y otra sobre tutela, habiendo sido modificada esta última por otra Ley de 29 de julio de 1996.

(15) *Normativa autonómica*, tomo 1989-90, pág. 1020.

(16) Ver Decreto en *Normativa* citada, tomo 1987-88, pág. 855, las Leyes de menores y tutela, tomo 1991-92, págs. 682 y 704, y la Ley de reforma de 1996, tomo 1995-96, pág. 560.

a) *El Decreto 343/1987, de 3 de diciembre*, para aplicar la Ley estatal del mismo año sobre adopción, atribuye la competencia a los Departamentos de Sanidad, Seguridad Social y Justicia de la Generalidad de Cataluña. La guarda de los menores desamparados, cuando medien medidas judiciales, corresponderá a la Dirección General de Protección y Tutela de Menores del Departamento de Justicia. Cuando no medie acuerdo judicial, la guarda de los menores desamparados será ejercida por el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales del Departamento de Sanidad y Seguridad Social.

b) *Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción*. Tiene como antecedente otra Ley de 15 de junio de 1985, que se dictó para la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil y la tutela de los menores abandonados como víctimas de actos delictivos.

Esta Ley tiene un carácter distinto y primordialmente civil, comprendiendo una completa regulación de la faceta protectora del menor. En el capítulo I se regulan todas las cuestiones relativas a la protección del menor desde que se produce la intervención del organismo competente que le declara desamparado, con la consiguiente aplicación de la medida protectora hasta que, en su caso, se procede a la propuesta de adopción.

En el artículo 2.2 se considera desamparado al menor que se halla en una situación de hecho en la cual le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, cualquiera que sea la causa que origina esta situación. Las facultades que corresponden al organismo protector competente comprenden tanto lo que se refiere a la persona como al patrimonio del menor, pero la guarda queda limitada al cuidado personal. La acogida familiar puede ser simple o preadoptiva y la Ley establece que el régimen de convivencia debe parecerse a un régimen familiar que proporcione un trato afectivo y una vida cotidiana personalizada.

En el capítulo II se regula la adopción ya de manera íntegra, desprendiéndose de la dualidad normativa que existía en virtud de la Ley estatal de 1982 que reformó el Código Civil. Así, se regula la adopción de acuerdo con los principios del Derecho civil catalán, pero recogiendo los que imperan en las legislaciones modernas. Se recoge la equiparación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y se reconoce, por tanto, el vínculo de parentesco.

En el capítulo III se dan disposiciones comunes a la acogida y la adopción, y en las disposiciones adicionales se recogen los principios que las Administraciones Públicas de Cataluña deben tener presentes en su actuación hacia los niños.

c) *La Ley 39/1991, de 30 de diciembre, sobre la tutela e instituciones legales* regula de manera autónoma e íntegramente la institución de la tutela que antes se contenía de modo fragmentario por los antecedentes romanos

recogidos en las Constituciones de Cataluña de 1702, después por el propio Código Civil y la LEC y últimamente por la Compilación de 1985.

Los cargos tutelares que establece la Ley son el tutor, el protutor, el administrador patrimonial, el curador y el defensor judicial. Además se regula la situación de la guarda de hecho y se toma en consideración el ejercicio de funciones tutelares por la entidad pública de protección de menores.

En cuanto al defensor judicial hay que destacar su carácter provisional y la no exigencia de la autorización judicial en los actos requeridos, cuando el nombramiento se haya efectuado de modo especial para realizar tales actos.

Se regula ampliamente la guarda de hecho y se define al guardador como la persona, física o jurídica, que ha acogido de manera transitoria a un menor que se halle desamparado.

Esta Ley de tutela ha sido reformada, o más bien completada, por la Ley 11/1996, de 29 de julio, la cual da nueva redacción a los antiguos artículos 4 y 5 en el sentido de facultar a las personas con capacidad para designar cargos tutelares para sí mismas, en previsión de ser declaradas incapaces, estableciendo mecanismos a fin de prevenir actuaciones que podrían perjudicar gravemente sus derechos.

d) *Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre*, en su artículo 27 dispone:

Si en algún asunto existiere contraposición de intereses entre el hijo y el padre o la madre, cuando la potestad es ejercida por ambos, el hijo será representado por aquel padre o madre con el que no exista contraposición de intereses: cuando la contraposición es con el padre y la madre conjuntamente o con quien ejerce la potestad, debe nombrarse al defensor judicial que establece el título quinto de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares.

e) *Ley 13/1997, de 19 de noviembre*, que crea el Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción, organismo autónomo adscrito al departamento que tiene asignadas las competencias en materia de protección de menores, con personalidad jurídica propia, con autonomía administrativa y financiera y con plena capacidad de obrar en el ejercicio de sus funciones y para el cumplimiento de sus finalidades, de acuerdo con la presente ley y con las demás disposiciones que le sean de aplicación.

Corresponde al Instituto Catalán del Acogimiento y la Adopción:

- Fomentar el derecho de los niños a tener una familia y, por lo tanto, promover el acogimiento simple en familia ajena y el acogimiento preadoptivo, como medidas para atender adecuadamente a las necesidades del menor, como persona sometida a situaciones de riesgo grave para su desarrollo integral, procurar su atención educativa y favorecer su regreso dentro de la familia natural.

- Gestionar, mediante los equipos técnicos competentes, los procesos de valoración psicosocial de las personas solicitantes de acogimiento simple en familia ajena, de acogimiento preadoptivo y de adopción internacional.
- Velar por la información adecuada a los ciudadanos y ciudadanas sobre los acogimientos, adopciones y procesos de adopciones, recibir las alegaciones, documentos y demás elementos de juicio en los expedientes de solicitud y dar vista a los mismos, así como las propuestas de resolución. Para ejercer dicha función de información debe contar con la colaboración de padres y madres adoptivos en las cuestiones que les concierna.
- Realizar el seguimiento y dar apoyo técnico a las familias acogedoras.
- Realizar el seguimiento de los menores en situación de acogimiento simple, en familia extensa y ajena, y de acogimiento preadoptivo.
- Tramitar, cuando corresponda, los procesos de adopciones internacionales y realizar su seguimiento posterior, en su caso, y supervisar tal actividad cuando sea delegada a instituciones o entidades colaboradoras.
- Formalizar convenios de colaboración con otras administraciones, instituciones y entidades, en el marco de su ámbito de actuación, y de acuerdo con las disposiciones que las regulen.
- Realizar el seguimiento de las entidades colaboradoras en adopción internacional.
- Ejercer las demás funciones que le asignen las leyes.

f) *La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia* recoge y codifica las disposiciones precedentes, dándoles una redacción prácticamente igual y que serán de aplicación a partir de su entrada en vigor.

El desamparo se regula en el artículo 164, la guarda en el artículo 165 y las medidas de protección en el artículo 166. La tutela y las instituciones tutelares se regulan en el Título VII, que comprende del artículo 167 al 246. Tiene la especialidad de que se admite la existencia de un Consejo de Tutela, que vela por un buen desarrollo, pero siempre con intervención judicial (arts. 234 y 235). La guarda de hecho se regula en los artículos 253 a 258. Se trata de recoger transitoriamente a un menor desamparado y poner el hecho en conocimiento del organismo competente; el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, requiere autorización judicial. La actuación del guardador debe ser siempre en beneficio de la persona en guarda y debe limitarse a tener cuidado de la misma y administrar de forma ordinaria sus bienes. El guardador tiene derecho a ser indemnizado de los gastos y perjuicios que le haya causado la guarda, siempre que no le sean imputables, con cargo a los bienes de la persona en guarda.

F) EXTREMADURA (17)

La Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, regula en esta Comunidad el aspecto asistencial en desarrollo de la Ley nacional de 1987, de adopción y acogimiento, según se dice en la Exposición de Motivos.

Esta Ley autonómica regula en su Título preliminar la denominada situación de desamparo, que define en el artículo 5 como toda aquella que pueda constituir grave riesgo para el normal desarrollo físico, psíquico o social de un menor.

La competencia en materia de atención y protección de menores la tiene, en su ámbito territorial, la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social.

Según el artículo 16, la Junta de Extremadura podrá adoptar varias medidas, como el acogimiento familiar, simple o preadoptivo, la asunción de la guarda mediante centros especializados, la propuesta de adopción y otras similares.

La guarda y el acogimiento se llevarán a cabo en las condiciones establecidas en el Código Civil y en igual pauta se acudirá a la propuesta de adopción. En la Consejería de Bienestar Social se creará un Registro de adopciones y acogimientos.

G) GALICIA (18)

Se han regulado las medidas de protección de menores y la adopción en el Decreto 112/1995, de 31 de marzo.

En su preámbulo se dice que la Ley estatal de 1987 atribuyó competencias a entidades públicas en esta materia y la Comunidad Autónoma de Galicia asumió dichas atribuciones, que son las que se regulan en este Decreto.

La Junta de Galicia ejercerá la protección de menores que residan o se encuentren en aquella región y asumirá la tutela de los desamparados y promoverá actuaciones tendentes a garantizar los derechos del menor y a disminuir los factores de riesgo, de desamparo o marginación.

En el artículo 2 se detallan los principios rectores en el ejercicio de las funciones públicas sobre protección de menores. Y en el artículo 3 se declara que corresponde a la Consellería de Familia, Mujer y Juventud, a través de la Dirección General de la Familia, la realización en Galicia de una política

(17) Ver *Normativa* dicha, 1994-95, pág. 839.

(18) Ver *Normativa* dicha, tomo 1995-96, pág. 651.

social a favor del menor, tanto en el orden preventivo como de protección propiamente dicha.

En el desarrollo de esta política se podrán adoptar las siguientes medidas: tutela administrativa, guarda, apoyo a las familias, acogimiento familiar, acogimiento en instituciones y propuesta de adopción.

Todas las enunciadas son objeto de regulación detallada en el Decreto, a lo largo de 63 artículos y varias Disposiciones Finales.

H) MADRID (19)

La Comunidad Autónoma de Madrid dictó el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, reformado por otro Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, regulando el procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, que han sido superados por las normas legales, más amplias y de superior categoría, que siguen:

1. Ley 4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Son fines de esta Agencia el ejercicio de la tutela y curatela de las personas mayores de edad residentes en Madrid que estén incapacitadas legalmente, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.

2. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid. Es una Ley muy amplia y su contenido es variado en cuanto que recoge aspectos políticos y sociales de los menores que ahora no es objeto de nuestro estudio. Pero incluye también la regulación de las competencias atribuidas por normas estatales como las relativas a protección de menores previstas en la Ley de 1987, la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores o las atribuidas a las entidades locales en su legislación especial.

En el capítulo V (arts. 48 a 66) se regula la protección social y jurídica al menor. Se señalan los principios de actuación y se declara que la Administración autonómica garantizará el derecho a la intimidad y al honor, así como la integridad física y moral de los menores, siendo especialmente protegidos contra toda forma de violencia, explotación sexual, tratamientos inhumanos, crueles o degradantes por cualquier forma física o jurídica.

La protección social de los menores corresponde al Sistema Público de Servicios Sociales. De este modo, la Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley en situación de desamparo y la guarda **tempo-**

(19) Ver *Normativa*, tomo 1991-92, pág. 1275; tomo 1995-96, págs. 909, 923 y 1000.

ral de menores a petición de padres o tutores de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Se regula el procedimiento para asumir la tutela y su ejercicio, así como la promoción de la adopción y el acogimiento, y el procedimiento y ejercicio para la guarda. A estos efectos se dan normas sobre los centros residenciales y se detallan las instituciones y órganos de atención a la infancia y a la adolescencia en la Comunidad de Madrid; se crean las instituciones del Defensor de los Menores como Alto Comisionado de la Asamblea y el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia, adscrito a la Consejería de Integración Social.

En lo que más nos interesa, se crea la Comisión de Tutela del Menor, que ejercerá las funciones que a la Comunidad de Madrid le corresponda en materia de protección de menores en aplicación de la Ley de adopción de 1987; esta Comisión se adscribe al Instituto Madrileño de Atención a la Infancia.

3. Ley 2/1996, de 24 de julio, que crea al Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, al que se atribuye, entre otros objetivos, la promoción de políticas integrales referidas a los menores, de coordinación de actuaciones de los diferentes organismos y el impulso de los recursos y actuaciones destinados al mayor bienestar social de la infancia. En la letra c) del artículo 3 se señala como una de sus funciones específicas el ejercer las competencias que a la Comunidad de Madrid corresponden en materia de protección de menores; en la letra g) desarrollar los servicios sociales en materia de infancia, y en la letra h) fomentar el efectivo ejercicio de los derechos de los menores garantizados en el ordenamiento jurídico.

I) MURCIA (20)

Por la Ley regional 11/1996, de 19 de noviembre, se creó el Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia, organismo autónomo con personalidad jurídica propia al que corresponde la protección de los menores y la gestión de los servicios sociales.

Por Ley 3/1995, de 21 de marzo, se regula la infancia en la Región de Murcia, que consta de 57 artículos y está dividida en un Título preliminar, otros cinco Títulos más y dos Disposiciones Finales.

El Título I tiene una enumeración de los derechos de la infancia, pero el núcleo esencial del texto legal está en el Título II, en lo que respecta a nuestro estudio, pues en él se establecen las líneas generales de la acción protectora para los niños murcianos.

(20) Ver *Normativa*, tomo 1995-96, pág. 1281.

Según el artículo 11 de la Ley, primero de este Título, *la acción protectora de los menores comprenderá todas aquellas actuaciones encaminadas a prevenir o erradicar situaciones de riesgo o desamparo de la infancia*. Según el artículo 14, *las Administraciones de la Región de Murcia tienen la obligación de atender las situaciones de emergencia que presente cualquier menor*, y en el artículo 22, *se consideran las situaciones en que el menor está desamparado en los términos del artículo 172 del Código Civil*.

La guarda voluntaria se regula en el artículo 27, y en el artículo 28 se establece que la Entidad pública correspondiente podrá transitoriamente confiar la guarda de los menores al Director de la casa o establecimiento en que sean internados o a las personas que lo reciban en acogimiento. Este acogimiento, según el artículo 31, tiene como finalidad la adaptación de los menores a la vida en familia, de manera transitoria, bien para su reinserción en la familia de origen o como paso previo a su posible adopción. En los artículos 39 y 40 se regula lo relativo a las propuestas de adopción y al modo en que se organiza el período preadoptivo.

J) NAVARRA (21)

La Comunidad Foral de Navarra fue cronológicamente la primera que formuló una legislación especial en materia de protección de menores. La Ley Foral 14/1983, de 30 de mayo, de Servicios Sociales de Navarra, consideró actuación prioritaria a realizar por su Administración en el ámbito de la infancia y la juventud, el apoyo económico y familiar, cuando así sea posible, para el mantenimiento del niño en su hogar, evitando el desarraigo de su medio familiar, la adopción plena de menores abandonados, los servicios de familias sustitutas, así como los hogares familiares y centros educativos de primera infancia.

Esta norma legal ha sido desarrollada y completada por el Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, sobre adopciones, acogimiento familiar y atención a menores.

En su artículo 1 se establece que las competencias en materia de protección y tutela de menores en Navarra están asignadas al Servicio Regional de Bienestar Social, el cual procederá a las actuaciones que se señalan en el artículo 2.

En el artículo 4 se establece que el apoyo a la familia en las situaciones en las que los menores resultan desprotegidos serán el objetivo prioritario, guiándose por el principio de mantener al menor en su propio medio natural

(21) *Normativa*, tomo 1985-86, pág. 1374.

en tanto no se demuestre que la familia resulta manifiestamente contraria a la dignidad y derechos del menor.

Los artículos 7 a 13 regulan las adopciones, debiendo solicitarse al Juez competente la declaración de la situación de abandono, señalándose los requisitos que deben reunir los posibles adoptantes.

En los artículos 14 a 18 se regula el acogimiento por familias sustitutas o en hogares y residencias infantiles y en todo caso, según el artículo 23, corresponde al citado Servicio Regional de Bienestar Social realizar las funciones y actuaciones necesarias en defensa de los menores.

K) LA RIOJA (22)

La Ley 2/1990, de 10 de mayo, estableció en La Rioja el Sistema Público de Servicios Sociales, la atención específica a la infancia y la adolescencia. Y por Decreto de 18 de abril de 1991 se establecieron medidas para aplicar en La Rioja la Ley nacional de 1987, que ahora se deroga y sustituye.

En la Ley autonómica 4/1998, de 18 de marzo, del Menor, se trata de dar cumplimiento en las leyes generales y reconocer los derechos de los menores, adaptando su contenido a la Ley Orgánica 1/1996. Se regula el procedimiento de la declaración de desamparo y de las restantes medidas de protección, incluyendo la declaración de situación de riesgo de los menores reconocidos en la legislación estatal y en la propia Comunidad Autónoma.

Tiene la Ley 96 artículos y varias Disposiciones Adicionales y Transitorias. Tras los principios rectores, se regulan los derechos del menor, las medidas protectoras, en especial la prevención de situaciones de riesgo, desamparo y tutela; igualmente se regulan la guarda, el acogimiento familiar y la adopción y sus procedimientos y, por último, se articula el llamado acogimiento residencial.

L) CASTILLA-LA MANCHA

Esta Comunidad Autónoma ha regulado la materia por la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha (23), tratándola ampliamente a lo largo de 99 artículos, seis Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y cuatro Finales.

(22) Ver *Boletín de Información* del Colegio de Registradores, núm. 36, pág. 919.

(23) Su texto puede verse en el Diario Oficial de dicha Comunidad Autónoma del 16 de abril de 1999, en el *Boletín* del Colegio de Registradores del mes de mayo de 1999.

Los artículos están contenidos en cinco grandes títulos, que se subdividen en capítulos, que vamos a resumir.

El Título I, de los Derechos y Deberes del Menor, consta de tres capítulos. El capítulo I, de los Principios Generales, trata de la protección de los Derechos, la divulgación de los mismos y la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos de Castilla-La Mancha.

La defensa de los derechos del menor es la base de la presente Ley y por ello se contemplan todos los medios necesarios para cubrir tal fin, sin excluir la necesidad futura de crear una figura específica a estos efectos.

En el capítulo II se contiene una enumeración de los derechos del menor, en consonancia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y en la Ley Orgánica 1/1996, así como las actuaciones que desde la Administración Autonómica se llevarán a cabo para garantizar, proteger y promover el cumplimiento de los mismos.

Asimismo aparecen en el capítulo III los deberes de los menores con especial referencia a su contribución al desarrollo de la vida familiar y de comportamiento cívico.

El Título II, de Protección Social y Jurídica del Menor, consta de once capítulos, y recoge el conjunto de medidas destinadas a prevenir e intervenir en las situaciones de riesgo, desamparo y conflicto en que el menor pueda verse implicado.

El capítulo I trata de las Disposiciones generales. De éstas cabe destacar la fijación de los equipos interdisciplinares en la Consejería competente en materia de menores, como órgano colegiado que garantizará la imparcialidad y objetividad.

Dentro del capítulo II de este Título se recogen las medidas de prevención y apoyo a la familia, no limitándose estas últimas a las típicas ayudas de carácter económico, sino que además se prevén otras de carácter técnico, entendiéndose éstas prioritarias y más eficaces dentro del sistema de protección de menores.

Se define en el capítulo III la situación de riesgo, regulándose el procedimiento para su apreciación, así como las medidas que se llevarán a cabo dentro del oportuno programa de intervención familiar, destacando la necesidad de que en cada programa exista un profesional responsable del caso.

El capítulo IV trata de la guarda, con expresa remisión a lo que sobre dicha figura se contempla en la legislación civil.

En el capítulo V, de la Situación de Desamparo, se definen aquellas situaciones que dan lugar al desamparo y se establece el procedimiento para proceder a su declaración.

En el capítulo VI, de la Tutela, se recoge la necesidad de que en la propia resolución administrativa, por la que se asume la tutela, deben constar las medidas de protección a adoptar con el menor, garantizándose asimismo la

atención inmediata de los mismos a través de los centros de primera acogida o familias acogedoras.

El capítulo VII regula el Acogimiento, como medida para ejercer la tutela, marcándose como criterio general la prioridad del acogimiento en familia extensa y del acogimiento familiar respecto al residencial.

Dentro del Acogimiento Familiar es necesario destacar la necesaria formación de las familias acogedoras y las medidas de apoyo a las mismas, regulándose la figura del Acogimiento Familiar profesionalizado como instrumento que profundizará en la desinstitucionalización de los menores y en la atención profesionalizada de los mismos, requiriéndose para ello una especial cualificación de los acogedores.

Respecto del acogimiento residencial destaca el hecho de que esta medida pueda ser complementada con la estancia del menor con familias acogedoras durante períodos de tiempo, incidiendo de nuevo en evitar la institucionalización de los menores; asimismo se exige que los centros se organicen en unidades de convivencia reducidas, debiendo contar los mismos con figuras de referencia estables, así como que el personal que presta sus servicios en estos centros deberá contar con una formación muy especializada y de carácter continuado.

El capítulo VIII, de la adopción, regula, dentro de los términos previstos por la legislación civil del Estado el procedimiento de declaración de idoneidad de los mismos, dentro del cual se recoge como imprescindible la realización de un proceso de formación de los solicitantes, con una doble finalidad: en primer lugar de autoevaluación de las capacidades para continuar en el proceso y, en segundo lugar, como preparación para que se adquieran las habilidades necesarias que disminuyan y eviten los riesgos de fracaso tras la culminación del proceso de adopción, no haciéndose ninguna distinción entre la adopción regional y la internacional. Se regula, asimismo, el Registro de todos los solicitantes que hayan superado el proceso de formación y selección.

En el capítulo IX, de los Menores en conflicto social, se recogen las actuaciones que la Administración autonómica llevará a cabo con aquellos menores que pudieran causar perjuicios a sí mismos o a otras personas, así como los que han cometido hechos tipificados como delitos o faltas y no tienen edad para exigirles responsabilidad penal.

El capítulo X, de los Programas de Autonomía Personal, recoge el compromiso de la Administración autonómica de continuar apoyando a aquellas personas que, durante su minoría de edad, han tenido alguna actuación protectora o judicial, debido a su situación de riesgo, desamparo o conflicto social, hasta lograr su plena autonomía personal y su integración social.

El capítulo XI regula el Registro de las situaciones del menor en el que se van a inscribir todas las actuaciones llevadas a cabo por el mismo, garan-

tizándose, por un lado, la confidencialidad de los datos, y por otro, que sólo se pueden utilizar en beneficio del propio menor.

El Título III, de la Ejecución del Medidas Judiciales, regula los criterios que va a seguir la Administración Autonómica en la ejecución material de las medidas adoptadas por los jueces de menores de aplicación de la normativa estatal reguladora de la jurisdicción de menores, tanto si se trata de medidas a ejecutar en el medio abierto, como si son medidas en centros, recogándose en el primer caso la figura del coordinador de medidas como figura clave en la supervisión de la ejecución de las mismas y en la coordinación con los órganos judiciales.

El Título IV, de la Distribución de Competencias, regula las funciones que ejercerá la propia Administración Autonómica, así como las que se atribuyen a los municipios, haciendo compatible el principio recogido en la Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha de descentralización de servicios en los municipios, con la necesaria profesionalización de las actuaciones a llevar a cabo en el sistema de protección a menores; en este sentido se ha optado por distinguir, a la hora de asignar competencias municipales, entre aquellos municipios que cuentan con servicios sociales básicos propios y en los que dichos servicios son prestados desde la Administración autonómica, asignándoles a los primeros competencias en materia de prevención, de intervención en situaciones de riesgo, de corresponsabilidad en el desarrollo de determinados programas en situaciones de desamparo y conflicto social y de colaboración en la ejecución de medidas judiciales en medio abierto.

No obstante, con el fin de potenciar el proceso de descentralización de los servicios sociales en los municipios, la Disposición Adicional segunda prevé la posibilidad de que determinadas competencias de la Comunidad Autónoma se puedan delegar en los municipios mayores de 10.000 habitantes.

En el capítulo III de este Título se regula el funcionamiento y la acreditación de las entidades colaboradoras de atención a menores, como elemento fundamental de implicación de la sociedad civil en la promoción y presentación de los derechos de los menores.

El Título V, de Régimen Sancionador, recoge las infracciones y sanciones administrativas en materia de atención a menores, así como el procedimiento sancionador y los órganos competentes.

En definitiva, la Ley, que empieza a regir el 1 de julio de 1999, viene a regular un sistema de protección a menores moderno y profesionalizado, en el que se reconoce al menor, no sólo como sujeto de los derechos de toda persona, sino que además lo es de aquellos derivados de la especial protección que le es debida, garantizándole el respeto y la promoción personal, todo ello con el objetivo de lograr el mayor nivel de bienestar para los menores de Castilla-La Mancha.

M) CANTABRIA

En el *BOE* de 28 de mayo, se publica la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria, que persigue, en su aplicación, el superior interés de la infancia y la adolescencia sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Del mismo modo, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán interpretarse en forma restrictiva. La Ley recoge y regula los derechos de los menores en su capítulo II, produciéndose un reconocimiento genérico de los mismos.

Se introduce en el texto legal la figura del Letrado Defensor del menor y del adolescente, el cual desarrollará cuantas actuaciones sean necesarias para la adecuada defensa de estos derechos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria, incorporando a nuestra legislación esta institución, al igual que se recogen otras leyes análogas de distintas Comunidades Autónomas.

El capítulo III establece, en diversos grados y formas de intervención, tres diferentes campos de actuación administrativa con esta proyección: Prevención, riesgo y desamparo. En materia de prevención y riesgo se recoge la colaboración que pueden prestar los servicios sociales comunitarios, resaltando el papel que tienen los Ayuntamientos en el desarrollo de estas funciones.

El concepto de riesgo emana de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y, a pesar de ser una situación que perjudica el desarrollo personal o social del menor, no requiere la asunción de tutela por ministerio de la ley. Por lo que se refiere a la situación de desamparo (art. 28), debe aludirse al establecimiento y definición por la Ley de una serie de factores indicadores de tal situación, evitando así en lo posible la libre discrecionalidad en la apreciación y valoración del desamparo.

El capítulo IV define y desarrolla las diferentes medidas de protección que el ordenamiento jurídico prevé en esta materia. Así, el artículo 34 previene la obligatoriedad para la Administración de efectuar un inventario de bienes y derechos del menor sujeto a tutela. Seguidamente, el artículo 35 implica una primera atención y observación para la fijación del diagnóstico de los menores desamparados, en centros o unidades de primera acogida dispuestos al efecto por la Administración de la Comunidad Autónoma.

De otra parte, la figura de la guarda y del acogimiento tienen amplia cabida y regulación en la Ley: Concepto, ejercicio, temporalidad, condiciones, seguimiento y modalidad, debiendo destacarse el artículo 55, el cual posibilita el derecho de visitas entre el menor y su familia biológica.

Por su parte, la sección cuarta de este capítulo define el concepto de acogimiento residencial, señalando cuál es el contenido de esta acción, los tipos de centros que pueden contemplarse y su régimen de funcionamiento. Se introduce una medida de carácter extraordinario, que permite prorrogar las medidas en

beneficio de mayores de dieciocho años cuando así se considere conveniente para el desarrollo del que ha pasado a la mayoría de edad (art. 65).

El capítulo finaliza con la previsión contenida en el artículo 67, que posibilita a la Administración para recabar de la autoridad judicial el pertinente auxilio de los agentes policiales.

El capítulo V de la Ley se inicia con la referencia a la adopción nacional, continuando con los aspectos concretos de la adopción internacional, cuya materia reviste caracteres de novedad por encontrarse en candente actualidad, produciéndose una primera regulación de ámbito autonómico de carácter genérico, con referencia a las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional (art. 78).

La Ley dedica el capítulo VI, completo, a un aspecto de relevante importancia en el campo de la protección de menores como es el de las instituciones colaboradoras, apoyándolas, estableciendo los requisitos para otorgar su habilitación, sus funciones específicas, la necesaria confidencialidad en sus actuaciones, así como la posibilidad de ser declaradas de *interés social*.

La Ley regula, en su capítulo VII, cuanto se refiere a los Registros, diferenciando el de Protección de la Infancia y Adolescencia (sección primera) del de Instituciones Colaboradoras (sección segunda).

Finalmente, el capítulo VIII recoge las infracciones y sanciones en que incurrirán los que incumplieran lo dispuesto en la Ley, como normas de policía administrativa que permitan disponer a las Administraciones públicas de un elemento coercitivo en defensa y beneficio de los derechos de los menores y su posibilidad de ejercerlos, frente a cualquier otro interés que ilegítimamente pretenda convertirse en límite de su contenido o impedimento de su ejercicio.

VIII. CONCLUSION

Para estudiar las nuevas tendencias legislativas de la protección al menor hemos saltado desde el antiguo sistema tutelar del Código Civil, pasando por las leyes de reforma de 1983 y 1987, hasta la última Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, con las complementarias normativas autonómicas.

La Ley de reforma de la tutela de 1983 supuso sustituir la figura única del tutor por la pluralidad del curador y el guardador de menores que ahora existe y además la extensión del defensor judicial al ámbito tutelar y no sólo a las relaciones paterno-filiales como ocurría con anterioridad.

Pero lo que más destaca es la sustitución del sistema familiar de la tutela antigua por la tutela de autoridad que pone el centro del sistema en la autoridad del Juez.

La guarda de hecho ha sido otro escalón destacable en este itinerario, al que ha venido a añadirse la nueva normativa sobre la adopción.

La Ley de 1987 dio nueva redacción al artículo 172 del Código Civil, cuyo primer inciso es bien elocuente, pero más aún lo es la Disposición Adicional 1.^a de la Ley, que cede esta materia a los entes autonómicos.

Como hemos visto, varias Comunidades Autónomas han aceptado esas competencias y han puesto en marcha los órganos y dispositivos correspondientes.

En definitiva, se ha producido, creemos que satisfactoriamente, la reforma del sistema de protección al menor que tanto la doctrina como la realidad social venían reclamando, y dicha reforma se ha realizado en todo, acorde con las orientaciones actuales del Derecho comparado y de la doctrina jurídica española.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN
Curso de Doctorado de la Universidad CEU-S. Pablo