

La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes

Joaquín RIVERA ÁLVAREZ*

Resumen

La ley orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, replantea la situación del menor desamparado en el Derecho Privado Común. Dicha ley integra, dentro de sus instituciones, figuras y entidades ya reguladas con detalle en la legislación administrativa autonómica; en concreto, los servicios sociales del menor.

La Ley resuelve lagunas y problemas en relación con la adopción —especialmente la internacional— y el acogimiento, a partir de la reforma del Código Civil producida por la Ley 21/87 de 11 de noviembre, junto con otras cuestiones del derecho de familia.

La ley pretende ser, por último, un código de derechos del niño. Así reitera, con mala técnica, la Convención de N.U. de 20 de noviembre de 1989 y otras disposiciones internacionales que son parte de nuestro ordenamiento jurídico.

1. Introducción

La Ley Orgánica 1/96, de 15 de Enero de 1996, de protección al menor, nació a raíz de un proyecto de ley del último gobierno socialista con el que se pretendía solucionar deter-

Abstract

MINORS PROTECTION IN THE LIGHT OF LAW 1/96 OF 15 JANUARY ON THE JURIDIC PROTECTION OF MINORS: SOME RELEVANT CONSIDERATIONS

Law 1/96 on the legal protection of minors reintroduces the problem of the situation of abandoned minors under Common Private Law. The Law integrates, within its institutions, new figures and entities already regulated by the legislation of the regional administration, specifically social services for minors.

The Law also solves, among other issues on family law, problems arising from international adoption and fostering, since the Civil Code reform by Law 21/87 of 11 November.

Finally, the Law aims to provide a code on children's rights, repeating with a bad technique the U.N Convention of 20 November 1989 and other international dispositions.

minados carencias y problemas que nuestra legislación planteaba en torno a la tutela y guarda de los menores por las Entidades Públicas y a la adopción internacional. Posteriormente, en su tramitación parlamentaria se extendió su alcance hacia una

* Licenciado en Derecho (UCM). Profesor Asociado de Derecho Civil en la EUTS de la UCM.

regulación general de los derechos del menor y otros aspectos como la limitación de su capacidad y los principios de actuación de los poderes públicos en relación con ésta, sin que se logrará plenamente el deseo pretendido por los grupos de oposición de hacer una Carta de Derechos del Niño¹.

Al afectar, entre otra materias, a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, de acuerdo con el art. 81 de la Constitución, se modificó su carácter de ley ordinaria por ley orgánica, aunque permanecieron varias de sus disposiciones con el carácter ordinario primogénito (Disposición Adicional 23^a); respetando, por ello, el ámbito de competencia de las CCAA en materia de legislación civil y servicios sociales, en donde la norma tendrá carácter supletorio (Disposición Adicional 21^a)².

En la Exposición de Motivos de la norma se indican los problemas y circunstancias de la nueva ley, entre las que destacan: 1^º) Las lagunas y nuevas necesidades que se han planteado a raíz de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre, que reformó nuestra legislación civil en materia de adopción y de acogimiento, sobre todo en cuanto a la agilidad, tipos y garantías del procedimiento. 2^º) La necesidad de una Ley general que, primero, trascendiera el ámbito del propio Código Civil con objeto de que se lograra una mayor vinculación de los poderes públicos y, en segundo lugar, ofreciera una regulación del estatuto personal del menor dirigido al "reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capa-

cidad progresiva para ejercerlos" que transcendía los aspectos civiles del problema centrándose en la regulación constitucional de los derechos de los mismos y su protección, sin olvidar arbitrar el camino para facilitar su derecho al ejercicio de derechos dentro de la actuación administrativa. 3^º) La regulación de unos "principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social" no sólo de los poderes públicos sino también de toda persona que detectará una situación de riesgo o de desamparo. Situaciones estas diferentes que suponen un distinto nivel de actuación por parte de los poderes públicos y una separación o no del menor del núcleo familiar. 4^º) Entra también la Ley en la adopción internacional de niños extranjeros por adoptantes españoles, fenómeno en auge, de forma que trata de garantizar la idoneidad de los adoptantes españoles mediante la intervención de nuestro Estado, a través de las funciones de una serie de entidades públicas competentes, procurando también que las agencias privadas que la ofrecen guarden una serie de requisitos. 5^º) Residualmente se plantean otras cuestiones como son que en la tutela de un menor se tienda a la integración de este dentro de la familia del tutor, el mayor protagonismo del Ministerio Fiscal y la exigencia de autorización judicial —con informe preceptivo del Ministerio Fiscal— para el internamiento de menores en centro psiquiátrico teniendo presente que no se considera voluntario éste si han consentido los padres, salvo urgencia.

2. Aspectos generales de la regulación del menor de edad

a) Ámbito de la Ley

El ámbito de actuación de la Ley Orgánica 1/96 son "los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español" (art. 1). La declaración de la minoría de edad a los 18 años no nos sorprende, ya que nuestras leyes así la establece para aquellos sujetos que no tengan 18 años cumplidos, como así se determina, a "contrario sensu" el art. 12 de la Constitución de 1978 y el art. 315 del Cc. De ese modo, no habría sido necesario tal manifestación, si no fuera por repetir lo indicado en el art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989, sobre derechos del niño³. Sin embargo, la opinión de la doctrina es unánime respecto a que el tenor de la norma debería tal vez restringirse a los menores no emancipados; pues los que sí lo están o los habilitados por edad pueden regir su persona como si fueran mayor —art. 323 del Cc —⁴.

En segundo lugar la norma impone el criterio de territorialidad, es decir la aplicación de la Ley para todo menor que esté físicamente en nuestro país, sean nacionales o extranjeros. Siendo esta una cuestión de Derecho Internacional Privado, vemos como la Ley refuerza las anteriores disposiciones contenidas en nuestro Ordenamiento (Capítulo IV del Título Preliminar del Cc), de modo que: 1º. El art. 1º de la ley es una norma parti-

cular del art. 9.6 del Cc. 2º. Sus Disposición Finales 1ª y 2ª, en donde reforman los cardinales 4 y 5 del referido artículo 9 del Cc, introduce que, en caso de falta de determinabilidad de la ley personal del hijo en relación a la filiación y relación paterno filiales, regirá la ley de residencia habitual de éste y, en relación a la adopción internacional, introduce diferentes requisitos para asegurar la idoneidad de los adoptantes españoles.

De ese modo se dirá que las medidas arbitradas por la ley respecto a la prevención o resolución de situaciones de riesgo o desamparo se extienden a todo menor que se encuentre en nuestro territorio, extendiendo el tenor del art. 9.6 del Cc respecto al abandono, concepto éste que quedó anticuado con la reforma de 11 de Noviembre de 1987⁵. Por otra parte, el reconocimiento de los derechos del menor extranjero y su protección se rigen también por nuestra Ley, de acuerdo con el art. 13.1 de la Constitución, 8.1 del Cc y la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de la que esta Ley Orgánica es una norma particular, así como lo señalado en los Tratados Internacionales de los que España es parte. La Ley no distingue genéricamente entre menores de edad nacionales y extranjeros, sean estos residentes legales en nuestro territorio o no, a los efectos de fijar un régimen diferenciado en atención a lo contenido en nuestra normas legales, convencionales o deducido del principio de reciprocidad internacional: declarando expresa-

mente, en el art. 3. 3º párrafo, que "los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales ...sin discriminación alguna por razón de ...nacionalidad"⁶.

b) Capacidad y autodeterminación del menor de edad

Debemos partir de una serie de consideraciones preliminares en cuanto a este tema:

1º) Con esta Ley se ha terminado con la "concepción de los menores como apéndices de sus padres, tutores y educadores" ya que ésta se encamina hacia una concepción de los menores como seres con posible esfera de autodeterminación respecto a esos sujetos⁷. Y esto se deduce no sólo de las declaraciones no normativas de la propia Ley⁸, sino de una serie de específicos artículos. Así destacan:

a) A la hora de interpretar y aplicar esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, su art. 2 señala que se tendrá siempre en cuenta preponderantemente el interés superior del menor "sobre cualquier otro interés legítimo", lo cual no es extraño en el propio ámbito del Derecho de familia⁹. Como la ley no nos aclara cual es el sentido de este interés superior del menor, de acuerdo con nuestra doctrina entiendo que deben referirse, respecto a los aspectos personales, a la formación de la personalidad del menor como ser con dignidad propia y autoresponsable y, en el aspecto patrimonial, a la conservación e incre-

mento del patrimonio dentro de una actuación diligente (art. 164 y 168.2º párrafo, art. 270 del Cc)¹⁰.

b) Dice también la Ley, en el art. 2, 1º párrafo "in fine", que "asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo". Esta declaración la entiendo accesoria a lo inmediatamente indicado del "interés del menor", sobre todo respecto a las potestades sancionadoras contra el menor, tanto de orden público como privado.

c) El derecho a ser oído, "tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social". Sin embargo para evitar una extensión desmesurada que ofrecía la legislación civil anterior¹¹ el siguiente párrafo del artículo mentado dice que, en los procedimientos judiciales, "las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad"¹². Otra cuestión a tratar es el modo de "solicitar la audiencia" indicándonos el art. 9.2 de la Ley que "se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio"; de no ser posible o no convenga a su interés, "podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor,

o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente". Objetivo este que pudiera haberse obviado, ya que expresamente el Código Civil contempla para estos casos, además de otros, la figura del defensor judicial¹³. En el caso de que se le denegara la solicitud de ser oído personalmente o por medio de su representante, el art. 9.3 indica que será motivada la resolución judicial y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos. Se debe entender que es posible esta denegación en los casos donde la Ley no señale expresamente este derecho¹⁴.

2º) Definitivamente la ley parte de que la persona no goza de capacidad de obrar plena sino que ésta está restringida durante la minoría en función a su propia madurez y a las disposiciones de la ley¹⁵. Limitación que va reduciéndose según se va teniendo mayor edad puesto que ésta le confiere "una capacidad progresiva para ejercitarlos", de modo que en este concepto de capacidad se introduce "la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos".

c) A partir de lo expuesto, nos dice el art. 2, 2º párrafo, "las limitaciones de la capacidad de obrar se interpretarán de forma restrictiva". Lo cual quiere indicar que cuando una norma expresamente señale una prohibición o restricción a la capacidad en razón de una determinada edad o procedimiento no cabe aplicarla a otras situaciones ni extender su tenor precisamente para evitar o

cortar esta evolución que se pretende hacia la total autodeterminación del sujeto¹⁶.

c) El ejercicio de derechos y su protección

La Ley reitera en el art. 3, con evidente mala técnica jurídica, que tanto la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, como cualquier otra declaración internacional son normas jurídicas en nuestro país, a pesar de obtener éstas la autorización previa de las Cortes Generales y haber sido publicadas en nuestro país (art. 93 y 94.1 de la Constitución). Pero es más, se atreve también a proponer que el menor gozará de los derechos que reconozcan la Constitución y las demás normas del Ordenamiento Jurídico; ¿Es que se nos quiere decir que para el legislador la Ley Suprema vuelve a tener carácter programático?. Y para rematar, repite específicamente lo contenido en el art. 10.2 de la Constitución cuando se dice que "la presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, específicamente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989". La razón de estas deficiencias fue el deseo de escudarse en una serie de declaraciones que reenvían a otras disposiciones para evitar, como querían diferentes grupos políticos, que el

texto legal comprendiera una especie de Carta de Derechos del Niño¹⁷.

La eficacia de esta disposición sólo cabe en tanto sus normas modulan, de acuerdo con el art. 53.1 de la Constitución, el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, cuando se trata de menores¹⁸. ¿Pero la Ley logra ese objetivo? Vayamos examinando, una a una tales reglas:

a) Parte la Ley del reconocimiento del principio de no discriminación, en la línea del art. 2 de la Convención de 1989 y art. 14 de la Constitución, "por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social" (art. 3.1^º párrafo). Proposición inútil por reproducir sin más lo contenido en dichas disposiciones.

b) En relación con los derechos al honor, la intimidad e imagen, destacan varias cuestiones en el art. 4 de la Ley: 1^º) Los párrafos 2 y 4 refuerzan las normas de legitimación activa de la Ley Orgánica 1/82, ya que se permite, en todo caso, al Ministerio Fiscal instar las acciones en defensa de estos derechos, las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitar las indemnizaciones procedentes, "de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública"; 2^º) El concepto de intromisión ilegítima ("la utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra y reputación, o que sea contraria a sus intereses in-

cluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales") debe modularse con las normas de la Ley Orgánica 1/82, específicamente con: el art. 7, en cuanto que deben entenderse también los demás supuestos en él comprendidos, y el art. 3 en el sentido de que, salvo en los casos de utilización de la imagen o el nombre en medios de comunicación, seguirá en vigor la mentada regla de que si el menor tiene madurez suficiente puede este prestar su consentimiento y, en caso de que no se de ésta, tendrá que comunicarse el consentimiento de sus representantes legales al Ministerio Fiscal, si se opusiera resolverá el Juez¹⁹.

c) En relación con el derecho de información, destaca el art 5, párrafo 5, que permite al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores "el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita" (véase la Ley General de Publicidad). Respecto a los demás párrafos entiendo que se contienen declaraciones de deseos de difícil virtualidad jurídica, por lo que no me detendré salvo para indicar que se busca responsabilizar a las Administraciones públicas y a los padres y tutores para que el menor reciba una información veraz, plural, que promueva los valores de la igualdad, solidaridad y que evite las imágenes de violencia, explotación de las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista²⁰, lo cual curiosamente no va acompañado de un regulación de las consecuencias-san-

ciones de tal comportamiento infractor.

d) En relación con la libertad ideológica, sólo merece la pena destacar el tercer párrafo del art.6 que dice que "los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral".

e) Respecto al derecho de asociación, reconocido en el art. 7 en lo que se refiere al asociacionismo de menores —político, sindical o de cualquier otra índole—, se permite tanto el derecho a formar la persona jurídica como a integrarse en la misma, indicándose que: 1º) Tendrán que tener un representante con plena capacidad, para que puedan obligarse civilmente²¹; 2º) En el caso de que la pertenencia del menor o de sus padres perjudique su desarrollo, "cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias". En este último caso, es criticable que el legislador no indique las medidas a tomar, entendiéndose que serán medidas sobre la persona del menor y no de la asociación o padre que perturbe su desarrollo.

f) Por último, en atención a los derechos de participación y reunión (art. 7) y a la libertad de expresión (art.8), bien pudiera el legislador no haberse molestado en repetir lo que nos dice nuestra Constitución y la Convención de 1989.

Dice correctamente algún autor²², que "el punto conflictivo de

toda esta regulación está en la coordinación de los derechos del menor con los deberes de los padres de velar por los hijos sujetos a su patria potestad, educarlos y darlos una formación integral (art. 154.1º del Código Civil), o, en su caso, del tutor (art. 269.2º del Código Civil)...", puesto que, en las situaciones de conflicto, la Ley no reforma nuestro Código Civil, de modo que, sea el Ministerio Fiscal o cualquier otra autoridad —véase el art. 10 de la Ley—, la que inste el conflicto, quedará en manos del Juez la decisión final sobre la base del interés del menor (arts. 158.3º, 162-163, 299.1º del Cc).

Resulta muy curioso que, en el art.10 de la Ley, aparezca el derecho a la educación, a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos —entendiendo, los servicios sociales— como incondicionado en atención a la situación legal o no de la residencia del menor extranjero en España, siempre que su situación sea de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración Pública, a cuyos efectos le provisionará de los necesarios documentos. Sin duda que esta norma está en consonancia con la extensión del criterio de territorialidad visto inicialmente, lo criticable es que tenga previamente que calificarse la situación de riesgo por una Entidad Pública para que el menor extranjero tenga esos derechos, cuando lo normal es que sus padres o guardadores de hecho pretendan esconderse de nuestras autoridades. Es más, me pregunto: ¿No es ya una situación de riesgo el de los menores extranjeros

que pasan o residen ilegalmente en España sin derechos tan primordiales como éstos?

3. La protección del menor desamparado

a) Introducción: razones para la reforma de la Ley Orgánica 1/95

Nuestro Ordenamiento centra sobre los padres, de existir y estar capacitados, la protección durante la minoría de edad de la persona ; esta conclusión no ha sido desdecida por la propia ley, ya que sigue partiendo, como un principio rector de la actuación pública, del "mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés" (art. 11.2.b)²³. A pesar de ello es obligación de los poderes públicos, especialmente las Administraciones Públicas que tienen encomendado en su territorio la protección de menores, el velar para que "los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades" (art. 12.2). Hasta el punto de que están legitimadas para que, dada una situación de desprotección social, las entidades públicas tengan que intervenir sacando de la familia de origen al menor para prestarle asistencia técnica o constituyendo el acogimiento. En este último caso se prefiere el acogimiento familiar ya que en el art. 11.2 c) se predica la "integración familiar y social", se entiende en la otra familia que lo acoja.

De este modo la Ley, a través del perfeccionamiento de las instituciones

de la tutela legal y la guarda, de los remedios del acogimiento tanto residencial como familiar y de la adopción, cierra al sistema clásico de protección de los menores²⁴. Se preguntarán si hasta la fecha esta obligación de la Administración no estaba contemplada en nuestras Leyes; la verdad era que los remedios tradicionales que se arbitraban en nuestro Ordenamiento, nuestro Código Civil y el Decreto de 2 de julio de 1948 se han ido mostrando ineficaces por las lagunas y la inconstitucionalidad de los instrumentos e instituciones jurídicas con la que hacer valer este mandato y por la distribución constitucional de competencias en materia de asistencia social a las autonomías a las que se transfirió los servicios sociales de protección al menor. Esta situación trató de remediarla, por una parte, la reforma de 11 de Noviembre de 1987 del Código Civil —sin el éxito esperado debido a las necesidades que generó y los problemas que planteó desde sus inicios— y, por otra, la legislación de las comunidades autónomas en donde se comprendía toda una completa regulación de los servicios y remedios de protección al menor²⁵.

b) Situaciones que permiten la intervención

La Ley identifica dos situaciones de intervención:

a) **Situación de desamparo**, que es "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los de-

beres de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material" (art. 172. 3º párrafo del Cc)²⁶.

Para poder desentrañar el sentido de esta declaración, desmenuzaremos alguna de sus notas características:

1º) Por deberes de protección para la guarda de los menores debemos entender los inherentes a la persona del menor a que están obligados sus padres y tutores ordinarios ; a los que se puede añadir el caso del alimentante, cuando se está en el supuesto del art. 149 del Cc, en donde se recibe y mantiene al alimentista en su domicilio.

2º) Los casos en donde no es posible el ejercicio de las potestades legales sobre el menor por falta de padres o tutores ordinarios se deben entender encuadrados también en el supuesto legal, junto con los casos de incumplimiento imputable o inimputable total o defectuoso de los deberes aludidos, aunque no sea totalmente adecuada la expresión "imposible ejercicio".

3º) La intervención pública es provocada por la falta de la "necesaria asistencia moral y material", entendiéndose como parámetro para medir la necesidad no la falta de aquella que exige "la conciencia social más común" ni la que tendrían los menores en las mismas condiciones personales o ambientales sino la que, en la situación concreta, reclama un armónico desarrollo psíquico, moral y físico del menor.

4º) La falta de atención debe tener una serie de condiciones: a) de irreversibilidad de la situación (sin perjuicio de que posteriormente logre modificarse, aunque "ab initio" no se plantee la situación), que entendemos al hablar el art. 172.1 de "privación" —de otra manera sería más aconsejable la asunción de la guarda—; b) relatividad, como referida a una situación que no tiene por qué implicar desatención absoluta; c) y objetividad, ya que es indiferente que las circunstancias alegadas y justificadas sean sufridas por los solicitantes que por el menor, y que sean estos responsables o no de tales conductas.

b) **Situación de riesgo**, que es definida negativamente en la Ley: Primero, en la Exposición de Motivos, como aquellas que están "caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar para justificar su separación del núcleo familiar"; Segundo, en el art. 17 de la Ley, cuando dice "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley". Tercero, nos dice el art. 172.2 del Cc que "cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario". De todo lo expuesto cabe decir que la situación de riesgo es aquella que padece el menor desasistido moral y materialmente por sus padres o tutores que,

por sus circunstancias y su temporalidad, no alcanza la gravedad suficiente para llevar a una situación de desamparo, a pesar de lo cual es necesaria la intervención asistencial u otra ayuda de la entidad pública²⁷.

Como las Administraciones públicas competentes no pueden llegar a conocer directamente las situaciones descritas, la ley arbitra una serie de deberes generales: a) De comunicar a la autoridad o sus agentes las situaciones de riesgo o posible desamparo, por parte de toda persona que la conozca²⁸. Sobresale, en este aspecto, la obligación de las autoridades y personas que, por su profesión o función conozcan el caso, de actuar con la debida reserva. b) De atención inmediata del menor por las autoridades y servicios públicos, tengan o no competencia (art. 14) o de auxilio inmediato por cualquier persona, con independencia del anterior y primordial deber (art. 13.1). En todo caso, las actuaciones, tanto de las personas como autoridades, tenderá a evitar cualquier interferencia innecesaria en la vida escolar, social o laboral, tratando de buscar la colaboración tanto de la familia como del menor (véase el art. 13.3 in fine y 15 de la Ley). c) De poner en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal, las situaciones arriba descritas por las autoridades y servicios públicos (art. 14 "in fine")²⁹.

Junto a estos deberes, aparece en la Ley, en concreto en el art. 10, un derecho a favor de los menores a "recibir de las Administraciones Públicas

la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos y que garantice su respeto", a los efectos no sólo de las actuaciones que se describen en el Título II, respecto a las actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores sino en toda la actividad administrativa, que se concretan en la posibilidad-capacidad de: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente; b) Comunicar al Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos, lo cual no es más que expresión precisa de la norma general del art. 9 ; c) Plantear quejas al Defensor del Pueblo; d) Solicitar recursos sociales.

c) Constitución de la tutela y la guarda del menor como remedios a las situaciones descritas

A partir del conocimiento de las situaciones descritas, la entidad pública competente³⁰ en materia de protección de menores tendrá la obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias para resolverla de modo proporcional y rápido (art. 16)³¹. Para lo cual la ley y el Código Civil —reformada por esta Ley en el Capítulo V del Título IV del Libro I— arbitran los siguientes remedios —no sólo reparatorios sino también preventivos—:

1º) En caso de desamparo del menor, nos dice el art. 12.1 y 18.1 de la Ley y 222.4º y 239 del Cc que la entidad pública de protección de menores de cada territorio autonómico podrá atribuirse la tutela "ex lege", una

vez comprobado la situación mediante un procedimiento iniciado de oficio por la entidad competente o a instancia de parte, o esta tutela será conferida por el juez de primera instancia competente, como indica la Disposición Adicional Segunda de la Ley, cuando se aprecia de oficio o a instancia de parte la situación (véase el art. 228, 229 y 248 del Cc)³².

En cada ente territorial se constituirá el órgano encargado de las mismas, como nos dice el art. 18.2, en Madrid, la Comisión de Tutela del Menor; esta tutela, contemplada en el art. 172.1 del Cc, lleva aparejada la suspensión inmediata de la patria potestad o la tutela ordinaria —“no obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él”—³³. A sus efectos seguirán a esta actuación: a) La comunicación de la medida al Ministerio Fiscal y a los padres o tutores y guardadores de hecho —dice el texto legal nuevo del 172 .1, con fines garantistas— “notificando en forma legal ... en el plazo de 48 horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada”. b) La adopción de una serie de medidas que van desde la constitución de la tutela ordinaria, el acogimiento permanente o preadoptivo hasta la propuesta de adopción. Es interesante señalar que durante la tramitación del

procedimiento judicial para la constitución de la tutela “ex lege”, se podrán adoptar medidas cautelares, especialmente la guarda que a continuación examinaremos.

A partir de esta medida, las resoluciones administrativas que declaren el desamparo y la asunción de la tutela serán recurribles ante la jurisdicción civil, sin que previamente tenga que interponerse reclamación administrativa previa (Art. 172.6)³⁴.

2ª) Para la situación de riesgo, nos dice la Ley, que la actuación de las Entidades Públicas irá encaminada a “garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra” —tal como nos señala el art. 17.1 de la Ley—. Lo cual lleva aparejada una pluralidad de medidas que van desde la asistencia económica o técnica de la familia, hasta, como nos dice el art. 12.1 de la Ley, la constitución de la guarda de contenido personal no patrimonial en los términos fijados por la resolución judicial o el convenio, tendiendo principalmente a adoptar la medida del acogimiento³⁵.

La guarda ³⁶se puede adoptar:

a) Por resolución judicial que la ordene, a partir de una serie de disposiciones que no sólo se contienen en nuestras leyes civiles, aunque éstas serán sobre las que se concentren; por ejemplo los supuestos contemplados en los arts. 128, 158.2º y 3º, 179, 180, 216, 232 y 299 bis del Cc, además de los arts. 15.11ª y 7.1ª, 6ª y 7ª de la Ley reguladora de la compe-

tencia y procedimiento de los juzgados de menores (art. 172.2 "in fine" del Cc); pudiendo integrar también otros supuestos, como son el caso en que la entidad pública no asuma la petición de los padres o tutores del párrafo primero del art. 172 .2 y cuando los padres o tutores, a pesar de las circunstancias graves no realizan esta solicitud³⁷. El procedimiento para constituir la guarda es el señalado por la Disposición Adicional 3ª de la Ley, de acuerdo con las normas de la jurisdicción voluntaria en relación con la Disposición Adicional 1ª de la Ley.

b) Por acuerdo escrito de la entidad pública competente con los padres o tutores³⁸ cuando "por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor", por el tiempo necesario para remediar el situación. A partir de este estado su modificación será motivada y comunicada a éstos y al Ministerio Fiscal (art. 172.2 del Cc).

En todo caso, si se adopta las medidas de tutela o guarda : 1ª) la entidad pública que las ejecute tendrá que informar a los padres, tutores o guardadores sobre su situación, salvo resolución judicial en contrario (art. 22). 2ª) También es importante señalar que, en la adopción de medidas se tendrán siempre en cuenta "el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona" (art. 172.4 nuevo del Cc). 3ª) Incombe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, el acogimiento o guarda de los menores, lo cual no es

más que la particularización de las reglas contenidas en los arts. 1 y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50781, de 30 de Diciembre). Para lo cual, se le dará por la Entidad Pública noticia de los nuevos ingresos de menores en sus instituciones, los escritos de resolución, formalización relativos a la constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos, así como cualquiera novedad de estas circunstancias; llevándose un Índice de Tutelas de Menores y comprobando éste semestralmente la situación. También, se le da legitimación, para la adopción de las medidas necesarias de protección (art.174.1 y 2 del Cc y 23 de la Ley Org. 1/96). 4ª) Especialmente destaca en la tutela³⁹, la división de su ejercicio con respecto a la esfera personal o patrimonial —como se ve en los supuestos del art. 236 1º del Cc—. Se prevé así que se divida la guarda a favor de acogedores y el ejercicio de la tutela, en su aspecto patrimonial, a favor de la entidad pública, sin perjuicio de que, como se nos dice en el art. 173 bis.2º del Cc, se concentre sobre los acogedores, en el acogimiento familiar permanente, algunas funciones tutelares de índole patrimonial, con objeto de facilitar el desempeño de sus responsabilidades.

d) El acogimiento como medio para arbitrar las anteriores medidas: Especial referencia al acogimiento familiar

Una de las decisiones que se pueden adoptar mientras dure la situación de riesgo o desamparo del

menor, es el acogimiento. Distingue la Ley dos tipos de acogimientos:

a) Residencial, que se ejercitará por el Director del centro donde esté acogido el menor (art. 172.3 del Cc)⁴⁰. Nos dice la Ley que, puesto que lo deseable es que el menor tenga una experiencia de vida familiar principalmente durante la primera infancia, la entidad pública "procurará que ... permanezca internado durante el menos tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor" (art. 21.1 de la Ley).

b) Familiar, entendido éste como una situación temporal en la que se produce la plena participación del menor en la familia que lo acoge, con la obligación de ésta de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle formación. El acogimiento se puede ejercer por una persona o varias personas que sustituyan al núcleo familiar o por el responsable de un hogar funcional (art. 173.1 del Cc).

Una vez elegida esta institución se constituirá de diferente modo —excepto lo que se indicará respecto al acogimiento provisional—:

a) Si están de acuerdo sus padres o tutores, el acogimiento se formalizará POR ESCRITO, con el consentimiento de la entidad pública —tenga o no la tutela o la guarda—, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Regula el art. 173.2. el contenido del documento de formalización del acogimiento. Así dicen que constará: 1º. Los consentimientos necesarios, incluido el de los padres y tutores; 2º. Modalidad de acogimiento y

duración prevista para el mismo; 3º. Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: a) la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido, b) el sistema de cobertura de responsabilidades civiles por daños que pueda causar el menor o de los que pueda causar a terceros, c) la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria; 4º. El contenido del seguimiento que hará la entidad pública sobre la familia acogedora con compromiso de colaborar al mismo; 5º. Compensación económica para los acogedores; 6º. Señalamiento del carácter profesionalizado en el caso de acogimiento por hogar funcional; 7º. Informe de los servicios de atención al menor.

b) Si hay oposición o falta el consentimiento de los padres o tutores —salvo el caso de privación de la patria potestad o tutela—. Sólo cabe acordarse el acogimiento por decisión judicial, cuando sea conforme la medida al interés del menor mediante el expediente de jurisdicción voluntaria regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 1828. Ésta se puede promover tanto por el Ministerio Fiscal como por la entidad pública correspondiente. En la propuesta de la entidad pública se harán constar los anteriores extremos. Mientras se está dilucidando las actuaciones procesales, la entidad pública puede adoptar como medida cautelar el acogimiento provisional del menor hasta que se produzca la decisión judicial.

Cesará el acogimiento, según el art. 173.4 del Cc : 1º. Por decisión judicial, en el caso en que se constitu-

yera por él la situación, como nos dice el último párrafo de la referida regla, siguiéndose el procedimiento descrito en el art. 1828 de la LEC⁴¹; 2º. Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. 3º. A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía. En ambos casos, entiendo que cuando no se respete la duración del acogimiento recogido en el documento de formalización, tanto los padres o tutores como los acogedores tendrán que justificar la medida, atendiendo al interés del menor y a sus compromisos. 4º. Por último, por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguarda el interés de éste, oídos los acogedores⁴².

En este sentido hay que recordar que el menor no puede por su voluntad cesar la situación, pero el art. 172.5 del Cc permite solicitar, “si surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien se hubiera confiado la guarda”, al menor o persona interesada la remoción de ésta, por lo que si bien la decisión será de la entidad pública o del juez. Dos consideraciones: 1º) El art. 1828 de la LEC no impone al menor condicionamiento alguno para solicitar el cese del acogimiento; 2º) El concepto de “persona interesada” permite la posibilidad de instar esta medida a todo sujeto que demuestre un interés legítimo en la cesación de la medida; por ejemplo, cualquier familiar del niño, tenga o no

deseos posteriormente para constituir la tutela a su favor.

Respecto a las modalidades de acogimiento familiar, el art. 173 bis nuevo del Cc, permite una serie de posibilidades atendiendo a las necesidades de la situación de desprotección social —junto con el supuesto del acogimiento provisional anteriormente examinado—:

a) Simple, con evidente carácter transitorio, bien porque se preveía la próxima reinserción del menor en su propia familia, o porque sea camino para una medida de protección de carácter más estable (como puede ser la constitución de una tutela en favor de un familiar, previo proceso de privación de la patria potestad del art. 170 del Cc).

b) Permanente, cuando sea la medida resuelta por la entidad pública, en base a la edad, circunstancias del menor o de su familia, previo informe de los servicios de atención al menor. Dado la duración de la medida, la entidad pública puede solicitar al juez la atribución del ejercicio de algunas de las facultades tutelares, con objeto de facilitar el desempeño de sus responsabilidades.

c) Preadoptivo, que se dará ante situaciones de desamparo de especial gravedad en donde no sea posible la reinserción en su propia familia, en cuyo caso la entidad pública tendrá dos opciones: 1º. Formalizarla cuando se eleve la propuesta de adopción del menor a la autoridad judicial, previo informe de los servicios de atención al menor, entendiendo que recaerá el acogimiento en los próximos adop-

tantes. Para ello, éstos tendrán los requisitos necesarios para adoptar, haber sido seleccionados y prestado su consentimiento ante la entidad pública. 2º. Previamente a la presentación de la propuesta de adopción, en base a la necesidad de un periodo de adaptación del menor a la familia. Nos dice el art. 173 bis "in fine" que "este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año". A estos efectos, conviene recordar que el art. 176.2.3ª del Cc indica que no es necesaria la propuesta previa en el caso de "llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento pre-adoptivo o hacer estado bajo tutela por el mismo tiempo".

Notas

- 1 Ver el Proyecto de Ley que llevó el Gobierno al Congreso de Diputados publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), núm. 117-1, de 16 de Mayo de 1995. También ver la posición de los grupos políticos en Del Campo Casasús, "El Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y su debate parlamentario" y Barrios Curbelo, "Debate Parlamentario en materia de menores", *Ciencia Policial, Estudios, Enero-Febrero 1996*, núm. 34, págs. 9 a 20 y 21 a 39.
- 2 Ver Iglesias Redondo, *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Madrid 1996, págs. 55-56.
- 3 Hoy en día hay unificación en nuestro Ordenamiento en este aspecto: véase también el art. 19 del Código Penal.
- 4 Según nos indica Gullón Ballesteros, "Sobre la Ley 1/96, de protección Jurídica del menor", *La Ley 1994-1*, pág. 1691, planteándose incluso hasta que punto puede ser aplicable la norma para aquellos mayores de dieciséis años que vivan independientemente de sus padres con el consentimiento de éstos que contempla el art. 319 del Cc; también Martínez-Piñeiro Camarés, "Protección jurídica del menor", *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado num.184, Mayo de 1996*, pag.1141-1142 y Rivera Fernández, "Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor", *RGD (1996)*, núm. 621, pág. 6503. Estando de acuerdo con lo dicho, Iglesias Redondo, *Guarda asistencial...*, pág. 76-77 se plantea el caso de los "nasciturus", contestándose de forma negativa, sin perjuicio del derecho de la madre a disfrutar de los servicios sociales.
- 5 Ver para el concepto de abandono, Iglesias Redondo, *Guarda asistencial, tutela "ex lege" y acogimiento de menores*, págs. 152 y ss.
- 6 En este sentido podríamos hacer una clara diferenciación entre los extranjeros mayores y menores de edad con respecto a diferentes derechos contenidos en la propia Ley, con relación a la L.O. 7/85, de 1 de Julio: véase los art. 7 de la L.O. 1/96, con relación al art. de la L.O. 7/85. Martínez-Piñeiro, *Protección Jurídica del menor*, pag. 1141 señala sus dudas respecto a este punto, indicando la carente precisión de la norma.
- 7 Véase Alonso Pérez, M. "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/96, de 15 de Enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y Sombras", *Actualidad Civil NUM. 2 (6-12 de Enero de 1997)*, págs. 19-20.
- 8 Véase el nominal 2 de la Exposición de Motivos, en donde se indica que "Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad", con la finalidad de modificar el Ordenamiento jurídico hacia "una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás", ya que "no existe diferencia entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos".

- 9 Específicamente contemplada en diferentes artículos, por ejemplo: arts. 90 .2º párrafo, 92, 96, 103.1º, arts. 154. 2º párrafo, 159, 161, 170.2º párrafo, 172.4, 176.1, 180, 216 y otros varios del Cc.
- 10 No creo que el concepto no pueda objetivarse, contra lo que dice Rivera Fernández, "Anotaciones a la ley 1/96...", pág. 6503. Lo cual pone de manifiesto Alonso Pérez, "La situación jurídica del menor...", pág. 24 dice que "debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad". Así dice la Exposición de Motivos, en su nominal Núm. 2 que si se garantiza la protección a la infancia, se "...podrán ir construyéndose una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro".
- 11 La audiencia al menor , específicamente se señala cuando este tuviera suficiente juicio y en todo caso cuando tenga más de 12 años era contemplada en la legislación civil en los siguientes normas: el art. 48. 2º párrafo en materia de la dispensa de matrimonio por edad, art. 92, 2º párrafo en materia de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio, art. 154. 3º párrafo, 156. 2º párrafo, 159 del Cc.
- 12 Especialmente, en los procedimientos de divorcio o separación, a la hora de cumplir con el art. 92 del Cc, la audiencia a los hijos incondicional suponía una medida que en infantes producía un sentimiento culpabilística a la hora de separarlos de uno de los progenitores, al someterlos a la guarda del otro.
- 13 Véase el art. 163, en la patria potestad, y el art. 299, para la tutela o curatela, tanto de menores como de incapacitados por ejemplo. Es interesante ver la crítica que hace Rivera Fernández, *Anotaciones a la Ley 1/96...*, págs. 6507-6508, en donde destaca que en este caso sólo sería aconsejable el apoderamiento "apud acta".
- 14 Véase Gullón Ballesteros, "Sobre la Ley 1/96... 2, pág. 1693.
- 15 Reconociéndose con ello una línea doctrinal que nació a raíz de De Castro, Derecho Civil de España, II-1º, Madrid 1952, pag. 174-175, seguida por Albaladejo, *Derecho Civil, I-1º*, 14ª ed., Barcelona, págs. 226 a 229.
- 16 Tomo postura respecto a la cuestión de la extensión de la regla que se hace Gullón Ballesteros, Ob. Cit., pág. 1691, en contra de la postura de Rivera Fernández, Ob. Cit., pág. 6504.
- 17 Ver, en este punto, la opinión de Del Campo Casasús, "El Proyecto de Ley de protección jurídica del menor y su debate parlamentario", págs. 16-19.
- 18 Rivera Fernández, "Anotaciones a la Ley 1/96...", pág. 6505.
- 19 Ver Gullón Ballesteros, "Sobre la Ley 1/96...", págs. 1691-1692, entiende que se trata, en el caso del párrafo 3 del art. 4 de una reducción a la capacidad de obrar del menor.
- 20 En este sentido de la juridicidad de las leyes, son muy claras la Ley 25/94, de 12 de Julio, por la que se incorpora la Directiva sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su Capítulo IV de protección de los menores y Capítulo V sobre su régimen sancionador o la Ley 6/95, de 28 de Marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid, sobre prohibiciones de material audiovisual (arts 33 a 35) y publicidad de menores limitada reglamentariamente (art. 36 a 40).
- 21 Estoy de acuerdo, con Alonso Pérez, "La situación jurídica del menor", págs. 27-28, que para que se obligue cualquiera asociación ha de constituirse de acuerdo con la Ley, entendiéndose que el Órgano o persona que represente a la misma debe estar constituida por persona que tengan plena capacidad.
- 22 Gullón Ballesteros, *Sobre la ley 1/96...*, pág. 1693.
- 23 Nuestra propia Ley suprema ordena a los padres "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad" (art. 39.3 de la Constitución) sino también el mentado Convenio de 1989 que nos dice que los Estados "velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos" salvo casos en donde deba prevalecer el interés del menor (art. 9).
- 24 Ver Iglesias Redondo, *La guarda asistencial...*, págs. 66 y ss.
- 25 En la Comunidad de Madrid destaca la siguiente regulación: Decreto 49/88, de 5 de Mayo, por el que se adscribe a la Consejería de Integración Social las funciones que la Ley 21/87, de 11 de Noviembre, atribuye a la Comunidad de Madrid; el Decreto 121/88, de 23 de Noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, reformado por el Decreto 71/92, de 15 de Noviembre, ambos desarrollados por la Orden 175/91, de 18 de

- Marzo; la Ley 2/96, de 24 de Junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia; la Ley 6/95, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; y la Ley 5/96, de 8 de Julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.
- 26 Ver Iglesias Redondo, *La guarda asistencial...*, págs. 168 y ss. que en la pág. 202 a 206 desarrolla una serie de supuestos entre los que destaca: la del padecimiento de los padres o tutores de una situación de enfermedad o deficiencia psíquica o física, la indigencia, la pobreza o deficiencia educativa u organizativa de carácter crónico, la delegación de potestades legales a parientes alimentantes o el falso reconocimiento.
- 27 Iglesias Redondo, *Guarda asistencial...*, pág. 121 y ss., identifica la guarda con una serie de notas a) temporalidad o reversibilidad —por la posibilidad de superar la situación y volver a instaurar una vida normal de familia, una vez salvadas las circunstancias que originaron la misma; b) relatividad; y c) objetividad; d) Las circunstancias graves deben revestir dos caracteres: el de su materialidad e idoneidad para provocar la inasistencia moral y/o material del menor.
- 28 Especialmente en art. 13.2 de la Ley, destaca la falta de escolarización o inasistencia de menor al centro escolar de forma habitual o sin justificación, durante su período obligatorio.
- 29 Es criticable que la Ley no imponga sanción jurídica al incumplimiento, sin perjuicio del recurso al régimen disciplinario general de la función pública o de concretos tipos en el Código Penal —véase el arts. 223 a 233 y 618—.
- 30 Será el correspondiente al lugar de residencia habitual del menor; véase en el caso de Madrid, la Comisión de Tutela del Menor, por virtud del art. 78, 55 y 61 de la Ley 6/95, de 28 de Marzo, en relación con el Decreto 121/88, de 23 de Noviembre, modificado por el Decreto 71/92, de 23 de Noviembre, especialmente el art. 1, 5 y 16.
- 31 Ver Iglesias Redondo, *Guarda asistencial...*, págs. 68-69 y 73. Es interesante conocer las posibilidades de actuación de la entidad pública, para lo cual examinando el Decreto 71/92 de la Comunidad de Madrid, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, nos dice en el art.12 que, en tanto se mantenga la situación de tutela, la Comisión de Tutela del Menor, podrá acordar: "a) Permanece bajo la guarda de algún miembro de su propia familia,... complementariamente también se podrá acordar: a.1 Ayuda sociales al menor o a su familia que favorezcan la integración social de aquél en su propio medio. a.2 Apoyo y seguimiento técnico profesional de la familia, por los servicios técnicos competentes de acuerdo con la problemática que presente, para garantizar la plena asistencia moral o material del menor; b) Atención en un centro residencial; c) Promover el nombramiento judicial del tutor del menor; d) Constituir administrativamente el acogimiento del menor; e) Promover la constitución de acogimiento del menor por decisión judicial y, en su caso el cese; f) Proponer la adopción del menor". Por contra en situación en que corresponda la guarda, el art. 20 reduce los remedios a: a)"Constituir administrativamente el acogimiento del menor; b) Atención en un centro residencial".
- 32 Ver Iglesias Redondo, *La guarda asistencial...*, págs. 227 y ss. Para ver los problemas que daba el art. 172.1 del Cc, según la reforma de 11 de Noviembre de 1987, además del autor citado, Vargas Cabrera, *La protección de menores...*, págs. 88 a 119.
- 33 No estoy conforme con Iglesias Redondo, *La guarda asistencial...*, págs. 265 a 267, que considera que, en el caso de la constitución de la tutela por el juez, previamente se tendrá que privar de la patria potestad a los padres (art. 170. 1º párrafo) y remover al tutor ordinario (art. 247 del Cc).
- 34 Véase los arts. 5 a 15 del Decreto 121/88, reformado por el 71/92, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, de la Comunidad de Madrid.
- 35 Ver como Iglesias Redondo, *Guarda Asistencial...*, pág. 68 y 143 y ss.; destacando especialmente en la pág. 137, la necesidad de nombramiento del defensor judicial, para los aspectos patrimoniales, en los casos de la guarda judicial.
- 36 Véase los arts. 16 a 22 del Decreto 121/88, reformado por el 71/92, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor, de la Comunidad de Madrid.
- 37 Según Iglesias Redondo, Ob. Cit., págs. 135 y ss.
- 38 Iglesias Redondo, Ob. Cit., págs. 95 y ss., considera resuelta la anterior polémica res-

- pecto a la interpretación del antiguo párrafo primero del art. 172.2 del Cc, en el sentido de que sólo quienes tienen la potestad legal sobre el menor y la ejercitan legalmente respecto a su contenido personal pueden solicitar la constitución de la guarda asistencial. Para ver la polémica se puede examinar a Vargas Cabrera, *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico*, Granada 1994, págs. 62 a 64.
- 39 Cabe indicar que la nueva Ley, a través de la reforma del art. 260, ha añadido un nuevo párrafo por el cual la entidad pública no tendrá que prestar fianza cuando "asuma la tutela de un menor, por ministerio de la ley o la desempeñe por resolución judicial".
- 40 Los servicios, hogares funcionales o centros dirigidos a menores, deberán estar autorizados y acreditados ante la Entidad Pública (art. 21.2 de la Ley).
- 41 Dice el párrafo 4º y 5º de la referida norma: "la iniciación del expediente de cesación judicial del acogimiento tendrá lugar de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal o de las personas que lo han acogido". "El Juez podrá acordar la cesación del acogimiento tras oír a la entidad pública, al menor, a su representación legal y a los que lo tengan acogido".
- 42 En buena lógica jurídica, el art.20 de la Orden 175/91, de 18 de Marzo, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid añade a estas causas, dos: a) la emancipación del menor; b) el cumplimiento del plazo descrito en el convenio.

Joaquín RIVERA ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid