© *Dereito* Vol. 6, n.º 1: 239-287 (1997) • ISSN 1132-9947

NOTAS URGENTES SOBRE LA NUEVA LEY GALLEGA DE LA FAMILIA, LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: LUCES Y SOMBRAS

Julio Ignacio Iglesias Redondo*
Universidad de Santiago de Compostela.

SUMARIO. A. INTRODUCCIÓN. B. TÍTULO PRELIMINAR: DISPOSICIONES GENERALES. C. TÍTULO I: DERECHOS DE LA FAMILIA, LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. D. TÍTULO II: DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. E. TÍTULO III: DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. 1) CAPÍTULO I: MEDIDAS DE PREVENCIÓN. 2) CAPÍTULO II: MEDIDAS DE PROTECCIÓN. a) SECCIÓN 1ª: DE LA TUTELA DE LOS MENORES DESAMPARADOS Y SECCIÓN 2ª: DE LA GUARDA. b) SECCIÓN 3ª: DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SECCIÓN 4ª: DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL. 3) CAPÍTULO III: DE LA ADOPCIÓN. 4) CAPÍTULO IV: DE LAS INSTITUCIONES Y ENTIDADES DE ATENCIÓN A MENORES. F. TÍTULO IV: DE LOS MENORES EN CONFLICTO SOCIAL Y DE LOS CENTROS DE REEDUCACIÓN. G. TÍTULO V: INFRACCIONES Y SANCIONES. H. DISPOSICIONES ADICIONALES, DEROGATORIA Y FINALES.

A. INTRODUCCIÓN

El Parlamento de Galicia, en sesión celebrada el pasado 20 de mayo de 1997, aprobó la denominada Ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia, cuyo texto final se publicó en el Boletín Oficial de dicho Parlamento el día 30 de mayo de 1997.

Sin duda alguna, dicha Ley tiene una significación especial, ya que viene a culminar la actuación legislativa de la Comunidad Autónoma gallega en el campo de la protección de la familia, la infancia y la adolescencia iniciada con la aprobación del Decreto 196/1988, de 28 de julio, que desarrolló en Galicia la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, posteriormente derogado por el

---

* Profesor de Derecho Civil.

también Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción, que por efecto de la Disposición Derogatoria de la nueva Ley gallega de la familia ve a su vez derogados tácitamente algunos de sus artículos más importantes habida cuenta de su relevancia a los efectos de la adecuada comprensión del sistema de protección del menor inagurado por la referida Ley 21/1987.

Por lo que se refiere a los títulos competenciales que amparan dicha actuación legislativa, el propio legislador gallego señala como tales (en el párrafo segundo del número III del Preámbulo de la Ley que comentamos) los recogidos en los números 23 y 24 del artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia, a saber: los genéricos de asistencia social y de promoción del desarrollo comunitario. Ambitos asumidos como competencia exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad, a excepción de Ceuta y Melilla, por todas las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos, bajo los conceptos, todos ellos equivalentes desde la óptica jurídico-administrativa, de servicios sociales, bienestar social, asistencia social o acción social (1) (este último considerado por la doctrina como el más exacto); y precisamente al amparo del primer párrafo del artículo 149.3 de la CE las Comunidades de primer grado (como la nuestra) y del 148.1.20 de la CE las de segundo. Conclusión a la que también llegamos en aplicación del criterio de las materias conexas, puesto que los mentados aspectos de la protección del menor, claramente residuales por contraposición a los que contiene el concepto de «*legislación civil*» del artículo 149.1.8 de la CE, deben considerarse comprendidos dentro de dichas expresiones por existir una fuerte implicación entre ellos y las mismas (2).

---

(1) *Cfr.*, artículos 12.12 del Estatuto del País Vasco, 9.25 del de Cataluña, 27.13 del de Galicia, 13.22 del de Andalucía, 10.1 letra p) del de Asturias, 28.18 del de Cantabria, 8.1.18 del de La Rioja, 10.1.letra o) del de Murcia, 31.24 del de Valencia, 35.1.19 del de Aragón, 31.1 letra p) del de Castilla-La Mancha, 29.7 del de Canarias, 7.1.20 del de Estremadura, 10.12 del de Baleares, 26.18 del de Madrid, 26.1.18 del de Castilla y León y 44.17 de la LORAFNA. Pero no por las ciudades de Ceuta y Melilla porque sus respectivos Estatutos de autonomía disponen que sus competencias no comprenden más que «*las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria*» (*cfr.*, artículos 21.1.18 y 21.2 de las Leyes Orgánicas 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de autonomía de Ceuta y 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de autonomía de Melilla).

(2) En consecuencia, cuando los artículos 10.14 del Estatuto de autonomía del País Vasco, 13.23 del de Andalucía, 31.27 del de Valencia, 31.1 letra p) del de Castilla-La Mancha, 16.1

Llegados hasta aquí, debemos dar respuesta a tres preguntas. En primer lugar, ¿qué es la «*asistencia social*»?; a nuestro juicio, la materia comprensiva de todas las actividades de protección de necesidades sociales que no sigan un régimen diferenciado, como sería el caso de la Seguridad Social (3). La segunda cuestión sería preguntarse por el ámbito de la materia de la «*asistencia social*» que se corresponde con la propia de la protección de menores; nuestra respuesta es que dicho ámbito es aquél que circunscribe la parte de protección social, económica y jurídica de la familia que prescribe el artículo 39.1 de la CE y que, tocando a los menores, no está cubierta por otros títulos competenciales (fundamentalmente los de los números 1, 2, 5, 6 y 17 del artículo 148.1 de la CE) que atribuyen la competencia legislativa al Estado (4). La tercera y última pregunta consistiría en interrogarnos, precisamente, cuál sería esa parte; al respecto cabe decir que, puesto que la «*asistencia social*», en cuanto título de legitimación, habilita el despliegue por parte de la Administración de actividades prestacionales y de fomento,

---

letra e) del de Baleares y 34.B).1 del de Canarias asumen expresa y específicamente la materia sobre instituciones de protección y tutela de menores, lo que están haciendo en realidad es enumerar una simple concreción de la más genérica de «*asistencia social*», la cual sabemos que también tienen asumida. La razón, quizá, para no correr riesgos respecto de la letra del artículo 149.3 de la CE que señala que las competencias no reseñadas en los respectivos Estatutos de autonomía corresponderán al Estado.

(3) Los criterios en virtud de los cuales se considera que la asistencia social es un mecanismo asistencial público, diferente y separado de la Seguridad Social, son fundamentalmente dos: en primer lugar, que mientras que las prestaciones técnicas de la Seguridad Social se financian a través de sistemas contributivos o de previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, las propias de la asistencia o acción social son universales y a cargo de presupuestos públicos, criterio que en la actualidad aparece muy mitigado dada la tendencia cada vez más acusada de nuestro sistema de Seguridad Social hacia la universalización y financiación pública (*ad, ex.*, la universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley general de sanidad así como su paulatina financiación a través de los presupuestos generales del Estado y de las Comunidades autónomas; y en segundo lugar, el que viene a poner el acento -mucho más acertadamente- en la existencia a lo largo de nuestro texto constitucional de una serie de mecanismos socio-asistenciales que, al no haberse reservado el Estado nada sobre ellos en el artículo 149.1 de la CE, hay que considerar subsumidos dentro del título de legitimación del primer párrafo del artículo 149.3 de la CE para las Comunidades autónomas de primer grado y del artículo 148.1.20 de la CE para las de segundo.

(4) La protección que prescribe el artículo 39.1 de la CE, porque resulta que éste junto con los artículos 1, 9.2, 39.4, 40.1, 42, 48, 49, 50 y 128.1 de la CE, son los que concretan en el campo de la asistencia social la política que con este carácter la Constitución encomienda al Estado.

planificación, limitadoras y sancionadoras (5), entendemos que esa parte, por lo que aquí interesa, estaría conformada por las actividades de selección de los acogedores y de propuesta previa de adopción, de habilitación de Entidades privadas colaboradoras o de integración familiar, de acotamiento de la actuación en materia de protección de menores, tanto de los terceros ajenos como de los subordinados a las Entidades públicas autónomicas a las que, en el respectivo territorio, esté encomendada la misma, y de fiscalización de sus conductas antijurídicas, en cuanto típicas y propias de fomento, de planificación, limitadoras y sancionadoras, respectivamente, del título de legitimación de la «*asistencia social*» dada la inexistencia de otro mejor, amén de los aspectos burocráticos u organizativos del ámbito de la «*legislación civil*» que se corresponde con la protección del menor también bajo el amparo del primer párrafo del artículo 149.3 de la CE, al ser Galicia una Comunidad Autónoma de primer grado (6).

De acuerdo con ello, parece claro que la mención al artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia hecha por el mentado párrafo del Preámbulo de la Ley que comentamos no puede implicar el autoreconocimiento de ninguna competencia legislativa de la Comunidad gallega sobre esta materia al margen del reparto competencial previsto en los artículos 148 y 149 de la CE.

B. TÍTULO PRELIMINAR: DISPOSICIONES GENERALES

El Título Preliminar consta de seis disposiciones generales. Entre ellas, por su contenido, destacan dos, a saber: los artículos 2 y 3.

Por lo que se refiere al número 1 del artículo 2, cabe señalar que en su redacción original rezaba «son *familias, para os efectos desta lei, os conxuntos de persoas unidas por vínculos de matrimonio ou de parentesco, ou as unidades de convivencia de carácter parental cando constitúan núcleos*

(5) *Cfr.*, PARADA VAZQUEZ, J. R., *Derecho administrativo I, Parte General*, 5ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1993, pág. 311.

(6) No olvidemos que de acuerdo con el fundamento jurídico quinto de la STC 18/1982, de 4 de mayo (*JC*, tomo III, 1982), el término de «*legislación*» del artículo 149.1.8 de la CE no incluye necesariamente los reglamentos que versan sobre dichos aspectos.

estables de vida en común e no seo dos cales se adquiran e desenvolvan os valores básicos da existencia individual e da convivencia social». Mientras que la simple lectura de los artículos 9.2, 14, 16, 18, 32 y 39 de la CE ponía de manifiesto una muy seria sospecha de inconstitucionalidad, la de la letra a) del artículo 31.1 del propio Proyecto de Ley, que de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 extiende la capacidad para adoptar simultáneamente al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, evidenciaba una grave ausencia de coherencia interna. De ahí el gran acierto del texto transaccionado finalmente aprobado de dicho artículo que, al disponer «*son familias, para os efectos desta Lei, os conxuntos de persoas unidas por vínculos de matrimonio ou de parentesco, ou as unidades de convivencia cando constitúan núcleos estables de vida en común*», disipa definitivamente semejantes sombras.

Ya respecto del número 2 del artículo 2, que establece «*para os efectos desta Lei, enténdese por infancia o período da vida das persoas comprendido desde o nacemento ata a idade de 12 anos, e por adolescencia desde a dita idade ata a maioría establecida por Lei*», creemos que puede inducir a confusión, ya que la norma, al referirse claramente a los menores en sentido amplio, por lo que sería condición suficiente el no haber alcanzado la mayoría de edad legal, parece desconocer la situación de los menores de dieciocho años emancipados o habilitados de edad. Por lo demás, si tenemos en cuenta las expectativas que generó la elaboración de esta Ley, no se explica por qué carece de una referencia, por muy leve que fuese, a los «*nasciturus*». De ahí que también echemos de menos la previsión de medidas de prevención y apoyo específicas en cumplimiento de la protección integral de las madres sancionada por el artículo 39.2 de la CE, por supuesto, carácterizadas por la voluntariedad inherente a la prestación de los servicios sociales (piénsese, *v. gr.*, en una futura madre con problemas económicos o de alcoholismo o drogas, etc.,).

En cuanto al artículo 3, que recoge los principios rectores de la actuación de los poderes públicos de Galicia en el ejercicio de las funciones de asistencia y protección, hemos de señalar que se revela excesivamente largo y reiterativo, máxime cuando el propio estatuto constitucional del menor puede reducirse a la formulación de cinco principios básicos, fundamentales

para comprender el sistema español de protección del menor. El primero, el principio de «*primacía del interés del menor*» que permite afirmar que los poderes públicos son los únicos interpretes del concreto interés del menor en el caso de existencia de un conflicto de intereses con sus representantes legales sin que ello signifique la consagración de ningún «*favor*», sino el mero cumplimiento por parte de aquéllos de sus obligaciones para con todos los ciudadanos, entre los cuales se encuentran, cualificados como ciudadanos en formación, los menores de edad. En el segundo principio, cual es «*el derecho del menor a ser educado en el seno de la propia familia*», encuentran fundamento otros dos principios: el que señala «*la proporcionalidad o graduación de la intervención pública protectora*», en función de la situación de necesidad que se pretende corregir, y el que sugiere la «*integración familiar del menor*», como fin último de toda intervención protectora. Precisamente, la vigencia de estos dos últimos principios (en realidad subprincipios) revela la perfecta relación de correspondencia entre las distintas situaciones de necesidad que puede sufrir un menor y las diferentes instituciones de protección llamadas a paliarlas. En concreto, entre la guarda asistencial y los acogimientos de menores a ella inherentes y las situaciones de necesidad reversibles, y entre la tutela *ex lege* y el acogimiento preadoptivo y/o la adopción y las situaciones de necesidad irreversibles (7). Y como colofón, la propia dinámica que a la Administración impone el artículo 103.1 de la Constitución, que se traduce en un no menos importante quinto principio, concretamente «*el derecho del menor a la más pronta definición de su situación*».

En cualquier caso, es evidente que la primacía del interés del menor como principio rector de las reformas de 1987 y 1996 no puede significar la consagración de ningún «*favor minoris*» entendido como condición de gracia hacia un sujeto diferente y débil, y, por ello, merecedor de una genérica y paternalista protección concedida desde lo alto, ya que ello representa una solución individualista de la problemática del menor, desde el momento en

(7) De ahí que sea conveniente recordar que esta última relación se encuentra empañada por lo dispuesto en el artículo 239 del Código civil, que incomprensiblemente sitúa la tutela ordinaria de allegados, e incluso de extraños, en el mismo plano que el acogimiento preadoptivo y la adopción (salidas naturales de la tutela *ex lege*), a pesar de que aquélla no proporciona al menor una familia.

que el propio concepto de «*favor*» sólo encuentra sentido de la mano de consolidados procesos sociales de desigualdad y marginalidad, limitándose a tomar nota de tales situaciones y atenuar sus consecuencias, sin combatir sus raices. El propio texto constitucional no puede ser más claro a la hora de desechar su vigencia. En efecto, no existiendo a lo largo del mismo ninguna distinción entre los derechos de los menores y los de los adultos, al gozar ambos de la condición de ciudadanos, está claro que los primeros para ver realizados sus derechos no necesitan de ningún «*favor*», sino sólo del cumplimiento por parte de los poderes públicos de los mandatos constitucionales de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, asegurando la protección social, económica y jurídica de la familia y la integral de los hijos y de las madres (8). Imperativos cuya inobservancia disfraza la vigencia del concepto de «*favor minoris*», perpetuando así la situación de desigualdad y marginalidad de los menores en dificultad, al privarles torticeramente de la dignidad, de los derechos inviolables que les son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad que forman parte del fundamento del orden político y de la paz social (9).

Por consiguiente, puede decirse que el concepto de «*interés del menor*», lejos de significar arbitrio o capricho del mismo, estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal. En cambio, el principio que proclama su primacía consiste exclusivamente en la definitiva reafirmación del carácter de «*oficium*» que *ab interno* revisten las potestades que, en aras de su protección integral, el ordenamiento jurídico reconoce sobre los menores de edad.

(8) *Cfr.*, artículos 9.2 y 39.1 y 2 de la CE.
(9) *Cfr.*, artículo 10.1 de la CE.

C. TÍTULO I: DERECHOS DE LA FAMILIA, LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.

El Título I consta de cuatro artículos, entre los que destacan el 7 y el 8.

El número 3 del artículo 7 nos recuerda, con gran acierto, que la familia representa el lugar en donde los poderes públicos han de garantizar el libre desarrollo de la personalidad humana, como se infiere con claridad de los artículos 9.2, 27.3, 39 y 50 de la CE cuando, respectivamente, vinculan a éstos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, a garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y de las madres y la prestación por los padres de asistencia de todo orden a los hijos y, con independencia de las obligaciones familiares, a promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales. De acuerdo con estos preceptos, podemos sentar tres importantes conclusiones. Primera, que el menor, a los efectos de procurar el libre desarrollo de su personalidad, tiene derecho a ser educado en el ámbito de su familia de origen. Segunda, consecuencia directa de la anterior, que sólo puede hablarse de un derecho de esta familia a tener al menor en su compañia como mero derecho reflejo del derecho del menor a ser educado en su seno y, por ello, subordinado a la consecución de su mismo fin; de tal suerte que sólo frente a los particulares puede decirse que conforma un derecho subjetivo puro, ya que ante los poderes públicos, que por imperativo constitucional deben asegurar la protección integral de los hijos, aparece claramente condicionado por el adecuado desarrollo de la personalidad de éstos. Y tercera que, en el caso de que la familia de origen sea incapaz de asegurar el libre desarrollo de la personalidad del menor, cualquiera que fuese la causa, el criterio interpretativo que subyace en los artículos de la Constitución reseñados transforma su derecho a ser educado en el ámbito de la familia de origen en el derecho a ser educado en una nueva familia.

Precisamente porque era imposible que los poderes públicos pudiesen cumplir el mandato constitucional de asegurar la protección social, económica

y jurídica de la familia y la integral de los hijos y de las madres en virtud de un modelo institucional incapaz de responder adecuadamente a las situaciones de necesidad de los menores, los legisladores estatales de 1987 y 1996 se vieron en la necesidad de completar el modelo hasta ese momento conocido por nuestro Código civil con dos nuevas instituciones, como son la guarda asistencial y el acogimiento familiar, una variante de la institución tutelar, como es la tutela ex *lege*, y una nueva regulación de la institución adoptiva. Ello con la única finalidad de dar carta de naturaleza en el Código civil a los principios de sostenimiento y suplencia de la familia de origen, subyacentes en el número 1 del artículo 39 de la CE, así como de perfeccionar el de su sustitución inherente al número 2. La vigencia de estos tres principios es absolutamente imprescindible, ya que cada uno de ellos proporciona la justa medida de la intervención pública protectora en cada uno de los supuestos básicos de necesidad en los que pueden hallarse los menores: el primero, cuando la familia de origen, en dificultad por cualquier causa, todavía puede garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor permaneciendo éste en su seno; el segundo, cuando ésto sólo es posible debiendo salir temporalmente el menor de la misma; y el tercero, cuando la familia de origen aparece de manera irremediable como incapaz de llevar a cabo aquel desarrollo, cualquiera que sea la causa. En concreto, la que desde la perspectiva del sostenimiento de la familia de origen delimita la institución de la guarda asistencial en el primero (10), la que desde la perspectiva de su suplencia fija la anterior y los acogimientos de menores a ella inherentes en el segundo (11), y la que desde la perspectiva de su sustitución determina la institución tutelar, tanto en su vertiente *ex lege* como ordinaria, y la adopción en el tercero (12). Con la consecuencia de que debe considerarse ilegítima cualquier otra intervención tanto por defecto, puesto que no sería integral, como por exceso, ya que implicaría una sanción, al faltar los poderes públicos a su cometido constitucional. Pero sorprendentemente, como veremos al tratar de la Sección 1ª del Capítulo II del Título III de la nueva Ley, el legislador gallego olvidó demasiado pronto esta filosofía.

Por su parte, el artículo 8 se limita a enumerar algunos derechos de la infancia. En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el menor, al ser un

(10) *Cfr.*, artrículo 172.2 del Cc.
(11) *Cfr.*, artículo 172.3 del Cc.
(12) *Cfr.*, artículos 172.1, 239 y 176 del Cc.

ciudadano más, es titular de los mismos derechos que todos los demás (capacidad jurídica), como prueba el hecho de que la evolución de la capacidad natural de querer y entender (como ciudadano en formación) condicione sólo el ejercicio (capacidad de obrar), salta a la vista su carácter redundante y, por tanto, superfluo. Es más, semejante carácter también se puso de manifiesto a lo largo del *iter* legislativo de la Ley Orgánica de 1996 tanto por el Grupo Socialista, al esgrimir precisamente esta argumentación para rechazar la Enmienda de Texto alternativo presentada por el Grupo de Izquierda Unida-Iniciativa por Cataluña al entonces aún Proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código civil (13), como el Grupo Popular, que utilizó idéntico raciocinio para criticar la posterior defensa por el Grupo Socialista en Comisión de las Enmiendas transaccionales que luego conformaron, bajo el epígrafe «*derechos del menor*», el Capítulo II del Título I de dicha Ley estatal (14). En cualquier caso, es evidente que el artículo 8 de la Ley gallega como derecho estatutario es sumamente

(13) Son palabras textuales de la Srª Del Campo Casasus las siguientes «*la Convención de derechos del Niño, ratificada por este Parlamento en 1990, existe, y forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico interno y esa Convención recoge, de manera más detallada que la que ustedes plantean en su Enmienda, los derechos del menor, esos derechos de identidad, nacionalidad, salud, intimidad y propia imagen, educación, libertad de pensamiento y expresión. Esos derechos que precisamente el Proyecto que hoy se presenta pretende garantizar y mejorar en su protección, están ya recogidos por nuestro Ordenamiento*» (*cfr.*, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 172, págs. 9211 y 9212). De ahí que el Proyecto de la Ley 1/1996, de 15 de enero, no recogiera nada al respecto (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 117-1, págs. 1 a 10).

(14) La Srª Barrios Curbelo manifestó lo siguiente: «*yo creo que el Grupo Socialista ha tenido una gran falta de coherencia en este Proyecto de Ley. Si la Srª Ministra dice que la finalidad de este Proyecto de Ley es una modificación parcial del Código civil en materia de adopción y acogimiento y posteriormente se incorpora -da la impresión que para acallar las críticas- un título con tres artículos y ahora, a través de la Enmienda número 9 de Izquierda Unida, se añaden dos o tres artículos más que en el fondo no dejan de ser sino una repetición de lo establecido ya en otros artículos que regulan derechos recogidos en la Constitución y de la Convención de derechos del menor, al Grupo Popular no deja de sorprenderle la mala técnica legislativa que se está llevando*» (*cfr.*, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 593, pág. 18086). A pesar de sus palabras, no se aprecia menos «*repetición*» en la rechazada Proposición de Ley sobre derechos del menor presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 152-1, págs. 1 a 15; Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 183, págs. 9746 a 9751; y BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 152-3, pág. 19).

imperfecto, ya que lejos de recoger todos los derechos del menor, ni siquiera recoge los más importantes (15).

D. TÍTULO II: DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.

El Título II consta de tres artículos, entre los que destacan la letra j) del artículo 12 y la letra d) del artículo 13, puesto que sería imperdonable, dada la estructura territorial y demográfico-social de la Comunidad gallega, que una Ley gallega de la familia no aludiese a las familias rurales y, por supuesto, a las familias tanto de inmigrantes como, sobre todo, de emigrantes.

Pero, en definitiva, se trata de un Título básicamente «de *principios*», lleno de generalizaciones, ambigüedades, lenguaje abstracto e intemporal, cuyo éxito es evidente que dependerá de posteriores «*desarrollos puntuales*», por supuesto, según la voluntad política del momento.

E. TÍTULO III: DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.

El Título III se divide en cuatro importantísimos Capítulos. El primero dedicado a las medidas de prevención, el segundo sobre medidas de protección, el tercero destinado a la adopción y el cuarto que trata de las Instituciones y Entidades de atención a menores.

A todos ellos nos referiremos a continuación.

---

(15) Sin ánimo de ser exhaustivos, es perfectamente trasladable al ámbito de la Ley gallega la opinión de la Srª Barrios Curbelo sobre la enumeración de derechos del menor que contiene la Ley Orgánica de 1996: «*se olvidan otros tan esenciales como el derecho...a la supervivencia y al desarrollo, el derecho a conocer sus orígenes cuando los menores son concebidos por reproducción asistida,...el derecho al descanso, al juego, a las actividades recreativas y culturales de los menores minusválidos, qué pasa con los menores pertenecientes a minorías, los menores inmigrantes, los demandantes de asilo, los refugiados, los menores en los conflictos armados. Queda muchísima materia, muchísimos derechos del menor sin regular en este Proyecto de Ley*» (*cfr.*, Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 593, pág. 18087).

1) CAPÍTULO I: MEDIDAS DE PREVENCIÓN.

Este Capítulo consta de tres artículos. La lectura del primero de ellos, es decir, del artículo 14, al referirse a las «sit*uaciones de riesgo*», parece sugerir una perfecta comprensión del sistema de protección del menor instaurado por la Ley de 1987 y mantenido y desarrollado por la Ley Orgánica de 1996. Sin embargo, los dos artículos siguientes, lejos completar el contenido inicial, se pierden en declaraciones programáticas (el artículo 15) y en el establecimiento de diversas prohibiciones (el artículo 16). En efecto, el primero de ellos recupera el tono de Ley de principios del Título inmediatamente anterior, mientras que el segundo ignora totalmente el proceso de formación de la personalidad del menor. En efecto, sólo en el etapa que coincide con la infancia tendría sentido predicar el artículo 16, ya que tratándose de adolescentes parece mucho más acertado hacer depender la aplicación de dichas prohibiciones de la capacidad natural de querer y entender del joven, mucho más acorde con el libre desarrollo de su personalidad, que del criterio general y abstracto de la edad, que desprecia sin ningún reparo su estado de madurez para el ejercicio de los derechos de que, como cualquier otro ciudadano, es titular (piénsese, *v. gr.*, en las dificultades inherentes al intento de aplicar dicha norma en las etapas más altas de la adolescencia, habida cuenta del contenido violento, erótico e, incluso, pornográfico de muchos de los comics, videojuegos o revistas de música o moda especialmente destinados a su consumo). Por supuesto, como estamos diciendo, otra cosa muy distinta es que esos altos adolescentes carezcan de la capacidad natural de querer y entender lo que se proponen, en cuyo caso, sin ninguna duda, procede su protección, pero sólo en función de este criterio. No está de más recordar que los menores son sujetos de la protección, no meros objetos valiosos de la misma. No siendo así, cabe preguntarnos por qué el legislador gallego acogió en el artículo 2.1 de la Ley la distinción entre infancia y adolescencia si luego, como *v. gr.*, en el artículo 16, no la tiene en cuenta.

En cualquier caso, teniendo en cuenta el epígrafe de este Capítulo, es patente la ausencia de una mayor dedicación al novedoso concepto, introducido por la Ley Orgánica de 1996, de «*situación de riesgo*», ya que es evidente que en torno a él ha de articularse toda la prevención. Desde esta perspectiva, es evidente que tendría cabida, como forma de ejercicio atípica de una guarda asistencial, destinar a los padres o tutores que no pueden

cuidar al hijo o pupilo por circunstancias graves las ayudas adecuadas (*v. gr.*, prestaciones económicas, asistencia sanitaria y servicios de ayuda domiciliaria), con la finalidad de evitar, además de un innecesario alejamiento del menor de la familia de origen, el absurdo de que circunstancias impeditivas tales como las puramente económicas, cuya cabida dentro de la literalidad de los artículos 17 de la Ley Orgánica de 1996 y 172.2 del Cc no ofrece duda, pudiesen dar lugar como modo de realización de la guarda asistencial a un acogimiento familiar o residencial compensado económicamente con cargo al erario público (16).

Apoya nuestra opinión el párrafo decimoquinto del número 2 de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 1996, que después de señalar «*de innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad pública*», añade «*mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del grupo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la Entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria*».

---

(16) Ya bajo la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, parecieron enterlo así, al amparo de sus respectivas competencias exclusivas en materia de Asistencia Social, el artículo 2 del Decreto Foral navarro 90/1986, de 25 de marzo; artículos 4 del Decreto 23/1988, de 8 de febrero, y 23, 24 y 25 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, de la Comunidad autónoma valenciana; artículos 11 y 12 del Decreto 57/1988, de 7 de abril, de la castellano-leonesa; artículos 12.1 letra a) del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, modificado por el artículo primero del también Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, y 48 letra d) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la madrileña; artículos 13 y 14 del Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, de la castellano-manchega; artículo 1 de la Orden de 5 de abril de 1991 de la andaluza; artículos 8, 9 y 11 del Decreto 14/1991, de 18 de abril, de la riojana; artículo 27 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de la cantabra; el artículo 3.2 del Decreto 103/1994, de 10 de junio, de la canaria; el artículo 14 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de la extremeña; el artículo 6 letra f) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, de la asturiana; el artículo 4 letra d) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados, de la balear; el artículo 12.2 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, de la murciana; y el propio artículo 2.2 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, de la gallega.

2) CAPÍTULO II: MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

Este Capítulo se divide en cuatro Secciones, la primera de las cuales trata de la tutela de los menores desamparados, la segunda de la guarda, la tercera del acogimiento famliar y la última del acogimiento residencial o internamiento del menor.

A todas ellas nos referiremos a continuación.

a) SECCIÓN 1ª: DE LA TUTELA DE LOS MENORES DESAMPARADOS Y SECCIÓN 2ª: DE LA GUARDA.

El presupuesto fáctico legitimador de la constitución convencional de la guarda asistencial es uno de aquellos aspectos tanto de la Ley de 1987 como de la Orgánica de 1996 que, sin duda alguna, está destinado a provocar arduos debates en la doctrina y en la jurisprudencia. Ello es debido a que de su concreta definición depende la correcta aplicación alternativa de dos de las principales instituciones de protección del menor que la Ley de 1987 inauguró, la Orgánica de 1996 reforma y la gallega pretende desarrollar. En efecto, sabemos que la aplicación de la tutela ex *lege* y de la guarda asistencial arrancan de la constatación de una falta de atención. Razones de lógica jurídica imponen que semejante carencia no puede ser idéntica en uno y otro caso a riesgo de dar lugar a una inútil, confusa y carente de sentido dualidad de instituciones de protección del menor sobre un mismo supuesto de hecho con efectos absolutamente divergentes. De esta suerte, partiendo de la existencia de dos diferentes faltas de atención, es de suponer que sólo será posible una aplicación sucesiva de ambas instituciones de protección sobre el mismo menor, pero en ningún caso simultánea. En consecuencia, la aplicación de la guarda asistencial lleva consigo la exclusión de la tutela *ex lege* y viceversa.

Antes de iniciar el estudio de las notas que definen la expresión «*no puedan cuidar al menor*», conviene recordar que ésta tiene el alcance que le impone su propia interpretación sistemática, a saber: que la imposibilidad de cuidar al menor recogida en el párrafo primero del número 2 del artículo 172 del Cc ha de ser equivalente en cierta medida a la de prestarle la «*necesaria asistencia moral o material*» referida por el párrafo segundo de su

número 1. En otras palabras, que el término «*cuidar*» es utilizado como sinónimo de la prestación de esta última. De esta conclusión deducimos, en primer término, que la imposibilidad de cuidar a un menor es la que se materializa en la esfera personal de la patria potestad o tutela ordinaria (es decir, en la que se encarga del cuidado y protección de la persona), por lo que «*no puedan cuidar al menor*» es tanto como decir no poder cumplir los deberes inherentes a éstas; y, en segundo lugar, que si la falta de atención del menor subyacente a lo largo del artículo 172 del Cc -y así tanto en la tutela *ex lege* como en la guarda asistencial- se identifica con su desasistencia moral y/o material, claramente se deriva que el reconocimiento de dicha ausencia puede tener diferentes manifestaciones. Pues bien, las notas que adornan la falta de atención determinante de la aplicación de la guarda asistencial son las siguientes: la temporalidad o reversibilidad, relatividad y objetividad.

En nuestra opinión, la clave de la expresión «*no puedan cuidar al menor*», cuya alegación y justificación permite a quienes tiene la patria potestad o tutela ordinaria de un menor instar la constitución convencional de la guarda asistencial, ha de ser la temporalidad de semejante imposibilidad de atención; es decir, la posibilidad de superarla, de instaurar una vida familiar normal una vez desaparecidas las circunstancias impeditivas alegadas y justificadas. Mantener lo contrario supondría, por exceso, condenar al menor a una institucionalización perpetua y, en consecuencia, privarle de su derecho a ser integrado plenamente en una familia sustitutiva cuando la de origen es incapaz de acometer sus funciones para con él de manera permanente (17); y por defecto (es decir, de dar entrada en estos supuestos y en su lugar a la tutela *ex lege*), una flagrante violación del derecho que tiene todo menor a ser educado en el ámbito de su propia familia, así como del principio de proporcionalidad que necesariamente ha de presidir toda intervención pública protectora.

Se trata, en definitiva, de evidenciar que la constitución convencional de la guarda asistencial exige, en todo caso, alegar y justificar la existencia de una situación estrictamente fáctica cuya temporalidad -razonablemente-

(17) Supuesto de hecho éste que precisamente es el contemplado por el artículo 172.1 del Cc.

ha de poder preverse o, cuando menos (en los supuestos más extremos) no ha de poder descartarse (18); éste es el requisito que subyace en la expresión «*durante el tiempo necesario*» recogida en el párrafo primero del artículo 172.2 del Cc (19). De él se deriva que el ámbito de actuación propio de la guarda asistencial se encuentra delimitado por la constatación de que un menor va a encontrarse o ya se encuentra temporalmente privado del ambiente familiar que le es idóneo o propicio para favorecer el adecuado o libre desarrollo de la personalidad (20).

Ahora bien, llegados a este punto debemos preguntarnos cómo ha de entenderse en el contexto de la guarda la expresión «d*urante el tiempo necesario*» recogida por el párrafo primero del artículo 172.2 del Cc o, lo que es lo mismo, cúal es el verdadero significado que en este ámbito presenta el concepto «*temporalidad*» que en la misma subyace. Una primera respuesta salta a la vista: la de que su significación legal no es precisamente la que define su estricto sentido material. Esto se debe a que no puede interpretarse en la dirección que alude al tiempo que sería necesario para que las circunstancias impeditivas alegadas y justificadas desapareciesen sin más y sin ningún género de límites, por la razón de que, como mínimo, dicha expresión ya lleva implícito el constituido por el interés del menor que las reformas de 1987 y 1996 intentan en todo caso primar. Este interés nunca podría consentir que en su perjuicio aquella situación se prolongase en espera de una hipotética desaparición. Desde esta premisa se impone interpretar la expresión referida en el sentido de que la duración de la guarda asistencial

(18) La duda razonable siempre ha de resolverse en favor del derecho del menor a ser educado en el ámbito de su propia familia. Duda ésta que daría lugar a la constitución convencional de una guarda asistencial que podríamos denominar «*a riesgo de irreversibilidad sobrevenida*».

(19) Esta expresión ya figuraba en la redacción que al artículo 172.2 del Cc dió la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a pesar de que no figuraba en el Proyecto de Ley del gobierno de 4 de febrero de 1987 (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, III legislatura, 1987, num. 22-1, pág. 3). Su inclusión se debió a la aceptación por parte de la Ponencia que lo informó en el Congreso de los Diputados (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, III legislatura, 1987, núm. 22-5, pág. 65) de la Enmienda número 37 que presentó en el mismo el Grupo parlamentario socialista con el fin de precisar «*el carácter temporal y provisional de la dejación de la guarda*» (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, III legislatura, 1987, núm. 22-4, pág. 24). Nuestra doctrina vino a fundamentar en ella el carácter transitorio o provisional que ahora, tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, aún persiste en la guarda asistencial.

(20) *Cfr.*, artículo 10.1 de la CE.

convencional debe ceñirse al tiempo estrictamente necesario para satisfacer el concreto interés del menor, así como que el interés de éste aquí subyacente, dado el carácter provisional o transitorio con que la referida expresión grava el párrafo primero del artículo 172.2 del Cc, es el de ver realizado su derecho constitucional de ser educado en el ámbito de la propia familia de origen. De este modo la norma pretende resaltar que en ningún caso puede asumirse (o, de estar ya asumida, subsistir) una guarda asistencial convencional sin que en el menor se aprecie razonablemente o no se descarte tajantemente la existencia (o, en el otro caso, la subsistencia) de este interés.

Pero en relación con esta cuestión se hacen patentes dos nuevas conclusiones. Una, que el legislador, como sucede con el concepto de la situación desamparo, quiere dejar su determinación a la prudente apreciación de la propia Entidad pública autonómica (de tratarse de la constitución convencional de la guarda asistencial) o, en su caso, de la autoridad judicial (de proceder legalmente); quienes efectuarán su examen concreto caso por caso, precisamente por ser lo que le corresponde a todo concepto jurídico indeterminado. Otra, que si a pesar de lo anterior queremos atribuir a la expresión «d*urante el tiempo necesario*» un índice delimitador, éste tendría que pasar necesariamente por su conexión con el principio de la primacía del interés del menor (21), ya que tal vinculación encierra la única manera de descifrar el concepto de temporalidad que en ella subyace. Que esto es así se evidencia tanto negativa como positivamente. Negativamente, porque pone de manifiesto que en ningún caso concurre semejante temporalidad si de manera axiomática puede apreciarse que el bienestar del menor ya no exige la realización de dicho interés (22). Positivamente, porque también pone de

(21) Elemento éste puramente subjetivo que en el ámbito de la guarda convencional vimos que debe concretarse en el hecho de que lo que realmente conviene al menor, por representar para él lo mejor, es procurar su reinserción en el seno de su familia de origen.

(22) La razón por la que debe llegarse a esta conclusión es la apreciación de que en el menor cuya constitución convencional de la guarda asistencial se instó concurre una de estas dos situaciones: que las circunstancias impeditivas alegadas y justificadas se revelan, inicial o sobrevenidamente, definitivas; o que siendo éstas sólo material u objetivamente temporales, la propia espera que exige la cesación de las mismas (inherente a todo intento de reinserción) daña o menoscaba de manera irreversible el adecuado desarrollo psico-físico del menor. Como hemos señalado, a los efectos de la asunción convencional de la guarda asistencial no puede defenderse que la expresión «*durante el tiempo necesario*» encierra un concepto puramente material u objetivo de temporalidad, ya que ésta no puede apreciarse en aquellas situaciones en las que la imposibilidad de atención alegada y justificada resulta -

relieve que el concepto de temporalidad ha de coincidir con la noción común de «*reversibilidad*», existiendo entre ambos términos una identidad conceptual. Cualquier otro intento de definición legislativa, doctrinal o jurisprudencial del concepto que subyace en la expresión «*durante el tiempo necesario*» sería arbitrario por variar en cada caso la respuesta legal a semejante situación, provocando un nuevo tipo de discriminación (23).

La perspectiva que hasta aquí se ha sostenido implica, además, que no puede mantenerse la tesis conforme a la que el artículo 172.2 del Cc contemplaría exclusivamente el desamparo futuro, potencial o previsto, en clara contraposición al actual o presente, generador exclusivo de la tutela *ex lege*. Ello porque en las hipótesis de desamparos futuros dicho artículo sólo puede contemplar el que además se prevea reversible y, sobremanera, porque forzosamente también debe refirirse al actual o presente siempre que aparezca con idéntico carácter temporal.

En otro orden de cosas, cuando decimos que la nota de relatividad también define, junto con la de reversibilidad y la que inmediatamente veremos de objetividad, la expresión «*no puedan cuidar al menor*», no nos estamos refiriendo a si dicha imposibilidad de atención ha de afectar o no a todos los que tienen la titularidad y el ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria que conlleva el cuidado de la esfera personal del menor. No lo hacemos porque la propia lógica del párrafo primero del artículo 172.2 del Cc impone que toda constitución convencional de la guarda asistencial ha de pasar necesariamente por la alegación y justificación de una imposibilidad de atención tal que, además de revestir los carácteres que aquí estamos estudiando, afecte a todos los que tienen sobre el menor la titularidad y el ejercicio referido. Si únicamente los tiene uno, a él debe afectar dicha imposibilidad, mientras que si lo tienen más, ha de afectar a todos ellos. Si afirmamos que ésto viene exigido por la propia lógica del párrafo primero del

---

inicialmente- que va a prolongarse o -sobrevenidamente- que se prolonga lo suficiente como para perjudicar el normal desarrollo de la personalidad de aquél.

(23) Lo que sucedería de plasmar un concepto puramente material u objetivo. A los efectos de constatar una situación como temporal o reversible, ni un determinado plazo supone lo mismo en la vida de un adolescente que en la de un recien nacido, ni a uno estándar puede reconducirse la posible desaparición de todas las situaciones de inasistencia moral y/o material que puede sufrir un menor.

artículo 172.2 del Cc es porque, desde su perspectiva, no se puede comprender la desasistencia moral y/o material de un menor cuando el otro progenitor o tutor (o los demás tutores si son más de dos los de su persona) no ven impedida su función de guarda. En una situación de este tipo habrá de procederse o a la privación de la patria potestad de aquél o a la remoción de éste (o de estos últimos) y así constituir judicialmente la guarda asistencial del menor (24).

No obstante, sigue sin solventarse la cuestión de a qué nos estamos refiriendo cuando afirmamos la relatividad de la expresión «*no puedan cuidar al menor*». Según nuestro criterio, con la misma se alude al hecho de que la imposibilidad no puede ser interpretada en un sentido maximalista; es decir, que dicha imposibilidad no tiene porque ser total o absoluta para justificar la constitución convencional de la guarda asistencial. En efecto, si -como hemos adelantado- el término «*cuidar*» realmente equivale a prestarle al menor la asistencia moral y material que el párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc califica como «*necesaria*», toda imposibilidad de prestarla se da desde que la procurada de manera efectiva no es suficiente para alcanzar la que legalmente se pide (25). Lo contrario vulneraría lo dispuesto en la Constitución, pues difícilmente los poderes públicos podrían asegurar la «*protección integral de los hijos*» que prescribe su artículo 39.2 a través de una intervención que no podría actuarse hasta que el menor viese peligrar su propia existencia. Tal ocurriría de admitirse que la expresión «*no puedan cuidar al menor*» exige la alegación y justificación de la potencialidad o de la realidad de aparecer el menor para quien se insta la guarda asistencial despojado temporalmente en términos absolutos de toda atención. Sin duda alguna, porque únicamente puede concebirse como «*integral*» la que lleva inherente la posibilidad de actuarse desde el primer momento en que peligra no ya la hipótesis límite de su propia existencia, sino la relativa de su concreto interés.

Por lo demás, incluso podríamos entender que tanto el primero como el segundo de los dos aspectos que hemos reseñado se encontraban implícitos

(24) *Cfr.*, artículos 170 y 247 del Cc.

(25) Es clarificante a los efectos de reafirmar nuestra conclusión el estudio del párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc y, más exactamente, el análisis de su expresión «*necesaria asistencia*» y de la nota de relatividad que de nuevo volvemos a encontrar respecto del término «*privados*».

en el término «*justificando*» que antes de la reforma de 1996 empleaba el artículo 172.2 del Cc, puesto que con él se estaba ordenando una clara relación de causalidad entre el supuesto fáctico alegado (entonces «*por enfermedad u otras circunstancias graves*») y la imposibilidad de atender al menor en su esfera personal (entonces «*no poder atenderlo*»): es decir, igual que ahora, la de no poder prestarle su necesaria asistencia moral y material.

Vistas las notas de reversibilidad y relatividad inherentes de la expresión en estudio, sólo nos falta referirnos a la última: la que resalta su objetividad. A nuestro juicio, dicho carácter lleva implícitas -a los efectos de que la respectiva Entidad pública autonómica asuma convencionalmente la guarda asistencial de un menor- dos ideas: una, que es indiferente que las circunstancias alegadas y justificadas como causas directas de aquella inasistencia sean inherentes a quienes la solicitan como incluso al propio menor; y la otra, que también lo es que sean imputables o inimputables a estos últimos. Por lo que se refiere a la primera, es fáctible constituir la guarda asistencial cuando lo único que impide a los padres o a los tutores cuidar al menor es una situación específica de este último; posibilidad nada desdeñable en una sociedad en la que las diferentes especies de toxicodependencias se presentan cada vez con mayor frecuencia en las primeras etapas de la adolescencia. De manera que en semejantes supuestos el artículo 172.2 del Cc aparece como la vía más adecuada para que los poderes públicos asuman su responsabilidad en el tratamiento y desintoxicación del menor drogodependiente, como garantes, entre otras muchas cosas, de la protección de su salud (*cfr.*, artículo 43 CE). Respecto de la segunda, cabe decir que no sólo es coherente con la objetividad que preside el concepto legal de situación de desamparo recogido en el párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc, ya que no sería razonable mantenerla ahí contra viento y marea para luego negarla en el ámbito de su número 2, sino que también lo es con el hecho de que ya no se trata de sancionar determinadas conductas de los que tienen la patria potestad o la tutela ordinaria del menor sino de intentar llevar a cabo lo que el interés de éste aconseja. De ningún otro modo puede satisfacerse el interés que las reformas califican precisamente como prioritario (26), y sólo así encuentra plena vigencia el principio de proporcionalidad que

(26) *Cfr.*, párrafos cuarto y séptimo del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y el párrafo primero del artículo 2 y el artículo 11.2 letra a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

se predica de toda intervención pública protectora. Lo contrario sería inconstitucional a la luz del artículo 39.1 y 2 de la CE.

Ahora bien, aún podemos cuestionarnos si contradice de algún modo la conclusión a la que hemos llegado la enumeración causal que, bajo la expresión «*por circunstancias graves*», contiene el párrafo primero del artículo 172 del Cc. No lo creemos, pues resulta bastante clara la dificultad de identificar el concepto «*circunstancias graves*» con la ausencia de imputabilidad, o incluso de reprobación, cuando es claro que las peculiaridades que pueden presentar algunas circunstancias graves, tales como las lesiones provocadas por la práctica de deportes de riesgo (*v. gr.*, alpinismo, submarinismo o caida libre), el alcoholismo, la drogodependencia, la encarcelación o la emigración -en todos los casos- de carácter temporal o reversibles, no pueden más que descartar -o cuando menos cuestionar- dicha pretensión de equivalencia.

Dispone el último párrafo del artículo 172.2 del Cc «a*simismo, se asumirá la guarda por la Entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda*». A la hora de determinar qué es lo que legalmente ha de proceder a los efectos del artículo anterior, se nos ocurren tres posibles respuestas: primera, que lo procedente es la intervención del Juez; segunda, que lo adecuado ha de ser necesariamente la figura de la guarda asistencial; y tercera, que el acuerdo judicial será perfectamente factible de proceder legalmente la una, la otra, o ambas cosas.

Si entendemos que lo que reclama la Ley es la intervención judicial, resultaría que el Juez sólo podría atribuir la guarda asistencial a la Entidad pública autonómica, «d*urante el tiempo necesario*», cuando su actuación encuentre amparo legal en alguna otra norma que habilite su intervención. De modo que dicha actuación judicial estaría constituida por dos premisas: la que autoriza semejante actuación y la que, de manera inequívoca, la regula. En consecuencia, en tanto que la primera resultaría integrada por los (ahora habilitantes) (27) supuestos contemplados en los artículos 128, 158.2 y 3,

(27) Puesto que el último párrafo del artículo 172.2 del Cc se estaría remitiendo exclusivamente a todos aquellos supuestos en que la Ley concede al Juez, bien de oficio bien a petición de parte, la facultad de acordar, entre otras medidas, la guarda del menor en favor de otra persona o institución.

179, 180, párrafo primero del 232 y primera parte del 299 *bis* del Cc, así como en los artículos 15.11ª letra c) y 7.1ª,6ª y 7ª de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores (28), la segunda fijaría la actuación judicial ordenando a la respectiva Entidad pública autonómica que asuma la guarda asistencial de un menor «*durante el tiempo necesario*».

Si consideramos que lo que legalmente procede es la guarda asistencial, deberíamos señalar los supuestos en los que se da esta procedencia. Pues bien, creemos que tales supuestos se limitan a dos: primero, cuando dicha medida es solicitada de conformidad con el párrafo primero del artículo 172.2 del Cc; y, segundo, cuando a pesar de ser la falta de atención que padece el menor bien a todas luces reversible o bien dudosa, quien o quienes podían hacerlo no solicitaron la constitución convencional de la guarda asistencial.

Desde esta perspectiva, el último párrafo del artículo 172.2 del Cc abriría, ahora otra vez en el marco de aquella identidad entre la expresión «du*rante el tiempo necesario*» y el concepto de reversibilidad, dos vías. En primer lugar, la vía de recurso al Juez en los supuestos en los cuales la voluntad de la respectiva Entidad pública autonómica fuese contraria a la

(28) La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, dió a la vieja Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948 no sólo la denominación de Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (*cfr.*, su Disposición Adicional primera), sino también nuevas redacciones a sus artículos 15 y 17 (*cfr.*, su artículo segundo apartados dos y cuatro) que -por lo que aquí nos interesa- permiten al Juez de Menores adoptar tanto «*alguna de las siguientes decisiones:...c) La remisión del menor a las instituciones administrativas correspondientes para la adopción de medidas educativas y formativas si los hechos imputados no revisten especial transcendencia, siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación, incluso aunque el Fiscal no hubiese formulado petición en este sentido*» (*vid.*, la nueva redacción que su artículo primero dió al párrafo segundo del artículo 9.1 de la vieja Ley) como «*las medidas siguientes: 1ª...internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana... 6ª...ingreso en un centro de carácter terapéutico. 7ª Ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado...*», respectivamente. Decisiones y medidas que (teniendo en cuenta que respecto de estas últimas su Disposición Adicional tercera dispone «*la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de menores corresponde a las Entidades públicas competentes en la materia*»), no es muy difícil de imaginar que las más de las veces supondrán la constitución judicial de la guarda asistencial prevista en el último párrafo del artículo 172.2 del Cc. En todo caso, hemos de resaltar que la enumeración hecha en el texto es sin perjuicio de futuras y eventuales aprovechamientos de la figura por parte de la Ley. Por lo demás, *vid.*, art. 1832 de la Lec.

constitución convencional de la guarda asistencial correctamente solicitada; en tal caso, la actuación judicial estaría claramente enmarcada y justificada en el párrafo primero del artículo 172.2 del Cc (29). En segundo lugar -ya en clara contraposición con el artículo 172.1 del Cc- la vía subsidiaria de constitución de la guarda asistencial en defecto de solicitud de constitución convencional por parte de los legitimados para presentarla. A nuestro juicio, esta segunda vía sería la que viene específicamente articulada a través de la expresa atribución judicial de la guarda asistencial a la respectiva Entidad pública autonómica en todos aquellos supuestos en que, a pesar de ser la imposibilidad de atender al menor reversible o no indefectiblemente irrecuperable, por cualquier causa no se instó la vía principal para su constitución, a saber, la convencional. Por todo ello, resultaría que la expresión «*por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor*» desempeña en el marco del artículo 172.2 del Cc una importante función habilitante, al presentarse como el presupuesto fáctico legitimador no sólo de la asunción convencional de la guarda asistencial por parte de la respectiva Entidad pública (por tanto de su vía de constitución que consideramos principal), sino también de su atribución judicial a la misma (es decir, asimismo de su vía de constitución secundaria o subsidiaria de la anterior). En uno y otro caso, porque toda situación de reversibilidad (o, cuando menos, de dudosa irreversibilidad) siempre implica por sí misma que el interés del menor continúa exigiendo ser educado en el ámbito de la -propia- familia de origen.

---

(29) La Enmienda número 27 presentada por la Agrupación IU-EC (Grupo Mixto) en el Congreso al Proyecto de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, pretendía añadir al artículo 172.2 del Cc el siguiente inciso: «*contra la negativa de la Entidad pública cabrá recurso por medio del escrito simple ante el Juez*» (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, III Legislatura, 1987, núm. 22-4, pág. 15). Esta Enmienda fue contestada, en la Comisión que dictaminó dicho Proyecto en el Congreso, por el diputado socialista Señor Lopez Sanz con las siguientes palabras: «*no vamos a aceptar la Enmienda número 27 porque la Entidad pública no puede eximirse de asumir la guarda; se lo impone precisamente el número que estamos comentando del artículo 172. Incluso si pudiera darse el caso de una negativa -yo digo que impensable- por parte de la Entidad pública, está el final de este número 2 del artículo 172 que recoge la intervención del Juez, decidiendo los casos en que legalmente proceda*» (*cfr.*, CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, 1987, núm. 143, pág. 5261). Siendo así, está claro que la vía de recurso al Juez en los supuestos en que la voluntad de la respectiva Entidad pública autonómica se manifiesta contraria a la constitución convencional de la guarda asistencial solicitada estaba implícita en el inciso segundo del artículo 172.2 del Cc. En consecuencia, lo único que hace la Ley Orgánica1/1996, de 15 de enero, es trasladarla a su último párrafo.

Sin duda alguna, interpretando que, a los efectos del último párrafo del artículo 172.2 del Cc, lo que legalmente procede es la figura de la guarda asistencial, estaríamos dando un gran paso en la comprensión del sistema de protección inagurado por la Ley de 1987 y reformado por la Orgánica de 1996, a saber: que lo que legalmente debe siempre proceder ante toda situación reversible de desasistencia moral y/o material de un menor es la constitución, tanto convencional como judicial, de su guarda asistencial. Y para garantizar que ésto ocurra, la norma establece dos formas de constitución de esta institución: una voluntaria y principal, la convencional; y otra imperativa y subsidiaria, la judicial. Esta último, por consiguiente, sería el cierre de todo el sistema.

Por lo que se refiere a los supuestos de hecho, es evidente, por tanto, que mientras la guarda asistencial parte de la apreciación de una privación meramente temporal y, por ello, perfectamente reversible o, cuando menos, de una privación cuya superabilidad no puede descartarse tajantemente, la tutela ex *lege* parte, por el contrario, de la apreciación de una privación irreversible por indudablemente insuperable. Por lo que atañe a las respectivas pretensiones, cabe decir que mientras la guarda asistencial pretende mantener al menor en el seno de su propia familia, al permitirlo la reversibilidad, o cuando menos el hecho de que ésta no puede ser certeramente descartada, por el contrario, la tutela *ex lege* pretende extraerlo con carácter más o menos definitivo de dicho seno, porque su concreta situación de privación irreversible o insuperable no permite mantenerlo en el mismo. Lógicamente en todos los casos por exigencia del concreto interés del menor o, lo que es igual, so pena de ir en contra del mismo (30).

En resumen, los legisladores de 1987 y de 1996 optaron por exigir en la situación de desamparo la misma irreversibilidad o definitividad con que precedesores articularon sus antecedentes en el Código civil. De manera que

(30) Sin duda alguna, cuando el párrafo sexto del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, señala «*la urgencia del caso*», como la razón justificativa del cambio del «*criterio a que respondía el anterior artículo 239*» por el de que «*la situación de desamparo de origen a una tutela automática a cargo de la Entidad pública a la que corresponda en el territorio la protección de los menores*», en realidad está apuntando a la inequívoca constatación del carácter irreversible de la privación de la necesaria asistencia moral y/o material que sufre el menor.

por lo que a dicho carácter atañe se sigue en línea de nuestra tradición jurídica.

Así, los supuestos que, en la práctica, integran las situaciones de desamparo de los menores, son todos aquellos en los que estos padecen una situación de privación de la necesaria asistencia moral y/o material de caracter irreversible por poner en peligro el armónico desarrollo de su personalidad. Entendemos que tales podrían venir integrados por las siguientes hipótesis de grave conflicto familiar. En primer lugar, las de padecimiento por los titulares de los deberes legales de guarda, de una situación de enfermedad o deficiencia física o psíquica (31), de indigencia o pobreza o de deficiencia educativa (32) u organizativa (33) -en todos los casos- de carácter crónico.

(31) El derecho del menor al armónico desarrollo de su personalidad debe prevalecer, en caso de conflicto, sobre el derecho de sus guardadores legales a la salud; razón por la que en ningún caso podría dejarse al menor en el seno de su familia de origen con la sola finalidad de intentar favorecer el tratamiento médico de alguno de sus miembros.

(32) Como sucedería cuando sobre el menor se ejerce algún tipo de violencia física (*v. gr.*, situaciones de explotación laboral) sexual (*v. gr.*, incesto, constricción o instigación a la práctica de la prostitución) o moral (*v. gr.*, constricción o instigación a la práctica de la mendicidad) o se le mantiene constantemente alejado de la familia de origen, o en el seno de ésta tiene contacto con ambientes sórdidos como los propios de la delincuencia o la prostitución. No obstante, conviene hacer dos precisiones, una por lo que se refiere a los menores miembros de minorías religiosas, culturales o étnicas, y otra respecto del ejercicio de la prostitución por parte de la madre. En cuanto a la primera, si hemos definido la «*necesaria asistencia*» como la que en función exclusivamente del menor en particular resulta imprescindible para garantizar el libre desarrollo de su personalidad, no cabe duda que para apreciar la situación de desamparo se deberá ser especialmente sensible a los específicos modos de vida, mentalidades y necesidades de las minorías que, con el debido respeto a sus peculiaridades, la modulan; piénsese, *v. gr.*, en los gitanos, entre quienes es habitual el empleo de los niños en las actividades del pequeño comercio familiar, o el internamiento periódico de éstos en virtud de la constitución convencional de la guarda asistencial, debido a las actividades laborales migratorias o de tránsito de los padres; por supuesto, teniendo en cuenta el concreto interés del menor como límite infranqueable del respeto a los valores y comportamientos «*diferentes*». De ahí que, a nuestro juicio, sea encomiable la sensibilidad del artículo 35.1 de la rechazada Proposición de Ley sobre derechos del menor presentada por el Grupo Parlamentario popular en el Congreso, al señalar «*los menores pertenecientes a una minoría étnica, religiosa o lingüística tienen derecho a desarrollar su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a conservar y emplear su propia lengua, siempre que tales comportamientos no vulneren otros derechos fundamentales suyos o de terceros*» (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 152-1, pág. 12). Por su parte, el ejercicio de la prostitución por la madre, en ningún caso podría ser, por sí solo, elemento decisivo para la declaración de la situación de desamparo de sus hijos, ya que una prostituta que sea capaz de rodear de la conveniente reserva su actividad a los efectos de impedir que los hijos tengan relación con el ambiente que la rodea, también lo puede ser para educarlos adecuadamente.

En segundo lugar, los típicos del moderno tráfico de menores, a saber: los de delegación de la potestad legal que se tiene sobre los mismos a personas diferentes de sus parientes alimentantes y de las respectivas Entidades públicas competentes para su protección, y los de su falso reconocimiento.

La diferencia radica en que, mientras la privación que sustenta la guarda asistencial presenta -al lado de esos dos carácteres comunes- el de su «*reversibilidad*», la de la tutela *ex lege* prevé -junto a aquéllos-, el que se define por su «*irreversibilidad*». Este carácter, además de representar lo único que marca la diferencia entre los dos supuestos de hecho en cuestión, resalta dos importantes y ya conocidas consecuencias: una, que mientras el supuesto que sustenta la constitución de la tutela *ex lege* debe ser forzosamente actual o real, el que soporta la de la guarda asistencial puede ser también futuro o potencial (34); y la otra, que mientras la apreciación de la irreversibilidad que diferencia y caracteriza la tutela *ex lege* debe ser siempre indefectible, la de la reversibilidad que caracteriza la guarda asistencial se deduce de la ausencia de la anterior.

Así lo entiende perfectamente el legislador tanto extremeño, cuando después de señalar que «*con carácter preventivo, la Consejería de Bienestar social asumirá transitoriamente la guarda de los menores cuando, quienes tengan potestad sobre los mismos lo soliciten y acrediten la imposibilidad de atenderlos*», puntualiza que «*no obstante ello, cuando la duración o mantenimiento de esta situación vaya en detrimento del interés del menor, podrá incoarse el oportuno expediente de adopción de medidas de protección*» (*cfr.*, artículo 15 de su Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores), como el asturiano, al disponer «*el ejercicio de la guarda de un menor por parte de la Administración del Principado de Asturias tendrá carácter temporal, atendiendo, en todo momento, a la reintegración del menor*

(33) Como en los supuestos de carencia de higiene personal o doméstica, incapacidad para seguir las prescripciones médicas necesarias para la cura de enfermedades o ausencias frecuentes de los padres del hogar familiar (*cfr.* fundamento de derecho primero del auto de la AP de Vitoria de 4 de diciembre de 1992, *Ar. civ.*, 1992, número 1681).

(34) Del mismo modo que el hecho de haber acaecido ya la privación en cuestión no es obstáculo para la constitución judicial o convencional de la guarda asistencial (en contra, *vid.*, artículo 13.2 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados, de la Comunidad autónoma balear), tampoco lo es el de aún no haberse producido.

en la propia familia de origen» (*cfr.*, artículo 40.2 de su Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor).

Y así venía entendiéndolo, sobre todo, el legislador gallego, al disponer los artículos 19 y 23 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, «*se o desamparo do menor se producise por causas de forza maior de carácter transitorio e existise vontade dos representantes legais de, superadas as causas, seguir exercendo as súas funcións parentais, e o órgano competente o estimase así, non será precisa a resolución formal que o aprecie e, por solicitude dos pais ou titores, exercerase só a garda mentres se manteña esta situación*» y, consecuentemente, «*a garda terá carácter transitorio e orientarase á reinserción final na propia familia cando fose posible*». Tras la lectura del artículo 17.2 y la Disposición Derogatoria de la nueva Ley de la familia parece claro que ya no lo entiende así, por lo que, al apartarse de la Ley Orgánica de 1996, estaríamos ante una norma inconstitucional, ya que vulneraría la competencia legislativa del Estado. Por nuestra parte, no logramos encontrar el por qué de tan importante desviación. Máxime cuando el Decreto 112/1995, de 31 de marzo, lo había entendido tan bien, dando lecciones de comprensión del sistema y, por tanto, sirviendo de ejemplo a muchas Comunidades Autónomas.

En otro orden de cosas, también conviene dejar muy claro que carácter necesario de la asistencia de que habla el párrafo segundo del artículo 172.1 del Código civil, al igual que que la letra h) del artículo 17.2 de la nueva Ley gallega, se determina no en relación con un determinado modelo o patrón asistencial (ya fuese éste calificado como mínimo -como sucede en el párrafo segundo *in fine* del número II del Preámbulo de la Ley gallega-, normal o, incluso, óptimo), sino exclusivamente en función de las circunstancias personales del menor cuya concreta situación de desamparo está en discusión. Desde este punto de vista, se deduce con claridad que la «*necesaria asistencia*» aludida es la que en función exclusivamente del menor en particular (y así, de su historia, vivencias, características físicas y psíquicas, edad, grado de desarrollo personal, potencialidad del mismo, *etc.*,) resulta imprescindible para garantizar el libre desarrollo de su propia personalidad (*cfr.*, artículo 10.2 de la CE), puesto que éste es el que «*consente all'uomo di far fronte alle proprie responsabilità, nei confronti di se stesso, della collettività*

in cui è inserito e dell'umanità intera» (35). De ahí que sea insuficiente no sólo cualquier asistencia para evitar la apreciación de la situación de desamparo del artículo 172.1 del Cc, sino también, puesto que vimos que semejante libre desarrollo se concibe constitucionalmente en función de un nucleo familiar propio, la asistencia prestada por una persona cualquiera. De manera que a lo que tiene derecho el menor no es a una asistencia cualquiera prestada por cualquiera, sino a la que, por cuantificarse y cualificarse exclusivamente en función de su concreta situación personal como indispensable para garantizar el libre desarrollo de su personalidad, sólo le puede ser prestada por su propia familia; siendo indiferente que ésta sea originaria (familia de sangre) o derivada (familia adoptiva), o bien nuclear (integrada por el o los progenitores) o extensa (compuesta por los parientes alimentantes del menor). En consecuencia, fuera de quienes perteneciendo a la propia familia del menor ostentan su patria potestad o tutela o, incluso, satisfacen su derecho a alimentos de acuerdo con el artículo 149 del Cc, a nadie más legitima nuestro ordenamiento jurídico para intentar procurar su armónico desarrollo físico y psíquico o, en otras palabras, su necesaria asistencia moral y material (36). De forma que la atención que con esta pretensión pueda recibir de cualesquiera otras personas extrañas a su patria potestad, tutela o derecho de alimentos, en ningún caso puede impedir la declaración de su situación de desamparo (37).

Al preguntarnos qué es lo que quiere decir el párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc cuando se refiere a la «ne*cesaria asistencia moral*», la clave de la respuesta nos vendría dada por exclusión. Es decir, si no se pone en duda que con el término «*material*» la norma está aludiendo a los medios materiales o tangibles que son imprescindibles para garantizar al menor el adecuado crecimiento que le proporciona el libre desarrollo de su propia

(35) *Cfr.*, GOTTARDI, D., «*Le scelte professionali ed il lavoro del minore nella famiglia*», *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di Marcello De Cristofaro, Andrea Belvedere, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 591.

(36) De ahí que, además de la inconstitucionalidad del establecimiento de una tutela a cargo de extraños y de la ilegitimidad o ilegalidad de la guarda de hecho, ni siquiera la atención recibida por el menor bajo en el régimen de la guarda asistencial pueda impedir la declaración de su situación de desamparo, una vez devenida irreversible la situación de privación -inicialmente temporal- que padece).

(37) Es incontestable, por tanto, que la existencia de un guardador de hecho no puede excluir la apreciación y declaración de la situación de desamparo del menor.

personalidad, es lógico suponer que con la expresión en cuestión, por contraposición, la norma encierra los que con idéntico fin, sin embargo, resultan ser inmateriales, intangibles o, más claro, espirituales. En efecto, la realidad nos demuestra que no se podría concebir el libre desarrollo de la personalidad de un menor sin prestarle esas dos clases de asistencia, en otras palabras, sin procurarle los medios tanto espirituales («*asistencia moral*») como materiales («*asistencia...material*») que semejante desarrollo exige («*necesaria*») (38). De ahí que la norma nos las presente, porque en realidad lo son, como las dos caras de la misma moneda: las de la del libre desarrollo de la personalidad humana.

Ahora bien, si hemos llegado a la conclusión de que la «*necesaria asistencia moral*» es la que atiende la cara del libre desarrollo de la personalidad humana, que únicamente puede ser saciada mediante un conjunto de medios espirituales, es indiscutible que la misma, puesto que éstos vienen plenamente a coincidir con los que procura la realización de su derecho constitucional a la educación, forzosamente ha de identificarse con la absoluta satisfacción de una de las dos vertientes de este último. Por ello, el adecuado estudio de esta clase de asistencia pasa necesariamente por el análisis del referido derecho.

Por lo que atañe al derecho a la educación, ya vimos que nuestro texto constitucional, al hacer de la propia familia (ya sea ésta de origen o adoptiva) el lugar privilegiado para el libre desarrollo de la personalidad del menor, reconoce a éste un derecho a ser educado en el seno de la misma. Sin embargo, el hecho de que la educación familiar del menor se enmarque en realidad dentro del -más general- proceso de formación del ciudadano o, en otras palabras, dentro del de conversión de aquél en éste, provocará que la Constitución, lejos de restringir a la familia la realización de semejante derecho, lo delinee con mayor amplitud. Obsérvese que pretendiendo la Ley fundamental regular un derecho a la educación que no desconociese este

(38) Razón por la cual -a nuestro juicio- es tan válida y perfecta la articulación por indisolubilidad que de la asistencia que resulta imprescindible para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de un determinado menor se efectúa en el Derecho italiano mediante la intercalación de la conjunción copulativa «*y*», como la que por contraposición efectúa el legislador español a través de la disyuntiva «*o*».

importantísimo proceso, no sólo dió entrada a la que -por imprescindible para el adecuado desarrollo del menor- normalmente acaece en el seno de la propia familia (39), sino que también ordenó a los poderes públicos, además de asegurar la anterior a través de una protección integral de los hijos (40), que lo garantizen mediante la programación general de una enseñanza institucional (41), aunque ésta ni esté deslindada de la primera, ni sea en absoluto extraña a la finalidad de procurar el pleno desarrollo de la personalidad humana (42).

A partir de lo dicho, debemos de extraer dos importantísimas consideraciones. Primera, que la «*necesaria asistencia moral*» a que alude el párrafo segundo del artículo 172.1 del Cc viene a identificarse con la vertiente del derecho a la educación del menor que tiene lugar en el seno de la propia familia y, por tanto, con su educación familiar. Segunda, que, al igual que el artículo 27.2 de la CE (es decir, «*el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*») constituye el límite infranqueable de la vertiente institucional del referido derecho y de la subordinación de ésta a la familiar (43), es innegable que tanto los artículos 9.2 y 10.1 como todo el Capítulo segundo del Título I de nuestro texto fundamental (el cual, por supuesto, hace también titulares de semejantes derechos y libertades a los propios menores) también se lo imponen como límite a su autónoma -frente a la institucional- vertiente familiar (44). De manera que nadie puede ver en

(39) *Cfr.*, artículo 39.3 de la CE.

(40) *Cfr.*, artículo 39.2 de la CE.

(41) *Cfr.*, artículo 27.5 de la CE.

(42) En consecuencia, si bien es cierto que podemos calificar la vertiente familiar del derecho a la educación del menor como autónoma respecto de su vertiente institucional, pues la Constitución de manera tajante no sólo excluye la legitimidad de una ideología de Estado tendente a uniformar la educación moral e intelectual de los menores a cualesquiera principios éticos o valores políticos impuesta -tanto legislativa como administrativamente- a la propia familia como contenido necesario de su función educativa (*cfr.*, entre otros, los artículos 10.1, 16, 18, 20, 27.2 y 3, y 39 de la CE), sino que además expresamente circunscribe su ámbito fuera del propio de aquélla (*cfr.*, artículo 27.5 de la CE), no lo es menos que semejante independencia en ningún caso se configuró como recíproca, pues el artículo 27.3 de la CE preceptúa que «*los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

(43) *Cfr.*, en relación con el artículo 27.3 de la CE.

(44) De manera que los artículos 10.1 y 14 a 38 de la CE constituyen respecto de la vertiente familiar del derecho a la educación consagrada en el artículo 39.3 de la CE exactamente lo mismo que el artículo 27.2 de la CE juega respecto de la institucional regulada en su número 5 y de la supeditación de ésta a la primera prescrita en su número 3.

la vertiente institucional del derecho a la educación del menor, regulada en el artículo 27 de la CE, un correlativo derecho de los poderes públicos a satisfacerla en función del interés que representan en ese momento, ni defender que en la otra vertiente del mismo (la familiar), regulada -sobre todo- por el artículo 39.3 de la CE, existe un derecho análogo a ejercitar por su propia familia (45).

Pero, si bien es cierto que el artículo 39.3 de la CE, en la medida en que reconoce al menor el derecho a ser educado en el ámbito de su propia familia, está confiriendo reflejamente a ésta un personalísimo derecho a educarlo, no lo es menos que éste, al estar constitucionalmente vinculado al objetivo de promover y satisfacer el libre desarrollo de la personalidad de aquél, en ningún caso presenta los carácteres de un poder incondicionado. Más bien al contrario, sabemos que constituye un derecho-deber que se articula *ab interno* (frente al menor) como un «*officium*» o «*munus*» y *ab externo* (frente a terceros), como un derecho subjetivo puro a dicho *officium* si se trata de particulares, o como uno condicionado a la adecuada satisfacción del interés del menor si se trata de los poderes públicos, puesto que éstos son los que por imperativo constitucional deben asegurar la protección integral de los hijos. Y es que, con buena lógica, la Constitución intenta asegurar a todo menor-ciudadano una educación absolutamente coherente con los valores de libertad que en la misma se proclaman.

Por tanto, una vez aclarado que la Constitución también vincula la vertiente familiar del derecho a la educación a fin de asegurar a los hijos el libre desarrollo de la propia personalidad, parece que éstos quedarían privados de la «*necesaria asistencia moral*» cuando dicha vertiente se desvíase de este objetivo constitucional.

---

(45) Las previsiones constitucionales que garantizan la libertad y la igualdad del individuo, así como la inviolabilidad de los derechos y libertades funadamentales que le son inherentes operan allí donde éste se encuentre y, por tanto, también en el seno de las formaciones sociales en las cuales el mismo se integra como *v. gr.*, la familia, la cual lejos de erigirse en «*zona franca*» del ordenamiento constitucional, se incardina plenamente en el sistema delineado por éste (*cfr.*, artículo 9.2 y 10.1 de la CE; IGLESIAS REDONDO, J. I., «La situación de desamparo del menor y la vertiente familiar de su derecho a la educación (A propósito de la STC 260/1994, de 3 de octubre)», *RXG*, núm. 9, 1º cuatrimestre, 1995, págs. 13 a 27).

Cumple ahora preguntarse cuándo se debe considerar que se ha producido semejante desviación y, en consecuencia, la privación citada. A nuestro juicio, cuando en el menor concurra sin ningún género de dudas una de las dos situaciones que a continuación se exponen. Por una parte, cuando durante la primera fase del proceso de formación de la personalidad del menor, que coincide con su infancia, la vertiente familiar de su derecho a la educación no respeta los valores generales de la colectividad que proclama nuestro ordenamiento jurídico. Esto es así porque nuestras Leyes lejos de legitimar la separación entre tales valores y su educación familiar, vinieron, por el contrario, a orientar también la acción pedagogica de la propia familia al diseño general (constitucional) de adecuada formación de la personalidad humana. Por otra, cuando ya madurada o adecuadamente formada la personalidad del menor, lo que sucede en su adolescencia, al ser en ésta cuando éste sujeto de derechos aparece por vez primera con un juicio válido o suficiente que le dota de voluntad autónoma, dicha vertiente viene a sobrepasar el límite que el respeto a sus derechos y libertades fundamentales impone al ejercicio de la potestad familiar que se tiene sobre el mismo de acuerdo con el artículo 162.1 del Cc (46), pues la mayor posibilidad de desarrollar los mismos que esta etapa les confiere, al modificar de manera ineludible el contenido inicial de la función educativa familiar (47), configura una nueva modalidad de potestad que no podría superar dicho límite sin infringir los principios sancionados tanto en el artículo 10.1 como el Capítulo segundo del Título I de la Constitución y, por tanto, sin incurrir en un auténtico abuso del derecho-deber que ésta y el Código civil otorgan; sin duda alguna, porque la opción de privilegiar una *ratio legis* de defensa de la libertad que nuestra norma fundamental encierra, sanciona el rechazo de cualquier lógica totalitaria con independencia de su origen, sea éste estatal o familiar.

De acuerdo con todo lo anterior hemos de definir la «*necesaria asistencia moral*» como la integrada por el contenido moral, espiritual, ético o educacional que encierran las normas jurídicas que rigen la vida en nuestra

(46) Pues éste exceptúa de la representación legal de los hijos menores no emancipados que tienen los padres que ostentan la patria potestad «*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*».

(47) *Cfr.*, párrafos quinto y sexto del número 2 de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

sociedad, por supuesto, sin olvidar el carácter dinámico de dicho contenido que impone su contingencia histórica (48), ya que es sabido que el derecho como fenómeno cultural, en cierta medida, no es más que el reflejo de la sociedad que normativiza (49).

Siendo así, no logramos entender la causa de la desaparición del artículo 11 de la nueva Ley gallega de la primera parte tan interesante, incluida en la redacción que le dió el Proyecto de Ley, que decía «*a Xunta de Galicia fomentará un modelo de vida familiar inspirado nos valores democráticos, velará polo respecto da dignidade humana e o libre desenvolvemento da personalidade...*». Más claro imposible. Pero al final, inexplicablemente, se suprimió.

Por lo que se refiere a la posibilidad de dictar medidas de naturaleza cautelar por parte de las Entidades públicas autonómicas, en nuestra opinión está desprovista de toda eficacia a los efectos de asegurar la protección integral de los hijos sancionada en el artículo 39.2 de la CE. En primer lugar, porque es obvia la incapacidad de cualquier sede administrativa para constituir la medida de naturaleza cautelar ideal (en virtud de su insuperable aptitud para asegurar cualquier resultado final del procedimiento de apreciación de la situación de desamparo) y para autorizar la entrada en un domicilio para hacerse cargo del menor fuera de los casos de consentimiento del titular y de delito flagrante, así como su inmediato internamiento en un centro o establecimiento asistencial, medidas todas ellas que sólo pueden ser acordadas por la autoridad judicial. Por lo que se refiere a la entrada en el domicilio, el artículo 18.2 de la CE dispone «*el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*». Y como quiera que la excepcionalidad tanto de los supuestos de irreversible privación de la necesaria asistencia moral y/o material del menor que conllevan la comisión de un delito, como de la propia noción constitucional de «*delito flagrante*» (50), evidencia que

(48) *Cfr.*, artículo 3.1 del Cc.

(49) *Cfr.*, fundamentos jurídicos segundo y quinto de la STC 62/1982, de 15 de octubre (*JC*, tomo IV, 1982).

(50) Que ha de entenderse «*como la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención*», de acuerdo con el fundamento jurídico octavo letra B) de la STC 341/1993, de 18 de noviembre (*JC*, tomo XXXVIII, 1993).

dicha noción apenas tendrá aplicación en los supuestos de menores en presunta situación de desamparo, está claro que en la generalidad de los casos, de no concurrir el consentimiento del titular, la entrada en un domicilio para hacerse cargo del menor exigirá la autorización judicial a que se refiere el artículo 87.2 de la LOPJ (51). Respecto del internamiento del menor en un centro o establecimiento asistencial, como el artículo 17.1 de la CE dispone «*toda persona tienen derecho a la libertad y a la seguridad*» y que «*nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista en la Ley*», y, por otra parte, ninguna Ley regula de manera directa y expresa tales internamientos, habrá que entender que estamos ante un vacio legal, que debe ser colmado mediante la aplicación analógica de la norma que regula el internamiento de los presuntos incapaces: es decir, del artículo 211 del Cc, dada la identidad de razón existente entre ambos supuestos, puesto que en los dos concurre la imperiosa necesidad de proteger el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad de un ciudadano (52). Por otro lado, la posibilidad de dictar medidas de naturaleza cautelar en sede administrativa (implícita con carácter general en los artículos 14 y 16 de la Ley Orgánica de 1996 y explícita en la legislación de las Comunidades autónomas de Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León,

(51) Que preceptúa «*corresponde también a los Juzgados de instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración*» (*v. gr., cfr.*, SSTC 22/1984, de 17 de febrero (*JC*, tomo VIII, 1984, fundamento jurídico quinto), 144/1987, de 23 de septiembre (*JC*, tomo XIX, 1987, fundamento jurídico segundo), y 160/1991, de 18 de julio (*JC*, tomo XXX, 1991, fundamento jurídico noveno).

(52) Además, la mejor doctrina, por lo que se refiere a los menores de edad, únicamente excluyen del ámbito de aplicación del artículo 211 del Cc los internamientos en centros normales de educación o formación y los ingresos en centros hospitalarios aconsejados por enfermedades físicas. Opinión que, a nuestro juicio, sigue teniendo plena virtualidad a la luz del artrículo 17.1 de la CE, por mucho que la Disposición Final duodécima de la Ley Orgánica de 1996 se limitase a añadir al artículo 211 del Cc un último párrafo según el cual «*el internamiento por razón de transtorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor*». Durante cuyo *iter* se suprimió el informe preceptivo del Ministerio Fiscal al que alude el párrafo trigésimo segundo del número 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 117-1, pág. 9).

Extremadura, Madrid, Murcia y en la nueva Ley gallega) (53), estaría supeditada a la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, ya que esta norma, al descansar en el artículo 149.1.18 de la CE, es aplicable a todas las Administraciones públicas (54), cuyo artículo 72, si bien en su número 1 dice «*iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello*», en su número 2 dispone «*no se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a lo interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las Leyes*»; regulación que grava la sede administrativa de apreciación de la situación de desamparo con otra importante limitación a la hora de intentar salvaguardar el interés del menor, a través del dictado de alguna medida cautelar. Cumple señalar, además, que las resoluciones administrativas que acuerden las pocas medidas cautelares que en esta sede, en vista de todo lo anterior, podrían dictarse, ni siquiera revistirían la cualidad jurídica de los actos administrativos, sino de meros actos de la Administración (55). De ahí que, desprovistas tanto de la

(53) *Cfr.*, artículo 33 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, de la Comunidad autónoma de Asturias; artículo 7 letra a) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de guarda y protección de los menores desamparados, de la de Baleares; artículo 11.1 del Decreto 103/1994, de 10 de junio, de la de Canarias; artículo 15 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de la de Cantabria; artículos 18 y 19 del Decreto 57/1988, de 7 de abril, de la de Castilla y León; último párrafo del artículo 12 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores, de la de Extremadura; artículos 10 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, en la redacción que le dió el artículo primero del también Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, y 53 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, de la de Madrid; artículos 14 y 24.2 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, de la de Murcia; y artículo 17.1 *in fine* de la Ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia.

(54) *Cfr.*, sus artículos 1 y 2.

(55) Como dice la STS de 21 de febrero de 1981 (*Rep. jur. Ar.*, núm. 443) «*por no ser suficiente* (para ser catalogadas como tales) *que formalmente sea dictado un acto por un órgano de la Administración, sino que la materia sobre que verse su contenido sea administrativa, y no lo es, según el art. 2 de la Ley Jurisdiccional aquélla que, aunque relacionada con actos de la Administración, se atribuya por una Ley...a otra Jurisdicción*»; como ocurre en el caso que nos ocupa a la luz de la Disposición Adicional segunda de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que preceptúa «*para las funciones judiciales previstas en esta Ley será competente el Juez de Primera Instancia y, en su caso, el que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*» y del artículo 2 letra a) LJCA, que dispone «*no corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: a) las cuestiones de índole*

presunción de validez como de la obligación de cumplimiento inmediato que de los primeros predica el artículo 57.1 de la LPAC (56), la respectiva Entidad pública autonómica protectora no pueda vencer por sí sola la voluntad de quienes obstaculicen su ejecución (se supone que, fundamentalmente, los guardadores de derecho o de hecho del menor en cuestión), teniéndose que acudir, en última instancia, siempre al Juez. Siendo muy gráficos, al efecto, los artículos 17 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de la Comunidad autónoma cantabra, 20 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, de la asturiana, 16 y 25 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, de la murciana, y 18 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, y 19 de la nueva Ley de la familia de la gallega, que, de manera expresa, prevén la necesidad de que la respectiva Entidad pública autonómica reclame la intervención judicial en todos aquellos supuestos en los que los padres, tutores, guardadores o familiares del menor impidiesen la ejecución de la medida de protección que hubiese acordado. En tales supuestos, el artículo 15 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, al decir «*en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia*», formula una mera declaración de intenciones.

Como todos estos inconvenientes conllevan la falta de aptitud de la sede administrativa para asegurar la protección integral de los hijos sancionada en el artículo 39.2 de la CE en los supuestos de irreversible privación de la necesaria asistencia moral y/o material que exigen una intervención drástica e inmediata, es decir, precisamente cuando más la necesitan ¿qué cabe decir entonces de la tesis que postula corregir la excesiva lentitud de la respuesta judicial a través de la desjudicialización de los escalones primarios de la protección del menor? En nuestra opinión, que la misma encierra una terrible falacia.

En primer lugar, es obligado referirnos a la seriedad de la filosofía que sustenta la apreciación y, en su caso, declaración de la situación de

civil...atribuidas a la Jurisdicción ordinaria, y aquéllas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley...a otras Jurisdicciones».

(56) Este establece «*los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectros desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*».

desamparo en sede administrativa: la que frente a la excesiva lentitud de las respuestas judiciales y a la total desconexión institucional entre el Juez y los trabajadores sociales, abandera la desjudicialización de los escalones primarios de la protección del menor, como opción de política legislativa válida para asegurar la protección integral de los hijos sancionada en el artículo 39.2 de la CE. Como quiera que esta filosofía tropieza con la ineptitud de la sede administrativa para asegurar la reseñada protección integral en los supuestos de irreversible privación de la necesaria asistencia moral y/o material que exigen una intervención drástica e inmediata, debido a su manifiesta incapacidad para acordar las medidas de naturaleza cautelar que resultan imprescindibles para salvaguardar en dichos supuestos el ineludible interés del menor, es clara nuestra postura al respecto (57). Criterio el nuestro que, sin embargo, tampoco fue compartido ni por el legislador aragonés ni por el catalán, quienes, en el ejercicio de sus respectivas competencias exclusivas sobre la conservación, modificación y desarrollo de sus propios derechos civiles forales o especiales, también optaron por encomendar -y con carácter exclusivo- la apreciación de las situaciones de desamparo que conocen a sus

(57) El talón de Aquiles de esta opción no reside en el artículo 24 de la CE, ya que su sanción no origina la situación de indefensión en los padres, tutor o alimentantes del menor, ni tiene el delicado ajuste con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Lo primero, porque dicha opción, al implicar una actividad formal de la respectiva Entidad pública autonómica competente, presupone una actuación de la Administración que no puede dar lugar a indefensión puesto que ésta, al entenderse «*como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los organos judiciales*», bajo ningún concepto podría ser alegada «*frente a actuaciones de la Administración*» (*cfr.*, fundamento jurídico tercero de la STC 175/1987, de 4 de noviembre, *JC*, tomo XIX, 1987). Respecto de la tutela judicial efectiva, porque en cuanto «*derecho a la prestación jurisdiccional*» sólo puede ser «*la que proporcionan los jueces y tribunales*», de manera que en ningún caso puede ser vulnerada «*por un órgano no jurisdiccional, a quien no corresponde, por tanto, la prestación de dicha tutela*» (*cfr.*, fundamento jurídico cuarto de la STC 90/1985, de 22 de julio, *JC*, tomo XII, 1985), habida cuenta de que la declaración administrativa de la situación de desamparo del menor en ningún caso afecta a la disponibilidad del proceso judicial civil en el cual se estudiaría su procedencia. Por lo que se refiere a la presunción inocencia, porque al entenderse que «*preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos*» (*cfr.*, fundamento jurídico segundo de la STC 13/1982, de 1 de abril, *JC*, tomo III, 1982) exige para ser desvirtuado una mínima actividad probatoria producida con las debidas garantías procedimentales (*cfr.*, fundamento jurídico cuarto de la STS de 5 de mayo de 1988, *Rep. Ar.*, 1988-III, núm. 3880), por lo que la respectiva Entidad pública autonómica, para apreciar y declarar la situación de desamparo, esta sujeta a un procedimiento administrativo previo que, en aplicación del artículo 105 letra c) de la CE que consagra el principio general del derecho «*nemo damnari inaudita parte*», garantiza la audiencia de los interesados.

correspondientes Entidades públicas autonómicas competentes en materia de protección de menores (58); ello, por supuesto, restando eficacia a la intervención pública protectora dadas las importantísimas limitaciones que al respecto presenta la sede administrativa; lo que no evita acudir en última instancia a la autoridad judicial (59), cuya «*excesiva lentitud*», no por casualidad, sigue siendo la misma. En definitiva, lo que verdaderamente subyace en la postura que, frente a la excesiva lentitud de las respuestas judiciales y a la total desconexión institucional entre el Juez y los trabajadores sociales, en vez de propugnar la existencia de los cauces judiciales y la dotación de los medios materiales y equipos pluridisciplinares adecuados, aduce la desjudicialización de los escalones primarios de la protección del menor en favor de una mayor presencia de la Administración es, aunque

---

(58) Con carácter exclusivo porque ante la letra de los artículos 7.2 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, y 11 del Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Comunidad autónoma de Aragón y 2.4 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, de la Comunidad autónoma de Cataluña, que rezan, respectivamente, «*reglamentariamente se regulará el procedimiento para declarar la existencia de una situación de desamparo*», «*la declaración de desamparo se realizará por resolución motivada del Jefe del Servicio de Bienestar Social y Trabajo, en la que se deberá expresar las causas del desamparo*» y «*el desamparo será apreciado por el organismo competente*», es evidente que ni el artículo 7.3 de la Ley aragonesa ni el artículo 2.3 de la Ley catalana permiten una apreciación y declaración judicial de las situaciones de desamparo que regulan en los artículos 1.2 la Ley aragonesa, 8.2 el Decreto aragonés y 2.2 la Ley catalana. De manera que cuando el primero y el último aluden a la autoridad judicial competente como posible destinataria de los deberes de comunicación o denuncia que de dichas situaciones establecen a cargo de las personas que las conocieren, en realidad se estén refiriendo al Juez de lo penal cuando la situación de desamparo revista carácter delictivo, tal y como hacen los artículos 32.1 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, de la Comunidad autónoma asturiana, y 14 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, y 21 de la Ley de la familia, la infancia y la adolescencia de la gallega.

(59) Son muy representativos al efecto los artículos 2.6 y 4 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, que rezan, respectivamente, «*el Juez, a petición de los padres, del tutor, del guardador, de los familiares citados en el apartado 4 de este artículo, del Ministerio Fiscal o del Organismo competente, debe confirmar o dejar sin efecto la declaración de desamparo*» y «*si los padres, los tutores o los guardadores impidieran la ejecución de la medida de protección acordada, el Organismo competente solicitará a la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerla efectiva, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que se puedan producir si está en peligro la vida o la integridad del menor o sus derechos son gravemente vulnerados*», y el artículo 14 del Decreto aragonés 79/1995, de 18 de abril, que bajo el epígrafe «*de la no colaboración en la ejecución de la medida de protección*» dispone «*si los padres, tutores o guardadores o cualquier otra persona impidiera el estudio o la ejecución de las medidas de protección, se solicitará del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerlas efectivas*».

parezca escandaloso, el fracasado intento de encontrar la fórmula que permita a ésta hacerse cargo de modo inmediato del menor al margen de la autoridad judicial; por tanto, intempestivamente al ignorarse el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad de que éste es titular. Nada tan imposible y, a la vez, rechazable como semejante pretensión, por la horrible cosificación del menor que la misma implica al rebajarlo a mero objeto -aunque eso sí, valiosísimo- de la protección, en vez de considerarlo como sujeto de la misma, titular de derechos y libertades fundamentales cuya garantía exige la indeclinable presencia de la autoridad judicial (60).

Por tanto, la propia naturaleza de los derechos que están en juego reclama una vía diferente para resolver la excesiva lentitud de las respuestas judiciales y la desconexión institucional entre el Juez y los trabajadores sociales. En nuestra opinión, esta vía es la que trata de hallar la existencia de un procedimiento ágil para la adopción de todas las medidas de naturaleza cautelar que sean ineludibles para el interés del menor y de dotar al Juez de los medios materiales y equipos pluridisciplinares inexcusables para el óptimo desarrollo de su función en virtud de la puesta a su disposición de los propios de los Servicios Sociales (61), puesto que de la existencia de uno y otros depende el éxito o el fracaso de la intervención pública protectora. Esta propuesta, además, no exigiría la «*judicialización*» de lo que nunca estuvo judicializado: la Asistencia Social, dada la «*voluntariedad por parte de los asistidos en el acceso a las prestaciones que ofrece*». Faltando dicha voluntariedad y ofrecimiento, entraríamos de lleno tanto en la necesidad de instituir garantías jurisdiccionales, como vimos que debe suceder con la apreciación de la situación de desamparo del menor (sujeto, en la generalidad de los casos, de una protección que no reclamó), como en el derecho a la tutela judicial efectiva, como comprobamos que ocurre con la constitución judicial

(60) Siendo así, los párrafos séptimo y octavo del número 2 de la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, son -a nuestro juicio- papel mojado.

(61) Puesta a disposición que se sanciona de manera expresa en el artículo 19 del Decreto Foral 90/1986, de 25 de marzo, de la Comunidad autónoma navarra; artículos 7 de la Orden de 19 de mayo de 1986 y 50 del Decreto 103/1994, de 10 de junio, de la canaria; párrafo primero del artículo 23 del Decreto 23/1988, de 8 de febrero, y artículo 42 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la infancia, de la valenciana; artículo 26 de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, de la aragonesa; artículo 4 del Decreto 14/1991, de 18 de abril, de la riojana; y en el, también, artículo 4 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre, de la cantabra.

de la guarda asistencial en los supuestos de negativa injustificada de la respectiva Entidad pública a su constitución convencional, respectivamente.

Por último, es interesante señalar el inconveniente que se deriva de la tan alardeada desjudicialización de los escalones primarios de la protección del menor. Consiste en el fracaso de muchas de las instituciones de protección, tanto del menor como de la familia, que ofrecen las correspondientes administraciones autonómicas en virtud de sus respectivas competencias exclusivas sobre la Asistencia Social, debido a la enorme desconfianza que causaría en los potenciales destinatarios el hecho de que a las mismas Entidades públicas que los ofrecen se les reconociese capacidad para apreciar y, en su caso, declarar las situaciones de desamparo (62). Que el éxito de semejantes prestaciones se vería directamente amenazado por la citada pérdida de confianza (por supuesto, correlativa a la de parcialidad por parte de la Administración), está fuera de toda duda; de ahí que defendamos el criterio de no reconocer a las respectivas Entidades públicas autonómicas legitimación activa para actuar en sede judicial respecto de los menores sujetos de algún tipo de protección. A nuestro juicio, lo ideal sería que sólo pudiesen hacerlo a través del Ministerio Fiscal, como de hecho ya ocurre, como vimos, respecto a la adopción de medidas de naturaleza cautelar (63).

Todo esto explica nuestra simpatía por el artículo 39 de la fustrada Proposición de Ley de derechos del menor presentada por el Grupo Parlamentario popular en el Congreso donde, intentando dar adecuada «*respuesta a la preocupación actual por la mayor judicialización de los expedientes de protección*», dispone «*1. La competencia para declarar la situación de desamparo, y para conocer de otros procedimientos que tengan relación con menores, excepto las medidas que deban adoptarse en caso de separación o divorcio, se atribuirá a un Juzgado de Primera Instancia, cuyo titular deberá ser especialista en materia de menores, así como un miembro del Ministerio Fiscal con la misma especialidad*»; «*2. La resolución declarando la situación de desamparo se adoptará en un procedimiento contradictorio...durante cuya tramitación es posible fijar medidas cautelares de*

(62) *V. gr., cfr.*, auto de la AP de Barcelona de 23 de enero de 1991 (*RJC*, Jurisprudencia civil, 1991-II, pág. 71).

(63) *Cfr.*, artículos 158.3, 216 y 299 *bis* del Cc.

protección con carácter urgente»; *«3. Dictada la resolución declarando la situación de desamparo, la misma será ejecutiva aunque fuese recurrida»*; y *«5. El Juzgado de Primera Instancia competente para declarar la situación de desamparo...estará auxiliado por un equipo multidisciplinar, especialista en la problemática del menor»* (64).

b) SECCIÓN 3ª: DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y SECCIÓN 4ª: DEL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.

Por lo que se refiere a la Sección 3ª, cabe señalar que en el desarrollo de las modalidades del acogimiento familiar, con un poquito más de imaginación, se pudo haber dado carta de naturaleza, entre otras, a dos de sus más importantes especialidades, a saber: el acogimiento familiar a riesgo de adopción y el de comprobación.

El primero sería aquella variante de acogimiento familiar transitorio en virtud de la cual la respectiva Entidad pública autonómica procede al ejercicio de la guarda asistencial constituida (tanto administrativa como judicialmente) en función del padecimiento por parte de un menor de una situación de privación de la necesaria asistencia moral y/o material, cuya temporalidad o reversibilidad no puede descartarse. Teniendo en cuenta esta duda y, por tanto, en atención a su posterior reinserción en la familia de origen o inserción en una nueva familia en virtud de la adopción, dependiendo del cariz que tomen los acontecimientos: reversibilidad en el primer caso e irreversibilidad sobrevenida en el segundo. Por consiguiente, tales menores son los únicos que pueden ser dados en esta variante de acogimiento familiar transitorio (65).

La capacidad necesaria para recibir a dichos menores en régimen de acogimiento familiar a riesgo de adopción hemos de deducirla, a falta de una detallada regulación, de los principios que presiden esta clase de acogimiento. De acuerdo con ellos, la capacidad formal sería la propia de quienes reunen los requisitos que para poder ser adoptantes establecen el artículo 175 del

(64) *Cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, V Legislatura, 1995, núm. 152-1, págs. 3 y 13.
(65) Acogimiento que la doctrina italiana denomina *«affidamento a rischio giuridico»*.

Cc y la Disposicional Adicional tercera de la Ley de 1987 (66), a la cual nos referiremos al estudiar el acogimiento familiar preadoptivo. En cambio, por lo que atañe a la apreciación de la capacidad sustancial o proceso de selección de los posibles acogedores familiares a riesgo de adopción, sería la misma que la del acogimiento familiar transitorio, puesto que aquél es una suerte de éste en el que los acogedores, además de la imprescindible capacidad ambiental para recibir al menor en acogimiento familiar transitorio, reunen los requisitos formales y sustanciales para poder ser sus adoptantes. Esta ultima circunstancia obliga a la respectiva Entidad pública a hacer aún más riguroso, si cabe, el proceso de selección de los candidatos a acogedores, a los efectos de evitar los peligros (aquí mucho más pronunciados) que conlleva su constitución. Máxime cuando, como sucede en este caso, la familia acogedora debe tener la madurez suficiente para auspiciar la reinserción del menor en la familia de origen, y, en el supuesto de deteriorarse irreversiblemente la crisis familiar, estar preparada para hacer frente a su adopción.

En cuanto al acogimiento familiar de comprobación, sería aquél en cuya virtud la respectiva Entidad pública titular de una guarda asistencial judicial constituida como medida provisional (en el curso del correspondiente procedimiento de apreciación de la situación de desamparo en función del presunto carácter irreversible de la privación de la necesaria asistencia moral y/o material padecida por el menor) o de la tutela *ex lege*, procede a comprobar la seriedad de las alegaciones efectuadas por los padres, tutor o parientes alimentantes en contra de la existencia de la situación de desamparo del hijo, pupilo o pariente alimentista, en el primer caso, y en favor de la demanda de revocación de la resolución de haber lugar a la declaración de esta situación instada al amparo de los artículos 277.1, párrafo segundo del 239 y 176.2.1 y 2 del Cc, en el segundo. De suerte que estos menores son los que pueden ser entregados en esta clase de acogimiento y éstas personas las únicas que pueden recibirlos en razón del mismo.

---

(66) Quizá, ya en atención a esta variante de acogimiento familiar transitorio, el artículo 173.1 del fracasado Proyecto de Ley de 10 de marzo de 1986 disponia, respecto de las personas a las que podían ser confiados menores en régimen de acogimiento familiar, «*serán preferidas las que cumplan las condiciones exigidas para la adopción*» (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, II Legislatura, núm. 194-1, págs. 3967).

Ya respecto de la Sección 4ª, según el artículo 172.3 del Cc, el cuidado y protección de la persona del menor, inherente a la tutela *ex lege* y a la guarda asistencial, también puede realizarse mediante el acogimiento residencial, en cuyo caso «*se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor*». Sin embargo, tanto la Ley de 1987 como la Orgánica de 1996, al igual que la Ley gallega de la familia, sólo regularon el procedimiento de constitución del acogimiento familiar, sin decir nada sobre el procedimiento a seguir en el internamiento del menor en un centro asistencial que la última reforma denomina acogimiento residencial (67). Ante esta situación, las disyuntivas son dos. Primera, entender aplicable analógicamente el artículo 173.2 y 3 del Cc; es decir, el procedimiento descrito para la constitución de los acogimientos familiares. Segunda, partir de la concreta posición jurídica de guardadora asistencial o de tutora *ex lege* de la respectiva Entidad pública autonomica para, a continuación, sostener que en el primer caso estamos ante un vacio legal que debe ser colmado mediante la aplicación analógica del artículo 211 del Cc y en el segundo ante un supuesto de hecho perfectamente delimitado por el artículo 271.1 del Cc, con el necesario complemento del anterior, puesto que esta modalidad de ejercicio del cuidado y protección de la persona del menor, al ser mucho más incisiva sobre su libertad personal, exige un adecuado tratamiento jurisdiccional. A nuestro juicio, dada la letra del artículo 17.1 de la CE, que dispone «*toda persona tienen derecho a la libertad y a la seguridad*» y que «*nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista en la Ley*», no ofrece duda que la solución es esta última. Por consiguiente, es claro que la respectiva Entidad pública no podría internar al menor en un centro asistencial a los efectos previstos en el artículo 172.3 del Cc al margen del artículo 211 del Cc; es decir, sin haber recabado y obtenido con carácter previo la preceptiva autorización judicial, a menos que concurran razones de urgencia, en cuyo caso podrían internarlo sin más obligación que la de hacérselo saber de manera inmediata al Juez, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

En cualquier caso, tratándose de una guarda asistencial, no estaría de más una disposición expresa según la cual el acogimiento residencial o

(67) *Cfr.*, artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

internamiento del menor deba ser efectuado en un centro cerca del lugar de su residencia familiar (68), a los efectos de evitar el triste fenómeno de las deportaciones asistenciales, subrayando de este modo no tanto la oportunidad de no alejar al menor de sus raices culturales y ambientales de origen, sino sobre todo la preferencia de dicha institución por procurar la reinserción del menor en la propia familia (69).

3) CAPÍTULO III: DE LA ADOPCIÓN

Por lo que se refiere al Capítulo III del Título que comentamos, como cuestión previa hemos de cuestionarnos acerca de en qué momento debe comprobarse la capacidad que se exige para poder ser acogedor familiar. En nuestra opinión, la que llamamos capacidad formal en el mismo momento de la presentación de la disponibilidad para serlo, y la que hemos denominado sustancial en el momento de la selección de los candidatos más idóneos para procurar el libre desarrollo de la personalidad del menor. Por tanto, la constatación tiene lugar en dos fases bien diferenciadas: primera, en la que se acredita la idoneidad genérica o abstracta que exige la constitución de la clase de acogimiento familiar que se pretende, a realizar en sede de mediación, en consecuencia, tanto por la respectiva Entidad pública como, con las limitaciones que ésta señale, por las instituciones colaboradoras de integración familiar ante las cuales se presentó la disponibilidad; y segunda, en la que se mide la idoneidad específica para satisfacer el concreto interés del menor que va a ser entregado en la clase de acogimiento familiar que se pretende, a realizar en sede de selección, por tanto, única y exclusivamente por las respectivas Entidades públicas (70). Como es lógico, la capacidad que

---

(68) Tal y como, respecto de los menores temporalmente privados de un ambiente familiar idóneo, prescribe el artículo 2 de la *Legge 4 maggio 1983, n. 184*, al decir en su párrafo segundo «*ove non sia possibile un conveniente affidamento familiare, è consentito il ricovero del minore in un istituto di assistenza pubblico o privato, da realizzarsi di preferenza nell'ambito della regione di residenza del minore stesso*».

(69) Así lo sanciona el artículo 29.6 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia, de la Comunidad autónoma de Murcia, cuando respecto de los menores guardados dispone «*el ingreso de un menor en un centro de acogida deberá realizarse, preferentemente, en el medio más próximo a su entorno familiar y social, procurando que su relación con el exterior no sufra alteraciones, facilitando al máximo las actividades fuera del centro y las visitas familiares, excepto cuando medie resolución judicial en sentido contrario*».

(70) Argumento *ex* párrafos tercero, cuarto y último de la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y párrafo segundo del artículo 176.2 y artículo 177.3.4

conforman una y otra idoneidad ha de subsistir en el momento de su constitución.

Ahora bien, se plantea la cuestión de si la respectiva Entidad pública está o no obligada a pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de dicha capacidad. En nuestra opinión, por significar la mera disponibilidad un «*presupposto per effettuare la scelta della coppia maggiormente in grado di corrispondere alle esigenze del minore*» (71) y nunca una solicitud similar a la regulada en el artículo 176.2 del Cc, la respuesta debe ser negativa (72). En efecto, dicho pronunciamiento, desde el momento en que la disponibilidad no tutela un derecho o interés legítimo propio, sino ajeno, carece de sentido. De ahí que estimemos que sólo estén legitimados para impugnar la constitución del acogimiento familiar quienes son parte en el mismo (73); por tanto, la respectiva Entidad pública, los titulares de la preexistente potestad legal sobre el menor acogido, el Ministerio Fiscal en defensa de éste (74) y su acogedor o acogedores. Por consiguiente, es clara, de *lege ferenda,* la conveniencia de privar a los escritos de disponibilidad de valor indefinido, limitando su eficacia a un plazo razonable de caducidad de dos o tres años y así obligar a una constante renovación de los mismos que refleje, además

---

del Cc. Por lo que se refiere a esta clase de capacidad, tratándose de menores recien nacidos cuyo concreto interés no exige ningún tratamiento especial o diferenciado, nos parece muy acertado proceder a su determinación en función de un criterio puramente cronológico, el único capaz, a nuestro juicio, de soslayar toda suerte de suspicacias, tal y como efectúan los artículos 32.2 y 39.1 letra a) del Decreto 103/1994, de 10 de junio, de la Comunidad autónoma de Canarias, y 55 letra a) y 57 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, de la de Galicia.

(71) *Cfr.*, SALME, G., *La nuova Legge sull'adozione, Legge 4 maggio 1983, n. 184,* commentario a cura di Cesare Massimo Bianca, Francesco Donato Busnelli, Giuseppe Franchi, Sandro Schipani, Padova, Cedam, 1985, pág. 110.

(72) Argumento *ex* número 2 de la Disposición Adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que sólo contempla el procedimiento a seguir contra las resoluciones que declaran la idoneidad de los candidatos a adoptantes. No obstante, en contra, *vid.*, artículos 23.1 del Decreto 103/1995, de 10 de junio, de la Comunidad autónoma de Canarias y 52 y 54 del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, de la de Galicia.

(73) En concreto, el acogimiento familiar convencional en la Jurisdicción contenciosa (*cfr.*, artículo 484.3 de la Lec) y el acordado por decisión judicial en virtud de la interposición del correspondiente recurso de apelación, el cual cabe en un sólo efecto (*cfr.*, último párrafo del artículo 1828 de la Lec).

(74) *Cfr.*, artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula su Estatuto orgánico.

de las nuevas circunstancias, la voluntad actual de quienes los presentaron, optimizando así la selección.

Es más, así lo entendían perfectamente los artículos 43 y 44 del Anteproyecto de la Ley gallega de la familia, al señalar «*transcurridos tres años desde la declaración de idoneidad de un solicitante sin que se formalizase un acogimiento preadoptivo, deberá ratificarse la valoración inicial de idoneidad o realizarse una nueva si hubieren variado significativamente las circunstancias que determinaron aquélla*» y «*caso de no ser declarada idónea una persona para la adopción, sólo podrá presentar una nueva solicitud transcurridos tres años a contar desde la resolución que así lo declare, procediéndose en este caso a realizar una nueva valoración por el procedimiento ordinario*», respectivamente. Pero desgraciadamente, sin que tampoco alcancemos a explicar el por qué, dichos artículos no pasaron finalmente al Proyecto de Ley.

4) CAPÍTULO IV: DE LAS INSTITUCIONES Y ENTIDADES DE ATENCIÓN A MENORES

Por lo que se refiere a las Entidades que pueden ser habilitadas como Instituciones colaboradoras de integración familiar, y a los requisitos que habrán de reunir parece que, de acuerdo con el párrafo segundo de la Disposición Adicional primera que hemos transcrito, habrá de tratarse de asociaciones o fundaciones no lucrativas constituidas conforme a las Leyes que les sean aplicables (75), en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores (76), siempre que dispongan de los medios materiales

(75) A las asociaciones, la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, con todas las adaptaciones impuestas por el artículo 22 de la CE, y a las fundaciones, tanto la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, como las Leyes de las Comunidades autónomas con competencia sobre la materia (por tanto, las Leyes 44 a 47 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación Civil Foral de Navarra, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, la Ley gallega 7/1983, de 22 de junio, modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, y su reglamento, aprobado por el Decreto 248/1992, de 18 de junio, la Ley canaria 1/1990, de 29 de enero, así como la Ley vasca 12/1994, de 17 de junio), las cuales han de tener en cuenta que la Disposición Final primera de la Ley estatal reseña aquéllos de sus artículos que tienen aplicación general.

(76) Entendemos que no con carácter exclusivo, pues si para que dichas Entidades puedan ser tutores (por tanto lo más) basta con que dicho fin figure entre los que son propios (*cfr.*,

y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas. Sin embargo, no ofrece duda que la exacta determinación de unas y otros sólo puede proceder de la legislación autonómica, ya que todas las Comunidades autónomas tienen la competencia sobre esta materia (77). Respecto del expediente de habilitación, la doctrina es unánime en reseñar su sometimiento al derecho administrativo y, en consecuencia, la sujección de su concesión o denegación a los recursos que le son propios. Otro tanto cabe señalar de la privación de efectos, si la asociación o fundación dejare de reunir los requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales, de que habla dicha Disposición Adicional primera en su párrafo quinto.

En cuanto a las funciones que les pueden ser encomendadas, el *iter* parlamentario de la mencionada Disposición Adicional primera refleja un importante cambio de criterio respecto del papel a desempeñar por las Intituciones colaboradoras de integración familiar. En efecto, mientras que en el Proyecto de Ley de 4 de febrero de 1987, las homologaba en funciones a las Entidades públicas, como sugiere el párrafo octavo del Preámbulo de la Ley de 1987, al equipararlas a éstas por lo que se refiere a las propuestas de adopción y a la colocación familiar de niños en régimen de acogimiento

artículo 242 del Cc), es lógico considerar que para ser un simple colaborador de las Entidades públicas en los términos establecidos por las mismas (por tanto lo menos), es aplicable idéntico criterio.

(77) De ahí que el Título VI y el Capítulo II del VII de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores, el Decreto 98/1994, de 21 de septiembre, de la Comunidad autónoma balear y el Capítulo XI de la Ley asturiana 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor, regulen íntegramente el sistema de concesión de la habilitación para actuar como Institución colaboradora de integración familiar y la Disposición Adicional del Decreto 57/1988, de 7 de abril, de la Comunidad de Castilla y León, el artículo 36 del Decreto 143/1990, de 18 de diciembre, de la Comunidad de Castilla-La Mancha y el artículo 32.1 y 2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, se reserven expresamente no sólo la regulación del expediente de habilitación, sino también la reglamentación de los requisitos que las asociaciones y fundaciones deben cumplir (al igual que la Disposición Adicional primera del ya derogado Decreto 196/1988, de 28 de julio, de la Xunta de Galicia). En el caso catalán también los organismos de las Entidades Locales y otras Entidades no lucrativas pueden ser acreditadas como Instituciones colaboradoras de integración familiar (*cfr.*, artículo 5 letra a) de su Decreto 337/1995, de 28 de diciembre, de acreditación y funcionamiento de las instituciones colaboradoras de integración familiar y de las Entidades colaboradoras de adopción internacional). De acuerdo con ello, parece claro que las instituciones colaboradoras para poder operar en todo el territorio nacional necesitan ser habilitadas por parte de todas las Comunidades autónomas.

familiar, su redacción definitiva las delimita con exactitud, al disponer su párrafo tercero «*podrán intervenir sólo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la Entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite*» (78). Por supuesto, siempre como mera actividad delegada por la respectiva Comunidad autónoma habilitante, exclusiva titular de dichas funciones. Como, en este caso, señala muy bien el artículo 35 de la Ley gallega de la familia.

F. TÍTULO IV: DE LOS MENORES EN CONFLICTO SOCIAL Y DE LOS CENTROS DE REEDUCACIÓN

En este Título se contempla el marco competencial que, según la Disposición Adicional tercera de la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, tienen atribuido las Comunidades Autónomas para la ejecución de las medidas judiciales por parte de los menores infractores no sujetos a responsabilidad penal y que se divide dos Capítulos, uno dedicado a los menores en conflicto social y otro a los centros de reeducación.

G. TÍTULO V: INFRACCIONES Y SANCIONES

Este Título incorpora un régimen básico específico de infracciones y sanciones dividido en tres Capítulos, a saber: infracciones, que clasifica en leves, graves y muy graves; sanciones; y procedimiento sancionador.

---

(78) Aún en contra del parecer expresado en la enmienda número 32 de las presentadas en el Congreso de los Diputados y la número 80 de las presentadas en el Senado, ambas por el Grupo Mixto, la primera a iniciativa de la Agrupación IU-EC y la segunda de IU, que pretendían excluir del seno de la Disposición Adicional primera toda referencia a las Instituciones colaboradoras de integración familiar, para así limitar exclusivamente a las Entidades públicas las funciones contempladas por la Ley (*cfr.*, BOCG, *Congreso de los Diputados*, III Legislatura, 1987, núm. 22-4, págs. 22 y 23; y BOCG, *Senado*, III Legislatura, 1987, núm. 105-b, págs. 47 y 48).

H. DISPOSICIONES ADICIONALES, DEROGATORIA Y FINALES

De acuerdo con el artículo 149.1.6 de la CE, en el que se dispone «el *Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...6ª ...legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*», resulta claro que sólo las Comunidades autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra pueden asumir con carácter exclusivo la competencia legislativa sobre las necesarias especialidades que en el orden procesal se puedan derivar del ejercicio de sus respectivas competencias exclusivas principales sobre la parte sustantiva de la materia de la protección de menores que les pertenece en virtud de la conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles propios. Si bien es cierto que mientras que dicha competencia fue efectivamente asumida por las Comunidades autónomas catalana y aragonesa (79), no lo fue por la navarra. En cualquier caso, habida cuenta de lo que en su momento señalamos sobre las declaraciones de idoneidad de los solicitantes de adopción, estimamos que la Disposición Adicional primera de la nueva Ley gallega, en la parte en que alude a la posibilidad de recurrir éstas, invade la competencia legislativa estatal en materia de legislación procesal, por lo que nos atrevemos a calificarla como inconstitucional.

(79) *Cfr.*, artículo 9.3 del Estatuto de autonomía de Cataluña; y 35.1 Cuarto del de Aragón.