

LA INCIDENCIA DE LA TUTELA AUTOMÁTICA SOBRE MENORES DESAMPARADOS EN LA TUTELA ORDINARIA PREEXISTENTE.

Por Isabel Palomino Diez

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN.

Poco tiempo después de la importante reforma del Código civil en materia de tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se promulgó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que supuso la modificación de determinados preceptos tanto del Código civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, principalmente en materia de adopción. Como complemento de ésta y del acogimiento familiar, que se reguló con especial detalle, y como paso previo para la regulación más clara de ambas instituciones, la Ley de 11 de noviembre de 1987 dio normas sobre la tutela y la guarda de los menores desamparados¹, que constituyeron una *innovación en el régimen jurídico de la protección de menores en general*² y, en particular, de los que se encontraban en una situación de desamparo, del cual se hizo participar a la Administración a través de las entidades públicas competentes, que asumirían la tutela o guarda de esos menores. Todo ello trajo como consecuencia la introducción de una nueva y controvertida modalidad tutelar en el artículo 172.1 C.c., inserto en el Capítulo V, Título VII, del Libro I dedicado a la adopción y a otras formas de protección de menores, de la que se hicieron eco también los artículos 239.1 y 222.4 C.c., dentro de la normativa específica de la tutela. Esta novedosa tutela administrativa se acompañó de la *desjudicialización* de las primeras etapas de protección de los menores, que antes competían a la Justicia y ahora a la Administración, y de la consecuente potenciación del papel de las entidades públicas a través de sus servicios sociales. Al mismo tiempo, esta tutela suscitó una enorme controversia y un encendido debate doctrinal centrado en varios aspectos, algunos de los cuales, no todos, trataron de ser resueltos por la posterior Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En cualquier caso, es cierto que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, estaba afectada por cierta indeterminación normativa en relación con las nuevas figuras que regulaba, y presentaba algunas lagunas legales y aparentes contradicciones entre los preceptos por ella introducidos y otros vigentes en materia de patria potestad y tutela³. Precisamente, fueron estas deficiencias técnicas de la Ley 21/1987, junto con el cambio en la conciencia social acerca del papel que estaba llamado a desempeñar el menor en la sociedad actual, lo que motivó el inicio de un proceso de reforma legislativa que culminaría en la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

¹ Vid. al respecto el Preámbulo de la Ley.

² **PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.:** La nueva adopción, Madrid: Civitas, 1989, pág. 49.

³ La propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 pone de manifiesto que, *pese al indudable avance que esta Ley supuso (Ley 21/1987) (...), su aplicación ha ido poniendo de manifiesto determinadas lagunas (...)*. Por su parte, **PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.:** “La desprotección social del menor: Una visión general en materia de instituciones de protección de menores”, en La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de Protección del Menor, M.A. Pérez Álvarez (Director), Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, 1999, Págs. 32-34, expone los nuevos problemas a que dio lugar la reforma de 1987, concluyendo el mentado autor que *las ideas de que partió la reforma de 1987 fueron buenas, pero la formulación legal de éstas fue deficiente en algunos aspectos;* y **LINACERO DE LA FUENTE, M.:** Protección jurídica del menor, Madrid: Montecorvo, 2001, pág. 32, concluye que el marco jurídico existente con anterioridad a la promulgación de la Ley 1/1996 *resultaba parcial e insuficiente*.

Con la Ley últimamente citada se pretendió, de una parte, dar solución a los problemas que la aplicación práctica de la Ley 21/1987 y su análisis doctrinal había puesto de manifiesto⁴ y, de otra, dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección⁵ cuyo eje fuera la primacía del interés de aquél. Consecuencia de la primera de las pretensiones apuntadas fue que se llevaron a cabo en virtud de la Ley 1/1996 toda una serie de importantes modificaciones de artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente que, intentando solventar los problemas técnico-jurídicos planteados por la Ley de 1987 y mejorar la regulación vigente, fundamentalmente en lo que se refería a las instituciones protectoras del menor, reformaron varios preceptos sustantivos y procesales en materia de tutela, además de patria potestad, acogimiento, adopción, internamiento por razón de trastorno psíquico...⁶, que vendrían a componer lo que la doctrina ha denominado segundo bloque normativo de la Ley⁷.

Las modificaciones que la Ley de 1996 introdujo en el Código civil, muchas de las cuales afectaban a la materia tutelar, recibieron por parte de la doctrina un juicio positivo por su concreción, su carácter técnico y su propia necesidad, especialmente a los efectos de armonizar las diversas instituciones de protección de los menores y de coordinar las distintas reformas parciales del Código que habían traído consigo algunas contradicciones y lagunas⁸. Finalmente, se valoró el que se hubiera dado respuesta a muchas de las cuestiones que la reforma de 1987 había pasado en silencio⁹.

Tanto la Ley 21/1987 como la Ley 1/1996, supusieron en muchos casos, más que el encuentro, el desencuentro entre dos modalidades tutelares diferentes, la tutela ordinaria, que venía siendo regulada, pese a su total reforma en el año 1983, desde la vigencia del Código civil, y la novedosa tutela administrativa de las entidades públicas. Es más, la propia existencia de ésta y de la situación de desamparo que constituye su desencadenante tenían y tienen unos notables efectos sobre la tutela ordinaria como potestad que puede venirse ejerciendo con anterioridad sobre el menor declarado en desamparo. A continuación, hemos querido centrarnos en dos aspectos fundamentales:

⁴ Para **PÉREZ ÁLVAREZ**: “*La desprotección social...*”, ob. cit., pág. 26, la LOPJM es una norma que, asumiendo los principios de la reforma de 1987, les da contenido explícito y los desarrolla; en el mismo sentido, **DE PABLO CONTRERAS, P.**: “*Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*”, en *La desprotección social de los menores...*, ob. cit., pág. 49.

⁵ **VARELA GARCÍA, C.**: “*Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto*”, en AC, 1997-1, Págs. 261-262, señala que *la nueva normativa contiene las reglas jurídicas necesarias para poder considerar con autonomía legislativa el Derecho sobre la Minoridad (...), un auténtico Estatuto de los Menores.*

⁶ Para **VARELA GARCÍA**: “*Comentarios...*”, ob. cit., pág. 262, el nuevo texto normativo reúne, en una única ley, *normas programáticas* (las relativas a los derechos del menor) con *normas de conflicto* en las que el texto legal se pronuncia en la resolución de temas concretos que habían sido objeto de controversia en la legislación anterior.

⁷ En este sentido, **GULLÓN BALLESTEROS, A.**: “*Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor*”, en LA LEY, 1996-1, Págs. 1.690-1.691, habla de un primer bloque de preceptos sobre los derechos del menor, que convive con un numeroso grupo de preceptos reformadores del Código civil; segunda parte de la Ley que el autor elogia por el acierto con que se ha procedido en ella; **GARCÍA MÁZ, F. J.**: “*Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*”, en AC, 1997-3, pág. 807; y **PANTOJA GARCÍA, F.**: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, Madrid: Colex, 1997, Págs. 81-82.

⁸ Así lo apuntan **MARTÍNEZ-PIÑEIRO CAMARÉS, E.**: “*Protección jurídica del menor*”, en BICNG, núm. 184, 1996, pág. 1.208; y **GARCÍA MÁZ**: “*Panorama general...*”, ob. cit., pág. 807.

⁹ Cfr. **PÉREZ ÁLVAREZ**: “*La desprotección social...*”, ob. cit., Págs. 34-35. Sin embargo, **GIL RODRÍGUEZ, J.**: *Las instituciones tuitivas*, en *Manual de Derecho Civil, I, Introducción y Derecho de la Persona*, 3.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2001, pág. 257, entiende que los mecanismos de protección de menores de la nueva Ley están *a la búsqueda de sus definitivos contornos.*

II. EL TUTOR ORDINARIO QUE DESAMPARA.

El primer problema que planteó a la doctrina la lectura del artículo 172.1 C.c., tras su modificación por la Ley 21/1987, fue la definición del desamparo en él contenida¹⁰; problema que no será resuelto por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que mantendrá, sin modificación alguna, la misma definición¹¹.

La doctrina calificó al desamparo de concepto jurídico indeterminado y ambiguo, muy especialmente por lo que se refería al empleo de la expresión *inadecuado ejercicio de los deberes de protección*, que implicaba necesariamente un juicio de valor¹². Ciertamente, la definición legal del desamparo conlleva una notable dosis de incertidumbre a la hora de determinar qué solución es la más adecuada por el peligro de una apreciación excesivamente subjetiva de las circunstancias que rodean al menor¹³ ya que la generalidad de los términos utilizados en el precepto deja un amplio margen para la interpretación por parte del órgano que declare el desamparo, que, en todo caso, debe atender prioritariamente al interés del menor.

No queda tampoco claro en la definición del desamparo contenida en el artículo 172.1. C.c. si lo decisivo para la existencia de éste es el incumplimiento, o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección¹⁴, o es la falta de la necesaria asistencia moral o material¹⁵. Ello

¹⁰ Vid. más extensamente al respecto: **FELIU REY, M. I.**: Comentarios a la Ley de Adopción, Madrid: Tecnos, 1989, Págs. 29-39; **LLEBARÍA SAMPER, S.**: Tutela automática, guarda y acogimiento de menores, Barcelona: Bosch, 1990, Págs. 38-54; **VARGAS CABRERA, B.**: “*El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas*”, en ADC, 1991, Págs. 618-634, y La protección de menores en el ordenamiento jurídico, Granada: Comares, 1994, Págs. 12-44; y **GONZÁLEZ LEÓN, C.**: El abandono de menores en el Código civil, Barcelona: Bosch, 1995, Págs. 33-36 y 89-194, quien critica duramente el concepto de desamparo de la Ley 21/1987.

¹¹ Vid. ampliamente, tras la promulgación de la Ley del Menor, sobre el concepto de desamparo: **IGLESIAS REDONDO, J. I.**: Guarda asistencial, tutela *ex lege* y acogimiento de menores, Barcelona: Cedecs, 1996, Págs. 151-211; **BENITO ALONSO, F.**: “*Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la ley y guarda*”, en Jurisdicción Voluntaria, B. González Poveda (Director), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, Págs. 217-227; **BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.ª**: El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas, Madrid: Tecnos, 1997, Págs. 15-160; **PÉREZ CASTRO, N.**: “*La situación legal de desamparo*”, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 23, 1998, Págs. 153-171.

¹² Al respecto, **VARGAS CABRERA**: La protección de menores..., ob. cit., pág. 20; y **GIL MARTÍNEZ, A.**: La reforma de la adopción, Madrid: Dykinson, 1988, Págs. 22-23.

¹³ Cfr. **PRATS ALBENTOSA, L.**: Derecho de Familia, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pág. 576.

¹⁴ Se planteó al respecto de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores si el desamparo se generaba o no por el incumplimiento, o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración. A favor se pronunció **FERRER VANRELL, M.ª P.**: “*El acogimiento familiar en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la “potestad” de guarda*”, en ADC, 1993 (enero-marzo), pág. 176. En contra se manifestaron: **SERRANO GARCÍA, I.**: Comentario al artículo 172, en Comentario del Código civil, tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 579; **LLEBARÍA SAMPER**: Tutela automática, guarda..., ob. cit., pág. 49; **VARGAS CABRERA**: La protección de menores..., ob. cit., Págs. 23-24; **GONZÁLEZ LEÓN**: El abandono de menores..., ob. cit., pág. 95, y, más modernamente, **DE PALMA DEL TESO, A.**: “*La protección de los menores por las Administraciones Públicas*”, en RJC, núm. 2, 2004, pág. 52.

¹⁵ La mayor parte de la doctrina entendió como elemento decisivo la privación de la necesaria asistencia al menor. En este sentido: **DE LA HAZA DÍAZ, P.**: “*Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español*”, en RGLJ, núm. 6, 1987, Págs. 983-984; **PÉREZ ÁLVAREZ**: La nueva adopción, ob. cit., Págs. 83-88, y “*Sobre el desamparo y la tutela administrativa*”, en Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo, volumen primero, Barcelona: Bosch, 1992, Págs. 688-693; **VALLADARES RASCÓN, E.**: “*La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo*”, en Centenario del Código civil, tomo II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Págs. 2.043-2.048, quien proporciona interesantes

está directamente relacionado con otra interrogante fundamental, esto es, si la existencia de un mero guardador de hecho que efectivamente asista y cuide al menor impide afirmar que dicho menor se halla en una situación de desamparo, aun cuando no existan personas que ejerzan una potestad legal sobre el mismo (padres o tutores), o habiéndolas, no se ocupan de él o lo hacen inadecuadamente. En este punto, la mayor parte de los autores estuvieron (y están) a favor de excluir, si hay un guardador de hecho, la calificación de menor desamparado y la asunción de la tutela por la entidad pública, siendo otros los cauces legales a seguir, lo que en cierto modo se deriva también de la consideración del desamparo como una pura situación fáctica¹⁶.

En este mismo orden de cosas está la cuestión, trascendental para nuestro análisis posterior, de que la definición del desamparo no parece excluir los casos de privación de asistencia moral o material debidos a fuerza mayor de carácter transitorio. Esto supone que para valorar la existencia de una falta de asistencia al menor resulta indiferente que medie o no intencionalidad en los guardadores del mismo respecto de las causas que la hubieran motivado, lo que ha sido criticado por doctrina y jurisprudencia¹⁷. Así, la mayoría de la doctrina ha venido denunciando

razones para avalar esta tesis; **SERRANO GARCÍA**: Comentario al artículo 172, en Comentario del Código civil, ob. cit., pág. 578; **VARGAS CABRERA**: La protección de menores..., ob. cit., pág. 31; **GONZÁLEZ LEÓN**: El abandono de menores..., ob. cit., pág. 96; y **PÉREZ CASTRO**: “*La situación...*”, ob. cit., Págs. 161-162. Para **DE PABLO CONTRERAS**: Comentario al artículo 172, en Comentarios a las reformas del Código civil, R.Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Madrid: Tecnos, 1993, pág. 43, ambos requisitos, el causal y el de resultado, son *acumulativos*; en el mismo sentido, **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., Págs. 29-30, mientras **LACRUZ/SANCHO**: Elementos de Derecho civil, IV, 4.^a ed., Barcelona: Bosch, 1997, Págs. 545-546, estiman que no queda claro si se trata de requisitos acumulativos o alternativos. Por su parte, **IGLESIAS REDONDO**: Guarda..., ob. cit., pág. 168, apunta que el concepto legal de desamparo explicita *una relación de causalidad, en la cual el efecto atribuye a la causa la cualidad de hábil para integrar semejante situación*.

¹⁶ Estudia detenidamente esta cuestión **AFONSO RODRÍGUEZ, E.**: “*La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores*”, en AC, núm. 17, 1995, Págs. 326-331, quien fundamenta que la guarda de hecho excluya al desamparo en la incompatibilidad de cualquier mecanismo funcional con otro que también lo sea, siempre que uno u otro estén proporcionando al menor la asistencia adecuada. Vid. también en este punto: **VARGAS CABRERA**: La protección de menores..., ob. cit., Págs. 31-36; **CABALLERO GONZÁLEZ, J.M.^a**: “*La tutela de los menores en situación de desamparo*”, en La Ley, 1988-2, pág. 1.056; y **PÉREZ ÁLVAREZ**: “*Sobre el desamparo...*”, ob. cit., Págs. 690-691. En contra, se pronuncia **IGLESIAS REDONDO**: Guarda..., ob. cit., Págs. 187-188, para quien la existencia de un guardador de hecho no puede excluir el desamparo de un menor.

¹⁷ Vid. en este punto **PÉREZ ÁLVAREZ**: La nueva adopción, ob. cit., pág. 102, y “*Sobre el desamparo...*”, ob. cit., Págs. 691-692. Al respecto, algunos autores han entendido que, siendo el supuesto de hecho de los números 1 y 2 del art. 172 el mismo: el desamparo, la diferencia debería radicar en la intención de los desamparadores de modo que si no existe imputación culposa del mismo no podría llegarse a la tutela de la entidad, sólo a la guarda, aun cuando no hubiera solicitud de ésta por las personas que ostentan potestad sobre el menor. En este sentido, **PALACIOS, D. y BERNAL DEL CASTILLO, A.L.**: “*Reflexiones acerca de la tutela legal, la guarda, y sus relaciones con el acogimiento*”, en AC, 1994-1, Págs. 229-241; **VARGAS CABRERA**: “*El desamparo...*”, ob. cit., Págs. 650-652, y La protección de menores..., ob. cit., Págs. 45-51 y 88-90; **GONZÁLEZ LEÓN**: El abandono de menores..., ob. cit., Págs. 181-194 y 223-226, quien se muestra partidaria de ampliar el ámbito de la guarda, bien haciendo equivalente a la solicitud exigida por el art. 172.2 C.c. el consentimiento posterior de padres o tutores a la acción protectora de la Administración, o bien procurando la aplicación de esta guarda mediante acuerdo judicial; y **BENITO ALONSO**: “*Actuaciones...*”, ob. cit., Págs. 251-252. Para otros autores, si bien es cierto que existe un desamparo que da lugar a la tutela y otro que implica sólo la asunción de la guarda por la entidad, en este último caso se exige una actividad mínima por parte de los titulares de la potestad sobre el menor: la solicitud, faltando la cual la entidad asumiría la tutela; interpretación que parece, en principio, menos flexible que la anterior, pero que deja abierta también la posibilidad de una guarda sin solicitud acordada por el Juez en virtud del art. 158 C.c.. Este es el parecer de **VALLADARES RASCÓN, E.**: “*Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción*”, en PJ, núm. 9, 1988, Págs. 33-34. Finalmente, para **PÉREZ MARTÍN, A. J.**: Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores, Valladolid: Lex Nova, 1995, pág. 169, ocurre que el art. 172.1

que el tenor literal del concepto de desamparo impide la valoración de causas o intenciones, lo que permite conductas reales de abandono, con evidente intención de desamparar, en las que no se declara el desamparo porque existe la asistencia al menor por una tercera persona y, al mismo tiempo, facilita que se aprecie aquél en perjuicio de padres o tutores que transitoriamente no pueden atender a sus hijos o pupilos por causas independientes de su voluntad¹⁸.

Lo que sí parece claro es la exigencia de una cierta gravedad en la inasistencia al menor, que debe ser, además, real y efectiva, no probable, para que pueda calificarse de desamparo. No queda claro, en cambio, si se exige el carácter irreversible o no, definitivo o temporal, de la situación en que se encuentra el menor para que pueda apreciarse su desamparo¹⁹, si bien, dada la posibilidad de recuperación de la potestad legal preexistente sobre el menor que se deriva de otros preceptos del Código (arg. 173.4) y la propia inclusión en su ámbito de aplicación de los supuestos de fuerza mayor de carácter transitorio, nos llevan a considerar que no sea necesaria la nota de irreversibilidad de la situación para que se declare el desamparo, lo que no excluye la exigencia de su gravedad. En definitiva, es necesario ser cautelosos en la aplicación de la norma contenida en el artículo 172.1 C.c. y hacer una interpretación restrictiva del concepto de desamparo, en particular en lo que se refiere a la falta de asistencia moral²⁰.

También suscitó dudas lo relativo al sujeto activo del desamparo dada la generalidad de los términos empleados. Si bien es claro, lo que interesa a los fines del presente artículo, que un menor sujeto a una tutela "ordinaria" puede hallarse en una situación de desamparo dados los presupuestos de la misma²¹, a salvo alguna opinión en contra que posteriormente analizaremos, se discutió en la doctrina si los menores bajo la tutela de las propias entidades públicas, a cuya asunción necesariamente debe haber precedido una declaración de desamparo, pueden encontrarse más tarde desamparados, a su vez, por la propia entidad, o este supuesto en ningún caso es posible, surgiendo únicamente la posibilidad para el menor de exigir responsabilidad a

C.c. incluye dentro de una misma definición supuestos muy diversos, que merecerían un tratamiento completamente independiente y específico.

¹⁸ Cfr. **RUIZ-RICO RUIZ, J. M.:** "La tutela "ex lege", la guarda y el acogimiento de menores", en AC, 1988-1, pág. 63; y **GONZÁLEZ LEÓN:** El abandono de menores..., ob. cit., Págs. 34-35. Para **ARCE Y FLOREZ-VALDES, J.:** "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", en RGLJ, núm.5, 1987 (nov.), Págs. 752-753, se está facilitando, con esta concepción del desamparo, el negocio privado del acogimiento. Sin embargo, para **LLEBARÍA SAMPER:** Tutela automática, guarda..., ob. cit., Págs. 49-51, el desamparo debe apreciarse de forma objetiva, prescindiendo de la más o menos fundada etiología que haya provocado el efectivo desamparo del menor ya que se trata de beneficiar y proteger al desamparado, no a los desamparadores.

¹⁹ Vid. sobre este punto **LLEBARÍA SAMPER:** Tutela automática, guarda..., ob. cit., Págs. 53-54, quien no parece exigir, con carácter general, que la situación en que el menor se encuentra sea definitiva e irreversible, si bien ha de parecerlo inicialmente. Contrariamente apunta **GONZÁLEZ LEÓN:** El abandono de menores..., ob. cit., Págs. 92-94 y 110, que la falta de asistencia para ser calificada como desamparo requiere ser *definitiva*, sin embargo, el tenor literal del art. 172.1 C.c. no excluye de su ámbito situaciones de desasistencia de carácter momentáneo; en el mismo sentido, **IGLESIAS REDONDO:** Guarda..., ob. cit., pág. 198, exige irreversibilidad.

²⁰ A favor de una interpretación restrictiva del desamparo, vid. por todos **LLEBARÍA SAMPER:** Tutela automática, guarda..., ob. cit., pág. 52. En contra: **GONZÁLEZ SOLER, O.:** "Consideraciones sobre las modificaciones que en materia de protección de menores introduce la Ley de Adopción", en Revista de Servicios Sociales y Política Social, núm. 9, 1988, pág. 38. Vid. la jurisprudencia en este punto aportada por **ZURITA CARIÑANA, M.ª A.:** "De la Ley de 11 de noviembre de 1987 a la de 15 de enero de 1996: 10 años de tutela "ex lege", acogimiento y adopción en las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 23, 1998, pág. 87. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero del 2000, núm. 8/2000, recurso de apelación núm. 51/1999, señala que *la situación de desamparo, sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente.*

²¹ **VARGAS CABRERA:** La protección de menores..., ob. cit., pág. 27, excluye la posibilidad de que un tutor sólo de los bienes pueda causar el desamparo de un menor pues sus facultades son estrictamente patrimoniales, no así el tutor sólo de la persona.

la Administración por los daños que esa situación de falta de asistencia le haya causado, punto de vista este último que entendemos más acertado²².

Si bien, la definición de la situación de desamparo no experimenta variación alguna con la Ley de Protección Jurídica del Menor, no podemos dejar de apuntar la introducción en su segundo Título de la novedosa *situación de riesgo* (artículos 12.1 y 17)²³, junto a la situación de desamparo, como otro supuesto distinto de desprotección social del menor que da lugar a un grado diverso de intervención de la entidad pública, que curiosamente, sin embargo, no aparece recogida ni regulada en el Código civil²⁴. En nuestra opinión, esta situación de riesgo vino a hacer frente a la problemática que planteaba calificar como desamparo situaciones de potencial o previsible desasistencia al menor -lo que se denominaba semidesamparo²⁵- debidas a ciertos *factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social* del menor, que es lo que caracteriza, precisamente, tras la Ley 1/1996, a la situación de riesgo, que da lugar a una actuación de los poderes públicos orientada a disminuir aquellos factores y a promover otros de protección del menor y su familia (artículo 17). En todo caso, no deja de extrañarnos que la introducción de una nueva situación determinante de la actuación protectora de los poderes públicos no supusiera modificación alguna en la definición del desamparo, particularmente en lo que se refiere a la falta de asistencia derivada de una imposibilidad temporal de ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando aquélla es independiente de la voluntad de los guardadores, que, quizás, puede solventarse mejor con una actuación de los poderes públicos dirigida a reducir los factores de riesgo sin necesidad de la asunción por aquéllos de la tutela sobre el menor²⁶.

Sentadas las anteriores bases sobre la cuestión que nos ocupa, llama la atención que la Ley 21/1987 haya introducido la situación de desamparo del menor, que puede ser causada por un tutor ordinario, y la asunción automática de la tutela sobre ese menor desamparado a cargo de la entidad pública correspondiente, sin hacer, en cambio, apenas referencia a las consecuencias negativas que aquella situación ha de conllevar para el tutor que ha desasistido material o moralmente a su pupilo, y sin establecer tampoco conexión o remisión alguna a los supuestos de remoción recogidos en el artículo 247 C.c..

Cabría pensar que el desamparo está más pensado para los supuestos de menores sujetos a patria potestad que a tutela. Y ello porque en materia tutelar funciona con mayor amplitud el cauce de la remoción del tutor -incurrir en causa legal de inhabilidad después de deferida la tutela, conducirse mal en el desempeño de la misma, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio, o cuando surjan problemas de convivencia graves

²² Así lo entiende también **RUIZ-RICO RUIZ**: "*La tutela ex lege, la guarda...*", ob. cit., pág. 62. Por su parte, **ALBÁCAR LÓPEZ, J.L./MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M.**: Código civil, Doctrina y Jurisprudencia, tomo I (2), 4.ª ed., Madrid: Trivium, 1995, pág. 1.672, entienden que el Fiscal puede exigir responsabilidad en estos supuestos al director del establecimiento donde estas conductas se desarrollaren. En cambio, para **SERRANO GARCÍA**: Comentario al artículo 172, en Comentario del Código civil, ob. cit., pág. 579, la propia entidad puede desamparar.

²³ Vid. sobre esta situación de riesgo, **DE PALMA DEL TESO**: "*La protección de los menores...*", ob. cit., Pág. 45-50.

²⁴ **PANTOJA GARCÍA**: Algunas notas..., ob. cit., pág. 49, apunta que esta falta de regulación priva de virtualidad civil a esta figura al no regular sus efectos jurídicos que, desde luego, los tiene, de tal manera que estos efectos no pueden tratarse del mismo modo que los derivados de la declaración del desamparo. Vid. **LINACERO DE LA FUENTE**: Protección jurídica del menor, ob. cit., pág. 166.

²⁵ Para **PÉREZ ÁLVAREZ**: "*La desprotección social...*", ob. cit., pág. 28, la situación de riesgo tiene su origen en la insuficiente intervención administrativa de la Ley 21/1987 en relación con los supuestos de semidesamparo, ampliando la Ley 1/1996 el ámbito de actuación administrativa con fines de prevención.

²⁶ **PÉREZ CASTRO**: "*La situación...*", ob. cit., pág. 162, va más allá aún entendiendo que si la inasistencia no tiene carácter irreversible o grave nos encontramos ante una situación de riesgo.

y continuados (este último supuesto fue añadido por la Ley 1/1996) (artículo 247 C.c.)²⁷-, mientras la privación de la patria potestad tiene lugar con un carácter mucho más restrictivo – incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla (artículo 170 C.c.)²⁸-. Además, en la tutela debe existir una constante intervención judicial propia del sistema de tutela de autoridad vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, tras la Ley 21/1987, una también continua vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 232 C.c.), que dificultan, al menos en teoría, que se lleguen a producir estos supuestos de falta de asistencia al tutelado.

En este sentido, no faltan autores que apuntan un cierto confucionismo entre la norma contenida en el artículo 172.1 C.c. y las que regulan la remoción de tutores (artículos 247-250 C.c.), llegándose, en ocasiones, a conclusiones, a nuestro modo de ver, un tanto extremas. Así, HIJAS FERNÁNDEZ²⁹ considera que no es posible declarar el desamparo de menores sujetos a una tutela ordinaria ya que aquél viene constreñido, en opinión del mentado autor, a los padres y a los guardadores de hecho. Y ello porque la salvaguarda por la Autoridad judicial de la tutela judicialmente constituida sitúa a esta institución fuera del control administrativo que implica la tutela automática, dando lugar el mal desempeño de la tutela por el tutor a su remoción, reservada a la decisión judicial, sin injerencia alguna administrativa. Lo único que puede hacer la entidad pública, cuando aprecie una situación de desamparo en el tutelado, es ponerlo en conocimiento del Juez para que se adopten, por dicha vía judicial, las medidas de protección que aquél considere oportunas.

Por su parte, en la misma línea de solapamiento de normas, pero con una conclusión totalmente distinta de la del autor anteriormente citado, DÍEZ-PICAZO³⁰ habla de *una sustitución de los preceptos del Derecho Civil* (artículo 172.1 en relación con los artículos 248-250 C.c.).

A nuestro juicio, el hecho de que la tutela constituida de conformidad con lo previsto en el artículo 231 C.c. se halle bajo la salvaguarda de la Autoridad judicial (artículo 216 C.c.) y la vigilancia del Ministerio Fiscal (artículo 232 C.c.) no excluye la posibilidad de desamparo del pupilo menor, simplemente puede dificultarla ya que un seguimiento continuo y minucioso del ejercicio de la tutela a través de los informes anuales sobre la situación del menor (artículo 269.4 C.c.), o de los requerimientos al tutor para que informe acerca de la persona del tutelado (artículos 232 y 233 C.c.), para cuya petición están facultados tanto el Juez como el Fiscal, permite, al menos teóricamente, prever más fácilmente e, incluso, evitar a tiempo, esa situación de falta de asistencia moral o material, adoptando para ello el Juez las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, en beneficio del tutelado, o removiendo al tutor que se conduce tan mal en el desempeño de la tutela que el pupilo menor corre el riesgo de quedar desasistido.

Por otra parte, lo normal en caso de incumplimiento de los deberes propios del cargo de tutor o de notoria ineptitud en su ejercicio, incumplimiento e ineptitud que se hallan implícitos en la situación de desamparo, es que se proceda a la remoción del tutor³¹.

²⁷ Vid. un acercamiento a las causas de la remoción en **SERRANO MOLINA, A.**: La remoción del tutor, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1999, Págs. 251-281.

²⁸ **J. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ**: *La patria potestad*, en Instituciones de Derecho Privado, J.F. Delgado de Miguel (Coordinador General), tomo IV, Familia, volumen 1.º, V.M. Garrido de Palma (Coordinador), destaca, para la privación de la patria potestad, en primer lugar *el carácter excepcional de la medida*. La jurisprudencia lo afirma también de una manera constante. La STS de 11 de octubre de 1991 (Aranzadi, 1991, vol. V, núm. 7447) señaló que la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad es tal que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado *el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcancen al mismo por aplicación de los preceptos legales*.

²⁹ “*Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)*”, en AC, 1995-1, Págs. 37-38.

³⁰ Sistema de Derecho civil, IV, 7.ª ed., Madrid: Tecnos, 1997, pág. 308.

³¹ De hecho, para **SERRANO MOLINA**: La remoción del tutor, ob. cit., Págs. 223-224, cuando una de estas entidades públicas constata que un menor sujeto a tutela se halla en situación de desamparo tiene el

Por tanto, el apuntado confusionismo de normas no es tal, sino que, dándose la situación que el Código civil define como desamparo –privación de la necesaria asistencia moral o material a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores- nos hallamos, en la mayor parte de los casos, ante un supuesto de remoción del tutor, teniendo en cuenta la amplitud de las causas que lo determinan.

Ahora bien, dado el desamparo, es la entidad pública quien lo declara y asume la tutela por ministerio de la Ley, teniendo lugar, en su caso, en un momento posterior, la remoción del tutor ordinario en virtud de resolución judicial y cumplidos los trámites previstos en el Código civil; remoción que, insistimos, dados los términos en que aparece redactada la situación de desamparo, va a tener lugar en la mayor parte de los casos de desasistencia a un pupilo.

En este sentido, señala LLEBARÍA SAMPER³² que el tutor que desampara normalmente debe ser removido de su cargo, no pudiendo predicarse, a diferencia de lo que ocurre con la patria potestad cuya recuperación es posible (artículo 170.2 C.c.)³³, una recuperación del cargo tutelar ya que la hipotética extinción de la causa de inhabilidad sobrevenida que aconsejara la recuperación de aquél exigiría su nuevo nombramiento y la extinción de la tutela institucional anterior.

Llegados a este punto, debemos tener en cuenta que el concepto de desamparo es bastante ambiguo y, sobre todo, excesivamente amplio ya que, en principio y como ya dejamos apuntado, no parece excluir los casos de privación de asistencia debidos a fuerza mayor de carácter transitorio. Tampoco aclara la norma contenida en el artículo 172.1 C.c. si la situación en que se encuentra el tutelado ha de ser irreversible para poder calificarla de desamparo, y, en definitiva, impide la valoración de causas o intenciones en el tutor al referirse el desamparo a una situación de hecho de desasistencia.

Es por ello que cabe pensar en la posibilidad de que se declare un desamparo y no se acompañe de la remoción del tutor de manera que, superada la causa que motivó aquél, el tutor pueda recuperar su cargo. Así, puede ocurrir que se aprecie el desamparo del pupilo y el mismo resulte fruto de una mera imposibilidad temporal del tutor de atender al tutelado –no entramos aquí en la posibilidad de reconducir este supuesto a la guarda del artículo 172.2 C.c., aunque no haya habido previa solicitud de la misma por parte del tutor, de cuya falta puede derivarse, a su vez, un negligente ejercicio de sus funciones que justifique, asimismo, la remoción-, la cual, una vez superada, no obsta para que el tutor recupere su tutela al no haber tenido lugar su remoción en tanto no se daban, en una interpretación, somos conscientes de ello, muy restrictiva del artículo 247 C.c., los presupuestos que justificaban la misma.

deber especial de poner tales hechos en conocimiento del Fiscal para que actúe en consecuencia, lo cual no es obstáculo para que, cuando las circunstancias así lo exijan –razones de urgencia- y siempre en interés del menor, deban dirigirse directamente ante el Juez a fin de solicitar la remoción del tutor. Este autor viene a considerar a la entidad pública tutora como una de las personas obligadas a instar, de forma directa o indirecta, el procedimiento de remoción del tutor ordinario causante del desamparo.

³² Tutela automática, guarda..., ob. cit., pág. 54.

³³ **C. C(del) CASTILLO MARTÍNEZ:** La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales), Valencia: Editorial Práctica de Derecho S.L., 2000, pág. 50, apunta que en todo caso, la privación de la patria potestad supone también extinción únicamente en cuanto al sujeto que la ejerce y no en cuanto al hijo (...) –de otro modo no se explicaría la posibilidad de recuperación prevista en el párrafo segundo del artículo 170 C.c.-. Por su parte, **J.F. ANGOSTO SÁEZ:** “Comentario a la sentencia de 23 de septiembre de 2002”, en CCJC, núm. 63, 2003, apunta que la reintegración de las niñas en la familia de los recurrentes (los progenitores) *no se configura legalmente como un derecho de estos últimos sino como un derecho de las menores, siempre y cuando sea ese su interés, el cual será apreciado por el Juzgado o Tribunal.*

Lo expuesto en el párrafo anterior encuentra cierto refuerzo con la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, si bien no modifica la definición de la situación de desamparo, establece de modo expreso en el artículo 172.1 C.c. que la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión, no la extinción, de la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo con anterioridad.

Finalmente, señalar que sí puede hablarse de una cierta sustitución de normas, en particular referencia al artículo 249 C.c., que faculta al Juez que conoce de la remoción, durante la tramitación del procedimiento, a suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado en su lugar un defensor judicial. Esto no operará exactamente así en el caso de que el pupilo haya sido declarado en desamparo y su tutela haya sido asumida *ex lege* por la entidad en tanto que, como ya hemos apuntado, una de las consecuencias de la tutela de las entidades públicas es la automática suspensión de la tutela ordinaria preexistente. Por tanto, si se procede a la remoción del tutor que ha desamparado a su pupilo, el Juez no tiene la facultad de suspenderle en sus funciones puesto que aquél se encuentra ya efectivamente suspendido y su pupilo bajo la tutela de la entidad.

En este sentido, estamos casi plenamente conformes con GIL RODRÍGUEZ³⁴ cuando afirma que la tutela *ex* artículo 172.1 C.c. se adelanta o suplanta a la actuación cautelar del Juez que, mientras decreta, en su caso, la correspondiente remoción del tutor, debería nombrar defensor judicial –creemos que, de acuerdo con los exactos términos del artículo 249 C.c., existe más disponibilidad que obligatoriedad para el Juez –“podrá el Juez”- tanto en la suspensión del tutor como en el nombramiento de un defensor judicial-.

Distinto es el supuesto de que el menor se encuentre en una situación de riesgo, que no aconseja la extracción de aquél de su ámbito familiar. Por tanto, el tutor se mantiene en el ejercicio de su función, lo que se acompaña de una actuación de los poderes públicos orientada a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social del menor. Ahora bien, también aquí podría plantearse la remoción del tutor por haberse conducido mal en el desempeño de la tutela, pero creemos que la finalidad propia de la situación de riesgo y los supuestos a los que la misma pretende hacer frente abonan una mayor flexibilidad a la hora de considerar la adopción de la medida extrema de la remoción.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA.

Frente a la situación de abandono del derogado artículo 174 C.c., que era apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción, la definición de desamparo del artículo 172.1 C.c. introducida por la Ley 21/1987 nada dijo acerca del órgano competente, si lo era el judicial o el administrativo, para la declaración de la misma y para la constitución de la tutela a cargo de las entidades públicas; laguna legal que generó problemas no sólo puramente teóricos, sino también de aplicación práctica. Así, la doctrina civil posterior a la publicación de aquella Ley propuso distintas soluciones a este interrogante en un interesante debate al que pondrá fin la promulgación de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Nos limitaremos a reseñar aquí que un sector minoritario de la doctrina optó por atribuir a la Autoridad judicial la apreciación del desamparo de un menor, la constitución de la tutela legal correspondiente a la entidad y la declaración de las pertinentes consecuencias jurídicas en lo que se refería a la potestad legal preexistente sobre el menor, lo que podía hacerse a propuesta de la propia Entidad³⁵. Esta solución, que se entendió más congruente con el principio de tutela judicial de la reforma de 24 de octubre de 1983, partía de considerar a la tutela de la

³⁴ Manual de Derecho civil, I, 3.ª ed., ob. cit., pág. 257.

³⁵ Vid. en este sentido, entre otros, ARCE Y FLOREZ-VALDES: “*El acogimiento familiar...*”, ob. cit., Págs. 756-757; y GONZÁLEZ LEÓN: *El abandono de menores...*, ob. cit., Págs. 328-331 y 355-360.

Administración como una verdadera tutela, pero chocaba directamente con el texto legal y con el automatismo que al parecer pretendía establecer la Ley 21/1987.

Una segunda corriente doctrinal mayoritaria entendió, sin que faltaran dentro de ella voces críticas frente a la exclusión del Juez, pero abocadas a esta interpretación por el tenor literal de la norma³⁶, que había surgido una tutela automática a favor de los entes administrativos de protección de menores, siendo la entidad pública la que debía apreciar el desamparo del menor, sin que fuera necesaria la intervención judicial previa, incluso aunque la asunción de esta tutela por la entidad pudiera suponer una automática privación de la patria potestad o una remoción extrajudicial del tutor³⁷. Esta interpretación se entendía más acorde con el tenor literal de la norma, con el propio *íter* parlamentario, con la Exposición de Motivos y, sobre todo, con el interés del menor ya que, ante la situación de desamparo en que éste se encontraba, era necesario actuar con rapidez y eficacia. Se apuntaba, además, que, de ser interpretada de otro modo la norma, carecería de sentido la automaticidad en la constitución de la tutela de los entes públicos que parecía estar en el espíritu de la Ley³⁸.

Por supuesto, a estas dos posturas más extremas se hicieron multiplicidad de matizaciones que pretendían dar solución a las dificultades interpretativas planteadas por una y otra corriente³⁹.

³⁶ Así, manifiestan su preocupación por la apreciación administrativa de la situación de desamparo y por la escasa intervención del Juez: **DE LA HAZA DÍAZ**: “*Notas sobre el “affidamento” familiar...*”, ob. cit., Págs. 1.004-1.005; **LACRUZ/SANCHO y otros**: El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción, Madrid: Cuadernos Civitas, 1988, Págs. 37-38; **GARCÍA CANTERO, G.**: *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, adición al tomo V, volumen segundo, del Derecho civil español, común y foral, de J. Castán Tobeñas, Madrid: Reus, 1988, pág. 11; **MÉNDEZ PÉREZ, J.**: El acogimiento de menores, Barcelona: Bosch, 1991, Págs. 33 y 97-98; y **FERRER VANRELL**: “*El acogimiento familiar...*”, ob. cit., pág. 174.

³⁷ Sí se admitía, por regla general, un control judicial, pero necesariamente *a posteriori* de la declaración de desamparo y de la asunción de la tutela por la entidad. Vid. por todos los partidarios de este control judicial *a posteriori*, **VALLADARES RASCÓN**: “*Notas urgentes...*”, ob. cit., Págs. 34-35, y “*La tutela de los menores...*”, ob. cit., Págs. 2.055-2.056, para quien este control debía determinar si desde el principio el ente público asumió la tutela, el desamparo fue real, o sólo la guarda, el desamparo fue sólo aparente. **PÉREZ MARTÍN**: Adopción..., ob. cit., Págs. 181-182 y 188-190, sintetiza los posibles cauces legales para este control judicial, si bien este autor es partidario de una necesaria confirmación judicial del desamparo. Para **LLEBARÍA SAMPER**: Tutela automática, guarda..., ob. cit., Págs. 28-34 y 52-53, quien parte de que la intervención judicial es en esta materia posible, mas no imprescindible, son plenamente aplicables los arts. 228-230 C.c. para revelar la posible situación de desamparo en que un menor pueda hallarse.

³⁸ Vid. la jurisprudencia favorable a la automaticidad de la tutela aportada por **ZURITA CARIÑANA**: “*De la Ley de 11 de noviembre...*”, ob. cit., Págs. 87-88.

³⁹ Así, se propuso, desde los partidarios del papel fundamental de la entidad en la apreciación del desamparo, que esta tutela fuera considerada como una tutela inmediata y provisional, de duración limitada y sin vocación de permanencia, en este sentido, vid. por todos **PÉREZ ÁLVAREZ**: La nueva adopción, ob. cit., pág. 46; y **LLEBARÍA SAMPER**: Tutela automática, guarda..., ob. cit., Págs. 26-27. Se propuso también establecer un periodo de tiempo entre el momento en que la entidad pública recoge a un menor y el momento en que se define su situación jurídica, dentro del cual la entidad procede a investigar la situación jurídica de los menores y se lleva a cabo, si procede, por vía judicial, la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, este es el parecer de **BRENA SESMA, I.**: “*Los nuevos principios reconocidos en materia de tutela tras la reforma de 1987*”, en AC, 1991-2, Págs. 332-334. Desde la óptica de los favorables a la intervención del Juez, se abogó por que fuera la Autoridad judicial quien decidiese el desamparo, pero no constituyese la tutela, que se entendía automática, en este sentido: **RUIZ-RICO RUIZ**: “*La tutela ex lege, la guarda...*”, ob. cit., Págs. 65-71; **FELIU REY, M.I.**: “*Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*”, en AC, 1989-3, ob. cit., Págs. 2.753-2.754, y en Comentarios..., ob. cit., Págs. 34-36; **LETE DEL RÍO, J.M.**: Comentario al artículo 239, en Comentario del Código civil, ob. cit., pág. 734; y **VARGAS CABRERA**: La protección de menores..., ob. cit., Págs. 108-110.

Lo cierto es que, pese a esta divergencia doctrinal, las diversas disposiciones legales dictadas por las Comunidades Autónomas en la materia que nos ocupa con posterioridad a la Ley 21/1987 establecieron que la situación de desamparo fuese apreciada por los entes administrativos y no por el Juez; solución que será también la acogida por la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su reforma del artículo 172.1 C.c..

Esta cuestión del órgano competente para declarar el desamparo llevaba aparejada otra de indudable relevancia para el presente trabajo cual era la posible indefensión de los progenitores y tutores que vinieran ejerciendo con anterioridad su potestad sobre el menor declarado en desamparo⁴⁰.

Partiendo de la corriente mayoritaria que defendía la competencia de las entidades públicas para apreciar el desamparo y la asunción automática por las mismas de la tutela sobre los menores desamparados surgían serios problemas jurídicos al estar dicho menor sujeto previamente a patria potestad o tutela. Frente a ello, parte de la doctrina entendió que estas potestades no se extinguían por la tutela de la entidad, lo que, a su vez, planteaba la coexistencia de dos instituciones protectoras, en principio incompatibles jurídicamente como son la tutela con la patria potestad o con otra tutela, sobre un mismo sujeto: el menor desamparado⁴¹.

Por otra parte, el admitir que la tutela del ente provocaba por sí misma la extinción de la potestad legal que previamente se estuviera ejerciendo sobre el menor, si bien evitaba dudosas concurrencias de instituciones tradicionalmente incompatibles, implicaba aceptar una privación de la patria potestad o una remoción del tutor sin necesidad de declaración judicial al respecto⁴², lo que no sólo resultaba contrario a la normativa del Código civil (artículos 170 y 248 C.c.), sino que, además, colocaba a los perjudicados en una situación de indefensión vulneradora de

⁴⁰ Vid. ampliamente la síntesis del debate doctrinal sobre este punto en **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., Págs. 249-263.

⁴¹ Algunos autores partían de no considerar a la tutela del ente como verdadera tutela: **PÉREZ ÁLVAREZ**: La nueva adopción, ob. cit., pág. 94; y **DE PABLO CONTRERAS**: Comentario al artículo 172, en Comentarios a las reformas del Código civil, coordinados por R. Bercovitz, ob. cit., Págs. 36-40 y 61-62. Otros autores hablaban de una compatibilidad o coexistencia temporal y extraña entre la tutela del ente y la patria potestad o la tutela ordinaria ejercidas hasta el momento sobre el menor, de las que sólo podían ser privados sus titulares por la pertinente resolución judicial, este era el parecer de **LLEBARÍA SAMPER**: Tutela automática, guarda..., ob. cit., Págs. 30 y 35; y **FERRER VANRELL**: “*El acogimiento familiar...*”, ob. cit., Págs. 172-173 y 177-179. En otras ocasiones, se consideró que la provisionalidad de la tutela de los entes no hacía necesaria la privación o suspensión de la potestad legal preexistente sobre el menor, en este sentido **GONZÁLEZ SOLER**: “*Consideraciones...*”, ob. cit., pág. 37; o bien se admitió la supervivencia de la patria potestad o la tutela, pero con efectiva suspensión temporal de las funciones que abarcaban, este era el parecer de **HIJAS FERNÁNDEZ, E.**: “*Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)*”, en AC , 1995-1, pág. 41; **ESCUDERO LUCAS, J.L.**: La tuición del menor abandonado (Artículo 172 del Código Civil), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 1995, pág. 103; **PÉREZ MARTÍN**: Adopción..., ob. cit., Págs. 183-185; y **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., Págs. 262-293, y en “*Comentario de la Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1996*”, en CCJC, núm. 42, 1996, Págs. 1.174 y 1.177.

⁴² **VALLADARES RASCÓN**: “*Notas urgentes...*”, ob. cit., pág. 35, apuntaba que nos hallábamos ante una nueva causa de privación de la patria potestad por ministerio de la ley, con un control judicial *a posteriori*. En cambio, la jurisprudencia se mostró favorable mayoritariamente a la necesidad de sentencia judicial para la privación de la patria potestad o para la remoción del tutor, si bien la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de marzo de 1992 (RGD, oct.-nov./1993, Págs. 10.825-10.827), por el contrario, sostuvo que *...tras la reforma operada por la ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre (...)* como los menores a que se refiere este pleito se encontraban precisamente en esa situación legal de desamparo, ello supone la extinción, como incompatible a la tutela, de la patria potestad que ostentaban los progenitores. Por su parte, la STC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260), afirmó que la asunción de la tutela por la entidad pública suponía una *desposesión* de la patria potestad.

preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 24 y 39 CE⁴³ hasta el punto que algunos autores llegaron a hablar por este motivo de la inconstitucionalidad de los artículos 172.1 y 239.1 C.c.⁴⁴.

Precisamente, esta grave problemática de difícil y dudosa resolución fue uno de los argumentos esgrimidos por el sector minoritario de la doctrina a favor de la declaración judicial de la situación de desamparo que, de este modo, sí podía producir la privación de la patria potestad o la remoción del tutor⁴⁵. Por contra, los partidarios del automatismo opinaban que no había indefensión ni de padres ni de tutores ya que, en todo caso, era posible un recurso judicial *a posteriori*, con lo que la única diferencia estaba en el momento, previo o posterior, del control de la Autoridad judicial, pero no en la falta absoluta de éste⁴⁶.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puso fin a este encendido debate doctrinal en cuanto vino a establecer legalmente como órgano competente para apreciar el desamparo de un menor a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores⁴⁷, lo que se deduce con claridad tanto del reformado artículo 172.1 C.c. (“*cuando constate...*”) como del artículo 18 de la mentada Ley (“*considerare que...*”), pudiendo afirmarse ya, sin duda, el automatismo de esta tutela, que no necesita ser constituida por el Juez⁴⁸, sin perjuicio de un control judicial *a posteriori* de la legitimidad de la misma⁴⁹, que se concreta en la posibilidad para los padres y el tutor ordinario de recurrir ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley (artículo

⁴³ En este sentido, **GARCÍA CANTERO**: *La reforma del acogimiento...*, ob. cit., Págs. 11 y 29; **FELIU REY**: “*Breve estudio...*”, ob. cit., pág. 2.754, y *Comentarios...*, ob. cit., pág. 35; y **LETE DEL RÍO**: *Comentario al artículo 239*, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 733.

⁴⁴ Así, **MÉNDEZ PÉREZ**: *El acogimiento de menores*, ob. cit., Págs. 98-102 manifestaba con rotundidad que en la redacción que introduce a los artículos 172.1 y 239.1 C.c., además de propiciar su no posible aplicación automática en caso de conflicto con los padres de los menores o tutores, al obviar ab initio la intervención jurisdiccional, llega a alcanzar la inconstitucionalidad parcial de los preceptos referenciados; **RAMOS SÁNCHEZ, J.**: “*Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad*”, en *La Ley*, 1989-2, Págs. 996-1.012; y **FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, L.**: “*La tutela administrativa de los menores en situación de desamparo y su incidencia sobre la facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores*”, en *RGD*, abril 1989, Págs. 1.866-1.868 y 1.870-1.871.

⁴⁵ Para este sector doctrinal hubiera sido mejor disponer expresamente un control judicial previo, a través de un procedimiento sumario, que conllevaría automáticamente la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela. Esta oportunidad se perdió en el debate parlamentario, en el que, aunque parece se rechazó la intervención judicial, tampoco se estableció de forma expresa la declaración del desamparo por los entes administrativos.

⁴⁶ La defensa de la actuación en un primer momento de las entidades públicas, consideraban estos autores, no era un obstáculo para que, caso de que las personas que tengan la guarda legal del menor se opongan, sea el Juez el que decida si existe o no dicha situación de desamparo.

⁴⁷ **IGLESIAS REDONDO**: *Guarda...*, ob. cit., Págs. 221-303, estima la existencia de dos procedimientos de apreciación de la situación de desamparo, uno administrativo y otro judicial; en el mismo sentido, **PÉREZ CASTRO**: “*La situación...*”, ob. cit., Págs. 162-164.

⁴⁸ Incluso, para **DE PALMA DEL TESO**: “*La protección de los menores...*”, ob. cit., pág. 55, si el Juez tiene conocimiento de una posible situación de desamparo lo pondrá en conocimiento de la Administración competente; afirmación que, a nuestro juicio, no deja de ser controvertida.

⁴⁹ La Exposición de Motivos de la Ley afirma que *se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos, tanto administrativos como judiciales, que afectan a menores*. Para **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: *El desamparo...*, ob. cit., pág. 132, a esta agilidad contribuye la apreciación del desamparo por la entidad, mientras para **LACRUZ/SANCHO**: *Elementos de Derecho civil*, IV, ob. cit., pág. 627, esta calificación del desamparo sin intervención judicial no resulta muy admisible. Para **IGLESIAS REDONDO**: *Guarda...*, ob. cit., Págs. 227 y 255-258, la apreciación del desamparo por la entidad es incapaz de asegurar la protección integral de los hijos.

172.6)⁵⁰. Asimismo, la Ley apuntada, en su reforma del artículo 172.1 por la Disposición Final 5.^a, despejó las dudas existentes sobre la situación en que habrían de quedar quienes vinieran ejerciendo una potestad legal previa sobre el menor desamparado estableciendo al respecto que *la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria*.

Por tanto, actualmente, la tutela asumida por la entidad pública en el supuesto de desamparo de un menor provoca la suspensión de la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo sobre el mismo⁵¹, lo que evidencia, en principio, la incompatibilidad entre el ejercicio de la tutela por la entidad y el de la tutela previamente existente, pero no en cuanto a su titularidad⁵². Cosa distinta es que el menor se encuentre en una situación de riesgo. En este caso, no se requiere la asunción de la tutela por la entidad ni tampoco tiene lugar la suspensión de la tutela ordinaria; el tutor se mantiene en el ejercicio de su función, aun con la intervención de los poderes públicos.

La afirmación hecha en el párrafo anterior parece quedar en cierto modo desvirtuada por lo dispuesto en el último inciso del apartado primero del artículo 172 C.c.: *No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él*, de donde puede derivarse que la suspensión de la tutela ordinaria implica una subsistencia de ésta no sólo en su titularidad, sino incluso, aunque sólo sea para limitados efectos, en su ejercicio. En este punto, hemos de mostrar nuestra conformidad con la opinión de DÍEZ-PICAZO⁵³ cuando afirma que *en realidad, la regla no viene a ser más que una repetición de lo que se dispone para el guardador de hecho en el artículo 304*, esto es, los actos no serán nulos si se demuestra la utilidad para el menor. Por tanto, será el Juez el que valore si es beneficioso para aquél el acto patrimonial en cuestión llevado a cabo por el tutor suspendido, quien deberá demostrar la utilidad del mismo.

Lo dicho conlleva la necesidad de analizar la eventual persistencia en el tutor ordinario, pese a la situación de suspensión en el ejercicio de su cargo, de ciertos deberes –y también facultades– frente al pupilo menor, ahora sometido a la tutela de la entidad pública, cuyo incumplimiento puede ser, incluso, generador de responsabilidad para aquél.

Siguiendo a BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁵⁴, la suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la tutela al atribuirse aquél a la entidad pública tutora del menor desamparado implica la conservación de ciertos deberes inherentes a la potestad que se viniera ejerciendo con

⁵⁰ **BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.^a**: “Comentario de la sentencia de 31 de diciembre de 2001”, en CCJC, núm. 59, 2002, Págs. 701-703, apunta como, tras un análisis de la jurisprudencia menor más reciente, se observa que en la mayoría de los supuestos no ha sido posible la reinserción del menor en la propia familia y han sido desestimadas las pretensiones de los progenitores, lo que la lleva a concluir que, pese al prevalente interés del menor, no puede ignorarse la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenece aquél.

⁵¹ **SEVILLA BUJALANCE, J.L.**: “El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”, en BIMJ, núm. 1.794, 1997, pág. 826, critica que se ha conferido a las entidades públicas una prerrogativa que era exclusiva de jueces y tribunales.

⁵² Cfr. **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., pág. 293, y en “Comentario de la Resolución...”, ob. cit., pág. 1.177. La Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6187) afirma en este punto que *la suspensión a que hace referencia el artículo 172 del Código civil es consecuencia del hecho del desamparo, o lo que es igual, se declara el desamparo precisamente porque no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión, en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado* (cfr. art. 172.1.III C.c.).

⁵³ Sistema de Derecho civil, IV, 7.^a ed., ob. cit., pág. 308.

⁵⁴ El desamparo..., ob. cit., pág. 287. En el mismo sentido, y, nuevamente, más en una referencia a los padres que al tutor ordinario, **DE PALMA DEL TESO**: “La protección de los menores...”, ob. cit., Págs. 60-61, sostiene que *con el fin de facilitar la comunicación del menor con su familia y, por tanto, la posterior reintegración familiar, la Administración deberá disponer un régimen de visitas y velar por su debido cumplimiento*.

anterioridad sobre el menor y aun de ciertas facultades, muy limitadas, si bien no es fácil delimitar el contenido que abarca la mera titularidad de la patria potestad o de la tutela desprovista de su ejercicio. Lo cierto es que la autora anteriormente mencionada estudia aquellos deberes y facultades que conservan, tras la asunción de la tutela por la entidad, quienes vinieran ejerciendo potestad sobre el menor fundamentalmente en relación a la patria potestad. Así, a pesar de la suspensión de la que ésta es objeto, los progenitores están obligados a velar por el hijo y a prestarle alimentos (artículos 110 y 111 C.c.), además de tener un derecho de control y vigilancia sobre la función ejercida por la entidad pública, y el de mantener relaciones personales con el menor, reconocido para los padres expresamente en el artículo 160 C.c.⁵⁵.

Sin embargo, suscita numerosas dudas la trasposición de lo expuesto en el párrafo anterior a los supuestos de tutela ordinaria que queda en suspenso al pasar el menor declarado en desamparo a estar bajo la tutela de la Administración, y ello porque no existen preceptos tan claros sobre los que apoyarnos como ocurre en el caso de la patria potestad.

Cabe plantearse si para el tutor subsiste la obligación de velar por su pupilo y prestarle alimentos, y si le corresponden los derechos de control del ejercicio de la tutela por la entidad pública, el de visita al menor o el mantenimiento de cualquier forma de comunicación con él, y el de recuperación del ejercicio de la tutela en el caso de que se modifiquen las circunstancias que originaron la situación de desamparo.

Por lo que respecta a la obligación de velar por el pupilo menor, no existe en sede de tutela precepto equivalente a los contenidos en los artículos 110 y 111 C.c.⁵⁶, aunque, tal vez, podría derivarse la subsistencia de aquella obligación del carácter genérico con que la misma aparece formulada en el artículo 269 C.c.. Este precepto parece comprender, dada su generalidad, un área residual de medidas. De hecho, la expresión “y, en particular” hace suponer que los apartados del artículo 269 C.c. no son sino concreción de ese deber de velar, a través de los cuales, sin embargo, no se agota éste⁵⁷.

A favor de la conservación de este derecho-deber de velar en la persona del tutor ordinario suspendido parece pronunciarse también LLEBARÍA SAMPER⁵⁸, para quien aún cuando los acogedores tengan el deber de velar por el menor, derivado de aquellas otras obligaciones personales que asumen, *en ningún caso ello va a implicar que los padres o el tutor pierdan o se vean temporalmente suspendidos en este celo. Ni el artículo 110 ni el 269 lo permiten.*

No puede decirse lo mismo de los alimentos, no sólo por la carencia de norma que expresamente así lo disponga, sino también por la forma en que esta obligación aparece

⁵⁵ Este derecho a mantener relaciones personales con el menor se extiende, tras la reforma de los párrafos segundo y tercero del art. 160 C.c. por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, expresamente a los abuelos, aparte de otros parientes y allegados.

⁵⁶ Ciertamente, en este punto el art. 111 C.c. constituye en gran medida una reiteración de lo ya manifestado en el art. 110 C.c.. Así lo entiende también MUÑIZ ESPADA, E.: “La sanción del art. 111, n.º 2 del Código civil: la filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica”, en RJN, núm. 10, 1994, pág. 160, para quien del último párrafo del precepto según el cual *quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos* se podría haber prescindido perfectamente pues su precedente inmediato de forma clara deja sentado que *el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*

⁵⁷ Así, estamos totalmente conformes con GÓMEZ LAPLAZA, C.: Comentario al artículo 269, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinadores), Madrid: Tecnos, 1986, pág. 507, cuando afirma como la expresión “y, en particular” parece no dejar duda de que la intención de los redactores (o, al menos, el resultado de sus trabajos) era la de desglosar en los apartados siguientes **parte** del contenido del **deber genérico de velar**.

⁵⁸ Tutela automática, guarda..., ob. cit., pág. 201.

formulada en el artículo 269.1º C.c.. No se trata tanto de que el tutor preste alimentos al tutelado como de que se los procure. Así, el significado de la expresión contenida en el número 1.º del artículo 269 C.c. denota claramente que el tutor no viene obligado a prestar alimentos al menor como un deber directamente derivado en todo caso de su desempeño de la función tutelar, sino que, al contrario, el tutor está obligado a buscar y poner en marcha las vías adecuadas para conseguir la prestación de alimentos –patrimonio del pupilo menor, la deuda alimentaria parental, beneficios de carácter asistencial público-. Sólo cuando las mismas no existan o resulten inidóneas podría plantearse la imposición directa al tutor del deber de dar alimentos, sobre lo que existe una total falta de acuerdo en la doctrina. Mientras para un sector doctrinal corresponderá propiamente al tutor la obligación de prestación de alimentos derivada directamente del artículo 269.1º C.c., sin descartar la posible existencia de un derecho del tutelado a prestaciones públicas o asistenciales⁵⁹, para otro sector doctrinal, en cambio, esta prestación de alimentos no incumbirá en ningún caso al tutor, debiendo recurrirse siempre a la ayuda de las instituciones públicas asistenciales⁶⁰. En cualquier caso, partiendo de este entendimiento de la obligación del tutor ordinario de *procurar alimentos* al pupilo menor, la misma deberá ser cumplida ahora por la entidad tutora, dirigiéndose, en su caso, contra quien venía ejerciendo la tutela ordinaria, pero no en su cualidad de tutor suspendido en el cargo, sino en la de ser una de las personas a las que puede incumbir la obligación legal de alimentos en virtud del artículo 143 C.c..

En cuanto al derecho de control⁶¹, que se concreta, por un lado, en el derecho del tutor a estar informado sobre la forma en que la entidad pública ejerce la potestad sobre el menor, y, por otro, en la facultad de solicitar al Juez las medidas oportunas ante posibles perjuicios para aquél derivados de actuaciones de la Administración, sí corresponde al tutor de la misma forma que a los progenitores en virtud del artículo 22 de la Ley 1/1996, que establece el deber de la entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela de informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba, y del artículo 216 C.c., que permite la adopción por el Juez de las medidas y disposiciones a que hace referencia el artículo 158 C.c.⁶² en todos los supuestos de tutela de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos, a instancia de cualquier interesado, que entendemos puede ser, sin lugar a dudas, el tutor ordinario suspendido en su cargo.

Además, el artículo 173.3 C.c., en referencia a la constitución del acogimiento como forma de llevar a cabo la guarda del menor bajo la tutela de la entidad, establece que si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, aquél sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor⁶³. Ello puede hacer pensar en el mantenimiento de ese derecho de control en el tutor que, aún suspendido en el ejercicio de su función, se opone al acogimiento del menor por entenderlo contrario a su beneficio, lo que también estaría en directa relación con la subsistencia del deber de velar por el mismo, a la que hemos hecho referencia con anterioridad.

El artículo 160.1 C.c. reconoce a los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. Respecto al tutor, la cuestión es más que dudosa, sobre todo

⁵⁹ Vid. por todos **LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA**: El nuevo régimen de la familia, III. Tutela e instituciones afines, Madrid: Civitas, 1984, reimpresión 1990 [con LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ], pág. 114.

⁶⁰ Vid. por todos **GÓMEZ LAPLAZA**: Comentario al artículo 269, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, ob. cit., pág. 510.

⁶¹ En este punto, estamos conformes con **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., pág. 289, cuando afirma que el hecho de que entidad pública lleve a cabo el control directo de los menores no deja necesariamente vacío de contenido el derecho de vigilancia que asiste a los progenitores.

⁶² El artículo 158.4º C.c. hace referencia a las disposiciones que se consideren oportunas por el Juez a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

⁶³ Por otra parte, el artículo 177.3 C.c. establece que sean simplemente oídos, en el trámite de constitución de la adopción, el tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

si tenemos en cuenta que la convivencia con el pupilo no es una obligación que se le imponga inexorablemente. La convivencia entre el tutor y el tutelado no aparece como obligatoria, o, cuando menos, no se impone en ninguna norma expresamente al tutor, a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad (artículo 154.1 C.c. *-tenerlos en su compañía-*), y ello a pesar de su indudable importancia como forma de custodia y guarda del pupilo, máxime si es un menor.

Ahora bien, la propia Ley 1/1996 introdujo un último párrafo en el artículo 234 C.c. en virtud del cual se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. Si esto es así y se ha producido tal integración en el caso concreto, quizá sí resulte conveniente, siempre en interés del menor, el mantenimiento de alguna forma de contacto entre éste, sujeto ahora a la tutela de la entidad, y el tutor ordinario suspendido en su cargo de forma paralela a lo que ocurre en los supuestos de patria potestad⁶⁴.

La misma problemática se plantea en cuanto a la facultad de los tutores suspendidos en el ejercicio de su función de recuperar la guarda de sus pupilos en el caso de que se modifiquen las circunstancias que originaron la situación de desamparo y se considere que la medida beneficia al menor. Aunque el artículo 173.4.3º permite a los tutores solicitar el cese del acogimiento, parece difícil que un tutor que ha desamparado a su pupilo menor pueda recuperar su cargo ya que, en la mayor parte de los casos, se habrá procedido a su remoción, como ya ha sido apuntado en el apartado anterior de este trabajo.

En definitiva, para LLEBARÍA SAMPER⁶⁵, los tutores podrán y deberán velar por el menor. *En el primer caso –podrán velar-, participando en las decisiones que le afecten, bien mediante órdenes, bien mediante recomendaciones, e informando a la entidad correspondiente o al Ministerio Fiscal de las posibles irregularidades que observen en la relación de guarda o acogimiento detectables, por ejemplo, en el ejercicio del “ius visitandi”, o bien solicitando información complementaria sobre la salud del menor, marcha de los estudios, es decir, interesándose por su desarrollo. En el segundo caso –imperatividad de velar- reclamando la compañía del menor cuando valoren su posibilidad, sin prejuzgar ello la decisión de la entidad.* Este autor no duda del carácter imperativo que tiene esta reclamación del menor cuando sus padres o **tutor** recobran la “normalidad familiar” y se encuentran en condiciones de ejercer sus respectivas funciones; lo contrario supondría, por ende, **un incumplimiento o dejación de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela**, sancionable por los cauces ya conocidos.

En el fondo, todas estas dificultades para equiparar la situación de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad a la de los tutores ordinarios también suspendidos en el ejercicio de sus funciones tutelares pueden tener su origen en lo ya manifestado en el otro apartado de este trabajo: Que el desamparo y, sobre todo, sus consecuencias jurídicas, están más pensadas para los supuestos de menores sujetos a patria potestad que a tutela ya que lo habitual, en caso de darse la situación que el Código civil define como desamparo, es que se proceda a la remoción del tutor ordinario; remoción que, incluso, puede tener lugar antes de que se produzca propiamente el desamparo si tomamos en consideración que la tutela se encuentra bajo la salvaguarda de la Autoridad judicial y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que pueden, respectivamente, remover o solicitar la remoción del tutor que se conduce tan mal en el desempeño de la tutela que el pupilo menor corre el grave riesgo de quedar desasistido.

Si la remoción del tutor funciona con mayor amplitud que la privación de la patria potestad, que tiene un carácter más restrictivo, será más habitual en la práctica, además de más fácil de justificar conforme a la normativa del Código civil, la subsistencia en los progenitores de ciertos deberes, y aun de algunas facultades, que la conservación de las mismas en el tutor suspendido

⁶⁴ Así parece admitirlo también **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: El desamparo..., ob. cit., pág. 290, quien afirma que tanto padres como tutores podrán acudir al Juez si no están de acuerdo con lo que la entidad pública haya estimado acerca del ejercicio del derecho de visita.

⁶⁵ Tutela automática, guarda..., ob. cit., pág. 201.

en sus funciones, el que, muy probablemente, va a ser removido de su cargo por resolución judicial posterior a la declaración administrativa del desamparo.

Ya se apuntó con anterioridad la hipótesis de que se declarase el desamparo de un pupilo menor y no se procediera a la remoción de su tutor al no darse los presupuestos que justifican la misma. Esto podría tener lugar cuando la situación de falta de asistencia al menor no es imputable al tutor, sino que es consecuencia de una situación de fuerza mayor de carácter transitorio. Al margen de la posible reconducción de esta situación a la guarda administrativa, o de la procedencia de declarar una mera situación de riesgo, el que se trate de una situación reversible e independiente de la voluntad del tutor hace factible el que, aunque se encauce por la vía de la tutela de la entidad, no se proceda a la remoción, pudiendo predicarse entonces el mantenimiento de algunas obligaciones y facultades en el tutor respecto al pupilo menor. Incluso, una vez desaparecidas las causas que motivaron el desamparo, es posible que el tutor recupere el ejercicio de la tutela, habiéndose mantenido entretanto el contacto con el menor, el control de la función ejercida por la entidad y el deber genérico de velar por él y, en su caso, de prestarle alimentos; deber este último que se deriva más de lo dispuesto en los artículos 142 y ss del Código, que de la propia condición de tutor.

IV. OTRAS CUESTIONES MENORES: LA PROBLEMÁTICA DEL SEGUNDO APARTADO DEL ARTÍCULO 239 C.C..

Directamente relacionada con las reformas que venimos comentando está la importante modificación que la Ley 21/1987 llevó a cabo en el artículo 239 C.c., que adoptó una redacción muy distinta a la que tenía en virtud de la Ley 13/1983, y que supuso recoger en el Capítulo II, Título X, del Libro Primero del Código civil, específicamente dedicado a la tutela, la que ejercían las entidades públicas sobre los menores desamparados regulada también en el artículo 172.1 C.c.⁶⁶.

Al margen de la contraposición entre el carácter imperativo de la actual redacción del precepto, en su párrafo primero, y el dispositivo de la anterior, en la que se decía que la tutela del menor podía recaer en la persona del Director del establecimiento donde el mismo se encontraba acogido, así como del hecho de que con el anterior enunciado la tutela tenía como titular, en el caso de que el Juez estimase oportuno su nombramiento, a una persona física (el Director), mientras en la actualidad esa titularidad recae en una persona jurídica (la entidad), lo que implica una mayor estabilidad en estos casos⁶⁷, interesa a nuestro estudio hacer alguna puntualización sobre la modificación producida en el párrafo segundo del artículo apuntado.

Tampoco es nuestra intención entrar en cómo la reforma de este precepto y la consiguiente incardinación de la tutela de las entidades públicas en el Capítulo que el Código civil dedica específicamente a la tutela judicialmente constituida incrementó las dudas acerca de la

⁶⁶A pesar de la reforma de que es objeto el artículo 172 C.c. por la Ley 1/1996, de 15 de enero, el artículo 239 C.c. no sufre modificación alguna en virtud de la citada Ley. Sin embargo, más tarde, a este art. 239 C.c. se le ha añadido un nuevo, a la par que dudoso e imperfecto, párrafo en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, con el fin de introducir la tutela sobre los incapaces de la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la competencia tanto cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 C.c. sea nombrada tutor como cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo, asumiendo en un caso y en otro la tutela por ministerio de la Ley; cuestión en la que no estimamos procedente entrar aquí.

⁶⁷ **LLEDÓ YAGÜE, F.:** “Comentario al Proyecto de Ley de Adopción”, en ADC, 1986, pág. 1.199, y “Apéndice adaptado al Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (4 febrero de 1987-III Legislatura)”, en ADC, 1987, pág. 212, entiende que, si bien es lógico que sea el establecimiento mismo el que sea titular de la tutela, en aras del beneficio del pupilo, *el artículo 239 ha quedado desnaturalizado y carente de sentido práctico y operativo, al existir un precepto como el 242, que cumplirá socialmente mejor su función.* Valora positivamente que la titularidad recaiga en la entidad, **FELIU REY:** “Breve estudio...”, ob. cit., pág. 2.750, y Comentarios..., ob. cit., pág. 24.

naturaleza de aquélla y de las normas por las cuales se había de regir en su constitución y funcionamiento, si eran las mismas por las que se regulaba la tutela “ordinaria”, o si su propia excepcionalidad hacía que éstas no le fueran aplicables⁶⁸.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 239 C.c. suscita la duda, aún no satisfactoriamente resuelta, de si es preferente su aplicación a lo dispuesto en el primer párrafo. La doctrina se planteó, sobre todo en los primeros momentos de la reforma de 1987, qué era prioritario en los supuestos de menores desamparados, la tutela institucional del 239.1 C.c., o la personal del 239.2. Distintas fueron las soluciones que se propusieron al respecto, desde entender que la regla general era la recogida en el párrafo segundo *entrando subsidiariamente en juego el párrafo primero, que recoge la regla especial*⁶⁹, llegándose a afirmar que sólo en el caso de que la tutela del artículo 239.2 C.c. no pudiera constituirse, regiría la de la entidad pública⁷⁰; hasta estimar, en sentido contrario, que la tutela “ordinaria” pasaba a ser subsidiaria respecto a la de la entidad en lo que a menores desamparados se refería⁷¹. No faltaron autores que, en una visión de conjunto del artículo 172 C.c., entendieron que la constitución de la tutela del artículo 239.2 C.c., si existían miembros idóneos de la familia, era obligada dados los términos del artículo 174.2 C.c.⁷².

A nuestro modo de ver, la cuestión cabe plantearla del siguiente modo: La tutela administrativa debe mantenerse sólo hasta que se constituya la tutela ordinaria, si ello fuera posible en beneficio del menor, o se llegue a alguna otra de las situaciones jurídicas consideradas como más estables, la reintegración del menor en su familia de origen, si ello no es contrario a su interés (art. 172.4 C.c.), o la adopción del mismo ajustada a los términos previstos en los artículos 175 y ss del Código civil. Creemos que esta es la forma en la que ha de ser entendida *la subsidiariedad de la tutela de las entidades públicas*, es subsidiaria de instituciones de protección que aparecen como más estables y con mayor vocación de permanencia en el tiempo; no significa esto, sin embargo, que su constitución sea posterior, antes al contrario, partiendo de la automaticidad propia de esta tutela, lo cierto es que, declarado el desamparo, habrá una tutela de las entidades en tanto no se constituya la ordinaria –o se llegue a cualquiera otra de las situaciones expuestas-, que aparecen así en un segundo momento⁷³.

⁶⁸ La mayor parte de la doctrina entendió que este precepto dejaba bien clara la intención del legislador de considerar a la tutela de los entes como una verdadera tutela civil. Por otra parte, el art. 239 C.c. fue utilizado también como argumento por los detractores del automatismo de la tutela del art. 172.1 C.c., que veían en él una mera excepción al régimen general de llamamientos al cargo de tutor establecido en los arts. 234 y 235 C.c. por lo que respecta a los menores desamparados, con un llamamiento único legal a la Administración, este era el parecer de **VARGAS CABRERA**: *La protección de menores...*, ob. cit., Págs. 107-108 y 316-317; y **GONZÁLEZ LEÓN**: *El abandono de menores...*, ob. cit., Págs. 349-351.

⁶⁹ **PALACIOS/BERNAL DEL CASTILLO**: *“Reflexiones...”*, ob. cit., Págs. 231-232.

⁷⁰ Así, **DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS**: *Sistema de Derecho civil*, IV, 7.ª ed., ob. cit., pág. 308; en el mismo sentido, **LACRUZ/SANCHO**: *Elementos de Derecho civil*, IV, volumen 2º, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1989, pág. 310. La RDGR y N de 22 de junio de 1996 (RJ 1996, 6185) entendió en este punto que la tutela por ministerio de la ley debe considerarse supletoria en el sentido de que, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (cfr. art. 239 C.c.). Por su parte, **GONZÁLEZ LEÓN**: *El abandono de menores...*, ob. cit., Págs. 352-353, señala que, *al menos en términos sociales, la tutela institucional es subsidiaria de la personal*, si bien la preferencia por una u otra dependerá, en cada caso, de lo que más convenga al beneficio del menor apreciado por el Juez.

⁷¹ Este es el parecer de **PILLADO MONTERO, A.**: *“Notas sobre el proyecto de Ley de reforma en materia de adopción”*, en RDP, 1987 (mayo), pág. 447.

⁷² En este sentido, **VALLADARES RASCÓN**: *“La tutela de los menores...”*, ob. cit., Págs. 2.061 y 2.067.

⁷³ En el mismo sentido, **BALLESTEROS DE LOS RÍOS**: *El desamparo...*, ob. cit., pág. 323, y en *“Comentario a la Resolución...”*, ob. cit., pág. 1.172, afirma que el párrafo segundo recoge una excepción a la regla general del párrafo primero: producido el desamparo, habrá una tutela automática en tanto no se constituya la ordinaria.

Por otra parte, dada la falta absoluta de previsión en la materia, dos importantes puntos quedan sin resolver en la norma que comentamos. En primer lugar, si el cese del tutor-entidad pública y el nombramiento de nuevo tutor siguiendo las reglas ordinarias de constitución judicial de la tutela puede hacerse sin necesidad de recurrir al mecanismo de la remoción de aquélla⁷⁴, o a los supuestos de excusa. Así lo ha propuesto GONZÁLEZ LEÓN⁷⁵, quien interpreta que no es necesario para el cese de la entidad pública como tutora utilizar los mecanismos referidos. De admitirse esta solución, bastante eficaz desde un punto de vista práctico, se estarían introduciendo respecto del tutor-entidad pública unas causas especiales de extinción de la tutela que no sólo no están admitidas respecto de los demás tutores “ordinarios”⁷⁶, sino que no aparecen recogidas en precepto alguno. Cabría pensar que la propia especialidad de esta modalidad tutelar, estrechamente vinculada a la situación de desamparo, justifica que la misma se extinga –sin remoción ni excusa- al desaparecer el supuesto de hecho que la justifica, lo que, evidentemente, ocurrirá, al menos en principio, con el nombramiento de un tutor ordinario beneficioso para el menor.

En segundo lugar, tampoco clarifica la norma quién valora la conveniencia de designar un tutor conforme a las reglas ordinarias y quién determina la idoneidad de las personas a que se refiere el precepto, si bien la mayor parte de la doctrina se pronuncia a favor de que sea el Juez el que aprecie aquélla en beneficio del menor, lo que entendemos podrá hacer de oficio, o a instancia de parte, en concreto de las personas que vienen obligadas a promover la constitución de la tutela a tenor de lo dispuesto en el artículo 229 C.c., entre las que cabe incluir a la propia entidad pública tutora como persona bajo cuya guarda se encuentra el menor. Así, la entidad tiene el deber de averiguar si existen personas idóneas para hacerse cargo de la tutela ordinaria del menor, desplegando para ello la diligencia que le es exigible, y en el momento en que aparezca alguna debe promover la constitución de esa tutela de acuerdo con el mentado artículo⁷⁷. En cualquier caso, no está de más insistir en que el artículo 239 C.c. nada dice acerca de a instancia de quién debe hacerse esta valoración, o si puede llevarse a cabo de oficio.

Finalmente, el legislador parece no tener en cuenta la paradójica situación que, al menos siguiendo de un modo estricto los parámetros legales, pudiera llegar a producirse. Así, declarado en desamparo un menor, asumida su tutela por la entidad pública y suspendida, en los pocos casos en que esto puede ser así en materia tutelar, la tutela ordinaria que se viniera ejerciendo sobre aquél, podría darse el caso de que fuera posible la constitución de una nueva tutela ordinaria en beneficio del menor, lo que, atendiendo al carácter subsidiario de la tutela administrativa, debería poner fin a ésta. Ahora bien, ¿qué ocurre entonces con el tutor ordinario suspendido en el ejercicio de su cargo, se producirá una extraña compatibilidad, al menos en lo que a titularidad se refiere, entre dos tutelas ordinarias? La hipótesis planteada no parece tener mucho sentido, pero lo cierto es que la regulación en la materia permite, al menos teóricamente, que este supuesto llegue a plantearse. La mejor solución, desde luego, sería que, si se decide la constitución de una nueva tutela ordinaria que ponga fin a la administrativa, se procediese a una previa remoción del tutor ordinario anterior, a salvo el supuesto de que sea este mismo el que se considere beneficioso para el menor, estando en este caso en un supuesto de recuperación de la guarda al que ya se ha hecho referencia. Del mismo modo, si lo que estaba en suspenso era la patria potestad y se procede a la constitución de una tutela ordinaria por considerarla beneficiosa para los intereses del menor, nos encontramos aquí también con una compatibilidad tutela ordinaria/patria potestad que, desde siempre, ha venido siendo rechazada por la mayoría de la

⁷⁴ Para **PÉREZ MARTÍN**: Adopción..., ob. cit., pág. 114, la entidad pública entregará el menor a la persona nombrada tutor ordinario utilizando el mecanismo de la remoción.

⁷⁵ El abandono de menores..., ob. cit., pág. 354.

⁷⁶ En este sentido, **MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, E.**: “Comentarios al proyecto de Ley sobre adopción”, en BICNG, núm. 80, 1987 (agosto), pág. 1.323.

⁷⁷ Son muchos los autores que se muestran a favor de que la entidad esté obligada a promover la constitución de la tutela ordinaria. Vid. por todos, **MÉNDEZ PÉREZ**: El acogimiento de menores, ob. cit., pág. 103, para quien son las propias entidades quienes deben apreciar la existencia de personas idóneas y, en su caso, promover ante el Juez la constitución de la tutela ordinaria.

doctrina⁷⁸. La complejidad de esta cuestión hace que nos limitemos aquí a plantearla, sin querer entrar en mayores detalles, con la intención de evidenciar, una vez más, las enormes lagunas y contradicciones de que adolece aún la regulación de esta materia.

⁷⁸ Por el contrario, para **SEISDEDOS MUIÑO, A.**, “Suspensión *versus* privación de la patria potestad”, en *RDP*, núm. 7 y 8, 2001, p.579, esta compatibilidad parcial no es una peculiaridad de la tutela automática, sino que puede darse también en las hipótesis de tutela ordinaria, ya que ésta puede concurrir con la titularidad de la patria potestad, es decir, con una patria potestad suspendida en su ejercicio.