

# Breves apuntamentos sobre a tutela *ope legis*



Data de recepción \_[12.12.2011]

Data de aceptación \_[21.12.2011]

**&** **Resumo/Abstract:** *O sistema legal de protección ao menor de idade actualmente en vigor regula a tutela ope legis, aquela que por ministerio da lei asumirá automaticamente a entidade pública competente tras a declaración de desamparo do menor. Neste artigo preténdese perfilar o réxime xurídico desta institución como medida de protección aos menores en situación de conflito social ou familiar, sendo considerada pola doutrina maioritaria como unha tutela especial dada a súa propia idiosincrasia, pois, a pesar das similitudes formais que presenta co organismo tutelar regulado nos artigos 222-285 do Código civil (C.c.), require unha regulación específica.&*

**&** **Palabras clave:** Menor de idade, protección, desamparo, tutela, acollemento.

## 1. INTRODUCCIÓN

A Constitución española (en diante C.e.) de 1978, no capítulo III do título I, onde se regulan os principios reitores da política social e económica, recolle a obriga dos poderes públicos de aseguraren a protección social, económica e xurídica da familia e, dentro desta, con carácter singular, a dos menores, concretamente no seu artigo 39.

Exíxese protexer o menor de idade desde unha perspectiva xurídica, económica e social con independencia da súa filiación e do estado civil dos seus proxenitores. É, polo tanto, un principio constitucional a protección dun sector da sociedade especialmente vulnerable, como é o dos menores, e preténdese a superación daquelas situacións que supoñan un prexuízo para a súa integridade física, psicolóxica ou moral.

As transformacións sociais e culturais producidas nas últimas décadas orixinaron un cambio significativo na concepción do *status* xurídico dos menores, que pasaron de seren considerados como suxeitos incapaces ao seu recoñecemento como auténticos titulares de dereitos e cunha progresiva capacidade para exercelos.

A promulgación sistemática de novas normas legais no ordenamento xurídico español é reflexo desta realidade. Esta lexislación precisa introducir importantes modificacións no sistema protector do menor de idade, á vez que creou innovadoras figuras. Entre elas, cabe destacar a situación de desamparo, que permite a asunción automática da tutela por parte da entidade pública competente en supostos de desprotección grave do menor, así como a garda dos menores, exercéndose ambas as dúas mediante o acollemento familiar ou residencial.

É indubidable a transcendencia que a aprobación da diversa normativa produciu nesta materia e que pretende non só actuar fronte ás situacións de abandono do menor, senón tamén procurar a súa integración nun contorno idóneo que permita o seu necesario desenvolvemento evolutivo.

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

No ordenamento xurídico estatal, dúas son as normas fundamentais aprobadas en materia de protección de menores. Promulgouse, en primeiro lugar, a Lei 21/1987, do 11 de novembro, pola que se modifican determinados artigos do Código civil e da Lei de axuízamento civil en materia de adopción<sup>1</sup>, que produciu unha significativa renovación do réxime protector do menor de idade imperante ata ese momento. Con posterioridade, a aprobación da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor, de modificación parcial do Código civil e da Lei de axuízamento civil<sup>2</sup>, vixente na actualidade, apuntalou este cambio normativo, emendando certas deficiencias da norma anterior.

A Lei 21/1987, do 11 de novembro, incorpora novidades significativas en relación coa adopción e outras formas de protección de menores. Para estas últimas, é necesario sinalar a introdución de figuras xurídicas protectoras de nova creación. Outras xa existían no ámbito lexislativo, pero son reformadas pola norma xurídica citada con distinto grao de profundidade. Substituíu o concepto de abandono polo de desamparo, dotou de contido xurídico a tutela *ex lege*<sup>3</sup>, así como a garda administrativa, e concedeuulle ao acollemento rango legal suficiente para ser incorporado no Código civil (en diante C.c.).

Con posterioridade, promulgouse a actualmente en vigor Lei 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor. É de advertir que segue o camiño iniciado pola Lei 21/1987, pero, cun intento por parte do lexislador de emendar as deficiencias daquela e

mellorar a técnica xurídica empregada. Como novidade, cabe destacar a introdución do concepto de risco. En referencia ao concepto de desamparo, a mencionada Lei orgánica 1/1996 mantén a mesma definición que a súa predecesora, pero regúlase o procedemento para a súa declaración. Introduce, tamén modificacións no réxime da tutela *ex lege* e da garda. En relación co acollemento, esta lei orgánica dispón a súa dobre tipoloxía: acollemento familiar e residencial.

O 7 de xullo de 2011 aprobouse o Anteproxecto de Lei de actualización da lexislación sobre protección á infancia, que modifica de forma substancial a normativa que regula o sistema xurídico de protección ao menor, sen que ata este momento se iniciasen os trámites parlamentarios para a súa aprobación. Non obstante, parece conveniente resaltar brevemente os seus puntos máis significativos.

Como se recolle na exposición de motivos do citado anteproxecto, os importantes cambios sociais producidos desde a aprobación da Lei orgánica 1/1996, do 15 de xaneiro, exixen unha mellora dos instrumentos de protección xurídica á infancia. Esta lei de actualización pretende introducir as modificacións necesarias para permitir o perfeccionamento das institucións protectoras dos menores de idade, así como conseguir a unificación do sistema de protección ao menor no territorio estatal, postulándose como o marco de referencia xurídico das lexislacións das distintas comunidades autónomas (en diante CC.AA.).

O anteproxecto consta de tres artigos que modifican as principais leis que regulan as figuras para a protección de menores. O primeiro artigo modifica a Lei orgánica de protección xurídica do menor; no segundo, recóllense as modificacións que afectan ao Código civil e, no terceiro, as correspondentes á Lei de axuizamento civil (en diante LAC).

Son numerosas e innovadoras as modificacións que introduce este texto legal na lexislación da protección do menor; co obxecto deste estudo, unicamente se fará mención ás que afectan á tutela administrativa. En primeiro lugar, dispónse que, cando a entidade pública asuma a garda ou tutela dun menor, elaborará un plan individual de atención e estableceranse os obxectivos e a previsión das medidas de protección que cómpre adoptar respecto a ese menor. No suposto de que sexa posible o retorno á familia de orixe, o órgano competente desenvolverá un programa de reintegración familiar. Por outro lado, establécese que a garda ou tutela se exercerán mediante a acollida familiar e só cando non sexa posible, ou non conveniente para o menor, se formalizará o acollemento residencial. Incídese de forma expresa sobre esta cuestión, ao dispor que se priorizará de forma especial o acollemento familiar para menores de seis anos fronte ao residencial e, ademais, os menores de tres non ingresarán en centros de protección salvo que se acredite a imposibilidade de adoptar outra medida, porque se considera que estes nenos necesitan un ambiente familiar para o axeitado desenvolvemento da súa personalidade. Para paliar os efectos dos acollementos residenciais prolongados ou ben como axuda ou respiro temporal á familia de acollida, a entidade pública poderá autorizar os menores que estean en acollida familiar ou residencial saídas de fins de semana ou vacacións con familias alternativas ou institucións axeitadas.

### 3. CONCEPTO DE DESAMPARO

Dispón o artigo 172.1 C.c. que, cando o menor sexa declarado en desamparo, lle corresponde á entidade pública competente a súa tutela e a adopción das medidas

protectoras necesarias para a súa garda. Considérase situación de desamparo *“a que se produce de feito a causa do incumprimento, ou do imposible ou inadecuado exercicio dos deberes de protección establecidos polas leis para a garda dos menores, cando estes queden privados da necesaria asistencia moral ou material”*.

Da definición outorgada polo Código civil, infírese a necesaria relación causal entre o incumprimento, imposible ou inadecuado exercicio dos deberes legais da garda dos menores e a privación da asistencia moral ou material sufrida polo menor para proceder a declarar o seu desamparo.

En relación co primeiro presuposto, hai que sinalar que a normativa vixente non especifica cales son eses deberes legais de protección cuxo non cumprimento pode ser causante dunha declaración de desamparo, considerando a doutrina maioritaria que son os relativos ao contido persoal da patria potestade ou tutela<sup>4</sup>, é dicir, cando se incumpren os deberes de velar, ter na súa compañía, alimentar, educar e procurarlle unha formación integral ao menor. Este enfoque é compartido pola xurisprudencia, como se pon de manifesto en distintas resolucións emitidas polos órganos xudiciais; así, a SAP Granada do 24 de marzo de 2004<sup>5</sup> declara que *“(...) a experiencia nos ensina que as situacións determinantes do desamparo son aquelas en que se comprobou que os nenos carecían dos cuidados, materiais e afectivos, necesarios, sendo indicios desa falta de atención, entre outros, a falta de hixiene dos propios nenos ou do fogar familiar, a falta de asistencia regular ao colexio, a mendicidade, deixar sós os nenos na vivenda e, desde logo, a existencia de malos tratos”*<sup>6</sup>.

Pero, como se dixo, exíxese que a declaración de desamparo responda a unha situación de feito, é dicir, aquela en que o menor se atope desasistido moral ou materialmente, non sendo procedente, polo tanto, se algunha persoa se ocupa destes deberes aínda que os seus proxenitores incumpran as súas obrigas ou o fagan defectuosamente<sup>7</sup>.

Non obstante, esta circunstancia foi criticada por algúns autores porque entenden que naqueles casos en que os pais ou titores lle entreguen o menor a terceiros (garda de feito), desatendéndose completamente deles, a entidade pública non pode declaralos en desamparo. As opinións doutrinarias son opostas, considerando algunhas delas que si sería procedente a declaración de desamparo<sup>8</sup>, mentres que outro sector considera que nesta situación a Administración só pode pór en coñecemento do Ministerio Fiscal ou do xuíz competente os feitos, debendo adoptar estes as medidas necesarias<sup>9</sup>, sen prexuízo do estipulado nos artigos 228 e 303 C.c.

Pola súa banda, tamén o sector xudicial determina a necesidade de que existan estas dúas notas para declarar en desamparo un menor; *“(...) unha delas caracterízase pola existencia dun resultado, a falta de asistencia moral ou material do menor, de maneira que se pode afirmar que non está debidamente atendido nas súas necesidades mínimas nesas ordes segundo niveis comúns e socialmente exixibles. Outra é causal, e consiste en que esa situación sexa consecuencia do incumprimento por parte dos proxenitores dos seus deberes de protección, regulados nos artigos 154 e 269 do Código civil, e que comprenden esencialmente os deberes de alimentar o menor, velar por el, telo na súa compañía, educalo e procurarlle unha formación integral. Cando se dá un incumprimento ou un inadecuado cumprimento destes deberes, voluntario ou non, ou mesmo meramente negligente, provocando aquel resultado, isto é, que o menor quede privado da necesaria asistencia moral ou material, pódese afirmar que se dá a situación de desamparo, estando entón a entidade*

pública encargada da protección dos menores non só autorizada, senón legalmente obrigada a declaralo así asumindo a tutela automática do menor a prol da súa debida protección”<sup>10</sup>.

Por último, o Tribunal Constitucional<sup>11</sup> sinala que a declaración de desamparo se debe considerar sempre de forma restritiva, sendo unicamente procedente cando se acredite efectivamente o incumprimento duns mínimos no exercicio da garda sobre os menores, pois, malia ser primordial e preferente o interese do menor, tamén o son o dereito dos proxenitores a teren consigo o seu fillo, así como o dereito do propio menor a medrar no seo da súa familia de orixe.

#### **4. CONCEPTO E MODO DE EXERCICIO DA TUTELA *EX LEGE***

A tutela *ex lege* é unha medida de protección ao menor de idade en conflito familiar e social introducida, como se dixo, pola Lei 21/1987, do 21 de novembro, e regulada na actualidade pola Lei 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor, que modificou, entre outros, os artigos 172 C.c. e ss. Como se sinalou, a súa formalización prodúcese de forma automática cando o menor é declarado en desamparo, suspendéndose as funcións inherentes á patria potestade ou tutela ordinaria. Non obstante, serán válidos os actos de contido patrimonial realizados polos pais e titores sempre que sexan beneficiosos para o menor, artigo 172 parágrafo 3º C.c.

En relación co seu exercicio, dispón o artigo 173.3 C.c. que *“a garda asumida [pola entidade pública] por solicitude dos pais ou como función da tutela por ministerio da lei se realizará mediante o acollemento familiar ou o acollemento residencial”*.

O precepto legal é expreso cando determina que unicamente se delega o exercicio da tutela *ex lege*, mantendo o órgano público a súa titularidade.

En referencia ás modalidades do acollemento, hai que sinalar que o acollemento familiar supón a integración do menor nun núcleo familiar distinto do formado polos seus proxenitores e a formalización do acollemento residencial determina o ingreso do menor nun centro asistencial.

#### **5. PROCEDEMENTO DE CONSTITUCIÓN DA TUTELA *OPE LEGIS***

A entidade pública competente deberá asumir a tutela dun menor cando constate que se atopa en situación de desamparo. A información sobre este feito pode ser subministrada polos cidadáns, calquera organismo ou institución pública ou privada, ou ben de oficio polo propio órgano competente no exercicio das súas funcións<sup>12</sup>, segundo se estipula no artigo 13 LO 1/1996. No momento en que teña coñecemento deste feito, deberalle prestar inmediata atención ao menor, como dispón o artigo 14 da citada lei.

O procedemento que debe instar o ente público para a constitución da tutela *ex lege* régulase no artigo 172.1.p.2º C.c. Declarado o desamparo do menor e asumida a tutela *ope legis*, o órgano administrativo deberalles comunicar ao fiscal e aos pais, titores ou gardadores, no prazo máximo de corenta e oito horas, a resolución adoptada. Cando sexa posible, informarase de forma presencial e de modo claro e comprensible das causas que deron lugar á devandita actuación administrativa, así como dos seus efectos.

O punto 6º do citado precepto dispón que as resolucións que declaren o desamparo e a conseguinte asunción da tutela *ex lege* pola entidade pública poderán ser obxecto de recurso ante a xurisdición civil no prazo e nas condicións establecidas na LAC, sen necesidade de reclamación administrativa previa. En concreto, o artigo 780.1 LAC, modificado pola DF 2ª

da Lei 54/2007, do 28 de decembro, de adopción internacional<sup>13</sup> establece que o prazo para recorrer contra a declaración de desamparo será de 3 meses. A oposición débese basear en que esta é infundada por non seren certos os feitos que provocaron a súa declaración. A lexitimidade para tal acción, *stricto sensu*, parece limitarse aos pais e titores, debido a que a esta produce a suspensión da patria potestade ou tutela. Non obstante, defende a Fiscalía Xeral do Estado a lexitimación desta acción nun sentido amplo, concedéndollela a todos aqueles que teñen un dereito ou interese lexítimo: pais, titores, familiares que conviviran co menor, gardadores, fiscal...<sup>14</sup>.

Por outro lado, recóllese no punto 7º, artigo 172 C.c., a acción de revogación sobre a declaración de desamparo por superación das causas que o xustificaron. *“No prazo de dous anos desde a notificación da resolución administrativa pola que se declare o desamparo, os pais que continúen posuíndo a patria potestade, pero a teñan suspendida segundo o previsto no número 1 deste artigo, están lexitimados para solicitar que cese a suspensión e quede revogada a declaración de desamparo do menor se, por cambio das circunstancias que a motivaron, entenden que se atopan en condicións de asumir novamente a patria potestade”*.

Cómpre sinalar que a través desta acción non cabe cuestionar as circunstancias que deron lugar ao desamparo, senón que estas foron superadas e os proxenitores poden desenvolver axeitadamente o exercicio dos deberes de protección derivados da patria potestade. A lexitimidade para realizar esta acción é concedida unicamente aos pais non privados da patria potestade, e non pode ser exercida por outros familiares<sup>15</sup>.

Parece que o lexislador pretende outorgarlles aos proxenitores unha oportunidade para demostrar que superaron as causas que orixinaron o desamparo e que se atopan en condicións para asumir, de novo, a patria potestade. O prazo para o seu exercicio é de dous anos. En consonancia con esta premisa, entendemos que a entidade pública non deba instar neste intervalo a formalización de ningunha medida definitiva (adopción ou acollemento familiar preadoptivo), pois, legalmente, non se considera irreversible o reagrupamento familiar.

Non obstante, e como sinala a Circular<sup>16</sup>, este non debe ser un principio absoluto, pois naqueles supostos en que se constate a irreversibilidade da situación dos pais para coidaren axeitadamente os seus fillos –entre outros, por enfermidades graves e crónicas, problemas de drogadicción...– non se deba esperar o transcurso dos dous anos para instar a constitución da adopción ou, de ser o caso, o acollemento familiar preadoptivo.

En relación con se a revogación se debe presentar primeiro ante a entidade pública ou se pode realizar directamente ante o órgano xudicial, parece que ambas as dúas opcións son posibles. Así, presentada na vía administrativa, pódese recorrer xudicialmente contra a resolución emitida ou ben cabe a súa pretensión directa ante a autoridade xudicial, dado que o artigo 780.1 LAC dispón que non é necesaria a reclamación administrativa previa en materia de protección a menores.

## 6. NATUREZA XURÍDICA

Como se dixo, o artigo 172.1 C.c. estipula que, tras a declaración de desamparo do menor, lle corresponde á entidade pública a súa tutela, debendo adoptar as medidas protectoras para a súa garda. Por outra banda, o artigo 222. 4º C.c. dispón que quedarán suxeitos a tutela aqueles menores que se atopasen en situación de desamparo, aclarando o

artigo 239 C.c. que a tutela dos menores desamparados lle corresponde á entidade referida no artigo 172 C.c.

A primeira consideración a realizar é que o primeiro dos artigos citados se encadra no capítulo dedicado á adopción e outras formas de protección de menores, mentres que os dous últimos están situados en sede de tutela. Esta circunstancia, así como a insuficiente regulación desta tutela administrativa, provocaron numerosas dúbidas sobre a súa natureza xurídica.

Ao respecto, existen diversas teses<sup>17</sup>, que se poden sintetizar en tres posturas:

- Ten a mesma natureza e contido que a tutela ordinaria regulada nos artigos 222-285 C.c.
- Non se considera unha tutela como a regulada no capítulo II do título X do libro primeiro do Código civil, senón unha figura híbrida coa mesma denominación utilizada polo lexislador para a protección de menores.
- É unha verdadeira tutela, aínda que de natureza especial.

Esta última consideración parece ser a aceptada unanimemente pola doutrina<sup>18</sup>, ao afirmar que se trata dunha tutela especial pero á que, con certas excepcións, se lle aplica o articulado que o Código civil lle dedica á tutela ordinaria<sup>19</sup>. Trataremos de realizar unha aproximación a esta interpretación, expondo as características de ambas as dúas:

Compatibilidade da titularidade da tutela *ex lege* coa patria potestade ou tutela ordinaria, pero non co seu exercicio. Como dispón o artigo 172.1 p.3 C.c. *"a asunción da tutela atribuída á entidade pública leva consigo a suspensión da patria potestade ou tutela ordinaria. Non obstante, serán válidos os actos de contido patrimonial que realicen os pais ou titores en representación do menor e que sexan beneficiosos para el"*.

Esta disposición foi introducida pola LO 1/1996, do 15 de xaneiro, superando a incerteza creada pola Lei 21/1987, do 11 de novembro, que non establecía de forma expresa a quen lle correspondía o exercicio dos deberes inherentes á garda e custodia do menor declarado en desamparo<sup>20</sup>.

Ademais, é unha tutela automática<sup>21</sup> e administrativa<sup>22</sup>, no sentido de que se lle atribúe á entidade pública por disposición da lei, sen que sexa preceptiva a intervención xudicial. A declaración de desamparo é apreciada exclusivamente polo órgano público competente, producíndose, na xeneralidade dos supostos, con carácter de urxencia para evitarlle maiores prexuízos ao menor. Non obstante, dispón o Código civil a obriga do ente público de pór en coñecemento do Ministerio Fiscal esta situación e notificárllelo en forma legal aos pais, titores ou gardadores nun prazo de quince días.

Pola contra, o nomeamento do titor realízao un xuíz e presupón que o menor sexa orfo ou os seus pais fosen privados da patria potestade, é dicir, a titularidade da tutela ordinaria e a patria potestade son mutuamente excluíntes.

A tutela *ex lege* é unha medida de protección articulada unicamente para os menores que se atopan en situación de desamparo. Ademais, o seu carácter é provisorio ou temporal<sup>24</sup>, porque se mantén durante o tempo que perduran as causas que o motivan. Non é, polo tanto, un mecanismo de protección definitiva, senón que é un paso previo a outras situacións xurídicas de maior estabilidade: a reunificación familiar se se supera a situación de desprotección, ou a integración nunha familia distinta da biolóxica, con carácter provisorio (acollemento) ou definitivo (adopción)<sup>25</sup>. En sentido inverso, a tutela ordinaria institúese como unha institución xurídica de protección da persoa do menor ou incapacitado e dos seus

bens de forma estable, ben ata a maioría de idade do tutelado ou ben en caso de ditarse resolución xudicial de finalización da incapacitación ou modificación, sendo substituída a tutela pola curatela.

Considérase a tutela administrativa unha medida subsidiaria<sup>26</sup> respecto á ordinaria, pois, malia que o parágrafo 1º do artigo 239 C.c. determina que *“a tutela dos menores desamparados lle corresponde pola lei á entidade a que se refire o artigo 172”*, no 2º punto do citado precepto dispónse que *“se procederá, non obstante, ao nomeamento de titor conforme as regras ordinarias, cando existan persoas que, polas súas relacións co menor ou por outras circunstancias, poidan asumir a tutela en beneficio para este”*, do que se deduce que, se o menor non se atopa baixo a patria potestade, se intentará promover en primeiro lugar a institución tutelar.

Con independencia do seu desenvolvemento posterior, hai que apuntar que o exercicio de ambas as dúas tutelas difire de forma determinante, xa que na tutela automática se delega nas persoas seleccionadas pola entidade pública como acolledores ou ben no director do centro asistencial onde o menor sexa internado, mentres que a tutela ordinaria debe ser exercida de forma directa pola persoa física ou xurídica que asuma a devandita función.

Noutro sentido, e en relación co réxime tutelar instaurado no Código civil, a doutrina determinou os artigos desta que poden ser aplicados á citada medida de protección.

En primeiro lugar, cabe dicir que os requisitos exixidos para ser titor recollidos nos artigos 241-245 C.c. non parecen ser aplicables á entidade pública, coa excepción quizais do punto 4º do artigo 244 C.c.<sup>27</sup>, xa que son presupostos para aplicar ás persoas físicas. En referencia a se cabe a remoción da tutela automática polas causas establecidas nos artigos 247-250 C.c., existen posturas doutrinarias que defenden que, no suposto de inadecuado exercicio por parte do órgano público das súas funcións tutelares, non cabería a súa remoción, aínda que si se lle podería exixir responsabilidade á Administración<sup>28</sup>; outro sector doutrinal, non obstante, considera que, se a entidade pública incorre en causa de inhabilidade ou incumpre os seus deberes, podería ser removida do seu cargo<sup>29</sup>, opción que nos parece máis acertada.

Non cabe a posibilidade de que o órgano público alegue as escusas recollidas nos artigos 251 a 258 C.c., que eximen do desempeño do organismo tutelar por canto ten obriga de asumir a tutela do menor cando se atope en situación de desamparo<sup>30</sup>. Tampouco se poderá exixir a constitución de fianza segundo o previsto nos artigos 260 e 261 C.c.<sup>31</sup>, pero si quedará obrigada a realizar inventario dos bens e dereitos do menor, como dispoñen os artigos 263-266 C.c., sen que, acaso, lle sexa aplicable o prazo recollido no artigo 262 C.c.<sup>32</sup>.

Por outro lado, e relativo á posible retribución que o órgano competente puidese percibir polo desenvolvemento da función tutela que os artigos 273, 274 e 275 C.c. lle recoñecen ao titor ordinario, certa doutrina<sup>33</sup> non o considera descartable se as normas xurídico-administrativas que regulan o carácter gratuíto ou retribuído das prestacións asistenciais así o dispoñen, aínda que non parece moi axustada a dereito esta posibilidade por ser o Estado o garantista da protección de menores a través dos seus organismos correspondentes.

Por último, hai que sinalar que si se aplicarán as prohibicións consideradas no artigo 221 C.c. dado o seu carácter xenérico; ademais, cando finalice a tutela automática, o ente público deberá render contas da súa actuación ante a autoridade xudicial, no prazo e na forma estipuladas nos artigos 279 a 285 C.c.



## 7. EXERCICIO DOS DEREITOS E DEBERES DURANTE A TUTELA *EX LEGE*

A asunción por parte da entidade pública da tutela *ex lege* do menor supón que lle sexan atribuídas as facultades e obrigas derivadas da súa garda. A pesar da suspensión das funcións inherentes á patria potestade ou tutela ordinaria que a declaración de desamparo orixina, non todos os dereitos e obrigas dos proxenitores ou titores respecto dos seus fillos ou pupilos se extinguen. Ademais, e dado que, como se dixo, o exercicio da tutela, que non a súa titularidade, se delega nos acolledores familiares ou no director do centro onde se interne o menor, faise necesario determinar quen exercerá os distintos dereitos e deberes dimanantes desta figura, así como o seu modo de execución.

### 1. Deberes.

Distinguiremos entre os relativos ao contido persoal, de xestión patrimonial e representación do menor.

#### 1.1. Obrigas derivadas da esfera persoal do menor.

De forma axiomática, cabe sinalar que son as dispostas nos artigos 154.1, 173.1 e 269.1 C.c.: velar polo menor, telo na súa compañía, alimentalo, educalo e procurarlle unha formación integral, funcións que lles son encomendadas aos proxenitores, acolledores e titores, exceptuando neste último caso o deber de convivencia.

##### 1.1.1. Deber de velar polo menor.

Esta función de velar polo menor de idade é asignada, como se sabe, aos pais e titores en distintos artigos do Código civil. Concretamente, o artigo 154 C.c. que regula o exercicio da patria potestade inclúe, como aspecto fundamental desta, a obriga que teñen os proxenitores de velar polos seus fillos. É tan primordial este deber, que segue vixente malia que os pais non posúan a patria potestade ou mesmo no suposto de quedaren excluídos desta –artigos 110 e 111 C.c., respectivamente–. O artigo 269 C.c. exige así mesmo que o titor, no exercicio da tutela, vele polo seu pupilo. A formalización do acollemento familiar como modo de exercicio da garda do menor presupón que os acolledores quedan obrigados a amparar e coidar o menor.

Do exposto considérase que, mentres o menor se atopa acollido familiarmente, unha pluralidade de axentes asume a obriga de velar por el. Inevitablemente, neste contexto poden xurdir conflitos, baseados na dificultade de conciliar os distintos deberes de vixilancia. Esta situación resólvese pola repartición de funcións que a doutrina lle asignou a cada un dos intervenientes. En primeiro lugar, a entidade pública, como órgano supervisor, exercerá esta función vixiando o correcto funcionamento do concreto acollemento familiar. Noutro plano, os proxenitores, que non quedan eximidos deste deber en ningún caso –agás se o menor é adoptado–, poderán exercer a súa facultade sometendo a control a aqueles que teñen competencia sobre o seu fillo<sup>34</sup>, podendo tamén participar nas decisións que lle afecten, así como denunciar fallos ou deficiencias no exercicio da medida protectora. Será preciso, así mesmo, que se interesen por el, preguntando pola súa saúde, o seu estado anímico e físico, rendemento escolar...<sup>35</sup>. A tarefa dos acolledores circunscríbese ao coidado e protección diaria que lle deben outorgar ao menor, pois o cumprimento das súas funcións débese asimilar formalmente ao exercicio das relacións paterno-filiais.

A xeito de conclusión, estímase que os acolledores realizarán unha vixilancia inmediata sobre o menor –baixo a supervisión da entidade pública como responsable última–, caracterizándose como mediata a realizada por parte dos seus pais ou titores<sup>36</sup>.

No suposto de que o menor sexa ingresado nun centro, será o seu director o responsable deste deber, que exercerá a través dos profesionais que estean ao coidado directo dese menor. Respecto á obriga que neste caso teñen os pais ou titores e a entidade pública, remitímonos ao exposto nas liñas anteriores.

#### 1.1.2. Deber de compañía.

O artigo 154 C.c. dispón a obriga dos proxenitores de teren os seus fillos na súa compañía, pero este deber de convivencia non se exige en sede de tutela, aínda que o artigo 234 C.c. dispón que será beneficiosa para o tutelado a integración na familia do titor. Por outro lado, os artigos 110 e 111 C.c. eximen os pais desta obriga cando non posúan a patria potestade ou fosen excluídos desta.

Polo tanto, a asunción da tutela automática por parte da entidade pública supón a suspensión desta obriga para os proxenitores. De se formalizar a medida do acollemento familiar, o menor deberá convivir cos seus acolledores para a consecución do obxectivo de plena integración no seo da familia que o acolle<sup>37</sup>. Por outro lado, o ingreso nun centro institucional desvirtúa en certo sentido o contido deste deber, polo menos no sentido de convivencia familiar, xa que o seu modo de funcionamento é en réxime de internado.

#### 1.1.3. Educalo e proporcionarlle unha formación integral.

O dereito que á educación teñen todos os españois menores de idade recóllese no artigo 27 CE. En equivalencia, é considerado polo Código civil como unha obriga dos pais cara aos seus fillos, artigo 154. 1º, e do titor en referencia ao seu pupilo, artigo 269. 2º. Cando o menor se atopa nunha situación de acollemento familiar ou residencial fórmulase, de novo, a quen lle corresponde o exercicio do citado deber.

A convivencia obrigatoria entre os acolledores e os acollidos que impón a normativa vixente mentres dure a medida de acollemento, comentada no punto anterior, implica que sobre aqueles recaía, en principio, o deber de educar o menor. Non obstante, a doutrina que analizou esta cuestión sinala que non son descartables os posibles pactos que se poidan establecer cos proxenitores ou titores. En relación con esta materia, consideramos conveniente realizar as seguintes matizacións. Compartimos o argumento xurídico exposto por certa doutrina<sup>38</sup> que afirma que a posibilidade de que os pais ou titores participen na toma de decisións ou realicen indicacións sobre o modelo educacional que desexen para os seus fillos dependerá da finalidade coa que se formalice o acollemento familiar. É dicir, se se considera factible o retorno do menor ao seu núcleo de orixe, parece axeitado incluír os pais no desenvolvemento do acollemento e, sendo a educación un dos piares máis importantes na vida dun neno, as súas opinións e recomendacións adquiren unha transcendental importancia. Neste contexto, entendemos necesario que a educación do menor durante o acollemento familiar non debe ser moi distinta á recibida no seu contorno, buscando o máximo consenso entre os proxenitores e acolledores<sup>39</sup>. Pola contra, no suposto de que a reinsertión do menor no seu núcleo familiar de orixe fose descartada, en puridade parece aconsellable que os acolledores eduquen o menor segundo os seus criterios, coa anuencia da entidade pública.

Noutro sentido, nos supostos de internamento residencial do menor, a educación que reciba será a consensuada entre o órgano público e a propia institución, sendo desexable a participación dos pais se as circunstancias o permiten. Así mesmo, os menores acollidos residencialmente serán obxecto dun tratamento educativo individualizado que terá en conta a súa situación persoal e sociofamiliar. En calquera caso, preténdese a integración do menor

no contorno social e a accesibilidade aos sistemas ordinarios educativos, polo que se promoverá a súa escolarización no centro correspondente.

Noutra orde, o termo educar débese interpretar nunha acepción ampla; con esta expresión, a doutrina pretende significar que se lle deben ofrecer ao menor todos os recursos para a súa completa formación co fin de alcanzar unha vida independente na sociedade<sup>40</sup>. En calquera caso, os valores transmitidos teñen que ser conformes cos principios constitucionais e baseados no respecto aos dereitos e liberdades fundamentais que proclama a nosa Constitución<sup>41</sup>.

#### 1.1.4. Deber de alimentos.

Os proxenitores, baseándose no disposto no artigo 154 C.c. e mentres exerzan a patria potestade sobre os seus fillos menores de idade, imperativamente quedan obrigados a prestarlles alimentos. A transcendencia desta obriga é tal que mesmo a exclusión ou non posesión da patria potestade non exime os pais do seu deber de alimentar os seus fillos e velar por eles, artigos 110 e 111 C.c. Estes preceptos do Código civil están en consonancia co disposto no artigo 39.3 CE, que lles atribúe aos pais o deber de prestar asistencia de toda orde aos fillos tidos dentro ou fóra do matrimonio durante a súa minoría de idade e nos demais casos en que legalmente proceda. En referencia ao titor, o artigo 269. 1º C.c. dispón que lle procure alimentos ao seu tutelado. A doutrina incidiu especialmente na diferenza entre a obriga de prestar e procurar alimentos. Sistemáticamente, enténdese que o titor –en cumprimento da súa obriga de lle procurar alimentos ao seu pupilo– non debe cargar cos gastos derivados de alimentalo contra o seu propio patrimonio, senón con cargo ao do tutelado, en caso de existir, ou ben contra o de terceiros obrigados –persoas ás que legalmente se lle exige a prestación de alimentos e, en último termo, á institución pública–. Pola contra, a acción de prestar alimentos consistiría en satisfacelos por conta do patrimonio do obrigado<sup>42</sup>.

Dado que, como se sabe, o modo de exercicio da tutela *ex lege* do menor se realiza mediante o acollemento familiar e o residencial, cómpre analizar quen queda obrigado a alimentar o menor en cada suposto.

Cando o menor se atopa en situación de acollemento familiar, o artigo 173.1 C.c. imponse ao acolledor a obriga de alimentar o menor acollido. Como se sinalou, os pais, mesmo no suposto de suspensión ou privación da patria potestade, manteñen intactas as súas obrigas alimenticias a favor dos seus fillos, como se dispón nos artigos 110 e 111 C.c. En referencia ao titor ou resto de parentes obrigados, a inexistencia de calquera precepto legal que perfile os seus deberes cando se insta unha medida protectora desta índole determinou que certos autores defendan o criterio xurídico de concederlles un papel secundario e subsidiario en deber de concederlle alimentos ao menor acollido<sup>43</sup>.

En virtude do manifestado, parece que os acolledores e os pais se perfilan, imperativamente, como alimentantes do menor. A entidade pública, como responsable en última instancia do acollido, tamén mantén certas obrigas neste sentido. A presenza desta pluralidade de obrigados provocou a elaboración de distintos postulados doutrinarios que intentan clarificar quen e como se exercerá este deber de alimentos, e que a continuación se expón brevemente.

Un sector da doutrina considera que esta obriga será asumida de forma conxunta polos proxenitores e os acolledores, aínda que seguindo unha orde de prelación. Nunha primeira aproximación, son distintos os autores que defenden que, se os pais teñen suficientes

recursos económicos, ou o menor é titular dun patrimonio, os gastos derivados de alimentalo serán con cargo a calquera deles. Unicamente no suposto de que se demostre a súa insolvencia, o mantemento do menor será sufragado polos acolletores<sup>44</sup>. Non obstante, contra esta tese doutrinal, cabe sinalar a súa case nula aplicación práctica, xa que son escasas as ocasións nas que os pais posúen medios económicos suficientes para atender os seus fillos en situación de acollemento<sup>45</sup>, porque, en xeral, as familias de orixe dos acollidos constitúen as capas marxinais da sociedade.

Nun sentido inverso, outra doutrina defende que son os acolletores os que deben alimentar efectivamente o menor co seu propio peculio<sup>46</sup>. Non obstante, este feito non é óbice para que posteriormente poidan exercer un dereito de reembolso contra o resto dos obrigados. Cando o menor estea sometido a tutela *ex lege*<sup>47</sup>, quedarán obrigados a subministrarlle alimentos os acolletores e os pais. A entidade pública, pola súa condición de titora, só deberá procurarlle alimentos ao tutelado, en consonancia co artigo 269. 1º C.c. Neste suposto, deberalles reclamar ás persoas legalmente obrigadas á súa prestación. En caso de obtelos, os acolletores poderanlle exixir o reembolso dos gastos realizados. Pero se as accións da entidade pública non teñen éxito, será ela mesma a que deba soportar estes gastos<sup>48</sup>.

Con independencia do exposto, convén realizar a seguinte matización. A formalización do documento de acollemento familiar impón que se determinen os dereitos e deberes das partes e, en particular, os relativos á asunción dos gastos de manutención, educación e asistencia sanitaria. A interpretación doutrinal desta premisa incide na posibilidade de que as partes poidan asinar acordos sobre a repartición do custo económico destas partidas, coa única exigencia de que sexan plasmados no citado documento<sup>49</sup>. En virtude deste argumento xurídico, cabe afirmar que os suxeitos intervinientes –pais, titores, acolletores ou entidade pública– poderán pactar quen asumirá estes importes, de conformidade coa liberdade contractual que proclama o artigo 1255 C.c., sempre que os compromisos “*non sexan contrarios ás leis, á moral, nin á orde pública*”.

En calquera caso, non dubidamos que os acolletores deben alimentar de forma efectiva o menor. O lexislador estatal é suficientemente explícito neste punto, ao “imporlles” esta obriga no artigo 173.1 C.c. En función da propia finalidade do acollemento familiar<sup>50</sup>, así como da decisión dos acolletores ao respecto, poderán ser resarcidos mediante a compensación económica ou ben renunciar a ela por un oficio de piedade ou por causa humanitaria, conforme o disposto no artigo 1894 C.c.<sup>51</sup>.

No suposto de que o menor ingrese nun centro asistencial, as obrigas derivadas da súa garda, que inclúen o deber de alimentos, serán asumidas polo director do citado centro, sen obviar a responsabilidade que a entidade pública mantén sobre o menor pola súa condición de titora legal. Ao respecto, o establecido nas liñas anteriores é plenamente aplicable. Dado que a titularidade da institución de acollida pode ser pública ou privada, a asunción dos gastos será no primeiro suposto asumida pola Administración e, no segundo, pola propia entidade, sen prexuízo das eventuais subvencións que puidese percibir.

## 2. Obrigas derivadas da esfera patrimonial e de representación do menor.

Omite a lexislación actual calquera referencia a quen se lle confiará a representación legal do menor e a administración dos seus bens cando se atope nunha situación de acollemento. A única mención que ao respecto fai o artigo 172.1 p. 2º C.c. é que, tras a asunción da tutela *ope legis* pola entidade pública e suspensión dos proxenitores e titores nas súas funcións, só

os actos de contido patrimonial realizados por estes e que se reputen beneficiosos para o menor serán considerados válidos. Este feito, unido á ausencia de capacidade plena de obrar dos menores de idade, obriga a que sexan outros os suxeitos que asuman a representación persoal e, de ser o caso, a xestión do patrimonio do acollido. Será competente o órgano público cando posúa a tutela legal sobre o menor<sup>52</sup>; no entanto, a doutrina acepta de forma unánime que certas facultades deben ser traspasadas aos acolletores para facer practicable o acollemento, fundamentalmente as referidas á súa representación (decisións de ámbito escolar, consentimentos en cuestións médicas de urxencia ou pouco relevantes...)<sup>53</sup>.

Respecto aos deberes de administración do patrimonio, será preceptivo para a entidade pública facer inventario deses bens –artigo 262 C.c.–, depositar aqueles que a xuízo da autoridade xudicial non deban quedar no seu poder –artigo 265 C.c.–, exercer a súa administración coa dilixencia dun bo pai de familia –artigo 279 C.c.–, pedir autorización xudicial para poder realizar certos actos –artigos 271.2,3 e 4, 272 e 273 C.c.– e, por suposto, render conta xeral da súa xestión ao cesar no desempeño do seu cargo –artigos 279-285 C.c.–, todo iso sen prexuízo da validez da actuación dos pais ou titores en representación do menor na orde patrimonial realizados e que sexan beneficiosos para el<sup>54</sup>.

Por outro lado, o órgano público competente asumirá funcións de representación legal do menor, salvo nos actos que el poida realizar por si mesmo. En concreto, serán aqueles relativos aos dereitos de personalidade, como outorgar testamento se é maior de catorce anos –artigo 663 C.c.–, salvo o hológrafo –668 C.c.–; adquirir a posesión –artigo 443 C.c.–; aceptar doazóns, agás as onerosas ou condicionais –artigos 625 e 626 *a contrario sensu*–; contraer matrimonio a partir de catorce anos con dispensa –artigo 48 C.c.<sup>55</sup>.

## 2. Dereitos.

Por último, faremos unha breve referencia aos dereitos que as partes intervenientes manteñen sobre o menor.

### 2.1. Dereito de visita.

En relación cos proxenitores, subsiste o dereito de visita e de comunicación entre o menor e os seus familiares, mentres aquel se atope baixo a tutela da Administración pública, salvo no caso de ser adoptado ou cando así se acorde por resolución xudicial.

A regulación do dereito de relación entre pais e fillos recóllese nos artigos 160 e 161 C.c. O primeiro deles foi modificado inicialmente pola Lei 21/1987, do 11 de novembro. A promulgación da Lei 42/2003, do 21 de novembro, de modificación do Código civil e a Lei de axuízamento civil en materia de relacións familiares dos netos cos avós<sup>56</sup>, introduciu, como importante novidade, o dereito ao establecemento de relacións entre os menores e os seus avós, parentes e achegados, configurando a súa redacción actual, así como a do artigo 161. A Lei 13/2005, do 1 de xullo, de modificación do Código civil en materia de dereito a contraer matrimonio substituíu o termo de pais –ante a posibilidade de adopción por parellas homosexuais– polo de proxenitores.

En definitiva, o artigo 160 C.c. dispón que os proxenitores, aínda que non exerzan a patria potestade sobre os seus fillos, teñen dereito a relacionarse con eles, agás se son adoptados –consecuencia lóxica xa que o artigo 178 C.c. establece a extinción dos vínculos xurídicos entre o adoptado e a súa familia anterior– ou nos supostos en que o xuíz así o determine conforme o interese do menor.

Polo que respecta ás relacións persoais entre o menor e os seus familiares, a Lei 42/2003, do 21 de novembro, introduciu cambios significativos na regulación deste dereito. A

consideración sobre a importancia da figura dos avós no proceso evolutivo dos menores e as dificultades que se producían para a súa comunicación cando algún dos proxenitores se opuña a esta propiciaron a necesidade de modificar os preceptos vixentes, dotando este dereito dunha maior protección legal, así como dun recoñecemento específico<sup>58</sup>.

O exercicio do dereito de visita cando se formalizou o acollemento familiar do menor presenta unhas características definidas. A súa configuración inicial queda reflectida no artigo 161 C.c., no que se establece o dereito que asiste os proxenitores, avós e demais parentes a estableceren relacións co menor acollido.

O réxime de visitas na situación de acollemento deberase plasmar no oportuno documento de formalización, como recolle o artigo 173.3.a) C.c.. Este dereito manterase sempre que sexa beneficioso para o menor en aplicación do principio legal de primacía do interese superior deste. *A contrario sensu*, cando a aplicación do referido dereito supoña algún prexuízo para el que perturbe o seu óptimo desenvolvemento, a entidade pública deberá restrinxir as relacións coa familia de orixe e mesmo proceder á súa suspensión<sup>59</sup>. En caso de oposición, os familiares, en defensa dos seus intereses, poderán recorrer aos tribunais, que acordarán o axeitado para o interese do menor<sup>60</sup>. En consecuencia e de acordo cos textos legais, o réxime de visitas será pactado no documento de acollemento familiar ou, no caso contrario, terase en conta o disposto polo xuíz, en atención ás circunstancias e interese do menor<sup>61</sup>.

A insuficiente regulación legal do acollemento residencial provoca que durante o ingreso do menor nun centro non se determine como se exercerá o dereito de relación deste coa súa familia. A entidade pública, tras o estudo das condicións familiares e persoais do menor, e en anuencia co director do centro, determinará o réxime de visitas axeitado ás súas circunstancias ou, igual que na acollida familiar, poderá ser determinado xudicialmente.

## 2.2. Outros dereitos.

En relación cos dereitos dos acolletores familiares, cabe sinalar que poderán ser beneficiarios das deducións fiscais pertinentes reguladas polo ordenamento xurídico. Teñen a posibilidade, ademais, de gozaren de períodos de baixa por acollemento de menores asimilables ás baixas por maternidade ou adopción<sup>62</sup>, así como a calquera tipo de axuda que poida ser concedida polos diferentes organismos<sup>63</sup>, contando, así mesmo, co apoio e a asistencia da entidade pública en todo momento.

Respecto aos centros asistenciais, se a titularidade é pública, o seu orzamento será asumido pola Administración; no suposto de ser unha entidade privada colaboradora, recibirá as pertinentes subvencións por cada menor internado.

Por outro lado, e dada a coincidencia substancial das funcións desenvolvidas polos acolletores coa patria potestade ou tutela, parece razoable admitir que as potestades que o ordenamento xurídico regula para o exercicio de ambas as dúas se apliquen igualmente á dobre modalidade do acollemento. Entenden numerosos autores que o normal desenvolvemento da medida de acollemento sería impracticable sen certo grao de obediencia e respecto do acollido cara aos acolletores familiares ou os funcionarios ou empregados do centro en que sexa internado<sup>64</sup>. Así mesmo, estas persoas poderán solicitar o auxilio da autoridade para o desenvolvemento das súas funcións<sup>65</sup>. A Lei 54/2007, do 28 de decembro, a través da súa D.F.1ª modificou, entre outros, o artigo 154 C.c., suprimindo a facultade dos proxenitores para, no exercicio da súa potestade, corrixir razoable e moderadamente os seus fillos.

## 8. EXTINCIÓN DA TUTELA *EX LEGE*

O Código civil non determina os supostos en que finalizará a tutela automática. Parece que a desaparición das circunstancias que deron lugar á declaración da situación de desamparo sería unha causa de revogación da tutela *ex lege*, dado que, nestes casos, se estima que os pais están en condicións de recuperar a patria potestade da que foron privados ou suspendidos<sup>66</sup>. De forma xenérica, hai que sinalar que a institución tutela se extinguirá cando se considere que o mantemento da citada medida non é conveniente para o interese do menor.

Así mesmo, enténdese que serán aplicables as causas extintivas establecidas nos artigos 276 e 277 C.c. referidas á tutela ordinaria<sup>67</sup>, que son, entre outras, o cumprimento da maioría de idade do tutelado, a concesión do beneficio da maior idade, a súa adopción...

## Notas

- 1 BOE do 17 de novembro de 1987, n.º 275.
- 2 BOE do 17 de xaneiro de 1996, n.º 15.
- 3 Tutela que asume a Administración por ministerio da lei, é dicir, non é necesaria resolución xudicial para a súa constitución e concédese de forma automática cando o menor é declarado en desamparo.
- 4 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs: 169. LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch: 49.
- 5 Relator JIMÉNEZ BURKHARDT, JUR. 2004, marx. 128284. Exprésanse no mesmo sentido, entre outras, SAP de Pontevedra, do 27 de outubro de 2005, relator DE MARTÍN VELÁZQUEZ, JUR., 2006, marx. 25040, SAP de Barcelona do 22 de novembro de 2005, relator BLASA NOBLEJAS NEGRILLO, JUR. 2006, marx. 48965, SAP de Valencia do 7 de xuño de 2004, relator DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA, AC, 2004, marx. 2236.
- 6 No ámbito lexislativo, entre outras, a Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia de Galicia, DOG do 13 de xullo de 2011, n.º 134, regula no seu artigo 52 as situacións de desamparo.
- 7 VALLADARES RASCÓN, E. 1990. "La tutela de menores en relación con el concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2045-2049; DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidade de Burgos: 104; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", A.D.C., 1: 631-632.
- 8 RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988. "La tutela ex lege, la guardia y el acogimiento de menores", AC, 1: 63.
- 9 PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas: 86 e 87; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, ob. cit.: 175 e ss. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al art. 172 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: 40 e ss. DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, ob. cit.: 104.
- 10 SAP de Cantabria do 4 de febreiro de 2003, relator DE LA HOZ DE LA ESCALERA, AC, 2003, marx. 1345.
- 11 STC do 26 de setembro de 1990, relator LEGUINA VILLA, R.T.C. 1990, marx. 143. STC do 18 de outubro de 1993, relator CRUZ VILLALÓN, R.T.C. 1993, marx. 298.
- 12 DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999, ob. cit.: 112.
- 13 BOE do 29 de decembro de 2007, n.º 312.
- 14 Circular 1/2008, do 22 de decembro, sobre limitacións temporais á oposición ás resolucións administrativas en materia de protección de menores tras a reforma operada pola Lei 54/2007, do 28 de decembro, da Fiscalía Xeral do Estado (JUR 2009/24418), p. 3.
- 15 Circular 1/2008, da Fiscalía Xeral do Estado..., p. 4.
- 16 Circular 1/2008, da Fiscalía Xeral do Estado..., p. 5.
- 17 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", AC, 1: 39.
- 18 Así o recoñecen, entre outros, HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, ob. cit.: 39. PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". R.D.P.: 447.
- 19 VARGAS CABRERA, B. 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*. Granada: Comares: 113-119; FELIU REI, M. I. 1989. *Comentarios a la ley de adopción*. Madrid: Tecnos: 25 e ss.; VALLADARES RASCÓN, E. 1990. ob. cit.: 52.; LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001. *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo: 232-242; FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", A.D.C.: 177.
- 20 En ausencia de criterio legal, a doutrina científica sostíña posturas contraditorias sobre esta cuestión. Un importante sector doutrinal avogaba pola incompatibilidade de ambas as dúas. Así, ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", RDP: 757 e ss., determinaba que a asunción da tutela por parte da entidade pública, "presupón ou ben a inexistencia de relación de patria potestade ou ben, de existir esta, a súa enervación sempre xudicial". Sostíñan o mesmo argumento, entre outros, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988, ob. cit.: 65; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, ob. cit.: 34 e ss.; VARGAS CABRERA, B. 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/1987", ADC 1: 652.  
Por outro lado, outros autores defendían a coexistencia de ambas as dúas: FERRER VANRELL, M. P. 1993, ob. cit.: 179. DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, ob. cit.: 37.
- 21 Entre outros, FERRER VANRELL, M. P. 1993, ob. cit.: 177.
- 22 FERRER VANRELL, M. P. 1993, ob. cit.: 177.
- 23 DE PABLO CONTRERAS, P. 1993, ob. cit.: 36 e ss; VARGAS CABRERA, B. 1991, ob. cit.: 656.
- 24 RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el Derecho español", La Ley 1: 1103.
- 25 Como sinala HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, ob. cit.: 36 e ss.
- 26 HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995, ob. cit.: 40. No mesmo sentido, PILLADO MONTERO, A. 1987, ob. cit.: 447 cando afirma que "antes de atribuir ope legis esa tutela concreta a favor dunha entidade pública haberá que determinar se as demais posibilidades legais para tutelar ese menor (arts. 228 e 235 e concordantes do C.c.) están cegadas".
- 27 VARGAS CABRERA, B. 1991, ob. cit.: 663.
- 28 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, ob. cit.: 328.



- 29 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 30 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328.
- 31 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 177.
- 32 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 180.
- 33 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 663.
- 34 DÍEZ GARCÍA, H. 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociais: 99. Segue os seus postulados GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los arts. 5-26 de la LDCG.", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: ed. Aranzadi: 133.
- 35 LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 201.
- 36 VARGAS CABRERA, B. 1991, *ob. cit.*: 641. RUIZ-RICO, RUIZ, J. M. 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", AC, 1: 151, utiliza un símil para este desdoblamiento; o mecanismo de velar polo menor entre acolledores e pais asemellaríase ao caso dos proxenitores divorciados, no que o menor convive cun deles pero o outro non perde a súa facultade de velar por el, nin as demais obrigas inherentes á patria potestade.
- 37 Entre acollido e acolledor/es débese establecer unha relación persoal de forma continuada, "que presupón a comunidade de vivenda", FELIU REI, M. I. 1989, *ob. cit.*: 73. Tamén FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", AC, 5: 1692.
- 38 Entre outros, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 154 e 155.
- 39 FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 208. GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", AC, 21: 314, tamén considera conveniente o acordo cos pais sobre a educación a recibir polos seus fillos en acollemento para evitar a "descontinuidade na educación antes recibida", non supeditando unicamente esta premisa cando se pretenda a reunificación familiar. Entende, así mesmo, FELIU REI, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75, que "a educación que o acolledor está obrigado a dar o acollido ha de seguir as orientacións e criterios que establezan os pais".
- 40 FELIU REI, M. I.: 1989. *ob. cit.*: p. 73; HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. (Formularios). Madrid: Montecorvo: 239; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1693; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: ed. Bosch: 166; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222.
- 41 HERAS HERNÁNDEZ, M. M.: 2002, *ob. cit.*: 239.
- 42 GÓMEZ LAPLAZA, M. C. 1986. "Comentarios a los arts. 259 a 270 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982 y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*, coordinado por AMORÓS GUARDIOLA, M. e BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. Madrid: Tecnos: 510; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 1989. *Derecho de familia*. Madrid: ed. Universidade de Madrid, Sección Publicacións: 819. En liñas xerais, estas teorías son salientadas e adscritas polos autores LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 215-216; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152; RUIZ RICO-RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: 154.
- Non obstante, LACRUZ BERDEJO, J. L. e SANCHO REBULLIDA, F. A. 1989. *El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción*. Madrid: Civitas: 114, entende que o tutor queda obrigado a alimentar o menor contra o seu propio patrimonio.
- 43 Neste sentido, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 125. VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152 e 153. Nun plano oposto sitúase PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 98, pois entende que o disposto no artigo 173.1 do C.c. non fai desaparecer as obrigas alimenticias que o ordenamento xurídico lles impón a outros suxeitos, vía artigos 154, 269 e 142 C.c., senón que a interpretación dos artigos mencionados se debe realizar de forma conxunta.
- 44 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1987. "La tutela de menores a la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Cataluña 2*, vol. 86: 330; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 265. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000, *ob. cit.*: 1690. VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999. "Contribución al estudio del acogimiento", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 159.
- 45 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios. Valladolid: Lex nova: 367.
- 46 Afirma, de forma categórica, a obriga que teñen os acolledores de alimentar o menor, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 121-133. *Vid.*, así mesmo, DÍEZ GARCÍA, H. 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", no *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I: Colexio de Rexistradores da Propiedade e Mercantís de España. Murcia: Servizo de Publicacións da Universidade de Murcia: 1249. Tamén MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 164-166; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 210. GARCÍA CANTERO, G. 1992, *ob. cit.*: 314. Non obstante, VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 152, matiza que o acolledor está directamente obrigado ás prestacións alimenticias co seu propio patrimonio, pero que, xunto a este, concorren neste deber alimenticio os pais, mesmo privados da patria potestade.
- 47 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 124-127.
- 48 DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 126 e 127.
- 49 LINACERO DE LA FUENTE, M. 2001, *ob. cit.*: 295.
- 50 As distintas modalidades de acollemento familiar foron configuradas en función da finalidade a conseguir mediante a medida de protección: principalmente, a reinserción na súa familia de orixe ou, pola contra, a adopción doutras medidas de protección máis estables.
- 51 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 104; VATTIER LAGARRIGUE, C. J. 1999, *ob. cit.*: 158. GÓNZALEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 134 e 135.
- 52 EGEA FERNÁNDEZ, J. 1993, *ob. cit.*: 92. No mesmo sentido, GÓNZALEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 132.

- 53 VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 163 e LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 222, estiman que son de aplicación as normas relativas ás gardas de feito, reguladas nos arts. 303 e ss. No mesmo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Ed. comares: 247. MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 168. FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 207.
- 54 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 328 e ss.
- 55 CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", en *Instituciones protectoras del menor...*, *ob. cit.*: 69 e 70.
- 56 BOE do 22 de novembro de 2003, n.º 280.
- 58 Como se recolle na propia exposición de motivos da Lei 42/2003, do 21 de novembro.
- 59 En relación con esta temática, *vid.*, RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- 60 No AAP de Castellón do 22 de novembro de 2007, relator ALTARES MEDINA, P. J., *JUR.* 2008, marx. 119119, a avoa dunha menor declarada en desamparo recorre contra decisión do Xulgado de Primeira Instancia que denegaba o réxime de visitas demandado por ela. Considera o Tribunal que, dada imposibilidade de atopar na familia extensa da menor o núcleo familiar axeitado en que a menor poida integrarse debidamente, "as visitas non teñen xa sentido, e poderían redundar en prexuízo da nena". No mesmo sentido, *vid.*, AAP das Illas Baleares do 29 de outubro de 2007, relator AGUILÓ MONJO, M. A., *JUR.* 2008, marx. 84677, SAP de Huesca do 16 de novembro de 1993, relator SERENA PUIG, S., *AC*, 1993, marx. 2241, AAP de Guadalajara do 21 de novembro de 2003, relator MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, M. A., *JUR.* 2003, marx. 24034, SAP de Granada do 23 de febreiro de 2005, relator GALLOR ERENA, A., *JUR.* 2005, marx. 138731, AAP de Lugo do 7 de abril de 1998, relator NEIRA MEDÍN, A., *AC*, 1998, marx. 4714; AAP de Málaga do 16 de marzo de 1999, relator TORRES CUÉLLAR, M. J., *AC*, 1999, marx. 4996.
- 61 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 385.
- 62 Lei 39/1999, do 5 de novembro, para promover a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, BOE do 6 de novembro de 1999, n.º 266, que modifica o artigo 45.1 d do RDL1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, BOE do 29 de marzo de 1995, n.º 75, determinando que se procederá á suspensión do contrato de traballo por "maternidade, risco durante o embarazo da muller traballadora e adopción ou acollemento, preadoptivo ou permanente, de menores de seis anos".
- 63 En particular, as CC.AA. outórganlles prestacións económicas ás persoas que adopten ou acollan menores.
- 64 Neste sentido, *vid.*, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 138; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 226; VALLADARES RASCÓN, E. 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", R. P. J. 9: 37; ARCE Y FLÓREZ, J. 1987, *ob. cit.*: 703; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1989, *ob. cit.*: 246; RODRÍGUEZ SOL, L. 1993, *ob. cit.*: 1114; IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 384; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. 2002, *ob. cit.*: 241; MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991, *ob. cit.*: 172; PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989, *ob. cit.*: 144; GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008, *ob. cit.*: 131 y 132.
- 65 *Cfr.*, DÍEZ GARCÍA, H. 2004, *ob. cit.*: 135; PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998, *ob. cit.*: 293; LLEBARIA SAMPER, S. 1990, *ob. cit.*: 228; FELIU REY, M. I. 1989, *ob. cit.*: 75; VARGAS CABRERA, B. 1994, *ob. cit.*: 155; FERRER VANRELL, M. P. 1993, *ob. cit.*: 209; RUIZ-RICO RUIZ, J. M. 1988, *ob. cit.*: p 157.
- 66 IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996, *ob. cit.*: 324 e ss.
- 67 VARGAS CABREIRA, B., 1991, *ob. cit.*: 666.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, J. 1987. "El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987", *RDP*: 743-784.
- CARRANCHO HERRERA, M. T. 1999. "La patria potestad. Contenido básico de la institución", *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*. Universidade de Burgos: 19-74.
- DE PABLO CONTRERAS, P. 1993. "Comentario al artículo 172 del Código civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos.
- DE ROMÁN PÉREZ, R. 1999. "Tutela, curatela y guarda de menores", en *Instituciones protectoras del menor (Especial referencia a la normativa de Castilla y León)*, Universidad de Burgos: 79-126.
- DÍEZ GARCÍA, H.
- 2004. "La pluralidad de alimentantes en el acogimiento familiar", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I: Colexio de Rexistradores da Propiedade e Mercantís de España, Servizo de Publicacións da Universidade de Murcia: 1254-1260.
  - 2004. *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Asuntos Sociais.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.
- 1987. "La tutela de menors a la LLei catalana 11/1985 de juny de protecció de menors. L'acolliment", *Revista Jurídica de Catalunya 2*, vol. 86: 301-338.
  - 1993. "Comentario al artículo 173 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coordinado por BERCOVIZT RODRÍGUEZ-CANO, R. Madrid: Tecnos: pp. 88-111.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B. 2000. "Visión general del acogimiento familiar", *AC*. 5: 1685-1695.
- FERRER VANRELL, M. P. 1993. "El acogimiento familiar en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la potestad de guarda", *ADC*: 163-218.
- GARCÍA CANTERO, G. 1992. "Notas sobre el acogimiento familiar", *AC*. 21: 305-318.
- GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, M. 2008. "Comentario a los artículos 5-26 de la LDCC", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, A. L. Navarra: Aranzadi: 77-174.
- HERAS FERNÁNDEZ, M. M. 2002. *El acogimiento convencional de menores, (Aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales)*. (Formularios). Madrid: Montecorvo.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E. 1995. "Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (Aspectos sustantivos y procesales)", *AC*: 35-38.
- IGLESIAS REDONDO, J. I. 1996. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs.
- LLEBARIA SAMPER, S. 1990. *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Barcelona: Bosch.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. 1991. *El acogimiento de menores*. Barcelona: Bosch.
- PÉREZ ALVÁREZ, M. A. 1989. *La nueva adopción*. Madrid: Civitas.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. 1998. *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. Comentarios, Texto legal, Casos prácticos, Jurisprudencia y Formularios*. Valladolid: Lex Nova.
- PILLADO MONTERO, A. 1987. "Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción". *RDP*: 446-457.
- RIVERO FERNÁNDEZ, F. 1997. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ SOL, L. 1993. "La protección y acogimiento de menores en el derecho español", *La Ley*: 1097-1116.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.
- 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores", *AC*, 1: 57-83.
  - 1988. "La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores (y II)", *AC*. 1: 137-160.
  - 1989. *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada: Comares.
- VALLADARES RASCÓN, E.
- 1990. "La tutela de menores en relación al concepto legal de desamparo", en *Centenario del Código Civil II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2045-2049.
  - 1988. "Notas urgentes sobre la nueva Ley de Adopción", *RPJ*. 9: 29-62.

VARGAS CABRERA, B.

- 1991. "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas. Interpretación sistemática de la Ley 21/87", *ADC*: 611-695.
- 1994. *La protección de menores en el ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia y legislación autonómica e internacional*. Granada: Comares.