

Aspectos civiles del ejercicio por la administración pública de la tutela sobre menores desamparados (art. 172 Código Civil)

Juan Antonio García García
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

1. Introducción

Dos textos legislativos de vigencia relativamente corta marcarán nuestra exposición a lo largo de las próximas páginas, por un lado la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 (LOPJM), por otro lado la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (LCAIM), norma esta última mediante la cual la Comunidad Autónoma Canaria¹ a la vez que se dota de un texto legal de máximo rango normativo en materia de protección de menores realiza el primer desarrollo normativo de su modificado Estatuto de Autonomía.

¹ El texto tiene su origen en la proposición de Ley del Grupo parlamentario popular (BOPC nº 34, de 30 de noviembre de 1995) sobre derechos del menor en la Comunidad Autónoma de Canarias, que es objeto de una enmienda a la totalidad en forma de texto alternativo por el propio grupo parlamentario popular y por los grupos parlamentarios de Coalición Ca-

Para enmarcar el desarrollo de la presente exposición, paso a formular dos afirmaciones iniciales:

a) La «tutela» que por ministerio de la ley asumen las Administraciones públicas sobre los menores desamparados no es una tutela civil, esto es, ordinaria o institucional, por mas que la misma aparezca regulada en el Código Civil, pues ello en nada ha variado su naturaleza meramente asistencial, esto es, como mera medida administrativa, que no implica ningún cambio en el estado civil del menor sujeto a dicha medida y tan sólo compresión o desplazamiento temporal de aquellas facultades de los padres o tutores ordinarios que sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de la finalidad perseguida con la declaración de desamparo. La Administración pública no asume, pues, ni la representación legal del menor, ni su acción tutelar abarca algo más que no sea la protección provisional y en situaciones de urgencia o gravedad de la persona del menor desamparado.

y,

b) Dicho lo anterior, nada impide que efectivamente, en aplicación de las reglas ordinarias sobre la tutela contenidas en el Código Civil (es decir, no por la aplicación del art. 172 sino por la vía de los arts. 222 y ss. del Código civil), la autoridad judicial constituya una tutela ordinaria, esto es, institucional, o si se quiere definitiva o estable, sobre los menores desamparados en favor de la Administración pública cuando no sean posibles, viables o más adecuadas al superior interés del menor otras fórmulas también estables de protección (esto es, tutela ordinaria, adopción o acogimiento familiar permanente), siempre y cuando se haya procedido a privar con todas las garantías procedimentales y por la autoridad judicial competente a los padres, o en su caso tutores, de su potestad.

Nosotros desarrollaremos seguidamente los argumentos y datos que existen en nuestro ordenamiento jurídico en los que nos apoyamos para formular las anteriores aseveraciones.

2. Naturaleza jurídica de la tutela que por ministerio de la ley asume la entidad pública competente sobre los menores en situación de desamparo

La «tutela» del art. 172 no es una institución civil aun cuando aparezca regulada en el Código civil.

A este respecto cabría legítimamente preguntarse si la ubicación de una determinada materia dentro de un concreto cuerpo normativo califica a aquélla dentro de alguno de los sectores o disciplinas jurídicas tradicionales a que pertenezca

dicho cuerpo normativo, esto es, si la ubicación de una determinada materia dentro del articulado del Código civil califica inmediatamente a la misma como «Derecho Civil» (o también, si una norma que aparezca en el Código penal es necesariamente una norma de naturaleza penal, o sólo son normas procesales las que se encuentran en las diversas Leyes de Enjuiciamiento, etc.). A estos efectos, nuestro Tribunal Constitucional, con ocasión precisamente de delimitar el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas ha advertido que en ningún caso es legítima a estos efectos la compartimentación del ordenamiento jurídico, y de las normas que lo integran, proyectando los criterios utilizados por la dogmática jurídica para la delimitación de sus respectivos objetos de estudio². También debe señalarse que tanto la doctrina como la propia jurisprudencia no tienen ningún reparo en reconocer la existencia de normas procesales en el Código civil, y por el contrario normas materiales o civiles en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco existen reparos en reconocer que, por motivos igualmente coyunturales, desde el primer Código penal español de 1821 han existido normas de indudable alcance civil en el Código Penal, incluso, lo cual ha suscitado enconadas críticas, en el reciente Código Penal de 1995. Y, ya por último, normas de indudable naturaleza administrativa han tenido y siguen teniendo su sede normativa en el Código Civil, pensemos sólo en dos ejemplos, en las normas sobre distancia entre construcciones y plantaciones para las que el Código remite expresamente a las Ordenanzas locales, o en las normas administrativas sobre policía de mercados y policía sanitaria a las que el Código remite al regular las compraventas en ferias y mercados o en las ventas de animales y ganados.

naria, Socialista Canario y Plataforma Canaria Nacionalista (BOPC nº 131, de 15 noviembre 1996). Será precisamente esta enmienda a la totalidad, que se aparta en no pocos aspectos fundamentales de la proposición de ley originaria, el precedente legislativo inmediato del texto definitivamente aprobado por el Parlamento de Canarias.

² Así con ocasión de enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Agraria Andaluza, y acerca de la figura del fraude de ley, el TC ha señalado que a pesar de ser ésta una institución que se «contempla en el Código Civil», en manera alguna es una materia que quede reservada al Estado en virtud del art. 149.18 de la Constitución, toda vez que «en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento jurídico o contrarios al mismo es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 del Código civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto como la mayor parte de los que integran el título preliminar es aplicable a todo el ordenamiento y sólo por tradición histórica sin duda respetable conserva en el Código civil su encaje normativo» (STC 26 marzo 1987, fj. 8_ in fine).

a) La «armonización» legislativa en materia de protección de menores, por una vía indirecta

Nosotros afirmamos siguiendo al Prof. DE PABLO CONTRERAS, que la «civilización» (sic) formal, que no de naturaleza jurídica, de la tutela de las entidades públicas obedece a razones puramente pragmáticas que no de técnica jurídica. La asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de «asistencia social» y «protección de menores» amparó la realización de políticas propias por parte de las CCAA en tales materias, cuando en principio lo realmente transferido no era otra cosa que la pura actuación administrativa que con anterioridad había llevado a cabo la entidad estatal Obra de Protección de menores. El legislador central consciente del exceso y los problemas derivados de la diversidad de los regímenes normativos en materia de protección de menores no encontró título mejor, alternativo a la más que enérgica polémica, ley de armonización, que amparara su intento de unificación legislativa que la de subsumir la medida en el título competencial «legislación civil» y dictar un régimen uniforme en sus trazos esenciales encuadrado como reforma del Código Civil³.

Evidentemente, la anterior afirmación no sería más que un mero argumento extrajurídico, pero hemos de decir que no constituye nuestro único ni más fundamental apoyo para sustentar nuestras afirmaciones iniciales.

b) Los argumentos literales

Cierto que el tenor literal del art. 239 del Código Civil⁴ parece propiciar la inteligencia de una figura de tutor «ordinario» desempeñado por una entidad pública, cuya nota esencial es la de no haber sido constituida conforme a las reglas ordinarias, esto es, en este sentido «automática» o no necesitada de constitución judicial, en cuanto constada la situación de desamparo la misma viene deferida sin posibilidad de excusa a la entidad pública competente por razón del territorio. Nuevos argumentos se añaden, tras la nueva redacción que la LO 1/1996 otorga al art. 260 del Código Civil, añadiendo un segundo párrafo cuya función es la de eximir en todo caso de la previa constitución de fianza al tutor-entidad pública⁵.

³ vid. *Comentarios a las reformas del Código Civil. Desde la ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 10 de diciembre*, Madrid, 1993, pp. 62 y ss.

⁴ «La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el art. 172. Se procederá, sin embargo, el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.»

⁵ «El juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma, *No obstante, la enti-*

La entidad pública asumiría, pues, un cargo tutelar con idéntico contenido y funciones que las de una tutela constituida conforme a las reglas ordinarias, con la única salvedad, ya mencionada, del automatismo en su constitución⁶.

Parece pues, por ello, que calificar la tutela del art. 172 como una tutela «administrativa» y contrapuesta a la «ordinaria», sería admisible sólo en cuanto con ello se hiciera referencia a la peculiar naturaleza y estatuto jurídico de la persona a la que viene encomendada su titularidad y ejercicio, pero no en lo que se concretara a la naturaleza y régimen jurídico del propio cargo tutelar asumido, que conservaría su naturaleza de potestad o cargo de derecho privado; esto es, la presencia de una entidad pública en el desempeño de dicha tutela, «civil» o de derecho privado, sólo debería traducirse en determinadas peculiares en el ejercicio del mismo, no en una transmutación de naturaleza jurídica de la propia función.

c) La insuficiencia de los argumentos literales: la articulación de la tutela ex lege con los mecanismos ordinarios o tradicionales de protección de menores e incapacitados en el Códigocivil

Sin embargo, los argumentos a favor del carácter administrativo, que no civil, de tal tutela encomendada por la Ley 13/1987 de reforma del CC, a las entidades públicas competentes por razón del territorio nos parecen de mayor peso, pues la tutela ex lege del art. 172 CC difiere sustancialmente de la tutela ordinaria, civil en sentido estricto, en los siguientes aspectos decisivos:

1. El propio tenor literal de la L.O. 1/1996 que califica la función de las entidades públicas para el caso previsto en el art. 172.1 CC, esto es, para las situaciones de desamparo, como asunción de «guarda», estableciendo como situaciones análogas la «guarda» en situación de desamparo y la guarda en los supuestos del art. 172.2 CC, esto es de la guarda administrativa en su sentido más restringido.⁷ Por otra parte, el propio concepto de desamparo que maneja el art. 172 del Código civil, pues el desam-

dad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza».

⁶ «Se trata de una tutela en sentido estricto (argumento literal, más los procedentes de otros preceptos del Código, como los arts. 222.4 y 239... [que] a diferencia de la tutela ordinaria, no precisa ser constituida por declaración judicial» —cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», p. 1479.

⁷ cfr. art. 19 «Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la entidad pública podrá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 del Código civil, cuando los padres o tutores no puedan cuidar de un menor o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda».

paro se produce por inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes «*para la guarda de los menores*», es pues la ausencia de guarda la que constituye el desamparo y la que justifica la intervención administrativa, y las medidas en que se instrumenta la protección de la Administración pública, esto es, el acogimiento en sus formas reconocidas, tienen por finalidad la de procurarle al menor desamparado una persona que vele por él, lo tenga en su compañía, lo alimente, lo eduque y le proporcione una formación integral, esto es básicamente, la guarda; y ello tenga la Administración pública la tutela del art. 172.1 o ya sólo la guarda del art. 172.2 Código civil (cfr. art. 173 CC). Aun más, el propio artículo 173 bis del Código civil señala que en el caso en que se acuerde el acogimiento familiar permanente, si la Administración pública así lo estima necesario para el mejor desempeño de las funciones por los acogedores podrá instar de la autoridad judicial la atribución a aquéllos de alguna o algunas facultades de la tutela, no dice tutela ordinaria pero debemos entender que es ésta, pues no tiene sentido que la Administración que supuestamente ya tiene la tutela pida a la autoridad judicial que constituya una nueva tutela aunque sea parcial sobre el menor. La Administración no puede transferir, ni ceder ni constituir en favor del acogente más facultades que las que ella misma tiene, es por ello que tiene que solicitar del juez la atribución de facultades inherentes a la tutela pero distintas de la mera guarda.

2. En cuanto la tutela administrativa presenta como rasgos característicos su excepcionalidad y subsidiariedad respecto al carácter ordinario y más permanente de las instituciones de guarda y protección ordinarias, esto es, respecto de la patria potestad y la tutela ordinaria; tan sólo excepcionalmente la tutela administrativa se podrá convertir en definitiva, transformándose en una auténtica tutela ordinaria y mutando su naturaleza jurídica, siempre previa resolución judicial para instrumentarse a través de las figuras de acogimiento reguladas por el CC.

Cierto que, en absoluto el CC marca límite temporal alguno a la duración de la situación de tutela administrativa que contempla, pero lo cierto es que de los principios rectores de tal regulación, también de los principios que la L.O. 1/1996 señala a la actuación administrativa en esta materia, se desprende que es básica la integración familiar y social del menor, por lo que la tutela administrativa, cualquiera que sea la modalidad a través de la cual se instrumente su ejercicio, deberá durar el tiempo estrictamente necesario, procurando además, siempre que ello sea posible integrar al menor en el ámbito de su familia extensa, o, a través de la adopción, en una familia alternativa.⁸ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE una de las características más

⁸ art. 11.2 L.O. 1/1995 «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos: a) la supremacía del interés del menor, b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, c) su integración familiar y social...».

relevantes de la tutela administrativa es su carácter provisional, «en tanto se arbitra una solución definitiva a la situación del menor (reinserción en la propia familia, adopción o constitución de la tutela regular)⁹. En el mismo sentido, han sido varias las normas autonómicas que han interpretado la tutela por ministerio de la ley como una «tutela provisional»¹⁰; otras normas autonómicas si bien no recogen expresamente la provisionalidad de la medida preven que la resolución declarativa del desamparo, entre otras posibles medidas de protección, deberá comunicarse a los padres o tutores, determinándose que uno de los extremos a comunicar será la «duración», así como el alcance y la finalidad, de la medida de protección adoptada (cfr. art. 19.2 Ley Ast.). La LCAIM de 1997 proclama así expresamente en su art. 4

⁹ «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», ADC 1988, p. 1480

¹⁰ Así el art. 15 del D. 57/1988, de 7 de abril de Castilla-León, determina que «Si resultara una situación de desamparo, lo acordará expresamente, asumirá la tutela provisional y tramitará la definitiva prevista en los arts. 231 y 239 del Código Civil»; en caso de urgencia el art. 19 del mismo Decreto autonómico determina que «Una vez adoptada mediante la citada resolución la medida provisional que la urgencia y gravedad del caso aconsejen, el equipo estudiará al menor, sus circunstancias y posibilidades familiares y sociales, y elevará la propuesta o propuestas definitivas más adecuadas. Seguidamente se iniciará el procedimiento conducente a constituir la tutela definitiva que previenen los arts. 231 y 239 del Código Civil». Por su parte, el Decreto 112/1995, de 31 de marzo, Galicia, sobre medidas de protección de menores y la adopción, califica reiteradamente la tutela asumida por el organismo autonómico competente en relación con los menores desamparados como «tutela provisional» (arts. 11 y 12), siendo más explícito en cuanto a la provisionalidad de dicha tutela al señalar que la misma «subsistirá en tanto no desaparezcan las causas que la motivaron, se proceda a la constitución de la tutela ordinaria, el menor sea adoptado, se emancipe o llegue a la mayoría de edad» (art. 11 citado). La ley balear, 7/1995, art. 9 prevé como efectos de la declaración de desamparo: «a) la *asunción provisional* ...de las facultades de guarda... [entendiendo por tales la alimentación, alojamiento, educación y formación integral, potestad de corrección, y el velar por ellos]. b) la *suspensión provisional* del ejercicio directo por los padres o tutores de las facultades [de guarda, tal y como son recogidas en el apartado a)....]»; en estrecha conexión con ello, el art. 12.2. de la propia Ley prevé que sólo en el caso de que «la autoridad judicial resolviera la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, el órgano competente asumirá *todas las funciones tutelares*, mientras no se constituya la tutela según las reglas generales del Código Civil, el menor no sea adoptado, no se emancipe o no llegue a la mayoría de edad», especificando que tal asunción provisional de «todas» las funciones tutelares «conlleva la administración del patrimonio, haciendo previamente inventario de los bienes del tutelado y su representación legal».(art. 12.3); lo cual implica a sensu contrario que en tanto no se prive de la patria potestad o se remueva la tutela ordinaria la entidad pública ni administra ni representa al menor tutelado.

como principio rector de la actividad administrativa en la materia: «(g) Subsidiariedad de la actuación administrativa respecto a las funciones parentales», principio que tiene su plasmación concreta en el artículo 16.1, al señalar que como «recurso preventivo prioritario se establecerán programas de apoyo a la familia, destinados a cubrir las necesidades básicas de los menores y mejorar su entorno familiar, con el objeto de garantizar su derecho a permanecer en el mismo en condiciones que permitan su desarrollo integral», regulando la ley la situación de riesgo o «predesamparo» y en sus arts. 39 y ss. diversas prestaciones económicas destinadas a mejorar el nivel de vida de las familias y de los menores.

Y, por otra parte, en prácticamente la totalidad de las normas autonómicas reguladoras de la protección del menor, se ratifica el mandato contenido ahora en el art. 239 CC, de que será preferente la constitución de la tutela ordinaria, por la autoridad judicial y conforme a las reglas del Código civil, cuando exista persona, que por sus relaciones con el menor, pueda asumirla con beneficio de éste¹¹, de donde deriva manifiestamente el carácter subsidiario de la tutela administrativa, que es lo que por su parte realiza la LCAIM en su art. 55: «El órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan».

3. En cuanto resulta compatible con la existencia de patria potestad y tutela ordinaria, pues la tutela automática sólo produce efectos suspensivos en cuanto al ejercicio de aquéllas, permaneciendo inalterada la titularidad hasta tanto no se inste su privación de conformidad con las normas generales.

Ciertas dudas provocó el silencio de la Ley 21/1987 acerca de la situación en la que quedaban la patria potestad o tutela ordinaria una vez declarado el desam-

¹¹ Así el art. 56. d LMad.; art. 38 LPAs. «La Administración del Principado de Asturias promoverá ante la autoridad judicial el expediente de nombramiento de tutor conforme a las reglas contenidas en los arts. 234 y siguientes del Código civil, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela ordinaria con beneficio de éste».

Por su parte la Ley Valen. art. 22.2 determina que el cese de la tutela que se constituye por ministerio de la ley se producirá entre otras causas por «constitución de la tutela ordinaria». El Art. 11 Lextr. «La tutela ordinaria de menores desamparados será promovida por la Junta de Extremadura en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumirla en beneficio de éste». art. 13.1 LArag. «La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá el nombramiento de tutor, conforme a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, cuando existan personas que puedan asumir la tutela con beneficio del menor en situación legal de desamparo».

paro y asumida la tutela por las entidades públicas. Para algunos autores la asunción de la tutela provocaba «de hecho» la extinción o privación de las funciones paternas¹², para otros la tutela ex lege no constituía una causa de privación de la patria potestad, o en su caso de extinción de la tutela ordinaria, sino simplemente una suspensión en el ejercicio de aquéllas¹³. La nueva redacción otorgada por la LO 1/1996 al art. 172 confirma ahora expresamente que dicha tutela conllevará tan sólo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, resultando por ello compatible con las instituciones de protección ordinarias contempladas por el Código Civil. Por su parte, la LCAIM ha sido especialmente cautelosa en este aspecto al establecer en su artículo 52 que «la declaración de desamparo de un menor conlleva la asunción de la tutela por el órgano competente de la Administración Pública autonómica, en los términos previstos en la legislación civil».

No obstante, esta incidencia de la declaración de desamparo y la correlativa asunción de la tutela administrativa en la patria potestad o tutela ordinaria merece un tratamiento más detenido y exhaustivo que desarrollaremos en el siguiente epígrafe.

4. En cuanto no está necesitada de constancia registral. Pues si bien, según el art. 283 LRC serán objeto de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos, el precepto no hace otra cosa que desenvolver lo prevenido en el art. 218 CC, «Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil», y ya hemos señalado como peculiaridad distintiva de la tutela ex art. 172 CC la ausencia de resolución judicial que la constituya¹⁴. No obstante, la nueva redacción del art. 260 CC, en el sentido de eximir a la entidad pública que asuma la tutela del deber de prestar fianza para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, sin que por otra parte,

¹² RUIZ-RICO RUIZ *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Granada 1989, p. 147, lo califica de «vía indirecta de privación de la patria potestad, además de la constitución de una concreta tutela».

¹³ En este sentido se había pronunciado DE PABLO CONTRERAS, op. cit., p. 53 infra.

¹⁴ Ciertamente que mayor relevancia, que la inscripción de una tutela constituida judicialmente, tendrá la constancia registral de una tutela administrativa no constituida judicialmente, de hecho tampoco constituida administrativamente, puesto que el procedimiento administrativo tan sólo va dirigido a la constatación o comprobación de la situación de desamparo, supuesto de hecho al que la ley anuda la asunción automática, por ministerio de la ley, de la tutela, pero el art. 23 LO 1/1996 tan sólo prevé la necesidad de llevar un «Índice» de tutelas en cada Fiscalía para el ejercicio de la función de vigilancia que atribuyen al Ministerio Fiscal los arts. 174 y 232 CC, el primero de los cuales establece la obligación de la entidad pública de comunicarle los escritos relativos a la «constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos».

se añadan nuevas precisiones acerca del ejercicio de la referida tutela, plantea la duda acerca de los demás requisitos que en relación al desempeño de la tutela exige el Código, y que en principio sólo tenían como único referente al tutor ordinario, y en especial la cuestión de su constancia registral.

En opinión de DE PABLO CONTRERAS¹⁵, —expresada con anterioridad a la LOPJM y con referencia a la modificación operada por la reforma de 1987—, no existe obstáculo legal alguno para que la tutela administrativa acceda al Registro Civil, si bien distingue el autor entre aquellos supuestos en que la entidad pública asume como contenido de la tutela administrativa todo el posible contenido de la tutela ordinaria (contenido personal y patrimonial), en cuyo caso y toda vez que se trata de un supuesto de «representación legal», basta para su inscripción cualquier otro «documento público suficiente», distinto de la resolución judicial (cfr. art. 286 RRC), que «acredite la toma de posesión del cargo», esto es, testimonio de la resolución administrativa que declara el desamparo; debiendo además extenderse al margen de la inscripción de nacimiento del menor tutelado la preceptiva nota de referencia a la inscripción de la tutela administrativa. Mientras que en aquellos casos en que el contenido de la tutela administrativa es menor que el de la tutela ordinaria, el acceso registral de la misma no se produce por la vía de su inscripción como «representación legal» en la Sección Cuarta del Registro Civil, sino por el contrario, como inscripción marginal de la Sección primera en cuanto hecho que afecta a la patria potestad (cfr. art. 180 RRC). Señala, por lo demás, el citado autor que la entidad pública conforme a lo dispuesto en el art. 24.2º LRC estará obligada a promover la inscripción en cuanto a ella se refiere el hecho inscribible.

No obstante, la DGRN en su Res. de 22 de junio de 1996, tras establecer las diferencias entre la tutela ex lege del art. 172 del CC respecto a la tutela ordinaria y demás instituciones civiles de protección de los menores e incapacitados («Tal situación de hecho [la de desamparo determinante de la medida de protección por las Administraciones públicas]..., no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha y que como tal debe inscribirse en el Registro Civil, por más que el art. 172 del Código Civil se refiera a la función protectora ejercida, como tutela asumida por ministerio de la Ley.»), concluye que a estos efectos, los registrales, prevalece el art. 218 CC «al establecer que las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil, siendo evidente, por tanto, la no aplicación de este precepto al caso planteado», esto es, la inscribibilidad de la tutela ex lege, toda vez que, en esta situación prevalece el elemento fáctico, mientras que en la tutela ordinaria existe por contra «un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas (cfr. art. 218 CC)»; si a ello se une el

¹⁵ op. cit., p. 74.

carácter provisional de tal tutela administrativa y la carencia de un mandato legal expreso, la conclusión señala la DGRN no puede ser otra que la misma no es apta para acceder al Registro Civil, como tampoco lo es el efecto derivado de la misma, esto es, la suspensión de la patria potestad.

Al respecto, ciertamente el art. 1 LRC determina, primeramente y con carácter general, que constituyen el objeto del Registro Civil aquellos hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley; para seguidamente precisar su objeto en 10 números.

Ni que decir tiene que la tutela administrativa no constituye al menor tutelado en un nuevo estado civil, toda vez que éste no se modifica ni altera por la mera intervención de la entidad pública. Y por lo que respecta a la inscripción de las representaciones legales, el número 8 del art. 1 LRC declara como inscribibles «la patria potestad, la tutela y demás representaciones que señala la ley». ¿Debemos entender comprendida la tutela administrativa en la mención que se se hace a la «tutela»? Hemos mencionado ya que la tutela de que habla la legislación del RC es la tutela constituida judicialmente, es por ello que es objeto de inscripción la resolución judicial que la constituye, y la precisión que contiene el Reglamento RC a los demás documentos públicos suficientes para acreditar la toma de posesión del cargo tutelar no se refieren a supuestos distintos de los derivados de tutelas judicialmente constituidas.

Indiscutiblemente tampoco se trata de un hecho o situación que precepto legal alguno expresamente declare inscribible, o en su caso anotable, en el Registro Civil, pues lo único que prevé la LOPJM es su constancia en el Índice de cada Fiscalía. Pero tampoco es menos cierto que se trata de un «hecho» que modifica la patria potestad o, en su caso, la tutela, pues las suspende, y en este sentido debería ser objeto de anotación toda vez que el art. 180 RRC así lo determina. No inscribible pero sí anotable. Aunque de la argumentación de la Res. citada de la DGRN la tutela ex lege ni siquiera sería anotable, pues señala que sí es susceptible de anotación en el RC el acogimiento por así determinarlo expresamente el art. 154 RRC (Cabrará también la anotación: 3º del prohijamiento o acogimiento, en virtud de certificación de la Junta Provincial de Beneficencia), y además por ser el acogimiento una institución estable y tener «efectos más intensos sobre la patria potestad que los que la suspensión de la patria potestad pueda producir».

3. Los efectos de la declaración de desamparo y asunción de la tutela automática sobre la patria potestad o la tutela ordinaria

3.a. La cuestión tras la reforma operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil en materia de adopción y tutela.

Como adelantábamos, cuestión problemática de la nueva figura de la «tutela automática» o «tutela ex lege» fue la de su encaje y coordinación dentro del elen-

co de figuras e instituciones que hasta entonces reconocía y regulaba el, en aquél momento, casi centenario Código Civil. La parquedad de la regulación legal sobre la nueva institución planteaba no pocas dudas acerca de su auténtica naturaleza (¿es una tutela como la que hasta entonces regulaba el Código con la única especialidad de que su constitución no se realiza judicialmente, sino por «ministerio de la ley», lo que equivaldría a un automatismo en su constitución?), y en especial la posible incidencia que tal novedosa institución pudiera tener en el ámbito de actuación de las otras instituciones de protección de menores, tutela (rebautizada como «ordinaria» para diferenciarla de la tutela automática), y patria potestad.

Tales dudas, lejos de responder a preocupaciones más propias de un mero ejercicio intelectual o de artificios de los juristas, respondían a necesidades prácticas, pues se trataba en definitiva de arrojar luz sobre cuestiones de vital importancia. La respuesta que se de acerca de la naturaleza y efectos de la tutela ex lege del art. 172 del CC puede afectar a un tema tan esencial como es el de si los padres han perdido o no la patria potestad sobre sus hijos, con las gravísimas consecuencias que ello genera (pérdida de la representación de los hijos tanto en el aspecto personal como patrimonial, derecho a tener a los hijos en su compañía, derecho a decidir el tipo de educación que van a recibir sus hijos,...). Desarrollaremos siquiera brevemente dos cuestiones al respecto: 1) Constituida la tutela del art. 172 subsiste la patria potestad, 2º) Declarado el desamparo subsiste la posible tutela ordinaria a que estuviera sometido el menor objeto de la intervención administrativa.

1) Constituida la tutela ex lege, ¿subsiste la patria potestad?. Si la tutela que introduce la ley 21/87 no es más que una tutela ordinaria, civil, que únicamente difiere de la tradicionalmente regulada en el Código en que su constitución no requiere de decisión judicial, tal tutela no puede quedar constituida sin que correlativamente los progenitores hayan sido privados de la patria potestad, pues se trata para el Código de instituciones incompatibles entre sí, de instituciones que se excluyen recíprocamente, esto es, o existe patria potestad o existe tutela, pero no las dos al mismo tiempo.

Por ello, la tutela ex lege, si era una tutela ordinaria, debía llevar consigo como efecto básico la privación de la patria potestad sobre el menor desamparado. Ante el silencio de la Ley al respecto la doctrina formuló distintas interpretaciones. Un sector de la doctrina se decantó por considerar que la Ley 21/87 había introducido en el Código Civil una nueva causa de extinción de la patria potestad, ésta automática y sin necesidad de resolución judicial específica, pues la intervención judicial se produciría a posteriori (y no a priori como en las demás causas de privación de la patria potestad) a instancia de los progenitores ya privados de la patria potestad que solicitan la revisión judicial de la medida adoptada, pudiendo obtener en su caso tales progenitores una decisión judicial que deje sin efecto el desamparo (por no darse las circunstancias que motivan la intervención de la

Administración pública) y en consecuencia también la privación de la patria potestad¹⁶. Otros autores, si bien consideraron a la tutela ex lege como una tutela ordinaria, consideraron que esta nueva forma de tutela ordinaria tenía un carácter provisional y transitorio, y esta nota de transitoriedad justificaría la extraña compatibilidad entre tutela y patria potestad¹⁷.

Otro sector se decantaría por considerar a la tutela ex lege no como una tutela ordinaria, sino precisamente como una nueva institución distinta de la tutela ordinaria y de la patria potestad, y precisamente por ello compatible con la subsistencia de la patria potestad, o en su defecto de la tutela ordinaria constituida, sobre el menor declarado en situación de desamparo; la tutela del art. 172 se inserta entre las demás instituciones, patria potestad o tutela, comprimiendo y modificando sus efectos en tanto persiste la intervención administrativa, pero dejándolas subsistentes. La Entidad administrativa no asumiría el papel de tutor ordinario del menor desamparado, con las consecuencias de erigirse en representante tanto en el aspecto personal como patrimonial del menor objeto de la intervención, sino más bien se erigiría en guardador de la persona del menor en tanto persista la situación de riesgo o peligro¹⁸. Los planteamientos de esta posición doctrinal los desarrollaremos posteriormente al ocuparnos de la situación tras la Ley 1/1996 de Protección jurídica del menor, pues sus planteamientos han sido en buena parte recogidos por el legislador.

(ii) ¿Si los menores desamparados están sometidos a tutela ordinaria (en defecto de patria potestad), la nueva tutela de la Administración pública (tutela ex lege) desplaza a aquélla que se extingue o subsisten ambas?

Nuevamente la respuesta a este interrogante pasan por plantearnos nuevamente cuál es la naturaleza jurídica de la tutela del art. 172.

Ciertamente el Código Civil reconocía y sigue reconociendo aún la posible existencia de más de un tutor para un mismo tutelado, así el art. 236 prevé expresamente el ejercicio de la tutela por más un tutor en los siguientes casos: a) cuando el tutelado tuviera un importante patrimonio y convenga separar la tutela de la persona de la tutela del patrimonio; b) cuando la tutela corresponda al padre y a la madre (los padres pueden ser tutores de sus hijos ya emancipados o mayores de edad en los casos en que éstos sean incapacitados, habiendo contraído matrimonio y que no vivan con ellos, —siempre y cuando el juez no prefiera al cónyuge

¹⁶ VALLADARES RASCÓN, «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en el vol. colectivo *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 2056.

¹⁷ LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 26; MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento...*, p. 102.

¹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. *La nueva adopción*, pp. 96 a 99.

que conviva con aquéllos art. 234.1 CC— pues si se trata de hijos mayores solteros y que convivan con sus padres en el momento de incapacitarlos procede no la tutela sino lo que el Código denomina rehabilitación de la patria potestad), c) cuando se designa a una persona tutor de los hijos de su hermano y conviene que el cónyuge ejerza también la tutela, y, por último, d) cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en sus testamentos o en documento público notarial.

Lo que en ningún caso reconoce el Código es que existan dos instituciones, dos organismos tutelares sobre el mismo tutelado, pues la tutela posterior siempre lleva consigo la extinción de la anteriormente existente que queda sustituida por la actual.

Nuevamente, habría aquí que hacernos ecos de las posturas doctrinales ya citadas en la respuesta a la pregunta anterior, de si subsistía la patria potestad o no; pero obviaremos los detalles remitiéndonos a lo ya dicho anteriormente. Concluyendo, pues, si consideramos que la tutela ex lege es una tutela ordinaria del CC, al igual que la declaración de desamparo produce la extinción de la patria potestad produciría la extinción de la tutela ordinaria existente; si por el contrario se trata de una nueva institución que se inserta entre las ya existentes, comprime pero deja subsistentes la patria potestad o la tutela ordinaria que pudiera existir en el momento en que se declara el desamparo y se asume la tutela del art. 172 por la Administración pública competente.

3.b. La defectuosa interpretación que de la ley 21/1987 realizaba el Decreto 103/1994, de 10 de junio, por el que se regularon los procedimientos y registros de la adopción y de las formas de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma Canaria

Bien distinto de este enfoque provisional de la tutela administrativa, era por el contrario, la pretensión de la norma autonómica canaria de convertir dicha tutela, la administrativa, en definitiva, esto es en la única posible medida de protección una vez declarado el desamparo. En este sentido el art. 12 del Decreto territorial determina que constituida la tutela administrativa (esto es, una vez se haya constatado la situación de desamparo del menor, presupuesto habilitante ex art. 172 CC, y haya recaído la correspondiente resolución que lo aprecia), ello determinará, en interés del menor, «la constitución judicial de la tutela definitiva», sin más precisiones o especificaciones.

¿A qué tutela definitiva necesitada de constitución judicial hace referencia el precepto?. Si la tutela ex lege ya ha sido asumida por la entidad pública, y es precisamente éste el automatismo que se predica como nota característica de la figura, la referencia no puede ser otra que a la constitución judicial de tutela conforme a las reglas ordinarias deferida a persona distinta de la propia entidad admi-

nistrativa. Y tal sería la interpretación lógica puesto que el nº1 del art. 12 habla de tutela o adopción, remitiendo para esta última al art. 176.2 del CC a los efectos de la propuesta previa de la entidad pública, esto es, la referencia lo es supuestamente a dos causas por las cuales la tutela administrativa cesa. Pero si conectamos el nº 1 con lo que dispone el nº2 del propio artículo, parece que en absoluto puede tratarse de ésta, de la tutela ordinaria ejercida por una tercera persona, por cuanto es imposible conciliar el hecho de que promovida la tutela ordinaria tenga aun competencias la Dirección General para adoptar medidas en relación a los menores sujetos a la misma (a cuyos efectos y «para su ejercicio», la Dirección General de Protección del Menor, adoptará la promoción del acogimiento familiar —con o sin autorización judicial para ello, según existan, o no, progenitores privados de la patria potestad o tutores ordinarios removidos— o la atención en hogares o centros residenciales, propios o concertados) puesto que la situación de desamparo como tal ha cesado, y en consecuencia también el presupuesto habilitante para el ejercicio de tal competencia administrativa. La constitución judicial de la tutela ordinaria (o definitiva) es y debe ser causa de extinción de la tutela administrativa (también la adopción), así como en su caso, de la tutela ordinaria existente en el momento de declararse el desamparo, o también, en su caso, debe tener como presupuesto la privación de la patria potestad.

Las conclusiones a la vista de los dos apartados del art. 12 del Decreto pueden ser las siguientes: o bien, el nº 2 se encuentra totalmente desconectado del nº que le precede, y se refiere únicamente a las modalidades de guarda o acogimiento a través de las cuales se instrumenta la función tutelar de la Administración pública canaria —lo que nos llevaría a entender desafortunada la sistemática empleada—, o bien, y sería la otra posible conclusión, el El Decreto autonómico parte del presupuesto de que el tutor, en sentido propio u ordinario, debe serlo en todo caso la propia Dirección General de Protección del Menor, y que la constitución judicial de la tutela definitiva de que habla lo es de la tutela ordinaria de la propia Dirección General, esto es, de un paso necesario para convertir la tutela administrativa de la entidad pública (provisional) en auténtica tutela ordinaria (definitiva). Es por ello además que el art. 20 del Decreto contempla como medida prioritaria «en el supuesto de menores desamparados», también de los sujetos a guarda, la consideración de «la posibilidad de adoptar una medida de acogimiento familiar», como única alternativa posible al internamiento o acogimiento residencial, y también, y ello se desprende de la regulación general, de la adopción (art. 12), ¿entonces dónde queda el posible ámbito para la tutela ordinaria?.

Este defectuoso enfoque quedaba corregido en la proposición del grupo popular, puesto que, una vez asumida la tutela por la Administración Autónoma, ya en su art. 51 se establecía que la tutela ordinaria habrá de ser promovida por el organismo competente en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el menor, o por otras circunstancias puedan asumirla en beneficio de éste; lo cual se llevará a efecto especialmente cuando el menor se

halle próximo a la mayoría de edad o emancipación. El texto definitivamente aprobado confirma, como no podía ser de otra manera, este planteamiento (art. 55 de la LCAIM) conforme con lo que al respecto señala el art. 239 del Código civil, pero se aparta de la proposición por dos motivos fundamentales: en primer lugar en cuanto se suprime la referencia a que dicha medida se llevará a efecto especialmente cuando el menor se halle próximo a la mayoría de edad o la emancipación, lo que suponía un defecto técnico de la proposición toda vez que engloba dos supuestos de muy distinta entidad: la mayoría de edad, causa de extinción de toda medida protectora, se trate de la propia tutela administrativa ya de instituciones ordinarias de protección (patria potestad o tutela ordinaria) mientras que en el segundo supuesto no es la tutela la que de ordinario procede sino por el contrario la curatela, y cabría además preguntarse si en estos casos en que la persona del menor ha alcanzado la madurez suficiente para gobernar por sí mismo su persona no habría desaparecido ya el presupuesto para considerar al menor en situación de desamparo.

3.c. La cuestión tras la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Serán precisamente las muchas y graves interrogantes que se había planteado la doctrina, así como la en ocasiones muy diversa interpretación que las distintas normas autonómicas de desarrollo del Código Civil hicieron del art. 172 del CC, realmente algunas generadoras de indefensión y rayanas en la inconstitucionalidad —si no claramente inconstitucionales—, y las dificultades que en la práctica se observaban en orden a la aplicabilidad de los preceptos del Código, las que provocaron una nueva modificación de la tutela ex lege, abordada con ocasión de la aprobación de un texto, acerca de cuya trascendencia, acierto, técnica y oportunidad, se ha escrito mucho en los últimos años, esto es, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

1) Suspensión y privación de la patria potestad

La nueva modificación del Código civil, en lo que a la tutela ex lege se refiere, pasa por la introducción, entre otras cuestiones de las que nos ocuparemos más tarde, de un párrafo final en el art. 172.1 del siguiente tenor: «La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria».

Así pues, no sólo no es una causa de extinción de la patria potestad o tutela tradicional, sino que además se califica a la tutela del art. 239 CC como «tutela ordinaria». La tutela del art. 172 es una tutela «extraordinaria», y por ello compatible con las otras instituciones tradicionales de protección de los menores, patria potestad y tutela ordinaria, que simplemente quedan suspendidas en tanto persis-

tan las circunstancias que llevaron a su declaración. La introducción de la tutela del art. 172 en la enumeración de los supuestos en que existe la tutela, art. 222.4º no tendría otro sentido pues, que expresar esa compatibilidad entre la tutela ex lege y la tutela ordinaria, no convertir en un auténtico tutor (en el sentido tradicional del Código) a la Entidad pública.

Pero, todo ello nos lleva a plantearnos nuevos interrogantes, no resueltos por la nueva redacción del Código civil, principalmente el siguiente ¿cuál es el alcance y cuáles los efectos de esta «suspensión» de la patria potestad?, ¿qué diferencias presenta la suspensión con la privación de la patria potestad?

En una de sus posibles acepciones, «suspensión» en el lenguaje vulgar equivalente a un estado de latencia o de interrupción, algo que transitoriamente no despliega los efectos que normalmente debería producir. Por ello, los padres tendrían la patria potestad, serían titulares de la misma, pero no podrían ejercerla mientras exista tutela administrativa; las facultades de la patria potestad estarían latentes en espera de poder nuevamente desplegarse o en su caso de extinguirse definitivamente.

¿Es también este sentido el que cabría dar a la palabra suspensión en su acepción jurídica?

Hasta la Ley 11/1981 de 13 de mayo de 1981 (de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) el Código Civil contempló, en sus arts. 170 y 171, junto a la privación de la patria potestad la suspensión de aquélla. Hasta entonces la incapacidad del padre, o en su caso de la madre (puesto que ésta en principio no era titular de la patria potestad sino sólo subsidiariamente en defecto del padre) declaradas judicialmente, así como la interdicción civil, eran causas ex lege de suspensión de la patria potestad (cfr. art. 170 CC); por otro lado también la dureza excesiva en el trato de los hijos, o las órdenes, consejos o ejemplos corruptores, eran igualmente causas de suspensión de la patria potestad si los Tribunales no las apreciaban como causas de gravedad que justificaran la privación de la patria potestad («Los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad, o suspender el ejercicio de ésta...»), pues la interpretación del art. 171 CC propició su carácter de norma potestativa y discrecional, que facultaba la libertad de acción de jueces y tribunales para imponer ya la medida de privación ya la de mera suspensión de la patria potestad en atención a las circunstancias concurrentes y al interés del hijo, sin perjuicio de que se afirmara por otra parte su posibilidad de revisión (STS 28 enero 1898, 23 marzo 1915, 24 junio 1931). Junto a las causas de suspensión de los arts. 170 y 171 del Código civil, se entendía igualmente que la ausencia o fallecimiento declarados del titular de la patria potestad llevaban consigo la suspensión de aquélla, pues tal supuesto quedaba subsumido sin necesidad de forzar la letra del precepto dentro del término incapacidad del art. 170 toda vez que se trataba de ausencia judicialmente declarada, y toda vez que el art. 2041 LEC dispone (pues el texto se encuentra aun en vigor con redacción que no ha sido modificada) que «en

el auto de declaración de ausencia se dispondrá que recaiga en la madre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores del ausente»¹⁹.

Cuestión polémica fué el de los posibles efectos que la suspensión de la patria potestad que contemplaba el Código civil llevaba consigo; para la opinión doctrinal mayoritaria los efectos diferían según se tratara de suspensión en virtud de las causas del art. 170 (las que nosotros hemos denominado *ex lege*) ya de suspensión decretada por los órganos judiciales en virtud de la apreciación de alguna de las causas del art. 171. En el primero de los casos la suspensión abarcaba a todas las funciones de la patria potestad (tanto el aspecto personal como el patrimonial de aquélla), mientras en el segundo, la extensión de sus efectos era libremente graduable por los tribunales.

Precisamente como concreción de lo dispuesto en el art. 171 CC, la ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad de menores (no derogada expresamente hasta la entrada en vigor del NCP de 1995), que contemplaba multas y arrestos para los padres, tutores y guardadores cuyos hijos a su cargo menores de 16 fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernoctando en paraje público; o para aquellos padres que obligaran a sus hijos a mendigar o los maltrataren por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, o para quienes entregaren a sus hijos para tales fines mediando o no precio o recompensa; preveía (art. 4) que en caso de apreciarse reincidencia en tales conductas ilícitas «la condena llevará consigo la suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de los menores, y el ingreso de éstos en un establecimiento de Beneficencia, donde serán guardados y educados. La suspensión durará dos años, pudiendo cesar antes o prorrogarse por más tiempo, si así lo determina el Tribunal que fuere competente...», siempre con audiencia al Ministerio Fiscal.

En el mismo sentido, la Ley reguladora de los Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de 11 de junio de 1948), facultaba a tales órganos para suspender el derecho de guarda y educación de los menores de 16 años y ejercer la acción tutelar sobre los menores protegidos con dicha medida de suspensión (cfr. art. 9 y ss); obsérvese que es suspensión del derecho de guarda y educación exclusivamente y no de todas las facultades inherentes a la patria potestad, pues la propia Ley establecía expresamente que «los acuerdos de los Tribunales de Menores en que se suspenda el derecho de los padres o tutores sólo se referirá a la guarda y educación de la persona del menor y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes» (art. 14,

¹⁹ Por otra parte preveía el Código civil, como medida de posible adopción por los Tribunales ordinarios, en los mismos casos en que facultaba a aquéllos para privar o suspender la patria potestad, para privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo; lo que la doctrina encuadraba como un supuesto de simple «modificación» de la patria potestad.

pfo3º), si bien se facultaba a los Tribunales Tutelares para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal su convicción de la necesidad de suspender el derecho de los padres a la administración tales bienes de sus hijos, para que éste instara de los tribunales ordinarios una suspensión en tal sentido (art.14, pfoº3).

Al propio tiempo el Código Penal establecía en su artículo 446 para los supuestos constitutivos de delito de corrupción de menores que en tales casos se autorizaba a la autoridad gubernativa para proceder al depósito de los menores que se hallaren en estado de prostitución o corrupción en albergue especial o en otro lugar adecuado, ordenando al Ministerio Fiscal que solicitase de la autoridad judicial competente (que en el caso de los menores de 16 años era el Tribunal Tutelar) la suspensión de la potestad o guarda y el nombramiento de un protector del menor. Por otra parte, también el Código Penal en su art. 487 preveía la posibilidad de que los Tribunales penales ordinarios en los supuestos de delito de abandono de familia acordaran la privación del derecho de patria potestad o tutela, mientras que para los supuestos de conductas menos graves de abandono de familia sólo constitutivas de falta el Tribunal penal podía acordar la suspensión en el ejercicio de sus derechos de guarda y educación del menor.

Si alguna nota común es posible encontrar en todos estos supuestos de «suspensión» de la patria potestad que regulaba nuestro ordenamiento, parece que esta se encuentra en que mientras la privación total o parcial (esta última abarca a alguna o algunas facultades del contenido ordinario de la patria potestad), constituye una medida de privación definitiva, la suspensión no era más que una privación temporal del ejercicio de todas las facultades inherentes a la patria potestad. Los padres privados de la patria potestad no la podían recuperar, por el contrario los padres suspensos podían recuperarla.

Pero tales diferencias apuntadas entre privación y suspensión de la patria potestad quedan en la actualidad desdibujadas. Desaparecida la suspensión del Código civil y hasta la LOPJM 1996 que reintroduce nuevamente la figura, en la redacción de su art. 170 sólo se contempla, y se sigue contemplando, exclusivamente la privación total o parcial de la patria potestad, previendo expresamente el CC la posibilidad de recuperación de aquélla; ya la privación no es privación definitiva y por lo tanto, aunque el Código no la contempla presupone también la posible suspensión de la patria potestad, es ésta la interpretación que el Tribunal Supremo realiza en su Sentencia de 20 de enero de 1993, al señalar que «el art. 170 del Código Civil, prevé, sin emplear la terminología de la «suspensión» la posibilidad de recuperación de esa patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación de esa facultad tuitiva, en su párrafo segundo...».

ii) Recuperación de la categoría de la suspensión para el Código civil

La nueva redacción del art. 172. CC reintroduce el término suspensión al aludir a los efectos que la declaración del desamparo y asunción de la tutela por

parte de la Administración pública provoca sobre la patria potestad a la que estuvieran sometidos tales menores desamparados.

Si la suspensión no es más que una privación temporal de todas las facultades inherentes a la patria potestad, el supuesto del art. 172 no es más que una concreción del art. 170 (en el que si bien no aparece expresamente contemplada la suspensión tácitamente si al contemplarse la posible recuperación de la patria potestad), con la diferencia de que si en este último la privación se produce en virtud de resolución judicial (adoptada en procedimiento criminal —es de advertir que el NCP ya no contempla la suspensión de la patria potestad sino exclusivamente la inhabilitación por tiempo más o menos largo, por 4 a 10 años, para el ejercicio de aquélla— o matrimonial) en el primero la privación se produce en virtud de resolución administrativa.

Es preciso al efecto señalar que la mera declaración administrativa de desamparo no prejuzga la existencia de causa de privación de la patria potestad, o en su caso de remoción de la tutela ordinaria, existente en el momento en que dicha situación de desamparo se produce; es por ello que el art. 22 LO 1/1996 determina que «La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba». El art. 172 tiene como presupuesto del desamparo una situación de hecho, que con independencia de la causa que la provoque, «imposibilidad» o «inadecuado ejercicio» en los deberes legales de guarda y asistencia, desemboca en un desamparomaterial o moral del menor; y si bien es cierto que la «inadecuación» en dicho ejercicio implica indiscutiblemente un criterio de imputación o de reprochabilidad, lo cierto es que en ningún caso ello ocurre con la «imposibilidad», salvo que entendamos que exista una supuesta obligación de promover la guarda administrativa en estos casos de cuya infracción derivaría el desamparo, pero ello pugnaría con el carácter voluntario que el propio Código civil predica de dicha institución protectora²⁰.

En algunos textos autonómicos se prevé expresamente que si en la constatación de la situación de desamparo se aprecian causas de entidad suficiente para justificar una privación de la patria potestad, la Administración autonómica promoverá ante los tribunales ordinarios competentes dicha privación. La LCAIM no la prevé como posible medida a adoptar en el momento de declarar el desamparo sino antes bien como un presupuesto para constituir una tutela ordinaria sobre el menor tutelado por la Administración pública, esto es, como una medida encaminada a extinguir la tutela administrativa, así su art. 55 determina que «el órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan». Reténgase que el art. 55 LCAIM habla

²⁰ Art. 172.2 CC.

exclusivamente de ejercitar acciones civiles, no de acciones penales, y que la legitimación para ejercitar tales acciones se la atribuye directamente a la Comunidad Autónoma Canaria, no a través del Ministerio Fiscal.²¹

No obstante, la nueva regulación deja irresueltos algunos aspectos en los que la diferencia entre suspensión y la privación de patria potestad o tutela es crucial:

iii) Legitimación e intervención de los padres o tutores suspensos en el ejercicio de sus funciones en los procedimientos y medidas a adoptar sobre los menores desamparados.

a) En la nueva redacción que la LOPJM da al art. 173. nº 2 y 3 del Código civil, la constitución del acogimiento familiar en cualquiera de sus variantes (provisional o simple, preadoptivo o permanente), incluso cuando la Administración pública haya asumido la tutela del art. 172, exige en todo caso el consentimiento de los padres si fueren conocidos y no hubieren sido privados de patria potestad, o de los tutores en los mismos casos, y en caso de oposición de éstos sólo es posible constituir el acogimiento por resolución judicial. El Código civil habla exclusivamente de privación, ¿se extiende también a los supuestos de suspensión provocada por la declaración de desamparo?. No lo entendía así la doctrina que comentaba este precepto y ello a pesar de que el art. 1828 LEC, en la redacción del mismo que introduce precisamente la propia Ley 21/1987, al regular el procedimiento de constitución judicial del acogimiento determinaba taxativamente que el Juez oirá a los padres que no estuvieren privados de patria potestad ni suspendidos en su ejercicio». Ahora, tras la LOPJM de 1996, la vigente redacción del art. 1828 de la LEC resulta cuanto menos contradictoria con lo prevenido en el art. 173 CC, pues este último sólo habla de privación. Hemos de señalar que cuando el legislador del 87 da nueva redacción al art. 1828 LEC, y cuando habla de padres suspendidos en su ejercicio no está pensando precisamente en padres cuya patria potestad ha quedado en suspenso por la intervención administrativa que ha declarado el desamparo, pues la redacción anterior del art. 172.1 guardaba silencio sobre este punto, el legislador estaba pensando en suspensiones reguladas fuera del Código civil, las que como hemos expuesto regulaban tanto la ley sobre mendicidad de menores, la legislación tutelar de menores y el Código penal anterior al vigente de 1995.

Algunos autores si bien entienden que el art. 1828 LEC comprende también a los padres suspensos en la patria potestad como consecuencia de la declaración de desamparo, con la consecuencia de que su consentimiento no será necesario para la constitución del acogimiento en vía administrativa, y por tanto que en caso de que estos padres manifestaran su oposición a la formalización de aquél ello no

²¹ ¿Legisla la Comunidad Autónoma Canaria sobre Derecho procesal o sobre Derecho civil?

derivaría en la necesaria constitución judicial del acogimiento, estiman que para evitar la posible indefensión de los padres en tal situación el precepto en cuestión debe interpretarse en el sentido de que sólo podrá prescindirse de dicha audiencia cuando el juez ya se haya pronunciado sobre la apreciación de la situación de desamparo imputable a los padres o guardadores, ya que ello implica el reconocimiento judicial de que no pueden seguir ejerciendo la potestad, aunque se halle aún pendiente de resolver sobre su privación²².

Alguna jurisprudencia realiza una interpretación integradora del art. 1828 LEC, haciendo prevalecer el art. 1827 LEC sobre éste e incluso forzando los términos literales del propio art. 173.2 CC. Así la S. de 9-5-1995 AP de Cuenca, en un acogimiento familiar promovido en vía judicial por la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre menores desamparados los padres manifiestan su oposición a dicha formalización, solicitando al propio tiempo el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio. El JPI sin esperar la comunicación de los correspondientes Colegios profesionales designando tales Abogado y Procurador de Oficio, y dicta Auto por el que acuerda el acogimiento solicitado por la Administración. Apelada dicha resolución judicial la AP acuerda la nulidad de las actuaciones realizadas por el Juzgado toda vez que «el art. 173.2 CC no dice solamente que en caso de oposición al acogimiento de los padres no privados de patria potestad se podrá acordar tal medida conforme a los trámites de la LEC, sino también que cuando fueren conocidos los padres será necesario que consientan el acogimiento», debiendo en tales casos acudir no al art. 1828 LEC sino al 1827 de la misma Ley procesal, esto es, debiendo a partir de entonces, oposición de los padres, seguirse los tramites del juicio verbal y no los del expediente de jurisdicción voluntaria, donde los padres pueden hacer uso de cuantos medios probatorios se estimen pertinentes para enervar los aportados por la Administración.

b) Por su parte, el nº 4º del mismo art. 173 determina que el acogimiento del menor cesará, sin distinguir si se trata de un acogimiento derivado de guarda voluntaria o de la tutela del art. 172, pues a ambos van referidas las reglas del art. 173, «4º A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía», (cuestión dudosa es la interpretación de la frase «padres que tengan la patria potestad», ¿debemos interpretarla como padres que se encuentren en el ejercicio de la patria potestad, lo que excluiría a los padres suspensos en la patria potestad?), previniendo para todos los casos sin excepción, «que será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez».

²² cfr. EGEA, Joan, *Comentario al art. 1828*, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, p. 332.

Cuestión problemática es la de determinar ante quién y a través de qué procedimiento podrán solicitar los padres la cesación del acogimiento, aunque ningún problema plantea el quién en el caso de que la autoridad judicial haya intervenido en la constitución del acogimiento.

La LCAIM va aun más allá que la regulación del Código Civil, contraviniendo expresamente el art. 173.4 del Código civil, pues su artículo 58, al regular la extinción de la guarda voluntaria determina que «1. La guarda cesará, a petición de los padres o tutores, una vez se compruebe por el órgano competente la desaparición de las causas que motivaron su asunción» (nada dice el Código al respecto de condicionar el cese de la guarda voluntaria con la cesación de las causas que motivaron su asunción), pero seguidamente establece que «2. Asimismo cesará por la constitución de la tutela por ministerio de la ley cuando se verifique que no han desaparecido las circunstancias que la justificaron y que las mismas están recogidas como alguno de los supuestos en que se considera al menor en situación de desamparo», es decir, según la LCAIM si los padres solicitan el cese de la guarda que ellos expresa y voluntariamente confiaron a la Administración pública podrán encontrarse con que la Administración pública canaria no sólo no acuerda el cese de la guarda voluntaria sino que además precisamente por pedirle el cese de la misma aquélla declarará el desamparo; cabría preguntarse ¿qué desamparo? puesto que si existe desamparo en este caso lo será precisamente por infracción o incumplimiento por parte de la Administración pública de los deberes inherentes a la guarda que le corresponde y está ejerciendo, pues los menores están bajo guarda administrativa y no bajo la guarda de sus padres.

IV) Intervención de los padres suspensos en la constitución judicial de la adopción sobre sus hijos.

De conformidad con lo que previene el art. 177.2, deben asentir la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 2º Los padres del adoptado, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado; serán simplemente oídos 177.3, 1º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sera necesario para la adopción, esto es, cuando se trate de un menor emancipado.

En consecuencia los padres privados de la patria potestad no tienen que prestar su asentimiento y ni siquiera serán oídos.

El art. 180 determina, tras establecer que la adopción es irrevocable, que «el Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor».

¿Los padres suspensos como consecuencia de la declaración de desamparo están comprendidos en la frase «padres no privados de la patria potestad»?

Dada la grave trascendencia que plantea la adopción tanto para el propio menor como para su familia biológica, pues produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (178.1), creemos que la conclusión no es otra que limitar expresamente las exclusiones previstas en el art. 177 a los padres privados judicialmente de patria potestad y no a los padres suspensos en el ejercicio de aquélla.

4. Contenido de la «tutela» del art. 172 del Código civil

a) Una vez nos hemos pronunciado acerca de la naturaleza, caracteres y efectos de la tutela ex lege sobre los menores desamparados, y habiéndonos pronunciado en el sentido de que no se trata de una auténtica tutela, al menos no una tutela ordinaria, ¿qué contenido, esto es, qué facultades inherentes a la patria potestad se han transferido a la Administración y correlativamente han quedado suspendidas para los padres?

Como es de sobra conocido, la patria potestad se integra por un conjunto complejo de deberes y facultades recíprocos entre padres e hijos sometidos a la potestad. Una sistematización de tal entramado de derechos y deberes nos llevaría a distinguir por un lado entre, a) la esfera personal de la patria potestad, b) la esfera patrimonial de la patria potestad, y c) la representación legal.

1º) *Esfera personal*. Por lo que a la esfera personal atañe los padres tienen respecto de los hijos sometidos a su patria potestad los siguientes deberes y facultades: a) velar por ellos, b) tenerlos en su compañía, c) alimentarlos, d) educarlos, e) procurarles una formación integral.

Será precisamente en esta esfera personal en la que la incidencia de la intervención administrativa que declara el desamparo se muestre más intensa, suspendiendo todas las facultades de los padres respecto de sus hijos, dando lugar a que alguna de tales facultades se transformen dando paso a otras que el propio Código prevé en supuestos excepcionales o normales de no ejercicio de la patria potestad. Mientras que por el contrario otras permanecerán intactas.

Entre las facultades personales que se transforman, hemos de citar el deber y la facultad de tenerlos en su compañía que se convierte en lo que se ha dado en llamar «derecho de visita», así el art. 160 CC determina que «el padre o la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro conforme a lo dispuesto en resolución judicial», y que en caso de oposición a que se realicen tales visitas el juez resolverá sobre tal extremo atendidas las circunstancias y el interés del menor. Más restrictivo se muestra el art. 161 CC en el caso de menores acogidos pues «el derecho que a sus

padres corresponde de visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor»; reténgase pues que, los padres del menor acogido tienen el derecho de visitarle y relacionarse con él hasta tanto no resulte prohibido o suspendido por el Juez.

Coherentemente con ello, la LCAIM reconoce para los menores acogidos en centros residenciales el derecho de éstos, art. 86 h), «A las relaciones con los familiares y al régimen de visitas establecido legalmente o por decisión judicial», estableciendo que el reglamento interior de los centros públicos de acogida determinará el, art. 84 e), «Régimen de visitas, salidas y contactos con el exterior». Así también la comisión de infracciones por los menores residentes en tales centros no podrán traducirse en medidas correctoras que impliquen en ningún caso, ni directa o indirectamente, «castigos corporales, privación de la alimentación, privación del derecho de visita de los familiares, privación del derecho a la educación obligatoria y de asistencia al centro escolar, ni atentar contra la dignidad del menor» (art. 89).

Cuestión ciertamente controvertida es si la Administración pública una vez declarado el desamparo puede adoptar como medida cautelar la suspensión del derecho de visitas de los padres; de la lectura del art. 18 de la LOPJM parece que ello es perfectamente posible, al ordenar que la entidad pública competente en situaciones de desamparo asumirá la tutela, y adoptará las oportunas medidas de protección, pero dando cuenta de ello inmediatamente al Ministerio Fiscal. Por ello y aunque la LCAIM tan sólo prevé en su art. 48, nº4. la adopción de tales medidas cautelares «en los casos en que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija una intervención inmediata, el órgano competente declarará la situación provisional de desamparo y asumirá su tutela, adoptando cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento», debemos entender que será posible tal suspensión transitoria del derecho de visitas hasta tanto no exista el necesario pronunciamiento judicial al respecto, que puede ser provocado no sólo por el Ministerio Fiscal sino también por los padres suspensos, pues el art. 49 LCAIM establece que la declaración de desamparo se comunicará a los padres y al Ministerio Fiscal dentro del plazo de 48 horas, y que en dicha notificación también «se les informará de un modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención administrativa, de los posibles efectos de la decisión adoptada, de las medidas de amparo acordadas y de los recursos que proceden».

Facultades suspendidas sin que otras vengán a sustituirlas mientras dure la tutela administrativa: educarlos y procurarles una formación integral, pues ello es algo que necesariamente queda sustraído a los padres al no tener a los menores bajo su guarda y compañía; incluso precisamente la educación puede haber dado lugar a la declaración de desamparo, el art. 46.2 LCAIM contempla como situación de desamparo aquella que se produce «b) Cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la

conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello». Cuestión polémica es si el desamparo puede producirse por la apreciación de que la formación o educación que reciben los hijos no es la «adecuada», pues el art. 27 CE reconoce el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En este sentido debe citarse la polémica STC 260/1994, de 3 de octubre, dictada en recurso de amparo promovido por padres pertenecientes a la secta «Niños de Dios» contra las resoluciones de la Generalidad de Cataluña que declaraban el desamparo de sus hijos alegando precisamente como infringido por la Administración el art. 27 de la CE:

Facultades que permanecen inalteradas, según el art. 110 CC «El padre o la madre aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos». El velar por los hijos no es más que una medida de la diligencia de los padres en el cuidado de sus hijos, por tanto sin concreción en facultad alguna; mientras que la obligación de prestar alimentos, bien puede no ser practicable toda vez que los padres carezcan de recursos suficientes.

2º) *En la esfera patrimonial.* Los padres son los administradores de los bienes de los hijos sometidos a la patria potestad con la única excepción de los comprendidos en el pfoº 2º del art. 164 CC.

Tras la reforma que la LOPJM de 1996 realiza en el art. 172 este precepto señala ahora que no obstante producirse como consecuencia de la declaración de desamparo la suspensión de la patria potestad «serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres ...en representación del menor y que sean beneficiosos para él».

¿Debemos concluir de la lectura de este precepto que los facultades relativas al contenido patrimonial de la patria potestad se encuentran también suspendidas? Más bien parece todo lo contrario, que éstas subsisten, y el artículo en cuestión en nada modifica el régimen de responsabilidad que el CC establece para los padres no privados ni suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, pues el art. 168 CC determina que los padres deberán rendir cuentas de su gestión patrimonial sobre los bienes del menor, y que en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos. En cualquier caso, la propia Administración, ya el Ministerio Fiscal, cualquier pariente del menor, incluso el propio menor podrán hacer uso de la facultad que les confiere el art. 167 e instar del Juez, quien puede actuar incluso de oficio, para adoptar cuantas medidas se estimen necesarias para seguridad de los bienes de aquél puestos en peligro por la administración de los padres.

Por otra parte, y también dentro de la esfera patrimonial, los padres no podrían en esta situación de suspensión aplicar los frutos o productos de los bienes de sus hijos al levantamiento de las cargas familiares, como les autoriza el art. 165

CC, pues el propio artículo exige para ello que el menor viva con sus padres, circunstancia que no concurre.

En cuanto a las restantes facultades de administración patrimonial, tales como renunciar, enajenar o gravar los derechos de que fueren titulares sus hijos sobre bienes inmuebles o bienes especialmente valiosos, o repudiar herencias o legados o donaciones, ninguna modificación produce la suspensión en la patria potestad respecto del régimen normal, el Código exige en todo caso autorización judicial para tales actos de los padres y causa justificada de utilidad o necesidad (art. 166)

A este respecto, la Proposición originaria del grupo popular en el Parlamento Canario establecía en su art. 49 que «Al tiempo de asumir la tutela por Ministerio de la ley regulada en los arts. anteriores, la Administración de la CA de Canarias, efectuará inventario de los bienes y derechos conocidos del mismo, y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos establecidos por las leyes civiles». Sin embargo, el texto definitivo tal y como aparece en la LCAIM 1997 guarda absoluto silencio sobre este aspecto, señalando tan sólo que (art. 52.1) «La declaración de desamparo...conlleva la asunción de la tutela por el órgano competente de la Administración pública autonómica, *en los términos previstos en la legislación civil*».

c) *Representación legal*. En cuanto a la facultades representativas, debe señalarse que la solución debe ser distinta en aquellos casos en los que la representación tiene un carácter personal evidente, respecto de aquellos en los que es el aspecto patrimonial el que resulta comprometido.

De la propia lectura del art. 172, en su redacción según LOPJM, y según señalamos antes para las facultades de administración patrimonial, la representación en tales negocios o cuestiones patrimoniales la siguen teniendo en principio los padres.

Para la representación en los aspectos personales debe entenderse que los padres han quedado transitoriamente desautorizados para ella, y en tanto no exista resolución judicial en contrario; sin que, por otra parte, la Administración pública haya asumido correlativamente la representación del menor, así pues, en caso de que exista algún asunto cuya resolución no pueda deferirse, debe instarse de la autoridad judicial el nombramiento de un defensor judicial, o en su caso que el Ministerio Fiscal sea quien comparezca y represente al menor en tales casos(cfr. art. 3.7 del EOMF, ley 50/1981²³)

²³ «Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo primero, corresponde al Ministerio Fiscal: ...7. Asumir o, en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos...».

b) La tesis del contenido flexible de la tutela ex lege.

Es de advertir que las conclusiones a las que nosotros llegamos y que hemos expuesto hasta aquí, no son pacíficas en la doctrina. Pues incluso, algunos autores que definen la tutela del art. 172 CC como tutela administrativa, señalan que dicha tutela puede asumir como propio todo el contenido de la tutela ordinaria. Y que por tanto puede extenderse no sólo al puro aspecto personal de la patria potestad o tutela suspensas, sino también incluso al aspecto patrimonial y representativo. No vamos a negar que un nuevo apoyo a dicha tesis parece constituirlo la nueva redacción que la LOPJM de 1996 otorga al art. 239 CC en el sentido de eximir a la Administración pública de la necesidad de prestar fianza, por lo que necesariamente parece que la Administración gestionará el patrimonio del menor desamparado.

Pero, esta asunción «total» de funciones tutelares por la Administración pública, ¿cómo debemos entenderla?:

– bien que la declaración inicial de desamparo realizada por la Administración conlleva necesariamente el desapoderamiento de los padres o tutores ordinarios tanto del aspecto personal como de las facultades de gestión patrimoniales; y en este sentido la asunción de las funciones tutelares es siempre y ab initio «total».

– o bien, que la declaración inicial de desamparo exige exclusivamente y en interés del menor la exclusiva asunción de la guarda, esto es, del aspecto personal de la tutela (dado dicho interés preferente y dada la urgencia de proveer en dicha situación, la ley habría flexibilizado el procedimiento ordinario de constitución de los mecanismos de protección de menores), y que sólo luego de asumida la guarda personal habrían de seguirse los mecanismos ordinarios para desapoderar tanto a los padres como en su caso a los tutores ordinarios o curadores de las facultades de gestión y administración sobre el patrimonio del menor cuya guarda ya se ha asumido; lo que nos llevaría también razonablemente a preguntarnos si ello implicaría razonablemente que tales procedimientos «ordinarios» deberán ventilarse ante la autoridad judicial, sin posibilidad de declaración de oficio por la propia Administración, o que simplemente ello requiere de un nuevo acto administrativo en tal sentido.

Hemos visto como se inclina en este segundo sentido la ley balear, pues una vez que la Administración ha asumido de oficio la guarda de la persona, insta judicialmente la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, y sólo en ese caso, tras la declaración judicial de privación o remoción de las instituciones ordinarias de protección, asume la totalidad de las funciones tutelares, esto es, guarda de la persona y administración patrimonial.

Ciertamente, el mencionado art. 261 CC no nos obliga a entender que «necesariamente», en todo caso, la entidad pública administre los bienes del menor cuya tutela ha asumido por encontrarse en situación legal de desamparo, pues, ello sólo tendría sentido, y seamos francos en este sentido, en el caso de menores con patrimonio solvente, de ordinario desamparados sólo moral que no materialmente. En tales casos, y sólo en tales casos, pocos, la Administración pública podría asumir, puesto que estaría justificado, junto a la guarda de la persona, la gestión de un patrimonio con entidad suficiente para justificar dicha intromisión pública, y es entonces, cuando queda excluida de prestar fianza pero también obligada a formar inventario, y en su caso a rendir cuentas, extremos éstos que por no ser exceptuados expresamente (ya hemos visto que el Código civil sólo habla de prestar fianza²⁴) deben entenderse de aplicación tanto al tutor ordinario como al tutor entidad pública. He aquí la «flexibilidad» que predica algún sector doctrinal de la institución, esto es, su capacidad para adaptarse, comprimiendo o, en otro sentido, abarcando más o menos facultades según lo exija la concreta situación del menor justificativa de la intervención pública.

Cuestión distinta es si dicha asunción del contenido patrimonial deba constar necesariamente en la declaración inicial del desamparo realizada por la entidad pública competente; y también si dicha declaración administrativa en lo que respecta sólo al aspecto patrimonial de la tutela puede producirse sobrevenidamente.

Pero en nuestra opinión, y a la vista de los preceptos del Código civil todo parece apuntar a que la declaración de desamparo no debe realizar otra cosa que lo evidente, esto es, «declarar el desamparo» sin precisar más que las circunstancias que han motivado la intervención administrativa con efectos tan radicales sobre el ejercicio de la patria potestad o de los cargos tutelares, a fin de que los titulares de tales cargos de protección puedan impugnar y en su caso obtener la revisión del acto administrativo impugnado, manifestando que no concurre el presupuesto de hecho que habilita dicha intervención administrativa y al que la ley anuda la asunción automática de la tutela. ¿Puede quedar tan imprecisa, al arbitrio de la Administración pública, una cuestión tan importante como si se han asumido o no «todas» las facultades?

²⁴ «El juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma, *No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza*».