



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

DICTAMEN 6/2011, *SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA GUARDA DE HECHO*

I

La Fiscalía consultante plantea una batería de interesantes cuestiones en relación con la guarda de hecho. En primer lugar se pregunta si cabe dar estabilidad a esta situación. En segundo lugar, si no cabe dar estabilidad a esta situación, cómo debe procederse cuando llegue a conocimiento del Fiscal la existencia de una guarda de hecho. En tercer lugar, si pueden en estos casos constituirse acogimientos familiares sin previa declaración de desamparo y finalmente si se pueden constituir por el Juzgado tutelas ordinarias de menores en situación de desamparo sin previa resolución administrativa.

II

Puede definirse la guarda de hecho como aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico.

La parca regulación que el Código Civil dedica a la materia no da una respuesta clara a las cuestiones planteadas, presentando lagunas y, al menos aparentemente, antinomias.

Existe una práctica absolutamente dispersa, tanto en las Entidades Públicas como en la jurisprudencia menor. Se advierten diferentes criterios entre los Juzgados civiles y entre las Audiencias Provinciales. Incluso –y esto es aún más sorprendente- se han llegado a detectar distintas interpretaciones de la Ley en las delegaciones provinciales de consejerías de una misma Comunidad Autónoma.



Las lagunas y antinomias detectadas deberán superarse mediante una exégesis de los preceptos que indirectamente tratan las cuestiones planteadas inspirada en el principio del superior interés del menor, concretada en cuatro objetivos. En primer lugar en la necesidad de, en la medida de lo posible, asegurar que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar. En segundo lugar, como regla general, preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores. En tercer lugar, evitar que a través de vías de hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para asegurar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes. En cuarto lugar, promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo.

III

La primera cuestión, referida a si cabe dar estabilidad a la situación de guarda de hecho, debe contestarse con una negativa matizada.

Ha de partirse de que la guarda de hecho es una situación provisional, tolerada por el ordenamiento pero preordenada a su extinción, que debe desembocar en otra institución más estable. No puede decirse con propiedad que sea una institución tutelar, sino que es más bien una situación fáctica no prohibida, pues la Ley en tanto faculta al Juez para controlar su desenvolvimiento, revela una actitud favorable a la misma, dentro su provisionalidad.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Es más: la permanencia temporal de la guarda, al amparo de la previsión contenida en el art. 303 CC de que el Juez adopte medidas de control y vigilancia, solamente podrá ser admisible cuando se llegue a la convicción en el caso concreto analizado de que el mantenimiento provisional de la guarda de hecho es más beneficioso para el menor que otras medidas provisionales que pueda adoptar la Autoridad Judicial.

A través de las medidas de control y vigilancia el Juez deberá asegurar que el menor sometido a guarda de hecho recibirá, en tanto se provee al nombramiento de tutor, la necesaria asistencia material y moral.

En todo caso, la remisión del art 303 CC al art. 228 deja claro que los trámites de constitución de la institución de protección permanente deben iniciarse en el momento mismo de tener el Juez noticia de la situación de guarda de hecho. Por tanto, su subsistencia provisional se limita al tiempo que pueda durar la sustanciación de esos trámites. El art. 228 CC establece que si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Además, debe aquí recordarse el art. 299 bis CC, que dispone que cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.

En este sentido, como declara la SAP Cádiz, sec. 1ª nº 181/2004, de 22 de diciembre “al tener conocimiento de la guarda de hecho la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal lo que éstos deben hacer, no es perpetuarla en el



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

tiempo...sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio, claro está, de las inherentes y coetáneas medidas de control y vigilancia en interés del menor”.

Consiguientemente, conocida la situación de guarda de hecho, la línea a seguir sería en todo caso la de promover la constitución de una institución de protección estable. Además, si ello conviene al interés del menor, podrá, como medida cautelar, promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve la guarda pongan de manifiesto que el menor sometido a tal situación fáctica está recibiendo la necesaria asistencia material y moral. También cabrá, si las circunstancias concretas lo aconsejan, adoptar al amparo del art 158 CC como medida cautelar la constitución de una guarda judicial. En este sentido, el art. 216 CC añade que las medidas y disposiciones previstas en el art. 158 CC podrán ser acordadas por también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

IV

En cuanto a cómo proceder ante una guarda de hecho, la cuestión, *grosso modo*, ya ha recibido una respuesta en el apartado anterior: el Fiscal debe, en todo caso, promover la constitución de una institución de protección estable, si no se ha iniciado tal procedimiento por ningún otro ente administrativo u órgano jurisdiccional.

El mantenimiento provisional de la guarda de hecho –a modo de una



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

singular medida cautelar- o su inmediata cesación y sustitución por otra medida de protección dependerá, como ya se expuso *supra*, de si en el caso concreto el menor tiene sus necesidades afectivas y materiales cubiertas.

V

Descendiendo un peldaño más, los interrogantes son de más difícil solución, debiendo darse respuestas matizadas.

Ha de partirse en primer lugar de que la guarda de hecho tiene desde un punto de vista axiológico una naturaleza neutra, de modo que bajo tal denominación pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo, asentadas firmemente en el superior interés del menor (piénsese en el supuesto prototípico de abuelos que con enorme esfuerzo asumen la crianza del nieto, ante el abandono de los progenitores) como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal (personas que con el fin de satisfacer sus deseos se hacen cargo de menores con los que no tienen vínculos, mediando o no retribución, haciendo *tabula rasa* de los procedimientos legalmente establecidos).

Incluso podría decirse que la propia Administración se constituye como una *sui generis* guardadora de hecho, al dar cumplimiento a la previsión del art 14 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) en tanto le impone la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor.

Por ello, deben existir plurales soluciones jurídicas para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho, atendiendo a las concretas circunstancias en



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

que ésta se desenvuelva, y a fin de dar una respuesta lo más eficaz posible en cada caso.

Es, desde esta perspectiva, desde la que debe analizarse una cuestión que ha generado controversias y opiniones dispares tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia: la de si el menor de edad que recibe asistencia de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo y sometido a tutela automática.

Ni el Código Civil ni la LOPJM resuelven esta cuestión. Analizando la legislación autonómica encontramos las siguientes previsiones:

En la Ley 4/1994 de 10 de noviembre de *Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, en su art. 6 se consideran como situaciones de desamparo, entre otras, las siguientes: "...c) el trastorno mental grave de los padres o guardadores de hecho que impida el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación. ...d) La drogadicción o alcoholismo habitual de las personas que forman parte de la unidad familiar, en especial de los padres o guardadores de hecho, o de los menores con el consentimiento de éstos".

En parecidos términos puede citarse el art. 23 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de *los Derechos y la Atención al Menor*, de Andalucía; el art 31 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de *Protección del Menor*, de Asturias; el art 46 Ley 1/1997, de 7 de febrero, de *Atención Integral a los Menores de Canarias*; el art 105 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de *los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*; el art 17.2 Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

familia, la infancia y la adolescencia y el art. 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia* de Navarra.

De estas disposiciones pudiera parecer que los Legisladores autonómicos parten de la idea de que no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa a través del desamparo y de la tutela automática, que solo deberá operar cuando no quepa otra solución más acorde con el interés del menor.

Un pronunciamiento expreso lo encontramos en el art 49.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores* de La Rioja que dispone que *no concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriera el interés del menor, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor.*

Un análisis más profundo debe llevarnos a distinguir dos planos: por un lado la decisión de si el menor está o no en desamparo y por otro la de si procede o no asumir la tutela automática por parte de la Entidad Pública.

En efecto, la guarda de hecho supone que el menor está siendo cuidado por quien no tiene título para ello, lo que ya de por sí implica la necesidad de que los poderes públicos se preocupen de supervisar tal situación.

Además, puede decirse que la guarda de hecho genera un vínculo jurídico extremadamente débil entre el menor y sus guardadores, pues por un lado éstos



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

carecen de autoridad sobre el menor, quien no les debe obediencia, a diferencia de lo que ocurre con el menor sujeto a patria potestad o a tutela. Por otro lado, en principio no puede el guardador de hecho oponerse al requerimiento de entrega del menor proveniente de cualquier persona con potestad jurídica sobre el mismo, y ello aunque tenga la convicción de que esa entrega puede ser negativa para el niño, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial, para que dispongan lo que proceda. Puede, pues, decirse que una prolongación temporal de la guarda de hecho puede generar un grave déficit de seguridad jurídica en el menor.

Debe partirse de que concurre causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad cuando el menor es abandonado por sus padres, aunque otra persona, desinteresadamente o no, pero sin obligación ni vínculo jurídico ni personal con el niño, lo recoja y cuide de él. Concurre causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad porque a esa persona no le es exigible ninguna prestación con respecto al menor. No tiene por qué velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo o procurarle una formación integral, más allá de la obligación de auxilio inmediato. Puede ser obligado por los padres biológicos para entregar el menor en cualquier momento. El desamparo está presente al menos en sentido jurídico, suficiente para poner en marcha los mecanismos legales de protección.

En definitiva, la situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que la está recibiendo en condiciones de precariedad.

El AAP Zaragoza, secc. 4ª, nº 57/2002, de 30 de enero con claridad declara que *el desamparo como hecho, aunque algún autor ha entendido que no existe si el*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

menor esta bajo guarda de hecho, hay que referirlo a los padres biológicos, en relación a los cuales, de lo transcrito del recurso de la madre resulta la imposibilidad de esta del ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, con referencia a la patria potestad.

En la misma línea, la SAP Cádiz secc. 4ª, nº 127/2004, de 16 noviembre declara que *la menor, con independencia de que los recurrentes se hubieran hecho cargo de ella, no estaba bajo la patria potestad de sus padres...ni tampoco bajo tutela alguna, con lo que aunque de hecho la misma recibía todo tipo de medios por parte de sus guardadores, es lo cierto que esta situación no se había producido a través del cauce legal establecido en los artículos 172 a 174 del Código Civil mediante la intervención de la entidad pública, lo que autoriza a afirmar que se encontraba en situación legal de desamparo.* En el mismo sentido se pronuncia la SAP Cádiz secc. 2ª, nº 4/2006 , de 20 enero.

Algunas Leyes autonómicas consideran incluido dentro del concepto de desamparo los supuestos en los que no son los padres los que atienden al menor. Así puede citarse el art. 22 a) Ley 3/1995, de 21 de marzo, *de la Infancia de la Región de Murcia*, que dispone que “en los términos del art. 172.1 del Código Civil se considera que el menor está desamparado, entre otras situaciones, en las siguientes...cuando faltan las personas a las que por ley corresponde ejercer las funciones de guarda” y el art. 63.1 b de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears*. Decididamente, la recientísima Ley 8/2010, de 23 de diciembre, *de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria* asume esta orientación al establecer en su art 61.2 como causa de desamparo “la falta de las personas a las que de conformidad con el ordenamiento jurídico corresponde ejercer las funciones de guarda de la persona menor”.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Nótese que si los padres incumplen de modo permanente sus obligaciones para con el menor, la privación o suspensión judicial de la patria potestad o la declaración de desamparo administrativa deviene en *conditio sine qua non* para establecer un mecanismo de protección estable. La asunción de la tutela automática por la Entidad Pública, la formalización de un acogimiento sin consentimiento paterno o la constitución de una tutela ordinaria es incompatible con el mantenimiento del ejercicio de la patria potestad.

La constatación de estos condicionantes apuntan a la procedencia de, en aras a defender sus intereses, promover la declaración de desamparo del menor sometido a guarda de hecho cuando los padres no estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y no estén ejercitándola respetando el *minimum* exigido por los arts. 154.1º y 172.1 CC. Alternativamente, en los casos en los que así lo aconsejen las circunstancias concurrentes (entre ellas la gravedad de la situación y su irreversibilidad) podría promoverse judicialmente la privación o la suspensión de la patria potestad como paso previo para la adopción de una medida de protección.

Lógicamente, no todos los supuestos de guarda de hecho deben dar lugar a una declaración de desamparo o a una privación de la patria potestad: no procederá en casos en los que un progenitor no puede transitoriamente cuidar a sus hijos y los encomienda a otra persona o entidad, con frecuencia, a la propia familia. Esto no es desamparo, ya que es el progenitor quien se está ocupando de que los hijos, de un modo u otro y a través de una persona interpuesta, sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. Incluso cabe entender que este tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Sin embargo, cuando la guarda de hecho deriva de un incumplimiento por los padres de sus obligaciones, incumplimiento suficiente para privar de la patria potestad, difícilmente puede mantenerse que no concurra simultáneamente desamparo, si reparamos en que la privación de patria potestad tiene efectos jurídicos aún más intensos que el desamparo. Insostenible desde luego resulta mantener que no hay desamparo en supuestos de venta o cesión de niños adecuadamente atendidos por los que –como guardadores de hecho- los reciben. Pese a lo rotundo de la previsión legislativa de La Rioja, es claro que existen supuestos de guardas de hecho en los que necesariamente debe declararse la situación de desamparo.

Esta conclusión sobre la concurrencia de causa para declarar el desamparo o para suspender o privar de la patria potestad, pese a lo que *prima facie* pudiera parecer, no condiciona la contestación al resto de los interrogantes planteados.

VI

En conexión con la anterior cuestión debe encontrarse una respuesta coherente a la de si se pueden constituir acogimientos familiares sin previa declaración de desamparo y sin asunción de la tutela por la Entidad Pública.

Ha de partirse de que el acogimiento puede constituirse administrativa (art 173.2 CC) o judicialmente (art 173.3 CC) y de que conforme al apartado segundo del art. 173 CC el acogimiento se formaliza por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda.

Parece que el Código Civil prevé que pueda constituirse el acogimiento por un



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Juez y respecto de un menor no sometido ni a la tutela automática ni a la guarda de la Entidad Pública.

Podría teóricamente admitirse la posibilidad de que una guarda de hecho se legalice a través de un expediente judicial en el que sin el consentimiento de los padres y sin la previa asunción de la tutela por parte de la entidad pública, se nombre acogedores a los que hasta ese momento habían sido guardadores de hecho, siempre que se constatará previamente la situación de desamparo del menor o alternativamente que un órgano jurisdiccional declarara a los padres biológicos incurso en causa de privación de la patria potestad, para seguidamente constituir el acogimiento.

Sin embargo, esta vía plantea problemas. En efecto, la situación jurídica del menor desamparado respecto del que se constituyera un acogimiento familiar sin asunción de tutela por la Entidad entraría dentro de una zona de penumbras contraproducente: los padres tendrían suspendida la patria potestad y los acogedores tendrían limitado su ámbito de actuación pues no representan al menor de forma plena. La Entidad Pública tampoco asumiría los ámbitos de representación del menor ajenos al acogimiento familiar.

Cierto es que el art 173 bis apartado segundo del CC permite la atribución a los acogedores de facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, pero sólo a petición de la Entidad Pública y previa resolución judicial.

Parece claro, no obstante, que en aras a la simplificación y a la seguridad jurídica, es preferible la opción de constituir una tutela ordinaria a la opción de promover un



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

acogimiento y solicitar la atribución a los acogedores de las facultades de la tutela.

En principio, el modo ordinario y común de reaccionar frente a guardas de hecho derivadas del abandono del menor por los padres, será el de promover la declaración de desamparo, la asunción de la tutela automática y, en su caso, acordar el acogimiento familiar nombrando a tales efectos a los guardadores.

En concreto, ante supuestos de personas ajenas al círculo familiar o al círculo de allegados que, por las razones que fueren, hubiesen asumido la guarda, si se constata que los padres biológicos no existen, han desaparecido o no quieren o no pueden ejercer la patria potestad y proporcionar a los menores la necesaria asistencia material y moral, los Fiscales deberán promover la declaración de desamparo del menor y la asunción de la tutela automática por parte de la Entidad Pública. De esta manera se asegura la protección integral del desamparado por quien legalmente tiene atribuida con preferencia tal función. Esta solución instrumental tampoco condiciona la decisión respecto a la designación de los acogedores: si esas personas extrañas al menor han ejercido adecuadamente sus funciones de guardadores, han establecido un vínculo con el mismo, han actuado de buena fé, son idóneas y no han incurrido en conductas penalmente reprochables, podrá acordarse su designación como acogedores, pero siempre bajo la supervisión de la Entidad Pública como tutora del menor.

Es esta línea la asumida con claridad por la SAP Cádiz, secc. 2ª, nº 4/2006, de 20 de enero.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

VII

La última de las cuestiones plantea si puede constituir el Juzgado tuteladas ordinarias de menores en situación de desamparo sin previa resolución administrativa de desamparo.

El art. 239 CC tras disponer en su párrafo primero que la tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172, declara sin ambages en el párrafo segundo que se procederá, sin embargo, al 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.

El tenor literal del precepto apunta al nombramiento de tutor ordinario a menores desamparados.

Este precepto es desarrollado o reproducido por algunas Leyes autonómicas:

Así, el art. 83 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de *Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, dispone que “los órganos de la Comunidad de Castilla y León competentes en materia de protección de menores promoverán ante la autoridad judicial el expediente de nombramiento de tutor, conforme a las reglas y en los supuestos contemplados en los arts. 234 y siguientes del Código Civil”.

En parecidos términos se expresa el art 61.2 b) de la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de *Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*, el art 104 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de *Protección Integral de la*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, el art. 63 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, el art. 38 de la Ley asturiana, el art. 66 de la de la Ley Foral de Navarra, el ya reseñado art. 49.3 de la ley de La Rioja y el art. 26 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia.

El art. 55 de la Ley canaria dispone 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.

De la redacción del novedoso apartado 11 del art. 35 de la Ley de Extranjería, dada por LO 2/2009 de 11 diciembre, se desprende con mayor claridad la posibilidad de coexistencia de menores desamparados protegidos a través de la tutela ordinaria. Debe en este punto recordarse la conclusión 5ª de las alcanzadas en el encuentro de Fiscales especialistas en menores y extranjería celebrado en Madrid en fecha el 20 de abril de 2010: “las Secciones de Menores de las Fiscalías deberán ejercer una especial supervisión respecto de las tutelas ordinarias que puedan constituirse sobre los MENA por organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores...”.

La aparente claridad de estas disposiciones se ve de nuevo ensombrecida por la omisión de referencia alguna (salvo la Ley canaria) al status jurídico de los padres. Si éstos hubieran fallecido o hubieran sido judicialmente privados de la patria potestad (ya por la jurisdicción civil, ya por la penal), no se plantearía problema alguno en cuanto al nombramiento de tutores conforme a las reglas ordinarias.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Por el contrario, si los padres biológicos viven y no han sido privados ni suspendidos de la patria potestad, el nombramiento de un tutor ordinario sin más daría lugar a una colisión por incompatibilidad de dos instituciones que no pueden coexistir simultáneamente: la patria potestad y la tutela ordinaria.

En este sentido, el AAP Álava, de 15 junio 1992 (rollo de apelación 295/1992) declara que “la existencia física de unos padres que ostentan obligadamente, por imperio de la ley, la patria potestad... es incompatible con la constitución de la pretendida tutela, únicamente viable legalmente de intentarse y obtenerse judicialmente previamente la privación de la patria potestad”.

Tal pronunciamiento debe completarse con el contenido en el AAP Asturias secc. 4ª, nº 139/1998, de 13 julio que admite la constitución de tutela ordinaria sobre un menor declarado en desamparo por la administración.

De nuevo, la vía para resolver la aparente antinomia y para dotar de eficacia a la norma jurídica analizada (*ut aliquid operetur, non ut sit inanis et inutilis*) vendrá dada por la interpretación del precepto en el sentido de que previa o simultáneamente a la designación judicial de tutor ordinario, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del menor, o, en su caso promoverse judicialmente la privación o suspensión de la patria potestad. En este sentido se pronuncia el AAP secc. 1ª de Jaén de 23 de julio de 1998 y la SAP Cádiz, secc. 1ª nº 181/2004, de 22 de diciembre, que se decanta por la procedencia de instar el procedimiento de constitución de la tutela, “que deberá ir unido y en paralelo, en su caso, al de posible privación o suspensión de la patria potestad sobre la menor”.

Si se declara por la Entidad Pública el desamparo, en tanto éste supone la



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

suspensión de la patria potestad de los padres, no hay obstáculo para la constitución de la tutela ordinaria. Con la construcción propuesta se clarificaría la situación jurídica del menor, del tutor, y especialmente de los padres biológicos: éstos seguirían siendo titulares de la patria potestad pero la tendrían suspendida en su ejercicio. En este caso, una eventual cesación o revocación de la resolución por la que se declara el desamparo traería consigo la extinción de la tutela.

En estos supuestos de menores declarados en desamparo, el procedimiento para el nombramiento de tutor será el de jurisdicción voluntaria, conforme a la Disposición Adicional Tercera de la LOPJM, que dispone que con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria. Este procedimiento de jurisdicción voluntaria es el regulado por la LEC de 1881 en sus art 1811 y siguientes, en vigor conforme a la Disposición Derogatoria Única de la LEC de 2000.

Existen resoluciones que apoyan que la constatación del desamparo se lleve a cabo por la propia autoridad judicial que va a nombrar al tutor. No obstante esta posibilidad plantea problemas procesales complejos, en relación con la naturaleza y objeto del procedimiento y el tratamiento de una eventual oposición de los padres biológicos. La jurisdicción voluntaria no sería el cauce adecuado para solventar estos incidentes. También es como mínimo discutible que un Juzgado pueda directamente, al margen de la vía revisoria, declarar un desamparo.

Ante tal tesitura es preferible optar en los casos expuestos por un procedimiento en dos fases, con una primera fase administrativa, en la que la Entidad Pública declarararía al menor en desamparo, para a continuación, sin asumir la tutela ni



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

remover al mismo de sus guardadores, proceder a instar judicialmente el nombramiento de éstos como tutores ordinarios.

Esta vía mixta de declaración de desamparo y posterior nombramiento de tutor ordinario debe reservarse para supuestos en los que pueda razonablemente preverse un desenvolvimiento pacífico de la tutela ordinaria, teniendo en cuenta las relaciones del guardador con los padres del menor desamparado. En otro caso, será preferible optar por la declaración de desamparo, asunción de la tutela automática por la Entidad Pública y constitución de acogimiento. La opción por esta última vía garantizaría el respaldo y apoyo de la Administración a los acogedores y clarificaría otros extremos potencialmente conflictivos como el del régimen de visitas para los padres. Por lo demás, a través del art. 173 bis apartado segundo del CC podrá atribuirse a los acogedores las facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, a petición de la Entidad Pública y previa resolución judicial.

Alternativamente, en los casos en los que así lo aconsejen las circunstancias concurrentes (entre ellas la gravedad de la situación y su irreversibilidad) cabrá promover un procedimiento para la privación o suspensión de la patria potestad de los padres. Debe entenderse que en los mismos autos, por economía procesal, puede acordarse el nombramiento de tutores. Tal interpretación puede defenderse por aplicación analógica del art. 759.2 LEC que permite acumular al proceso de incapacitación el nombramiento de las personas que vayan a ejercer la tutela o curatela.

Como ya en su día postuló la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril el procedimiento a seguir para la privación de la patria potestad será conforme a la regla del art. 249.2 LEC, el juicio declarativo ordinario.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

NI la LEC ni el CC regulan la legitimación para el ejercicio de las acciones para privar de la patria potestad. Debe mantenerse, dando por reproducidos sus argumentos, la interpretación dada por la Circular 1/2001, de 5 de abril en orden a defender la legitimación del Fiscal.

Del mismo modo, -como declara expresamente el art 55 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de Atención Integral a los Menores de Canarias*- debe reconocerse legitimación a tales efectos a la Entidad Pública de Protección de Menores.

Esta solución jurídica de nombramiento de tutores ordinarios sería aplicable a supuestos en los que el menor desamparado dispusiera de personas allegadas que pudieran desempeñar las funciones tutelares con garantía de idoneidad. Aquí el listado de personas potencialmente idóneas para ejercer las funciones tutelares vendría predeterminado por las previsiones de los arts 234.5 y 235 CC: ascendientes, hermanos u otras personas especialmente idóneas.

En el procedimiento para el nombramiento de tutor deberá también analizarse si en los propuestos concurren condiciones de idoneidad para el ejercicio de sus funciones.

Lo que no es admisible es promover sin más la constitución de la tutela sin que exista un pronunciamiento sobre cómo queda afectada la patria potestad. Tal proceder generaría graves problemas de seguridad jurídica, pues los padres podrían interferir en el ejercicio de las funciones de los tutores: aquellos conservarían en puridad tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad, por lo que se mantendría un riesgo potencial de colisión en las tareas de guarda.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

La tutela es un remedio supletorio de la patria potestad, por lo que solo puede tener existencia si ésta se ha extinguido o ha sido suspendida. En efecto, el art 222 CC sólo prevé cuatro supuestos en los que procede la tutela: 1) para menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, 2) para incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido, 3) para los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela y 4) para los menores que se hallen en situación de desamparo.

Consiguientemente, antes de proceder al nombramiento de tutor debe suspenderse o privarse de la patria potestad a los padres.

Por tanto, a través de la tutela ordinaria podrá darse estabilidad jurídica a las frecuentes situaciones en las que los parientes próximos y en especial los abuelos se están encargando de la crianza de nietos cuyos padres han hecho dejación de sus funciones. En estos casos, la profunda vinculación entre abuelos y nietos, si aquellos están desempeñando adecuadamente la guarda, aconseja legalizar la situación a través de la propia familia, en coherencia con el principio de reinserción familiar (arts. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 172.4 CC y SSTC nº 143/1990 y 298/1993) sin necesidad de que la Administración, por otra parte siempre limitada en sus recursos, asuma funciones de protección.

En cuanto a la asignación a las Secciones de Menores de los procedimientos para la privación de la patria potestad, deben darse por reproducidas las conclusiones del Dictamen de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores 3/2009 que declaraba que pueden las Secciones de Menores adoptar dos modelos en relación con el despacho de asuntos relativos a privaciones de patria potestad: 1º) Bien asumir el contenido mínimo previsto en las Instrucciones 3/2008, 1/2009 y Circular 1/2008. En este caso sólo se harían cargo del despacho de los procedimientos



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

instados por el Fiscal para privar de patria potestad ante una situación de riesgo o desamparo para el hijo así como el despacho de los procedimientos instados por la Entidad Pública o por el Ministerio Fiscal para promover la privación definitiva de la patria potestad conforme a las previsiones del art. 170 CC con el fin de facilitar acogimientos preadoptivos o adopciones inmediatas. En este modelo no se abarcarían causas promovidas por uno de los progenitores contra el otro, ya mediante el ejercicio de una acción autónoma, ya en una causa matrimonial, cuando el menor afectado se encuentre con sus necesidades materiales y morales perfectamente cubiertas. 2º) Bien asumir en virtud de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía todas las causas sobre privación de patria potestad tanto cuando tal pretensión procesal sea única como cuando lo sea conjunta con otras (v.gr. procesos matrimoniales).

VIII

En Cataluña existe una regulación específica. Conforme al art 225.2 apartado primero de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia “el guardador de hecho que ha acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por las personas que tienen la obligación de cuidarlo debe comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda”.

Por tanto, expresamente se parte de que tales menores se encuentran en situación de desamparo.

Por su parte, el art. 225.3 en su apartado segundo dispone que “en la guarda de hecho de personas que estén en potestad parental o en tutela, la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

autoridad judicial puede conferir al guardador, si lo solicitan aquellas personas, las funciones tutelares, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan aconsejable. Las funciones tutelares se atribuyen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la potestad o tutela si es posible. Esta atribución comporta la suspensión de la potestad parental o tutela”.

De acuerdo con lo expuesto *supra*, habrá de entenderse que previamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria, la Entidad Pública debe dictar resolución declarando el desamparo del menor y la consiguiente suspensión de la potestad parental.

IX

Desde el punto de vista organizativo debe recordarse que la promoción y supervisión de tutelas ordinarias sobre menores desamparados es competencia de las Secciones de Menores (vid. a contrario epígrafe III.-4 nº 15 de la Instrucción 3/2008 y epígrafe 6.- de la Instrucción 1/2009, ambas de la Fiscalía General del Estado).

X

Recapitulando, ante una guarda de hecho cabe, teóricamente, promover en primer lugar la vuelta del menor con su familia biológica, si ésta puede hacerse cargo del mismo, conforme al superior interés del menor y de acuerdo con la previsión del art. 172.4 CC que dispone que cuando no sea contrario a ese interés, se procurará su reinserción en la propia familia.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

En otro caso, cuando se trate de guardas de hecho cuyo ejercicio ha supuesto un quebranto del superior interés del menor, procederá sin más especificidades, promover la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la Entidad Pública.

Una vez se llegue a la conclusión de que es procedente legalizar la situación del menor respecto a sus guardadores deben decidirse dos puntos.

En primer lugar, debe optarse bien por promover ante la Entidad Pública la declaración de desamparo o bien instar la privación judicial de la patria potestad. A estos efectos deberá ponderarse la información de la que se disponga en relación con la situación psico-socio-familiar del menor, teniendo presente que como regla general la Entidad Pública dispondrá de más medios para recabar tales datos.

En segundo lugar, debe resolverse si esta legalización ha de hacerse a través de la tutela de las Entidades Públicas y posterior constitución del acogimiento o a través de la tutela ordinaria. Se trata de una cuestión a decidir atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, aunque pueden darse algunas pautas generales.

Procederá preferentemente promover la declaración administrativa de desamparo, la asunción de tutela por la Entidad Pública y la designación de los guardadores de hecho como acogedores en los supuestos en los que, habiéndose consolidado un vínculo de apego entre el menor y los guardadores, habiendo actuado éstos de buena fe, habiéndose conducido bien durante el desempeño de la guarda y siendo idóneos, éstos no sean familiares ni allegados del mismo al tiempo de iniciar las labores de guarda, cuando la entrega se hubiera realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.



Procederá preferentemente promover la tutela ordinaria sin asunción de tutela automática por la Entidad Pública en supuestos de guardadores familiares o allegados del menor que ejerzan adecuadamente sus funciones, que sean idóneos y que hubieran iniciado sus cometidos como guardadores de forma justificada conforme a los usos sociales, cuando sea aconsejable reforzar la posición jurídica de los guardadores, partiendo de que la tutela crea un vínculo más fuerte desde el punto de vista del tráfico jurídico.

No obstante, cuando se haya desarrollado un fuerte vínculo de apego entre el menor y sus guardadores, el principio del superior interés del menor podrá llevar a relajar los requisitos exigibles para legalizar la guarda de hecho, debiendo estarse a las circunstancias concretas concurrentes. La multiplicidad de situaciones que pueden presentarse hace desaconsejable precisar más este punto.

No debe perderse de vista que la constitución de una tutela ordinaria abre las puertas a una eventual adopción, conforme a las previsiones del art. 176.2.3 CC, por lo que habrá de analizarse cada supuesto con la debida cautela, teniendo en cuenta también este efecto colateral.

En la decisión sobre el camino a seguir deberá ponderarse el tiempo de convivencia transcurrido (a medida que transcurre el tiempo, como regla general, se intensificará el vínculo de apego entre el menor y sus guardadores) y la buena o mala fe de los guardadores en el ejercicio de sus funciones, debiendo evitarse incentivar la asunción de la guarda de los menores incumpliendo conscientemente los procedimientos para el acogimiento y la adopción.



XI

Tanto cuando se opte por la declaración de desamparo y constitución de tutela ordinaria como cuando se siga el procedimiento de privación de patria potestad y constitución de tutela ordinaria, deben evitarse tiempos muertos que puedan perturbar el superior interés del menor o la seguridad jurídica. Para ello, podrá promoverse ante el Juzgado, al amparo de las previsiones contenidas en el art 158 CC, por el Fiscal o por la Entidad Pública, al inicio del proceso judicial o incluso con anterioridad al mismo, el dictado de auto posibilitando actuar a los guardadores como representantes de los menores en tanto culmina el procedimiento.

Deben aquí recordarse las admoniciones de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril de 2001, *sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* cuando declara que “la intervención del Fiscal en los procesos relativos a los menores debe...ser especialmente vigilante, lo que incluye, en aquellos supuestos en que la previsible duración excesiva del proceso sea incompatible con la rapidez deseable en la adopción de medidas necesarias para proveer a las necesidades actuales y concretas del menor, la propuesta de adopción de las medidas cautelares pertinentes, para lo que está legitimado expresamente por el art. 158 CC, que autoriza al Juez para adoptar dentro de cualquier proceso (civil o penal) las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guardia, y en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”.



CONCLUSIONES

1º Conocida la situación de guarda de hecho, la línea a seguir debe ser en todo caso la de promover la constitución de una institución de protección estable, si no procede el reintegro a la familia de origen.

2º Si ello conviene al interés del menor, podrá, como medida cautelar, promoverse y acordarse provisionalmente el mantenimiento de la guarda de hecho hasta tanto se constituya o restablezca la institución de protección estable, cuando las circunstancias en las que se desenvuelve la guarda pongan de manifiesto que el menor sometido a tal situación fáctica está recibiendo la necesaria asistencia material y moral.

3º Cuando se trate de guardas de hecho cuyo ejercicio ha supuesto un quebranto del superior interés del menor, procederá promover la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la Entidad Pública.

4º Procederá promover la declaración administrativa de desamparo, la asunción de tutela por la Entidad Pública y la designación de los guardadores de hecho como acogedores en los supuestos en los que, habiéndose consolidado un vínculo de apego entre el menor y los guardadores, habiendo actuado éstos de buena fe, habiéndose conducido bien durante el desempeño de la guarda y siendo idóneos, éstos no sean familiares ni allegados del mismo al tiempo de iniciarse la guarda, cuando la entrega se hubiera realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.

También procederá utilizar esta vía cuando, pese a que la guarda se estuviera desempeñando por familiares o allegados del menor, existan datos de



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

los que pueda inferirse que las medidas de protección pueden encontrar resistencia o conflictividad en su ejecución, teniendo en cuenta las relaciones del guardador con los padres del menor desamparado.

5º Previa o simultáneamente a la designación judicial de tutor ordinario, deberá declararse administrativamente la situación de desamparo del menor, o, en su caso promoverse judicialmente la privación o suspensión de la patria potestad.

6º Procederá preferentemente promover la tutela ordinaria sin asunción de tutela automática por la Entidad Pública en supuestos de guardadores familiares o allegados del menor que ejerzan adecuadamente sus funciones, que sean idóneos y que hubieran iniciado sus cometidos como guardadores de forma justificada conforme a los usos sociales, cuando pueda razonablemente preverse un desenvolvimiento pacífico de la tutela ordinaria y cuando además sea aconsejable reforzar la posición jurídica de los guardadores, partiendo de que la tutela crea un vínculo más fuerte desde el punto de vista del tráfico jurídico. A tales efectos, debe reconocerse la legitimación de la Entidad Pública para promover el nombramiento de tutor ordinario.

7º Cuando se haya desarrollado un fuerte vínculo de apego entre el menor y sus guardadores, el principio del superior interés del menor podrá llevar a relajar los requisitos exigibles para legalizar la guarda de hecho, debiendo estarse a las circunstancias concretas concurrentes.

8º Tanto cuando se opte por la declaración de desamparo y constitución de tutela ordinaria como cuando se siga el procedimiento de privación de patria potestad y constitución de tutela ordinaria, deben evitarse tiempos muertos que puedan perturbar el superior interés del menor o la seguridad jurídica. Para ello, podrá



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

promoverse ante el Juzgado, al amparo de las previsiones contenidas en el art 158 CC, por el Fiscal o por la Entidad Pública, al inicio del proceso judicial o incluso con anterioridad al mismo, el dictado de auto posibilitando actuar a los guardadores como representantes de los menores en tanto culmina el procedimiento.

9º Si se declara por la Entidad Pública el desamparo, el procedimiento para el nombramiento de tutor ordinario será el de jurisdicción voluntaria.

10º Si se promueve un procedimiento para la privación de la patria potestad de los padres, debe entenderse que en los mismos autos, por economía procesal, puede acordarse el nombramiento de tutor.

El procedimiento a seguir para la privación de la patria potestad será, conforme a la regla del art. 249.2 LEC, el juicio declarativo ordinario.

Están legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de la patria potestad tanto el Fiscal como la Entidad Pública de Protección de Menores.

11º No es procedente regularizar guardas de hecho de menores desamparados mediante la promoción de acogimientos familiares sin asunción de la tutela por la Entidad Pública.