

Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción

SUMARIO: 1. PREAMBULO.—2. LOS PERFILES DE SISTEMÁTICA LEGAL Y CONCEPTUAL EN LAS SITUACIONES PREVIAS A LA ADOPCIÓN: 2.1. LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO FÓRMULAS ALTERNATIVAS LEGALES DE PROTECCIÓN AL MENOR. 2.2. LAS CONEXIONES ENTRE LA TUTELA AUTOMÁTICA Y LA EFICACIA EXTINTIVA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA TUTELA ORDINARIA.—3. **LAS NECESIDADES PUBLICAS ASISTENCIALES DE LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA:** 3.1. EL ESPACIO DE LAS FIGURAS PREADOPTIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA. 3.2. LA INVASIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO DEL DERECHO DE FAMILIA. 3.3. LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL O DE PRESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MEDIANTE LOS INSTRUMENTOS DE LA TUTELA Y DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR.—4. **CONCLUSIONES.**

1. PREÁMBULO

El presente trabajo versa sobre un aspecto concreto de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción: Se trata de adecuar el ámbito y naturaleza de las funciones interventoras de las entidades públicas a las que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de menores en las fases previas de las que puede traer causa la adopción, esto es, por una parte, la del desamparo, con la correspondiente tutela *ope legis* del menor por la entidad administrativa, y, por otra parte, la de la guarda temporal por la persona o personas que lo reciban en acogimiento familiar.

Este interés viene motivado por una confusa comprensión jurídica del tema y que, no en vano, provoca disfunciones en el actuar cotidiano de las Administraciones Públicas dentro del marco de protección enunciado. El Preámbulo de la Ley reconoce en su párrafo 8 que "no se oculta, desde luego, que el éxito de la reforma vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas instituciones". Ya la literatura jurídica de primera hora surgida a raíz de la publicación y vigencia de la Ley de referencia alertó sobre los riesgos implícitos en torno a una posible incorrecta utilización de las atribuciones otorgadas a dichas entidades públicas (1).

Sentado lo anterior, es de advertir que el hilo conductor de la exposición parte de una de las conclusiones a que se llega en el estudio doctrinal sobre *Problemas de protección de menores*, que se inserta como complemento de la Memoria del Fiscal general del Estado —1989-1990— (2): "... hay que tener en cuenta que toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado, tanto en el orden procesal como en el material, donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto a las demás partes como ocurre en las esferas jurídicas administrativas..." Pues bien, es probable que sea el propio legislador de 1987 quien ofrezca alguna de las claves para el entendimiento del problema, porque teniendo por finalidad instaurar una intervención administrativa en el ámbito civil de la protección de menores, sin embargo ha recurrido a técnicas de Derecho privado a las que se atribuye, aparentemente al menos, un significado y alcance diferentes al que cabría asignarles a la vista del Código Civil (3).

Termino esta introducción con una reflexión del profesor ELÍAS DÍAZ que me parece oportuno evocar aquí por su hondura y lucidez (4): "... el Estado de Derecho como Estado con poder regulado y limitado por la Ley se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estado con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o, al menos, insuficientemente regulado y sometido al Derecho..., en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales..."

(1) ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987. Comentarios*, Dickinson, S.L., 1987, págs. 19, 23, 26 y 28; JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO, "La tutela 'ex lege', la guarda y el acogimiento de menores", *Actualidad Civil*, semana 11 a 17 enero 1988, pág. 77; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *Comentarios a la nueva Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987*, Civitas, 1989, págs. 51 y sigs.; MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, 1989 (Prólogo de ANTONIO GULLÓN), págs. 13-21.

(2) *Tapia*, diciembre 1990, págs. 74-75.

(3) MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 51-52.

(4) ELÍAS DÍAZ, "Estado de Derecho y sociedad democrática", *Cuadernos para el Diálogo*, 1972, págs. 14-15.

2. LOS PERFILES DE SISTEMÁTICA LEGAL Y CONCEPTUAL EN LAS SITUACIONES PREVIAS A LA ADOPCIÓN

2.1. LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR COMO FÓRMULAS ALTERNATIVAS LEGALES DE PROTECCIÓN AL MENOR

Hay que arrancar comprobando cómo las situaciones fácticas de desamparo y plena participación del menor en la vida de familia (matizada diferencia con la plena integración, que sería lo que caracterizaría a la figura de la adopción) (5) se encuadran en las instituciones que les da vida: La tutela por ministerio de la Ley del artículo 172.1 en relación con los artículos 215, 222.4, 239.1 y concordantes del Código Civil y el acogimiento familiar del artículo 173 del Código Civil.

Forman parte de la sección primera, capítulo V ("De la adopción y otras formas de protección de menores") y, bajo rúbrica, del título VII, libro I, del Código Civil, "De las relaciones paterno-familiares".

Ambas instituciones, a su vez, son propias del Derecho de familia, puesto que están reguladas por las normas de organización de las relaciones familiares básicas (el acogimiento) (6) y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones se pueden plantear (la tutela automática o por ministerio de la Ley) (7); y como precisamente expresa el Auto de 19 de octubre de 1990 de la Audiencia Provincial de Córdoba, quien frente a una solicitud formulada contra el Instituto Andaluz de Servicios Sociales para reintegrar a los menores al hogar familiar, la deniega acordando la constitución judicial de acogimiento y el mantenimiento de la situación legal de desamparo: "... el entrecruzamiento de las distintas enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trasciende la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano tan peculiares de las relaciones propias del derecho de familia..."

La tutela *ope legis*, cuya titularidad recae en la entidad pública, cobra efectividad cuando los particulares que ostentan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho han ocasionado que el menor se encuentre en situación de desamparo "por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia oral o material" (8), lo que acontece por complejas circunstancias sociales y hu-

(5) Véase artículo 178.1 del Código Civil.

(6) Véase artículo 173.1 del Código Civil.

(7) Véase artículo 172.1 del Código Civil. LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, 1989, pág. 36.

(8) Véase artículo 172.1 del Código Civil.

manas, y que requiere una declaración formal del órgano público después de una valoración fáctica.

El acogimiento familiar es un medio de adaptación a la vida en familia de menores desarraigados (9), que "se procura dotar de un contenido jurídico de carácter esencialmente personal a la relación que se crea entre el menor y la persona o personas a quienes se les confía" (párrafo 5 del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), lo que se concibe como un negocio jurídico de Derecho de familia en el que son precisos varios consentimientos, así como la mediación e intervención del órgano administrativo (10). A este propósito son aleccionadoras las palabras de PERLINGIERI: "La Constitución española no se limita a discurrir sobre la familia pensando sólo en la familia nuclear... Existen otras formas de agregación familiar jurídicamente relevantes: la familia adoptiva, la familia de afecto; hipótesis, por ejemplo, de agrupación familiar entre una persona acogida y un posible sujeto acogedor. La noción de familia es una noción múltiple digna siempre de tutela cuando representa un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen" (11). Sin embargo, es justo reconocer la existencia de un sector doctrinal que asigna a las relaciones entre acogedor y acogido el carácter de cuasi familiar y con cuyo planteamiento podría coincidir en tanto en cuanto se conviniera que la persona o personas que reciban al menor le acogen por delegación de la entidad pública que asuma únicamente la guarda provisional del artículo 172.2 del Código Civil, no desembocando nunca en la adopción; es así que una tal orientación se localizaría entonces extramuros de las figuras o fases previas con las que opero.

Vinculada con las situaciones de hecho mencionadas se halla la función protectora que de modo natural y por imperativo legal (12) los padres han de cumplir sobre los hijos menores de edad no emancipados; mas, sin embargo, en defecto de los padres o si éstos están imposibilitados, incapacitados o privados, ya sea provisional o indefinidamente, de ejercer esa función, surge la necesidad de atender a los menores en virtud de otras instituciones tuitivas (13). Con JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, se puede afirmar que el principio rector de toda actuación referente a la protección del menor es velar por su bien, y esto, antes que por el bien de los padres, por lo que

(9) ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 1.

(10) JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO, *ob. cit.* en nota 1 (2.^a parte), semana 18 a 24 enero 1988, pág. 138.

(11) P. PERLINGIERI, // *Diritto civile nella legalità costituzionale*, 1984, y *La personalità umana nell'ordenamiento giuridico*, 1972.

(12) Véanse artículos 154, párrafo 2, y 170, párrafo 1, ambos del Código Civil.

(13) JOSÉ M.^a CABALLERO GONZÁLEZ, "La tutela de menores en situación de desamparo", *La Ley*, 31 mayo 1988; DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Revista de Derecho Privado, 1984, pág. 525.

la medida que se tome por el Ente público (o por la Autoridad judicial en su caso) no lo es tanto en contra de los progenitores como a favor de las circunstancias del menor (14). Es esta dirección la que ha arraigado en nuestra jurisprudencia, reconociendo en la patria potestad aquella institución establecida en beneficio de los hijos (15).

Igualmente reconoce nuestro Alto Tribunal el interés público de la patria potestad declarando que "estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia, es necesario que la misión encomendada al padre de familia asuma un carácter de importancia social del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad..., así como, sobre todo, el derecho del poder público de vigilar, corregir y, a veces, suplir la obra del que ejercita la patria potestad, intervención que encuentra por parte de los Estados actuales el mayor desenvolvimiento..." (16).

2.2. LAS CONEXIONES ENTRE LA TUTELA AUTOMÁTICA Y LA EFICACIA EXTINTIVA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LA TUTELA ORDINARIA

Una cuestión de principio que se observa es la atinente a que dentro del capítulo I ("Disposiciones generales"), título X ("De la tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados"), el artículo 215 del Código Civil establece unos sistemas de protección en donde no se alude a la patria potestad y que incluye en el primer ordinal con un significado de globalidad a la tutela. Partiendo de aquí, el supuesto de hecho que analizo se reconduce a que la tutela por ministerio de la Ley del artículo 172, en concordancia con el número 4 del artículo 222 del Código Civil, se producirá en los casos en los que el menor esté sometido a la patria potestad o a la tutela, en contraste con la técnica protectora de la tutela ordinaria que opera cuando el menor de edad no está sometido a la patria potestad (17).

Ahora bien, puede ocurrir que aun cuando el menor esté sujeto a la patria potestad o a la tutela, éstas no se ejerciten eficazmente al hallarse aquel en situación de desamparo, dando lugar a la finalidad asistencial de la tutela *ope legis* (18), ya que ésta atiende a una falta de ejercicio o a un

(14) JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, *La tutela "ex lege" o tutela de los menores en situación de desamparo*, Actualidad Civil, 1989, pág. 1820.

(15) Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955, 20 de septiembre de 1960 y 24 de abril de 1963 reiterándose el mismo principio hasta la actualidad.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1960. DIEGO ESPÍN, *op. cit.*, págs. 436-437.

(17) ENCARNA ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pág. 222 (comentario art. 215); JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, *id.*, pág. 269 (comentario art. 222).

(18) Véase artículo 172.1 del Código Civil.

ejercicio deficiente de la patria potestad, tutela o guarda de hecho. Es por este motivo que de acreditarse dichos extremos la tutela por ministerio de la Ley desembocará automáticamente en la eficacia extintiva de la patria potestad, de la tutela ordinaria o de la guarda preexistente, y por lo tanto por esta vía se alcanzará el resultado de aplicar directamente la disposición general contenida en el artículo 215 del Código Civil; es decir, que en definitiva se instaura un régimen tuitivo de menores para los casos de ausencia o inexistencia de la patria potestad, ya sea en sede de titularidad (tutela ordinaria), ya sea en sede de efectividad de los poderes aglutinantes de la misma (tutela automática). Esta solución se compaginaría bien con la aportada por el profesor SANCHO REBULLIDA, para quien la tutela administrativa del artículo 172.1 del Código Civil habrá de subsumirse en los preceptos del título X, libro I, que regula la tutela "ordinaria", caracterizándola, por contraposición a esta última, como especial, administrativa, automática, subsidiaria y transitoria (19). Expuesto el problema, queda por debatir su consecuencia lógica, cual es la posible compatibilidad entre la privación total o parcial de la titularidad de la patria potestad por obra del artículo 170 del Código Civil y la remoción de los cargos de tutor, curador y guardador de los artículos 247 y concordantes del Código Civil, con la eficacia extintiva (extinción de los efectos propios de la titularidad) que de hecho (y como mera situación fáctica, que técnicamente no puede confundirse con la resolución judicial sobre privación de la titularidad) lleva aparejado el acuerdo administrativo del artículo 172.1 del Código Civil. Planteado en estos términos, parece que la tutela por ministerio de la Ley, que pudiera devenir en adopción, se configura más bien como un tránsito, o *conditio iuris*, hacia la extinción *strictu sensu* de la patria potestad, tal y como lo previene el artículo 169.3 del Código Civil; o, si se prefiere, a la vista del inciso segundo del número 2, apartado 2, del artículo 177 del Código Civil ("deberán asentir a la adopción los padres del adoptando a menos que... o se encuentren incursos en causa para su privación..."), como un *interin* difuso e incierto encaminado a la privación legal del artículo 170 del Código Civil.

Finalmente, en este contexto hay que tener en cuenta la incidencia que en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad puede tener la valoración discrecional de los órganos administrativos de la situación de desamparo (lo que de hecho se produce por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección) en relación con la privación de la patria potestad que, en su caso, pudiera decretar el Juez por

(19) SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de familia*, Madrid, 1989, págs. 53 y sigs.; básicamente en la misma dirección se orienta, aun cuando con matizadas diferencias, la profesora ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *Comentarios centenario Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. II, págs. 2049-2050 (véase art. 239 CC).

sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. En todo caso, conviene puntualizar que se trata de una cuestión indeterminada legalmente y que ha estimulado encendidas polémicas doctrinales en torno a la pureza técnica del texto legal reformado (20).

3. LAS NECESIDADES PUBLICAS ASISTENCIALES DE LA LEY 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, EN EL MARCO DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1. EL ESPACIO DE LAS FIGURAS PREADOPTIVAS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Es innegable la desorientación de analistas en general y de aplicadores en particular sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, porque se impone un sistema de intervención y control administrativos en el ámbito civil de la protección de menores que se fundamenta en la primacía del interés del menor desvalido (en la fase constitutiva de la adopción se absolutiza con el adverbio "siempre") (21) y en la atribución de instrumentos de integración familiar que, según los casos y circunstancias, bien podrá ser el núcleo familiar originario o bien otro ajeno (22).

El substrato que late en la Ley es el de la vieja discusión doctrinal de la integración del Derecho de familia en el Derecho privado y, en definitiva, la demarcación entre el Derecho público y el Derecho privado. Es claro que nuestro legislador se ha decantado por considerar, preponderantemente, a estas instituciones jurídicas de carácter asistencial (tutela por ministerio de la Ley y acogimiento familiar) dentro del campo del Derecho privado, aun cuando se confirma un fuerte componente administrativista que no por ello desvirtúa su condición principal. Intuyo, en efecto, que una virtud del legislador en este punto consista en intentar superar por una síntesis la clásica y tajante dicotomía entre las grandes ramas del Derecho; mas ello no debe confundir la tamizada distinción de la que se hace eco tanto el propio legislador como la doctrina más depurada.

(20) José MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 65-66; MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, págs. 32, 33, 34, 37 y 38; ANTONIO GIL MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 18-19; ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *op. cit.* en nota 19, págs. 2041-2042, 2051-2052 y 2054.

(21) Véase artículo 176.1 del Código Civil, cotejándolo con la redacción de los artículos 172.4 y 173.2 del Código Civil y con la dicción de los artículos 1.826, párrafo 1; 1.828, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(22) Por lo que respecta a los períodos que en estricto sentido pudieran avocar a una adopción, véanse párrafos 2, 4, 5, 7 y 8 del Preámbulo; los artículos 172.1, 3 y 4, y 173.1 y 2 del Código Civil; más los articulados 1.826.1 y 1.828.2 de la Ley Adjética; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 61 y 205.

Comparto la pacífica idea de que la Ley de Adopción ha significado el otorgamiento de un importante protagonismo a los entes públicos administrativos de carácter territorial cuyos fines serán otros: los de auxiliar y asistir a los menores desvalidos (23); la razón la manifiesta muy acertadamente FELIÚ REY: "Los entes u órganos administrativos desarrollan una labor de control y fiscalización de la actividad de los particulares, por cuanto se trata de una cuestión de interés público (la protección a la infancia desvalida)" (24).

Este interés público es diferente del oficio o función de Derecho público que a algunos civilistas, como CÍCU, sirvieron para negar al Derecho de familia la categoría de Derecho privado por entender que el centro de gravedad no es la idea de derecho subjetivo, sino la del deber jurídico. Según dicha escuela la estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar que no es un interés individual, sino un interés superior inserto en una relación de carácter orgánico que justifique la injerencia del Estado en el ámbito familiar (25).

Alternativamente puedo concebir, más bien, ese interés público que impregna a las figuras predecesoras de la adopción como el catalizador de la finalidad social de proteger a los menores privados de una vida familiar normal (26), por lo que me sumo a las explicaciones del profesor DíEZ PICAZO cuando dice: "... Debemos entender ahora que en el estado actual de nuestra sociedad la familia no es un organismo público o cuasi público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de la personalidad y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho privado" (27).

En cuanto a la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, ya el profesor DE CASTRO Y BRAVO expuso: "En el Derecho actúan dos grandes principios constructivos, el de comunidad y el de personalidad, ambos dirigidos hacia el fin común y en constante colaboración; los dos aparecen siempre en todas las normas, aunque uno de ellos quede en segundo término. Presididos por cada uno de estos principios se constituyen dos conjuntos bien caracterizados de normas; tratan unas de la reglamentación de la estructura, defensa y funcionamiento del Estado (Derecho político), y otros de la situación y conveniencia de las personas dentro del Estado (Derecho civil)... Su nota diferencial estará en cuál de los dos principios que los informan constituye su punto de partida y determina así su tendencia

(23) JOSÉ MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, pág. 77.

(24) MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, pág. 64.

(25) Recapitulado por Luis DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.* en nota 7, págs. 37-38; A. CÍCU, *Dirito de famiglia (teoria genérale)*, págs. 106 y sigs. y 157 y sigs.

(26) Véase Preámbulo de la Ley 21 /1987, de 11 de noviembre, párrafo 2.

(27) Luis DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.* en nota 8, págs. 37-38.

inmediata, caracterizando las relaciones jurídicas que organice". En consonancia con su parecer, el profesor HERNÁNDEZ GIL define el Derecho civil como "el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica en los derechos que le correspondan como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad" (28).

Por lo que ha sido expuesto, no ofrece duda que las actuaciones que preceden a la adopción han de ser reguladas por las normas ordenadoras del Derecho civil al estar implicadas en los fenómenos adoptivos y responder éstos a su "verdadera finalidad social de protección de los menores privados de una vida familiar normal" (párrafo 2, Preámbulo Ley 21/1987); y si uno de los objetivos del Derecho civil es la creación de un ámbito de responsabilidades donde debe crecer y desarrollarse el hombre (29), no puede soslayarse que las situaciones de desamparo y de plena participación del menor en la vida familiar ajena se dirigen hacia el más pleno y armonioso desarrollo de la persona humana dentro de "una vida familiar normal".

Este enclave no se desvirtúa por la necesaria y prudente influencia pública en las instituciones que albergan una determinada "función social", como acontece con la adopción (30) y, de suyo, con las figuras que la determinan o puedan determinar, ejerciendo aquélla una "vis atractiva" sobre éstas en relación con la funcionalidad inspiradora que les da vida (31). Es así como

(28) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Civitas (reedición 1984), págs. 115 y sigs.; ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El concepto de Derecho civil*, Revista de Derecho Privado, 1943, pág. 173.

(29) JAVIER SAINZ MORENO, *Esquema de las ciencias del Derecho positivo*, Madrid, 1977, pág. 39.

(30) En nuestro país es la reforma del Código Civil de 24 de abril de 1958 la que emprende la senda de la "función social de la adopción", siendo continuada por la Reforma de 4 de julio de 1970 y alcanzando un estadio de mayor perfección la actual de 11 de noviembre de 1987.

(31) Desde una perspectiva jurídico-positiva, es constatable que siendo unánime la consideración doctrinal de la patria potestad como una función social (v. art. 154 en relación con el art. 170, ambos CC) y siendo así que el artículo 108 del Código Civil equipara efectivamente la filiación por naturaleza y la adoptiva, determinando una nueva vigencia del principio *adoptio naturam imitatur* y en tanto que el artículo 110 del Código Civil dispone que el padre y la madre (ya sea por filiación natural o por filiación adoptiva), aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, es evidente, reafirmo, que la filiación adoptiva participa de la cualidad de función social. Sin embargo, no se debe olvidar, al hablar de estos temas, la frecuente intervención administrativa en materia de educación, instrucción y alimentos, que, por descontado, no hace decaer el preeminente carácter privado y civilístico de la materia. *Eadem rationem* para la inteligencia de la tutela como oficio o función social, esto es, como una situación de derecho-deber, ya que, con fundamento, en la atribución de poderes existe el deber de ejercitarlo en beneficio del tutelado por analogía a la patria potestad a la que suple; por tanto, función social de Derecho privado

se explica que la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 reconoce el impulso inmediato de la personalidad humana del menor gracias al empleo por el Estado de todos los medios y cauces adecuados (32).

3.2. LA INVASIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO DEL DERECHO DE FAMILIA

Los preceptos de la Reforma de 1987 encarnan la asunción previa por la Administración de una protección integral de los menores cimentada en el artículo 39.2 y 4 de la Constitución española de 1978 y refrendada por el Convenio sobre los Derechos del Niño (33): Este principio general se ve confirmado por el artículo 172.1 del Código Civil cuando propugna tácitamente que sean las propias entidades públicas territoriales de protección de menores quienes tomen la iniciativa de apreciar la concurrencia de las circunstancias que den lugar al desamparo.

Estoy tratando de un postulado nada baladí, ya que en su sede han meditado estudiosos del Derecho, sirviéndose algunos de ellos de métodos que bien pudieran calificarse de *lege ferenda* (34). Todos estos trabajos se apoyan en la administrativización de las instituciones de Derecho civil que

porque viene a satisfacer necesidades familiares (véanse arts. 215, 216 y concordantes del Código Civil).

(32) Aun cuando básicamente me remito a la referencia "Instrumento de Ratificación por el Reino de España del Convenio-Acuerdo Internacional de 20 de diciembre de 1990" (BOE 31 diciembre 1990), sin embargo considero interesante transcribir algunas de sus disposiciones más destacadas al respecto:

Así, por ejemplo, apartado 5 Preámbulo: "... Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños..."; artículo 3.2: "Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... y con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas"; artículo 20.1: "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

(33) Véase nota 28 (BOE 31 diciembre 1990): Son ilustrativos los artículos 3.2, 19, 20, 27 y siguientes del Convenio sobre los Derechos del Niño.

(34) JOSÉ MANUEL RUIZ RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 64-71, quien de *lege data* reconoce que la decisión sobre la declaración de desamparo debe corresponder al ente público; no satisfecho, sin embargo, con esta solución, busca otras respuestas de tipo *lege ferenda* cuya dificultad admite dado el aparente choque frontal con los artículos 172 y 173, reformados, del Código Civil. RUIZ RICO piensa que, habida cuenta que toda privación de la patria potestad exige una sentencia judicial, también aquí será imprescindible aunque por la vía de declarar judicialmente el desamparo. MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, pág. 34, escribe:

"... La no admisión de una intervención judicial en la declaración de la situación de desamparo podría dar lugar a un fraude legal consistente en la aplicación del supuesto previsto en el artículo 172, con la consecuente inaplicación del artículo 170. Por ello

tienen por objeto la guarda de menores (35), siendo tal administrativización la que motiva la dificultad de explicar la Reforma de 1987 recurriendo exclusivamente a técnicas de Derecho privado, aun cuando, de contrario, tampoco resulta fácil hacer incidir en el texto legal unas técnicas propias del Derecho administrativo elaboradas al margen de su aplicabilidad en el Derecho civil: de consuno me adhiero a las consideraciones efectuadas en este sentido por, entre otros, PÉREZ ALVAREZ (36).

Pues bien, la iniciativa de apreciación, exclusiva y transitoria que se atribuye a las entidades públicas, con la titularidad en la guarda que de ella emana, deriva ya de una coherente evolución legislativa de carácter administrativo que procede del hoy vetusto y derogado (disposición derogatoria tercera CE) Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores, cuyo artículo 1 disponía que "la protección de menores es una institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de organismos y servicios protectores...; por ello, cuando resulte preciso para acudir a las necesidades que ofrezca la realidad social y para atender a los menores desamparados se dirigirá a los Ayuntamientos y Diputaciones..." El artículo 5 de dicho Texto Refundido preveía entre las funciones de la obra de protección de menores "el amparo a los menores moralmente abandonados recogiendo en la vía pública", así como "ostentar la representación legal de los menores protegidos que carezcan de ella..."; ocurre, empero, que la asignación funcional se ordenaba monolítica y concéntricamente por la propia institución del Estado.

Punto de inflexión orgánico lo constituyó la Constitución española de 1978, posibilitando a las Comunidades Autónomas para que asumieran competencias en materia de asistencia social, con lo que se han flexibilizado y ramificado las fuentes distributivas (37); esta asunción de competen-

debemos concluir defendiendo una cierta intervención judicial consistente en la previa declaración de la situación de desamparo..."

MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, pág. 78, argumenta de adverso: "... por muchos y ciertos que sean los inconvenientes del régimen jurídico que instaura la Ley 21/1987 y a pesar del silencio legal al respecto, entiendo que si se atiende a la *mens legislatoris* no cabe defender que la situación de desamparo haya de ser estimada *a priori* por el Juez".

Desde ángulo similar, véase ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *op. cit.* en nota 20, pág. 2066.

(35) MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, pág. 54; ETELVINA VALLADARES RASCÓN, *op. cit.* en nota 20, pág. 2053; JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 15, págs. 1820 y sigs.

(36) MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 62-63.

(37) Véase nota 20 (art. 148 CE).

En cuanto a la incidencia del concepto de asistencia social en el ámbito de que se trata, es valioso rememorar una de las secuencias pronunciadas por el señor Ministro LEDESMA en la Comisión de Justicia del Senado: "En el texto legal se parte de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia

cias y traspaso de funciones en el área de protección de menores alumbra con la aprobación de las distintas leyes orgánicas de estatutos de autonomía y con los respectivos reales decretos de traspasos y transferencias de funciones y servicios de la Administración del Estado en la disciplina de protección de menores (38). Un repaso a las distintas exposiciones de motivos de las normativas autonómicas referenciadas a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y puestas en conexión con la Disposición Adicional primera de esta última (39), persuade de hasta qué punto por la propia naturaleza de las cosas era, desde una perspectiva lógica, previsible el pronunciamiento que se desprende del texto legal estatal, teniendo en cuenta además que los reales decretos de traspasos son anteriores a la presente reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente acaba por cerrar el círculo la promulgación de normas, bien de rango legal, bien de rango reglamentario, dictadas por los órganos competentes de las distintas CC.AA., para desarrollar y adaptar a la Ley comentada la fundamental participación de las entidades públicas a las que corresponda en el respectivo territorio la misión tuitiva de los menores, regulando la intervención, distribución de competencias y procedimiento de las unidades administrativas de gestión (40). La hilvanación y coordinación territoriales en la materia es de lo más dispar y desordenada, como lo muestra que, verbigracia, en las Comunidades Autónomas de Madrid, de Castilla-León y de Galicia se hayan aprobado, y sea ello motivo de elogio, reglamentos de los

de los servicios sociales de la Administración..., predominando esta consideración sobre otros criterios también muy importantes, como son los criterios técnico-jurídico..." (*Diario de Sesiones del Senado*, III Legislatura, 1987, pág. 1724), reseñado por M. A. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1.

(38) Sirvan de ejemplo, v.gr.: artículos 13-23 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre; Estatuto de Autonomía de Andalucía y Real Decreto 1080/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones en materia de protección de menores que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía; artículo 44.10 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, y Real Decreto de 1 de agosto de 1985 sobre traspaso de funciones; artículo 35.19 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón, y Real Decreto 1070/1984, de 8 de febrero, y 2051/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios; artículo 9.25 y 28 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña, y Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, por el que se traspasan los servicios y funciones que la Obra de Protección de Menores ejercía en el territorio de Cataluña...

(39) *'Adopción-Ley 21/1987 - Guía de aplicación y normativa de las CC.AA. que la desarrollan*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, págs. 57 y sigs.

(40) Véase, por ejemplo, en el texto reseñado en la nota anterior, el muy elaborado, detallado y casuístico ordenamiento de la Diputación General de Aragón, que se refunde en la Ley 10/1989, de 14 de diciembre (*BOE* 5 enero 1990), de la Comunidad Autónoma de Aragón; las medidas mucho más parcas, ambiguas e imprecisas de la Junta de Andalucía, o las señeras e iluminadoras directrices de la legislación catalana.

expedientes administrativos de acogimiento de menores y adopción (Decreto de la Junta de Castilla-León 184/1990, de 20 de septiembre, o la Orden de la Comunidad de Madrid 175/1991, de 18 de marzo, que desarrolla el Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción, o la Orden de la Xunta de Galicia de 30 de abril de 1990 que desarrolla el Decreto 190/1988, de 28 de julio, en materia de acogimiento familiar de menores), "al evidenciarse por la experiencia obtenida la necesidad de dictar normas más precisas que clarifiquen requisitos materiales, así como criterios y procedimientos a seguir"; en tanto que, por el contrario, y por destacar sólo dos ejemplos de la incoherente y desdeñosa praxis autonómica, se dejan transcurrir casi cuatro años de la publicación de la Ley del Estado 21/1987, de 11 de noviembre (*BOE* 17 de noviembre), sobre adopción y otras formas de protección de menores, para que La Rioja por Decreto 14/1991, de 18 de abril, se decida a establecer las primeras medidas para su aplicación, o la casi tan extravagante y patológica de la Junta de Andalucía, que después de más de tres años no ha sido capaz de afianzar y desarrollar unas medidas que surgieron como provisionales y que se adoptaron por Decreto 281/1988, de 13 de septiembre, "por motivos de urgencia para posibilitar la aplicación de la Ley 21/1987 en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza", lo que repercute en una indudable e inquietante inseguridad jurídica. Cataluña y Navarra presentan ciertas peculiaridades, pues ambas Comunidades Autónomas ya habían legislado puntualmente sobre instituciones que más tarde fueron objeto de articulación por la Ley del Estado (Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, y Decreto 162/1986, de 9 de mayo, por el que se regula el trato y la prevención de la delincuencia y la tutela de los menores por defecto o inadecuado ejercicio de la patria potestad; en Navarra el Decreto Foral de 25 de marzo de 1986 sobre adopciones, acogimiento y atención a menores). De esta realidad proviene lo indicado de su posterior adaptación y modificación para facilitar la aplicación de los supuestos y realidades que se contemplan en la nueva Ley del Estado 21/1987. Del examen de las disposiciones de la Generalitat (de entre ellas también hay que destacar la Orden de 14 de marzo de 1988 por la que se regula la tutela de los menores desamparados) llama la atención la propiedad y lo ajustado de los términos y de la técnica empleada: No en vano la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, es el precedente legislativo inmediato de la Ley del Estado de 1987.

Si la propuesta del legislador de 1987 implica un férreo control de las actuaciones que preceden a la adopción, rodeando al menor de las garantías suficientes que acompañan a los procedimientos constituyentes del acogimiento o de la adopción y procurando la adecuada selección, de una manera

objetiva, de los acogedores o de los adoptantes (41), entonces ese método se aproxima a lo que la doctrina administrativa ha circunscrito como una determinada técnica operativa, por la que se invade el campo jurídico-privado: el protectorado; éste implica el respeto a que una determinada actividad continúe siendo privada, pero de tal forma vigilada en su actuación, bajo el imperio de normas administrativas, que puede hablarse de un auténtico protectorado estatal (42). De modo que, *prima facie*, lo que sí se constata es una fiel correspondencia entre los períodos previos al inicio del expediente de adopción y el Derecho privado, sin que ello sea óbice para que germine un fructífero proceso de infiltración del Derecho administrativo de mayor o menor intensidad; o, si se prefiere, y tal y como declara el profesor GARRIDO FALLA (43), es un hecho, y de máxima actualidad, que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al Derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la Administración que están sometidos al régimen jurídico-civil.

Acotando específicamente la alegación practicada, hay que entender que, una vez supeditado un acto de la Administración a este último régimen, lo coherente será invocar que sus consecuencias también hayan de regirse por aquél; así de diáfano se muestra FELIÚ REY (44) cuando califica la formalización del acogimiento familiar en el plano administrativo, vía artículo 173.2 del Código Civil, como un acto de naturaleza compleja: Una parte pública constituida por la intervención administrativa, consistente en que por el organismo o ente público se otorgue, si procede, la oportuna autorización, de tal suerte que sin la misma no se pueda constituir válidamente el acogimiento; y otra parte privada, o estrictamente negocial, integrada por la prestación de los restantes consentimientos. Ambas resultan de corte constitutivo y sus efectos o consecuencias jurídicas se cursan al Derecho civil; pero en tanto que la participación de las personas que vayan a recibir al menor y la de los padres que no estuviesen privados de la patria potestad o de la tutela en su caso también es preceptiva (de forma que si los padres o tutores no prestaren el consentimiento o no comparecieren su voluntad sería suplida por el Juez) (45), se llama la atención de que el

(41) Véase el Preámbulo de la Ley 21/1987, párrafos 2, 3, 7 y 8. El férreo control aludido se recapitula en la siguiente frase entresacada del párrafo 8: "... a las que se encomiendan, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar."

(42) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pág. 160; RAMÓN MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, Trivium, 13.^a ed., 1990.

(43) *Op. cit.* en nota 42.

(44) MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.*, pág. 168; nota 1, pág. 64.

(45) Véase artículo 173.2 en relación con el artículo 1.828, párrafos 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformados; JOSÉ MANUEL RICO, *op. cit.* en nota 1, págs. 139-140.

consentimiento de la entidad pública tiene el aspecto de una manifestación volitiva que cristaliza en un plus de garantía añadido en beneficio del menor, ya que, en definitiva, actúa en protección de la infancia desvalida, procurando la adecuada selección del acogedor y encomendándosele en todo caso la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar: no otra cosa es el férreo y tenaz control al que aludía anteriormente y que hace innecesaria la sustitución judicial.

Para terminar, entronco el principio general de la asunción previa por la Administración de una protección integral de los menores, del que partí al inicio de este apartado, con el hecho de que el ente público competente actúa como auténtica Administración Pública, "sirviendo con objetividad los intereses generales" (46), a lo que le compromete el artículo 39.2 y 4 de la CE; estos intereses generales a los que sirve se hallan comprendidos, en nuestro ordenamiento constitucional, dentro del título I, capítulo 3, bajo la rúbrica de "Los principios rectores de la política social y económica" con una formulación que los constitucionalistas alemanes llaman "determinaciones de los fines del Estado" y que no pretenden configurar verdaderos derechos fundamentales (están enclavados al margen del capítulo segundo sobre "derechos y libertades", pero incluidos en el título I, "De los derechos y deberes fundamentales"), sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado enunciando efectivas normas jurídicas (47). Además y como es sabido, las finalidades programáticas no prejuzgan la adscripción particular de cada una de ellas a cualesquiera de las ramas del Derecho: Es decir, que los poderes públicos personifican *in genere* la gestión de bienes e intereses de la comunidad política a la que se limitan a servir, conformando el orden social mediante una intervención directa o mediante la participación activa del Estado (u otro sujeto de la Administración Pública) en las funciones de la vida social, empleando para ello las técnicas apropiadas.

Continúo el planteamiento para resaltar que mediante los principios rectores se conduce o gobierna, en un sentido amplio, a la comunidad política al logro de sus fines esenciales, satisfaciendo sus exigencias en un plano de la actividad estatal previo a la clásica división de poderes; perspectiva esta certificada por el artículo 53.3 CE, el cual irradia el reconocimiento, respeto y protección de los principios a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos. Por tanto, por este conducto se armoniza el artículo 103.1 de la Constitución, que incide íntegramente en la Administración Pública, con la gerencia de los poderes

(46) Véase artículo 103 CE.

(47) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 109-110.

públicos *latu sensu*, que asegura, por ejemplo, la protección de la familia, de los hijos y de los niños en general (48).

3.3. LA ACTIVIDAD ASISTENCIAL O DE PRESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA MEDIANTE LOS INSTRUMENTOS DE LA TUTELA
Y DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Presupuestos del enunciado de este apartado lo constituyen la titularidad pública de la tutela, por un lado, y, por otro, la titularidad de la guarda que la misma lleva aparejada y que es ejercitable tanto por la Administración directamente como por delegación por la persona o personas que reciban al menor en acogimiento.

La intervención pública directa se apoya legalmente en la claridad lexicográfica del artículo 172.1 y 3 del Código Civil y en las posibilidades de actuación conferidas a "las autoridades competentes" por el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (49).

Si se quiere catalogar la actividad administrativa contemporánea en el ámbito de análisis, de las tres formas tradicionales de actuación administrativa: policía, fomento y servicio público, deberán excluirse por definición las dos primeras. Efectivamente, el elemento unificador, tanto en la actividad de policía como en la de fomento, es el de destacar la presencia del particular: en la de policía, utilizando una serie de medidas coactivas para que ajuste su comportamiento a un fin de utilidad pública; en la de fomento, protegiendo o promoviendo aquellas actividades debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas.

El servicio público, por el contrario, es una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares. Es esta la descripción administrativista que se compadece con el diseño delineado por los artículos reseñados del Código Civil y de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por la Disposición Adicional primera de la Ley reformada. El profesor GARRIDO FALLA evoca, en fin, que el servicio

(48) Véase FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, págs. 29, 59 y sigs.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, en *op. cit.* en la nota anterior, considera que hoy en día la doctrina del acto político es inútil e innecesaria (págs. 535, 536); ahora bien, el mismo autor no descarta explícitamente la virtualidad teórica o de principios que esta doctrina de los actos políticos o de gobierno pudieran tener, sino que centra su juicio crítico en que ha servido, en un momento histórico determinado y hoy constitucionalmente superado, para justificar la injusticiabilidad de ciertos actos que no proceden de la Administración como persona jurídica.

(49) Reproducido en nota 28 el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

público implica una actividad para la satisfacción de necesidades públicas que, por consecuencias de circunstancias históricas determinadas, pasa a manos del Estado con carácter exclusivo o no; en cualquier caso se trata de actividades que sin repugnancia podrían estar en manos de particulares (50).

Particularizando al caso que me ocupa, cuando se habla de personas abandonadas y necesitadas de tutela se expresa una función social encomendada al Estado cuyos antecedentes se encuentran en las antiguas leyes de beneficencia y en los remotos artículos 212 del Código Civil, que atribuía la tutela a los jefes de las Casas de Expósitos, y 303 del mismo Cuerpo legal, el cual concedía dicha titularidad a la Administración de cada establecimiento de beneficencia; no obstante, según la interpretación más ajustada al espíritu de la redacción primitiva del Código Civil, la tutela de los menores a que se refería el artículo 303 no había de estar sujeta a la legislación común, sino que cuidaba de ella la Administración Pública. De ahí que, al menos doctrinalmente, fuese factible sostener la legitimidad rectora de las personas físicas bajo un régimen jurídico-privado, perfectamente separado y segregado de una legislación especial que iba **confiriendo** funciones tutelares a organismos públicos de naturaleza asistencial. Con la reforma del Código Civil (Ley 13/1983) en materia de tutela desaparece toda pretensión mixtificadora, alentada en un primer momento en pro de un régimen tutelar, asistencial y público favorecido por el sistema arbitrado vía artículo 242 que, se entiende, incluye en su ámbito a las personas jurídico-públicas en general (que no persiguen primordialmente el lucro) y, aprovechándose de la expresión aglutinadora empleada por dicho artículo ("personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa"), naturalmente, comprende además a las personas jurídico-privadas (asociaciones o fundaciones no lucrativas del tipo art. 35.1 CC). En consecuencia, pues, el Estado se atribuye competencias de servicio público, coadyuvando a sus funciones sociales (la protección de menores e incapacitados) los sujetos privados, esto es, bien las personas físicas (art. 239, redacción 1983), bien las personas jurídico-privadas (51).

(50) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, vol. II, págs. 150 y sigs.; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, pág. 72 (nota 93), menciona el primer "Informe del Anteproyecto Ley de Adopción" emitido por el Consejo General del Poder Judicial, en el que se lee: "... sería deseable que se configuraran las actividades públicas de guarda de menores desamparados o tendentes a su integración familiar como un auténtico servicio público de titularidad administrativa que pudiera ser objeto, bien de gestión directa, bien de gestión indirecta a través de instituciones colaboradoras; pero de tal modo que en cualquier caso la Administración conservara facultades inspectoras, coordinadoras y directivas respecto a la gestión del servicio..." La reforma legislativa definitiva refrenda las recomendaciones aconsejadas en su día por el máximo órgano de gobierno de los Jueces.

(51) Para un seguimiento discursivo e integrador acerca de la titularidad de la tutela véanse RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.* en nota 17, págs. 345 y sigs.

Por último, la Reforma de 1987 consume el círculo giratorio al decretar, con la calificación de exclusividad, la tutela administrativa por obra de la Ley cuando concurran los presupuestos extremos de desamparo prevenidos por el artículo 172.1 del Código Civil. Es importante insistir en el no combatido principio de que es a las entidades públicas y no a las instituciones privadas (asociaciones o fundaciones no lucrativas convenientemente habilitadas en su territorio como instituciones colaboradoras de integración familiar) a quienes compete la titularidad de la tutela de los menores desamparados y de que es a aquéllas y no a éstas a quienes compete decidir en orden la constitución del acogimiento en sede administrativa; y es que, en realidad, sólo por este cauce las entidades públicas podrán hacer efectivo el control administrativo que se ha querido instaurar, entre otros, por la técnica de la habilitación (52): De esta forma se estructura un auténtico servicio público de titularidad administrativa.

Para culminar este epígrafe, considero interesante la estimación del profesor GARRIDO FALLA cuando sostiene que, frente a la actividad administrativa por medio de coacción o mediante medidas de fomento, existe una actividad de prestación dirigida a proporcionar utilidad a los particulares impuesta cabalmente por razones de interés público y sintetizada en la locución "servicio público", la cual puede desarrollarse, bien sometido a un régimen de Derecho público, bien a un régimen de Derecho privado, habiéndose de entender, incluso, que la clásica exigencia del sometimiento de los servicios públicos a las reglas exorbitantes del Derecho público ha perdido gran parte de su vigencia (53). Por tanto, esta noción es susceptible de traspasarse fácilmente al ámbito de las actuales funciones interventoras de las entidades públicas en los primeros estadios, de los que más adelante puede surgir el título constitutivo judicial de la adopción.

(comentarios a los arts. 239 y 242 Ley 13/1983, de 24 de octubre), y MANUEL IGNACIO FELIÚ REY, *op. cit.* en nota 1, págs. 21 y sigs.

RODRIGO BERCOVITZ, págs. 349 y 361 de la obra referenciada, alude a la dispar interpretación gramatical facilitada por J. M. LETE DEL RÍO en sus *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, Edersa, Madrid, 1985, en donde aduce dialécticamente, como auténtica guarda asistencial de Estado, la enhebrada por el artículo 239 (redacción Ley 1983), en oposición al artículo 242 que contempla simplemente a las personas jurídicas no dependientes del Estado.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. VII, págs. 364-395, desarrolla de modo muy completo "La tipología de los entes públicos".

(52) Véase Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre; MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.* en nota 1, págs. 72-73.

En virtud de lo expuesto, hoy gana mayor coherencia la tesis mantenida por J. M. LETE DEL RÍO (nota 51) para comentar el artículo 242 del Código Civil, no modificado por la Reforma de 1987.

(53) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, vol. II, págs. 335 y sigs.; RAMÓN MARTÍN MATEO, *op. cit.* en nota 42; F. LÓPEZ RAMÓN, "Los límites constitucionales de la autotutela administrativa", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 115, 1988.

4. CONCLUSIONES

Como he tratado de demostrar, ni en la tutela por ministerio de la Ley ni en el acogimiento familiar, desde una perspectiva institucional y sistemática, cabe hablar de una participación administrativa de tal envergadura que sea capaz de ensombrear las evidentes consecuencias jurídico-civiles que emanan de la intervención de las entidades públicas a las que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. Lo que, ciertamente, no se niega es el protagonismo concedido a los entes públicos administrativos, en cuanto sujetos de Derecho que personifican los intereses generales de la comunidad (en este caso los de la infancia desprotegida), en dos de las ramificaciones principales en esta materia: En primer lugar, la tutela *ope legis* atribuida a los órganos administrativos competentes para aquellos casos verificados de desamparo, que ellos mismos evaluarán sirviéndose de sus propios equipos multidisciplinarios atendiendo a unos parámetros objetivos que limitan su discrecionalidad y que se encuentran recogidos en el Derecho común y general del Código Civil (art. 172.1 en relación con los arts. 154, 170 y 216); además, esta infiltración de las Administraciones en el ámbito jurídico-privado deberá ir acompañada o precedida de resoluciones e, incluso, procedimientos complejos inequívocamente jurídico-públicos (54), que sí serán fiscalizados, en su caso, por la jurisdicción contencioso-administrativa. De modo que si los presupuestos están regulados por procedimientos estrictamente administrativos, no cabe la menor duda que el producto de esa actuación, coetánea o preliminar, se inscribe en la órbita del Derecho privado: Es lo que la doctrina administrativista llama "Teoría de los actos administrativos separables" (55). Apoya la disección vislumbrada la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reforma Ley 21/1987, de 11 de noviembre) al prevenir que "en las actuaciones judiciales relacionadas con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas será competente el Juez de Primera Instancia del domicilio de la entidad...; luego es incontestable que entre las funciones protectoras se halla la declaración de desamparo, a partir de la cual se activarán las demás figuras tuitivas de guarda y custodia.

En segundo lugar, idénticas puntualizaciones habrán de hacerse respecto del acogimiento familiar o modalidad de ejercicio de la guarda, que la entidad pública delega bajo su responsabilidad en la persona o personas que ella misma selecciona, elección que cobra virtualidad en la subrayada como función mediadora que se instrumenta igualmente a través de un procedimiento específico de corte administrativista, garante del control previo ob-

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. VII, pág. 407; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.* en nota 53.

(55) *Idem* nota anterior.

jetivo para una efectiva integración familiar del menor, pues se asiste de equipos multidisciplinares *ad hoc* que aseguran una intervención de la entidad pública esencial y constitutiva. Ahora bien, la operatividad de la Administración Pública habrá de complementarse e integrarse necesariamente dentro del proceso constitutivo negocial del acogimiento familiar, en donde además se precisa la concurrencia de las voluntades de los sujetos que se verán afectados por el acogimiento. Por lo tanto, también aquí se constata una consecuencia jurídica de neto cariz privatístico, del que el ente u organismo público no puede prescindir.

Y tan es así que, primero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1981 declara "no ser suficiente que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que la materia sobre que verse su contenido sea administrativa, y no lo es, según el artículo 2 de la LJ, aquella que aunque relacionada con actos de la Administración Pública se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otra jurisdicción" (56). De forma que, ora una presumible oposición de algún interesado en el procedimiento de acogimiento administrativo (en el que puede inscribirse la declaración de desamparo), ora que la oposición se ventile en el expediente judicial de adopción por considerar que no se está incurso en causa para la privación de la patria potestad (lo que provoca el acuerdo de desamparo) o ya sea porque la entidad pública aprecie el cese de los motivos que condujeron a la declaración de desamparo y a la consiguiente, si es que a ello hubo lugar, delegación de la guarda; pues bien, en estos incidentes y en otros que se presentaran relacionados con las funciones de protección encomendadas a las correspondientes entidades públicas (y entre los que se incluyen los promovidos por ellas cuando no hubieran podido hacerse cargo del menor en situación de abandono por negativa de los padres o representantes legales a entregarlo) será competente el Juzgado de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda (con arreglo a lo dispuesto en el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), del domicilio de la entidad (57), etc.

Segundo, JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, compartiendo un convencimiento extendido, y desde luego el mío, escribe que "la asunción de tutela *ex lege* por el ente público (...) incide en el campo del Derecho de las personas (...); por tanto no son actos administrativos, sino actos de un ente público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil" (58). De ahí que

(56) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. 10, pág. 507.

(57) Véase artículo 6 de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que da nueva redacción a la regla 16 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conexión con la Disposición Adicional segunda de la reseñada Ley, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

(58) JOSÉ LORCA MARTÍNEZ, *op. cit.* en nota 14.

hayan de decaer las prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración cuando ésta se rige por su derecho estatutario o Derecho administrativo; de entre esas privilegiadas potestades, especial interrogante se cuestiona con la aplicabilidad o no de la ejecutoriedad del acto, pues si es notorio, como asegura la Memoria del Fiscal general del Estado, 1989-1990, que toda la materia de protección de menores se rige por estrictas normas de Derecho privado donde las entidades públicas no tienen ninguna posición de privilegio ni presunción de legalidad respecto de las demás partes (59), también lo será que sus acuerdos adolecen de ejecutoriedad y por lo tanto nunca en estricta técnica jurídica, a no ser que se incurra en arbitrariedad y en desvío de poder, podrán invocar los órganos administrativos la aplicación de los artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que ambos preceptos presuponen la presunción de legitimidad de las decisiones administrativas, en el doble sentido de que para ser obligatorias no precisan el previo control judicial y de que para ser factible ese control resulta imprescindible que la Administración decida previamente de manera ejecutoria: Es precisamente por esto por lo que abogo por la inviabilidad de la ejecutoriedad en la materia de protección de menores (Ley 21/1987, de 11 de noviembre) (60).

Tercero, la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 9.1 y 20 (61), distingue satisfactoriamente la doble dimensión del problema: por un lado, la hipotética separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos, medida adoptada por la autoridad competente a reserva de la revisión judicial (se configura en un plano sustantivo), y, por otro lado, el procedimiento aplicable para conformar con el método óptimo la solución más conveniente (se configura en un plano adjetivo o formal), pues como ilustra el profesor GARRIDO FALLA, el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades en garantía del particular, con el objetivo de lograr el mayor acierto y eficacia en las resoluciones administrativas (62).

FRANCISCO JAVIER ARELLANO GÓMEZ

(59) Véase nota 2; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.* en nota 53.

(60) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* en nota 47, cap. IX, págs. 472 y sigs.; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.* en nota 53; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *Derecho administrativo. Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad*, Universidad Autónoma de Madrid, 1985, págs. 13 y sigs.

(61) Véase nota 28.

(62) FERNANDO GARRIDO FALLA, *op. cit.* en nota 42, vol. I, págs. 545-546; F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.* en nota 53; RAMÓN MARTÍN MATEO, *op. cit.* en nota 42; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE, *op. cit.* en nota 60.