



Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª).
Sentencia núm. 181/2004 de 22 diciembre
[JUR\2006\33273](#)

ADOPCION Y ACOGIMIENTO DE MENORES: GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES:
SITUACION DE DESAMPARO: inexistencia: menor abandonado por su padre biológico pero acogido de
hecho por un matrimonio: situación de guarda de hecho regulada legalmente: inexistencia de
desamparo legal al haber velado los guardadores por el menor: incompatibilidad general de la situación
de guarda de hecho y la declaración de desamparo.

Jurisdicción: Civil

Recurso núm. 133/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. lorenzo del río fernández

S E N T E N C I A Nº

AUDIENCIA PROVINCIAL CÁDIZ

SECCION PRIMERA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FERNANDO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA

D. PEDRO MARCELINO RODRÍGUEZ ROSALES

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª Instancia Nº 4 Cádiz (ANTIGUO MIXTO 8)

ROLLO DE APELACIÓN Nº 133/2004

JUICIO Nº 502/2002

En la Ciudad de Cádiz a veintidós de diciembre de dos mil cuatro.

Visto, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de CÁDIZ, juicio de OPOSICIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A MENORES procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de Valentín y Blanca que en el recurso son parte apelante, contra LA CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL, que en el recurso es parte apelante. Ha sido también parte el MINISTERIO FISCAL.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 8 de marzo de 2004, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo desestimar y desestimo la oposición formulada por la representación procesal de Don Valentín y Doña Blanca contra la Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Delegación Provincial de Cádiz de la Junta de Andalucía de fecha 26 de agosto de 2002 por la que se declara en

situación de desamparo a la menor Lucas, revocándose parcialmente la misma en el sentido de que la constitución del acogimiento residencial de la menor que en tal resolución se acuerda se verifique en favor de los actores, con el carácter de simple y provisional, promoviendo la entidad pública las medidas de protección adecuada para la plena integración familiar de la menor, todo ello sin expresa condena en costas".

SEGUNDO

Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia, señalándose la vista para el día 9 de diciembre de 2004, acto en la que las partes expusieron los argumentos en apoyo de sus pretensiones, quedando pendiente de resolución.

TERCERO

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

DATOS FÁCTICOS A VALORAR JURIDICAMENTE

1º. La menor Lucas, nacida al parecer el día 23 de noviembre de 2000 en Lagos (Nigeria), llegó a la ciudad de Algeciras (Cádiz) en el mes de diciembre del mismo año en compañía de Carlos -presunto padre biológico de la misma- tras naufragar la patera en la que viajaban en aguas del estrecho de Gibraltar, habiendo presuntamente fallecido la madre biológica de la menor en dicha travesía.

Lucas es acogida inicialmente en el Centro o Albergue "Hermanos de la Cruz Blanca", sito en Algeciras (Cádiz), con la persona antes citada, que dice ser su padre, donde ambos permanecen un tiempo no exactamente determinado. Posteriormente, se trasladan a un albergue dependiente de la Parroquia San Pedro, sita en la Barriada "Los Pescadores" de la misma localidad de Algeciras, donde entran en contacto con el párroco y varios matrimonios que colaboraban en programas humanitarios.

Debido a la situación de ilegalidad del padre, a la precariedad en la que se encontraba la menor e imposibilidad de hacerse cargo de ella su progenitor, el párroco decide entregarla para su cuidado al matrimonio formado por Valentín y Blanca, al tratarse de una familia que ya conocían la situación de la menor y venían colaborando con la Parroquia en todo tipo de programas humanitarios y actividades altruistas y solidarias, habiendo acogido temporalmente a otros niños saharauis desde el año 1996. De ahí que la estancia con dicho matrimonio fue considerado por el párroco y el presunto padre como la solución más adecuada a fin de que prestasen a la niña los cuidados necesarios.

De esta forma, la menor Lucas viene siendo cuidada de forma ininterrumpida por dicho matrimonio, cuando menos, a partir de los primeros meses del año 2001, habiendo sido entregada inicialmente en las siguientes condiciones: hábitos alimenticios incorrectos (alimentación a deshoras), un estado de nerviosismo constante, hábito de sueño irregular (despertares nocturnos), peso y estatura menor al normal para su edad, si bien, transcurridos tres meses, la niña está totalmente integrada en la familia y tiene unos hábitos de vida sanos y saludables, altura y peso normal para su edad.

2º. Con fecha uno de febrero de dos mil dos, por el titular del Juzgado nº dos de Algeciras se admitió a trámite expediente de jurisdicción voluntaria, con el número de procedimiento civil 25/02, instado por Valentín y Blanca, interesando la declaración y reconocimiento de la condición de guardadores de hecho a favor de la menor Lucas, también conocida como Camila.

Se dió traslado al Ministerio Fiscal, quien informó en sentido de estimar procedente la solicitud, por resultar beneficioso para la menor. Literalmente, informó que: "la controversia planteada en el presente procedimiento está muy clara. Existe una situación fáctica, de acogimiento de una menor, a la que se ha llegado prescindiendo de cualquier tipo de tramitación legal, sin respetar ninguna de las normas civiles que regulan dicha institución. En este sentido, es perfectamente comprensible la postura expuesta por los representantes legales de la Junta de Andalucía que se han encontrado como la irresponsabilidad de una persona, en este caso un párroco, que ha actuado completamente a espaldas de la Ley, ha generado una conflictiva situación al haber prescindido de las instituciones públicas a las que, en primer lugar, debía haber acudido.....

El interés de la menor, que se vería claramente salvaguardado si no se la obliga a separarse de un

familiar que ya siente como propia para imponerle un nuevo proceso de adaptación, primero a un centro de menores y luego a una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente y el interés de la Junta de Andalucía, también compartido por este Ministerio Público, a que se respeten los procedimientos legalmente establecidos. Entre ambos intereses debe prevalecer el supremo interés de la menor y por eso el Fiscal solicita que se reconozca a Valentín y Blanca la condición de guardadores de hecho de Lucas, tal y como los mismos han solicitado".

3º. Con fecha diecinueve de julio de dos mil dos, se dictó resolución judicial en el procedimiento civil 25/02, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Algeciras, en cuya parte dispositiva se acuerda: "estimando la solicitud presentada en nombre y representación de Don Valentín y Doña Blanca debo declarar y declaro que los mismos han venido desempeñando la función de guardadores de hecho, cuyo carácter se reconoce, de la menor Lucas, también conocida como Camila, con todas las facultades inherentes a dicha declaración....".

4º. La Comisión Provincial de Medidas de Protección de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales en Cádiz tuvo conocimiento de la situación de la menor al recibir, con fecha 7 de febrero de 2002, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Algeciras (Cádiz) la solicitud formulada por D. Valentín y Dª Blanca interesando se les declarara y reconociera la condición de guardadores de hecho de la menor Cheyer.

A la vista de lo anterior, la citada Comisión aperturó el expediente de protección nº 101/02, seguido a favor de la menor Lucas, en el que, con fecha 26 de agosto de 2002, acordó lo siguiente:

"Declarar la situación de desamparo de la menor Lucas, asumiendo esta Entidad Pública, en consecuencia su tutela automática.

Constituir el acogimiento residencial de la susodicha menor en el Centro de Primera Acogida "Hogar Infantil" sito en Puerto Real (Cádiz)".

5º. Instado el oportuno procedimiento de oposición a tal declaración de desamparo, se instaron, a su vez, las medidas cautelares en solicitud de suspender la ejecutividad de la resolución dictada por la Consejería de Asuntos Sociales, que desembocaron en sendas resoluciones judiciales paralelas al actual proceso, tanto en primera como en segunda instancia, considerando que "la menor, aunque no por los titulares de su patria potestad, se encuentra correctamente atendida por el matrimonio referido en cuya familia y entorno se halla integrada, por lo que ha de concluirse en la posibilidad favorable al fundamento de la pretensión impugnatoria de la declaración de desamparo deducida en demanda" (Auto núm. 28/03, dictado por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial con fecha 11 de septiembre de 2003).

6º. Con fecha 8 de marzo de 2004 se resuelve en primera instancia la oposición contra la resolución de la Consejería de Asuntos Sociales por la que se declara en situación de desamparo a la menor Lucas, "revocándose parcialmente la misma en el sentido de que la constitución del acogimiento residencial de la menor, que en tal resolución se acuerda, se verifique a favor de los actores, con el carácter de simple y provisional, promoviendo la entidad pública las medidas de protección adecuadas para la plena integración familiar de la menor...".

7º. La niña Lucas, o Camila desde que está cuidada por la familia antes referenciada ha evolucionado de manera física, psicológica y afectiva, siendo actualmente una niña con hábitos de vida saludables. El clima psicológico y emocional es positivo, la crianza que recibe, así como la protección y el apego que le aporta esta familia y todos sus miembros. Por todo ello, la menor Susana está integrada en una familia que le aporta lo necesario para su desarrollo.

8º. Por la Comisaría de Policía de Algeciras se constata que el presunto padre de la menor, de nombre Carlos, de nacionalidad nigeriana, está en Madrid trabajando, habiéndose desatendido prácticamente de su presunta hija menor Lucas desde que nació, alegando haberla dejado a cargo de un sacerdote, sin tener apego o interés sobre el desarrollo moral o material de aquélla ni conste haya mantenido contacto apenas desde que delegó su guarda y atención en terceras personas.

I PATOLOGÍAS DE ESTE PROCESO

SEGUNDO

Hemos empleado una palabra ciertamente fuerte, pero, sin duda, ejemplificativa de las disfunciones llamativas que hemos observado al repasar todo el material probatorio de instancia, revelador de actitudes o actuaciones totalmente reprochables, al margen de los mecanismos normales de protección de menores, que ha permitido llegar hoy día a una situación, cuando menos llamativa, no querida inicialmente por el legislador, pero que obliga a un resultado final bien distinto al que lógicamente hubiera

llevado la actuación diligente de personas y entidades o autoridades.

En efecto, nos encontramos con una niña abandonada por su posible padre biológico, pero que, de facto, lleva más de un año perfectamente atendida por un matrimonio cuando se inicia la actuación administrativa en cumplimiento de un mandado legal y constitucional: artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor.

En ese llamativo tiempo observamos irregularidades, beneplácito y pasividad de personas, alguna de ellas especialmente cualificadas por su profesión o actividad, que han permitido que la guarda legal de la menor se encuentre fuera de la normalidad, esto es, existe una situación de prolongada ausencia de tutela legal y, al mismo tiempo, una pendencia e inestabilidad de los guardadores de hecho, cuyo ejercicio de los deberes de protección se desarrolla fuera de los parámetros normalizados.

Decía en su momento el Ministerio Fiscal que es perfectamente comprensible la postura expuesta por los representantes legales de la Junta de Andalucía que se han encontrado con la irresponsabilidad de una persona (nosotros entendemos que de varias), que ha actuado completamente espaldas de la Ley y generado una conflictiva situación al haber prescindido de las instituciones públicas a las que, en primer lugar, se debía haber acudido.

Precisamente, al no iniciarse los procedimientos legalmente establecidos y demorarse excesivamente el tiempo en adoptar la medida lógica y natural de desamparo, el actual interés de la menor obliga a otro tipo de actuaciones distintas a las articuladas en este proceso (aunque demoren la solución final y definitiva). Recordemos que las actuaciones controvertidas de autos, o bien intentan hablar de desamparo, a posteriori, con subsiguiente separación de la menor del núcleo que ya se siente como propio para imponerle un nuevo proceso de adaptación, primero en un centro de menores y luego en una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente (planteamiento de la Administración apelante), o bien reconducen el tema a la vía del acogimiento provisional en la propia familia de guarda o acogida actual (parte dispositiva de la sentencia de instancia, parcialmente aceptada por la otra parte apelante), sobre la base, sin duda, de una forzada aplicación e interpretación de los artículos 158 y 216 del Código Civil, pensados para otros supuestos fácticos a los actuales, ya que, si se admite la tesis del desamparo, hay que respetar, en principio, la iniciativa de la Entidad pública por la vía del artículo 173.3 y ss. del Código Civil.

TERCERO

Como es sabido, la Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, hace mención, en primer lugar, a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. Esta preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados internacionales ratificados en los últimos años, lo que supone el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y que ha obligado a la modificación de numerosos preceptos de nuestras leyes para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los poderes públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general. Se habla, así, de un nuevo enfoque en la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

En el aspecto específico que ahora nos afecta, dadas las flagrantes omisiones detectadas, debemos mencionar los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo, de un lado, la obligación de la Entidad Pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los servicios sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley y, de otro lado, la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más por signos. Son, sin duda, principios o exigencias del Estado democrático, "social" y de derecho, al que exigimos prestaciones para los más desfavorecidos, lo que incluye también, como contraprestación mínima derivada, recíprocos deberes de colaboración para que aquellas prestaciones públicas puedan ser materializadas a la mayor brevedad.

Así, es elocuente la legislación española y, al mismo tiempo, su clara inobservancia en autos. El art. 13 de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 establece: "toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise". Y el art. 14 de igual texto abunda en el principio de atención inmediata: "las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano

competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal".

En Andalucía se ha considerado también necesario aprobar normas de carácter general para nuestra Comunidad Autónoma que concreten y actualicen el ejercicio de la competencia respecto de la protección de los derechos de los menores y los procedimientos necesarios para la aplicación de las medidas adecuadas, con el objetivo final de proteger a los menores dada su vulnerabilidad, así como para el logro de un mayor nivel de bienestar de éstos en Andalucía.

Tenemos, así, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo artículo 18.5 resalta de nuevo que "cualquier persona o entidad y, en especial, las que por razón de su profesión o finalidad tenga noticia de la existencia de una situación de riesgo o desamparo de un menor, deberá ponerlo en conocimiento de cualquier autoridad, que inmediatamente lo comunicará a la Administración competente, Autoridad judicial o Ministerio Fiscal. En caso de particulares, se mantendrá el anonimato del comunicante, sí así lo desea", de forma que se introducen a partir del artículo 54 infracciones administrativas por acciones u omisiones tipificadas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que se pueda incurrir.

Pues bien, el artículo 56 dice que son infracciones graves, entre otras: c) no dar cuenta a la Entidad Pública, Autoridad judicial o Ministerio fiscal de la posible situación de riesgo o desamparo en que pudiera encontrarse un menor por parte de aquellas personas que por su cargo profesión o función deban tener un especial conocimiento de ello, d) no poner inmediatamente a disposición de la autoridad al menor que se encuentre abandonado, i) recibir a un menor ajeno a la familia de las personas con la intención de su futura adopción, sin la intervención del órgano competente de la Entidad Pública.

Es de citar, en fin, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, por el que se establece el régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de menores en Andalucía, donde se insiste igualmente en esas disposiciones generales para prevención y actuación en el supuesto de desamparo, con colaboración de los órganos competentes de la Administración General del Estado y otras Corporaciones Locales para detección de estas situaciones, localización de menores, información y averiguación de datos, ejecución y seguimiento de medidas de protección, todo ello a efectos de una inmediata intervención de la Administración de la Junta de Andalucía para prestar la atención que precisen los menores en situación de desprotección. Y finalizar, en todas estas líneas de mejor y mayor eficacia, con el Decreto 454/1996, de uno de octubre, sobre habilitación de instituciones colaboradoras de integración familiar y funciones de mediación para el acogimiento familiar del menor e integración familiar.

CUARTO

Pues bien, de los datos fácticos del proceso antes expuestos surgen sin duda llamativas irregularidades, o patologías como antes hemos hablado, que reflejan acciones u omisiones bien distintas o alejadas de las líneas generales de actuación de los particulares, autoridades o poderes públicos. No es necesario abundar mucho en ello, pero era necesario dejarlo expuesto previamente porque, sin duda, constituye referencia y carga obligada a la hora de resolver esta litis y, en su caso, interpretar el concepto legal de desamparo, como se dirá después.

Las irregularidades sobresalen sin especial detenimiento del simple contraste de los datos fácticos con los principios legales antes referenciados: a) hemos hablado del acogimiento de la niña en un centro de acogida de Algeciras sin que sus responsables lo pusiesen en conocimiento de la Entidad Pública para la inmediata tutela, guarda, protección y asistencia integral de la menor, b) se ha hecho referencia, después, a la asistencia de la menor en una parroquia, en la que colaboraban particulares de forma generosa y altruista, de forma que sacerdote y ciudadanos también han omitido toda puesta en conocimiento a la Entidad oficial para que inmediatamente pudiera actuar, c) se hablado también, incluso, de una actuación judicial, en forma de resolución de julio 2002, en la que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez sancionan y dotan de estabilidad para el futuro a una situación de hecho que debía ser provisional, aspecto que a esta Sala le parece sumamente llamativo y muy alejado de la regulación legal de la guarda de hecho y de la naturaleza de esta situación, con lo que podríamos hablar también de una cierta omisión en el ámbito de la Administración de justicia, infringiendo una obligación legal recogida en los preceptos mencionados, pero también especialmente para la autoridad judicial y fiscal, quienes están obligados, como argumentaremos enseguida, a promover las instituciones tutelares y de protección del menor, pero nunca a diferir o mantener "sine die" la situación fáctica existente.

También deberíamos apuntar que, en asunto muy similar al que ahora nos ocupa, hemos detectado una actuación notarial en la que el fedatario público acepta y recoge en Acta con total pasividad (sin que conste la dación de cuenta inmediata a los organismos públicos) declaraciones de una madre diciendo "que se ve imposibilitada de hacerse cargo de sus hijos, razón por la cual manifiesta su interés en que

sea otra persona quien se encargue de su hijo y pueda adoptar cualquier tipo de decisión que pudiera afectarle, cediéndole la custodia de éste".

Pero, en fin, ciñéndonos a nuestro caso, no cabe duda que con este proceder último del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial, se ha perpetuado y sancionado jurídicamente una situación que, aún dotada de cierta sustantividad, como se hablará más adelante, sin embargo no tiene función de futuro sino que constituye la puerta inmediata para la entrada en juego de las instituciones tutelares u otros mecanismos de protección del menor, en cualesquiera de la forma reguladas por el Código civil.

Pero, sin ser llamativo lo anterior, también es importante resaltar ahora el papel o función que tiene la propia Administración Pública para actuar de oficio y detectar estas situaciones a fin de que "no exista quiebra del sistema público de protección" (frase ésta última del propio apelante). Aunque es lógico (y, seguramente, más fácil por la propia intermediación ciudadana) que los terceros pongan en su conocimiento las situaciones de desprotección de menores, también puede exigirse a la Administración una especial diligencia en su conocimiento sobre todo en el núcleo gaditano en que nos movemos, con amplia repercusión y difusión informativa de entrada de inmigrantes y pateras, en el que las que vienen niños, menores, mujeres embarazadas, etc, siendo públicos y conocidos los alumbramientos posteriores, que han tenido abundante eco informativo, en los medios de comunicación, con profusión, no sólo de textos escritos, sino de fotos a la salida de los hospitales. De ahí, que sea exigible a la Administración que en estos tiempos que vivimos -y lugares- ponga una especial diligencia en detectar estas situaciones de embarazadas y/o recién nacidos, que desembocan en seguida, como desgraciadamente ocurre, en situaciones de abandono, desamparo o desprotección y merecen una rápida respuesta administrativa, para evitar situaciones prolongadas de asistencia social privada.

Quizás, por lo anterior, esta Sala se interroga sobre la falta de coordinación entre diversas Administraciones competentes: órganos de la Administración General del Estado, de la Administración Autonómica y otras Corporaciones Locales para detección de este tipo de situaciones, localización de menores, información y averiguación de datos, etc., singularmente en las zonas del Campo de Gibraltar u otros "puntos calientes" de entrada de pateras.

Y se pregunta, sobre todo en los tiempos actuales de sobreabundancia de campañas de publicidad institucional, cómo no existe, cuando menos en nuestra provincia, una amplia y sostenida difusión pública informativa sobre todo el proceso de atención pública de los menores y las obligaciones ciudadanas al respecto.

También surge la duda por la, casi segura, ausencia de expedientes abiertos ante omisiones e infracciones de la normativa legal que hemos reflejado.

QUINTO

Hemos llegado, así, a una situación de tutela de hecho o guarda de hecho, mantenida durante más de un año, cuyo alcance jurídico y repercusión ha de ser correctamente valorado y enjuiciado ahora, máxime cuando no hay motivos para hablar de actuaciones fraudulentas, delictivas o ilícitas, sino simplemente irregulares o contrarias a los principios generales antes citados, pero no imputables, sin más en la última cadena del eslabón, a saber, la familia que, por motivos de solidaridad y altruismo, ayuda en las necesidades sociales de todo tipo de una parroquia. En este sentido, no podemos hablar de un ocultamiento a las autoridades de dicha situación, tratándose, al contrario, de una convivencia de hecho pública y notoria. La conducta de los guardadores no ha sido de ocultación ni puede considerarse tampoco como una actitud pasiva, pues consta acreditado que los mismos han recabado, incluso, los servicios de profesionales para tratar de normalizar la situación, aunque hayan sido defectuosamente informados desde el principio.

Por ello, se ha dicho más arriba, que este procedimiento se resolverá en forma distinta a como hubiera sido deseable y debido resolverse de haber visto materializados todos aquellos principios y todas aquellas obligaciones públicas y privadas para la debida protección pública del menor. Precisamente, al no respetarse los procedimientos legalmente establecidos y demorarse excesivamente el tiempo en adoptar la medida lógica y natural de desamparo, el interés de la menor obliga a otro tipo de actuaciones distintas a las articuladas en este proceso; actuaciones que, como antes dijimos, han intentado forzar "a posteriori" la declaración de desamparo, con subsiguiente separación del núcleo que ya se siente como propio para imponer al menor un nuevo proceso de adaptación, primero en un centro de menores y luego en una nueva familia, que nada garantiza que sea mejor que la presente (planteamiento de la Administración apelante), o bien han intentado reconducir el conflicto a la vía del acogimiento provisional en la propia familia de guarda o acogida actual (parte dispositiva de la sentencia de instancia), forzando la interpretación de algunos preceptos del Código Civil.

En efecto, el acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública (artículo 172.3 CC), si bien, cuando los padres o tutores no consienten o se oponen, sólo podrá ser acordado por resolución judicial, previa propuesta de la entidad pública, que deberá adjuntar el documento de formalización con los mismos extremos y contenido a que se refiere el acogimiento con consentimiento de todos los implicados (art. 173.3, párrafo primero CC); o sea, se requiere la previa solicitud la entidad pública correspondiente, o bien del Ministerio Fiscal, únicos legitimados para su promoción (ver art. 1.828 LEC). Es más, la denegación del consentimiento, tanto por la entidad pública como por las personas que habrán de recibir al menor (como de éste, si tuviera ya doce años), imponen la desestimación del acogimiento, ya que todos ellos se configuran como condición de validez y eficacia de la constitución del acogimiento.

Y algo parecido debe predicarse del acogimiento familiar provisional, que lo acuerda directamente la entidad pública y sólo subsiste hasta que recae resolución judicial, debiendo presentar la propuesta al juez, en el plazo máximo de quince días (art. 173.3, párrafo segundo CC).

Ni que decir tiene que en el supuesto fáctico que nos ocupa no se han cumplido los presupuestos de legitimación y forma de ninguno de ambos supuestos o modalidades de constitución del acogimiento familiar, por lo que es lógico que la fórmula judicial de primera instancia haya sido criticada tanto por el Ministerio Fiscal como por las otras dos partes apelantes. El juez, una vez aceptada la tesis del desamparo, ha forzado la interpretación de la fórmula legal del acogimiento familiar (o utilizado la vía indirecta de los artículos 158 y 216 del CC, pensados para otros supuestos distintos al presente, pero no para su incardinación en sede de acogimiento), cuando no había distintas medidas a adoptar que el propio control de la favorable guarda de hecho sobre el menor, que duraba más de un año, con todas las bendiciones públicas, sin perjuicio, claro está, de promover el nombramiento de tutor que, por cierto, podía hacerse conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste" (artículo 239 CC).

Este Tribunal no ha querido, en definitiva, actuar con ligereza en el estudio, examen y enjuiciamiento de la cuestión planteada, que podía llevarnos a una solución rápida y fácil del objeto del proceso, pero en esta alzada hemos pretendido abarcar el conflicto en toda su justa dimensión, aunque somos conscientes que se demora la solución final y se introducen en esta alzada variables o condicionantes importantes, como serán, en su caso, la necesaria y urgente constitución de tutela (que hubiera sido automática de aceptarse el desamparo de la menor: arts. 172.1 y 222.4º del Código civil), así como la posible privación de la patria potestad (por aplicación de la vía legal de los artículos 170.1 y 222.1º del Código civil), todo ello, sin perjuicio de mantener, durante el espacio de tiempo más breve -mientras se sustancia el oportuno procedimiento-, la actual guarda de hecho, con los controles necesarios, en paralelo a la obligada defensa y representación del menor por el Ministerio Fiscal.

Sobre todo ello argumentamos seguidamente. El interés del menor, la legalidad vigente y su correcta interpretación jurídica no permiten en este momento, con los datos fácticos ya conocidos, otra solución distinta a juicio de este Tribunal, máxime cuando el artículo 239 del Código Civil, recién citado, permite que la tutela de los menores desamparados no corresponda necesariamente a la entidad a que se refiere el artículo 172, pues "se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste".

II GUARDA DE HECHO: FIGURA JURÍDICA PROPIA

SEXTO

La protección de los menores y el respeto a sus derechos e intereses (con el reconocimiento integral de su dimensión personal y social) se lleva a cabo mediante una variedad de medidas, dirigidas a prevenir y erradicar las múltiples situaciones de riesgo o de desamparo efectivo que puedan surgir en el entorno del menor y en tanto en cuanto no desaparezcan las circunstancias que originen aquellas situaciones y se promueva la total integración social del afectado.

La realidad social obliga distinguir situaciones de desprotección de muy diversa índole: meramente temporales, actitudes de inhibición por parte de padres, imposibilidad de ejercicio de los deberes de la guarda, etc., que exigen un tratamiento diferenciado, determinando un régimen jurídico distinto en cuanto a las medidas a adoptar, dada la compleja realidad de las necesidades del menor.

Pues bien, entre esas situaciones y soluciones destaca la guarda o tutela de hecho, a la que nos referimos seguidamente.

No es necesario explicar las diversas circunstancias que han propiciado el que se tenga una

percepción equívoca y confusa del guardador de hecho, cuyo origen no puede ser más natural y sencillo: se trata de un caso más de los diversos de ejercicio de hecho de un derecho, a saber gestión por una persona, que no es tutor, de la persona y, en su caso, del patrimonio de un menor o incapacitado. Y debemos señalar que, desde el momento en que la Ley 13/1983 de 24 de octubre, reconcilia el Derecho con la realidad y modifica el Código civil, dedicando a la misma un capítulo del título noveno, no se puede seguir hablando en puridad de guarda de hecho como simple realidad fáctica, pero no jurídica.

En efecto, partiendo de esta realidad fáctica o social, que se da con especial frecuencia precisamente en la tutela (en que tantos casos de un menor o incapacitado sin patria potestad en que nadie se preocupa de constituir la tutela), el Código civil regula tras la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983 la tutela de hecho, con el nombre (porque realmente no es una tutela) de "guarda de hecho", en tres artículos: 303, 304 y 306.

Parte el Código de la obligación de promover la declaración de incapacitación, impuesta en el art. 203, o el deber de constituir la tutela del art. 228; y, si a pesar de ello, existe un guardador de hecho de un menor o incapacitado, prevé el art. 303 que el Juez pueda requerirle para que le informe de su gestión e imponerle medidas de control y vigilancia, lo cual no excluye la inmediata aplicación de los mencionados artículos 203 y 228. Es decir, detectada una situación de guarda de hecho (en su auténtica y exacta dimensión), se promoverá la incapacitación del sujeto a la guarda, si se trata de un posible incapacitado, o se constituirá la tutela, si se trata de un menor; mientras tanto, el Ministerio Fiscal -no, de forma necesaria, la Entidad pública correspondiente-, asumirá su representación y defensa (art. 299bis), se le nombrará, en su caso, un administrador (supuesto del art. 229 bis citado), que podrá serlo el propio guardador de hecho, si es persona idónea para el cargo, que cuidará de los bienes.

Por tanto, lo realmente importante a destacar ahora es que la regulación de la guarda de hecho es esencialmente "a posteriori". El legislador prevé que existe y regula lo que ha sucedido: informe sobre la persona y bienes, medidas de control y vigilancia (art. 303), validez de ciertos actos (art. 304) y posibilidad de indemnización de daños y perjuicios (artículo 306), aunque ello no signifique dotar a esta institución de permanencia, pues no se regula hacia el futuro ni completa totalmente la regulación, ya que ese futuro o desenlace natural, a la mayor brevedad, es la constitución de la tutela o la declaración de incapacidad y el presente inmediato es la permanencia bajo el cuidado del guardador, al tiempo que el Ministerio Fiscal asume la representación y defensa del menor. Por ello, la comunicación al Ministerio Fiscal no conlleva la extinción automática de la guarda de hecho, que es compatible perfectamente con la función y obligación legal del Ministerio Fiscal (art. 124 de la CE, art. 3, párrafo séptimo, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y art. 299 bis del Código civil). Ambas figuras de protección son perfectamente compatibles, e incluso el interés del menor reclama que así sea, pues puede comprenderse con facilidad que el Ministerio Fiscal no puede ocuparse de los aspectos domésticos que demanda el cuidado de estas personas; por lo mismo, en tanto no se constituya la tutela, lo lógico es que cada uno -el guardador de hecho y el Ministerio Fiscal- realice aquello que pueda llevar a cabo con más facilidad: así, el aspecto personal seguiría siendo responsabilidad del guardador de hecho y las actuaciones ante los Tribunales u otros organismos en representación y defensa de estas personas correspondería al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que pueda designarse un administrador para el supuesto necesario del cuidado de bienes o patrimonio del menor.

En definitiva, de todo lo expuesto, está claro que, como refleja el articulado del Código civil, la guarda de hecho existe como figura jurídica especial, independiente y distinta a las otras instituciones de protección de menores, con un contenido propio y autónomo, ya que se determina un principio general de actuación del guardador de hecho, existe una intervención judicial y, en fin, se deducen legalmente los posibles efectos jurídicos de dicha figura, en tanto se camina hacia la institución natural de futuro que es la tutela del menor (por referirnos al supuesto de autos).

SEPTIMO

Es curioso que, en base a lo dicho, algún autor habla de guarda "informal", porque carece en origen de formalidades legales, o de guarda "provisional", porque el desenlace natural será la constitución formal de la tutela, pero, lo que no cabe duda es que, en sí misma, es una institución de guarda con el mismo fundamento legal que el resto de las instituciones de protección que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Y esto es sumamente relevante para la solución del conflicto que nos ocupa en este proceso. Por lo mismo, antes hemos criticado también las actuaciones judiciales que desembocan en una resolución del Juzgado de Algeciras núm. Dos por la que se sancionaba judicialmente la guarda de hecho, pues la guarda de hecho no necesita sanción o ratificación en tal sentido: ya lo está con carácter legal y con eso basta. No es necesaria una declaración judicial que ratifique o reconozca la misma; al contrario, al tener conocimiento de la guarda de hecho la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal lo que éstos deben hacer,

no es perpetuarla en el tiempo, como así ha sucedido, sino de forma inmediata promover las instituciones tutelares, sin perjuicio, claro está, de las inherentes y coetáneas medidas de control y vigilancia en interés del menor.

Recordemos que, tanto el art. 124 CE como su Estatuto Orgánico, hablan de la obligación del Ministerio Fiscal de asumir, en su caso, ostentar la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezca. Acorde con lo anterior el art. 299 bis del Código civil, antes citado, establece literalmente que "cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal". Igualmente significativo es el art. 228 del Código civil cuando establece que "si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela". De los preceptos anteriores se perciben, claramente, las obligaciones de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, este último en un sentido muy concreto acorde con la naturaleza de su función: promover, asumir, representar, verbos que denotan una idea dinámica de actuación en beneficio de menores y desvalidos.

Es, así, totalmente llamativa y criticable la actuación de ambos organismos que desencadenó en la resolución del mes de julio del año 2002 en el Juzgado Núm. Dos de Algeciras, pues permitió ratificar y perpetuar una situación de guarda de hecho, quedándose en las simples medidas de control, pero sin que, al mismo tiempo y de forma inmediata, se promoviera la constitución de la tutela (lógicamente, porque la autoridad judicial y fiscal debieron entender que no existía ya en aquél momento situación de desamparo, con automática y derivada tutela legal para la entidad pública), asumiendo el Ministerio Fiscal la representación y defensa del menor, actuación que deberá acordarse e impulsarse de forma inmediata en el momento procesal que ahora nos encontramos.

OCTAVO

Insistimos, a riesgo de cierta reiteración o redundancia, en una cierta sustantividad y estatuto jurídico del guardador de hecho, hasta el punto de recordar que la doctrina más avanzada siempre se ha dejado llevar por la tendencia exigida por el principio de protección del interés del menor y asimilar el estatuto jurídico del guardador de hecho al del tutor formalmente investido de su cargo con toda regularidad, hasta el punto de conceptuarse por algún autor la guarda de hecho, con pérdida de la respectiva situación puramente fáctica, como una verdadera «tutela provisional».

Se dice que, hoy día, merced al principio de solidaridad social que impregna numerosos preceptos de nuestro Derecho Civil y Penal, y que constituye uno de los principios rectores de actuación de Administración y Órganos Jurisdiccionales a tenor de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero [cfr. art. 11.2 f) de la Ley], tales deberes no son marcadamente distintos de los que incumben al tutor conforme a los artículos 269 y siguientes del Código civil.

Una última característica común a la tutela y a la guarda de hecho es, en apariencia, la de que tanto el tutor como el guardador pueden ser sujetos pasivos de «medidas de vigilancia y control» impuestas por el Juez (cfr. arts. 233 y 303 Cc), si bien estas medidas tienen distinto alcance y finalidad en un caso y otro: en el del tutor aparecen encaminadas a constatar el cumplimiento de los deberes de protección en sentido extenso, determinados en los artículos 267 y siguientes del Código; mientras que en el caso del control del guardador, se limita en principio a descartar las situaciones de riesgo y desamparo, comprobando que la guarda constituirá, durante el breve espacio de tiempo que ha de durar el procedimiento de constitución de la tutela, un cauce idóneo para proporcionar al menor la imprescindible asistencia material y moral.

En definitiva, la lectura de los preceptos del Código civil que aluden a la guarda de hecho muestra que, si bien no constituye una verdadera institución tutelar, sino una mera situación de hecho, no deja de cumplir una función protectora.

Con no ser una institución tutelar en sentido propio, es una situación fáctica que no se opone al ordenamiento jurídico, pues, si así fuera, el Derecho se limitaría a suprimirlo pura y simplemente; pero desde el momento en que faculta -que no impone ni ordena- al Juez para controlar su desenvolvimiento es llano que el legislador adopta una actitud favorable a su continuidad en el tiempo, dentro de la provisionalidad que es razonable asociar a una situación de mero hecho en tránsito hacia una guarda institucional.

En efecto, el sentir general de la doctrina es que el artículo 303 del Código civil, al dejar a salvo "lo

dispuesto en los artículos 203 y 228", a los que expresamente se remite, dispone de las facultades necesarias para mantener la guarda de hecho en tanto se constituye la tutela, aplicando las medidas de control y vigilancia que estime procedentes; lo que no puede eximir al Juez, claro está, de poner en marcha, de oficio, los mecanismos necesarios para la constitución de la tutela.

Concluyendo, parece que el legislador mantiene respecto de la guarda de hecho una posición que podríamos llamar neutral, por vía de conferir a la autoridad judicial un amplísimo margen de decisión, hasta el punto de permitirle mantener la actual situación de guarda de hecho como alternativa a la designación inmediata de defensor judicial que haga las veces de tutor en tanto se procede al nombramiento de éste (art. 299.2 CC). Pero no puede, en cambio, sostenerse que el Juez pueda mantener, en tanto responsable del control o vigilancia de la guarda, una posición neutral, sino que, y distintamente, la adopción de esas medidas de control y vigilancia a que se refiere el artículo 303 sólo pueden descansar en la certeza positiva de que, en el caso concreto que el Juez tenga ante sí, el provisional mantenimiento de la guarda de hecho es claramente más beneficioso para el menor que cualquiera otra medida provisional que se encuentre al alcance de la Autoridad Judicial.

Por otra parte, tras la consagración que ha recibido, después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, la definición de desamparo que introdujera la Ley 21/1987, el alcance que debe darse a esas "medidas de control y vigilancia" debe quedar condicionado por la referencia que hace el artículo 172 del Código civil a la asistencia material y moral que el menor debe recibir a ultranza: el Juez controla la situación de hecho de la guarda, sin desnaturalizarla, para asegurarse de que el menor recibirá, en tanto se provee alumbramiento de tutor, la necesaria asistencia material y moral.

NOVENO

Todo lo expuesto, no exime de insistir en que el Código civil concibe la guarda de hecho como una situación necesariamente provisional: por una parte, el propio guardador aparece obligado por la Ley a promover la constitución de la tutela, que está llamada a poner fin a su provisionalísima relación de facto con el menor (art. 229 CC). Por otro lado, la referencia que el artículo 303 hace a los artículos 203 y 228 no deja duda sobre la voluntad del legislador de que los trámites de constitución de la tutela se inicien en el momento mismo de tener el Juez noticia de la situación de guarda de hecho, la cual se prolongará, a lo sumo, durante todo el tiempo que pueda durar la sustanciación de esos trámites, a realizar con la mayor premura y sin dilación.

Finalmente, el artículo 216 del Código constituye una cláusula tácita de cierre del sistema de protección de menores, que supone que los deberes de protección deben ser cumplidos por un sujeto con patria potestad o por un tutor, y por tal razón, el artículo 229 del propio Código previene que están obligados a promover la constitución de la tutela, no sólo las personas llamadas a ella, sino también «la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor», categoría que comprende incuestionablemente al guardador de hecho.

Y es lógica esta nota que comentamos y mejor caracteriza la guarda de hecho, cual es la debilidad institucional de la situación fáctica, ya que, por un lado, el guardador carece de toda autoridad formal sobre el menor, el cual no le debe obediencia alguna, ni tan siquiera respeto, a diferencia del menor sujeto a patria potestad o a tutela, que debe obediencia y respeto a sus padres o tutores (arts. 155.1º y 268.I del Código civil). Consecuencia de ello es que el guardador ni puede corregir al menor ni puede recabar el auxilio de la autoridad, facultades que en cambio sí ostentan el titular de la patria potestad y el tutor (arts. 154.IV y 268.II del Código civil.)

La provisionalidad de esta situación viene impuesta por el propio principio del "favor minoris" que constituye la esencia de toda la arquitectura formal de la protección jurídica del menor, y ello por razón del posible "periculum in mora" que la perpetuación de la guarda puede suponer. Peligro de daño para el menor por razón del desenvolvimiento personal de las relaciones entre guardador y guardado, en un contexto en el que ni el primero ostenta autoridad jurídica alguna, ni tan siquiera derecho de acudir a los agentes de la autoridad recabando auxilio para el ejercicio de una inexistente potestad, ni el segundo se encuentra obligado a obedecer las órdenes, mandatos o directrices de aquél, por beneficiosas que en un planteamiento apriorístico puedan parecer.

Por otra parte, en línea de principio no parece posible que el guardador de hecho pueda resistirse al requerimiento de entrega del menor, proveniente de cualquier persona con potestad jurídica sobre el mismo. Aunque tenga la certeza de que esa entrega supondrá un perjuicio cierto para el niño, carece de autoridad para oponerse, demorar o alargar en el tiempo tal requerimiento y lo único que puede hacer es poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial, para que dispongan lo que proceda.

Esto es, el guardador de hecho, por razón de la esencia misma de la figura de la guarda de hecho, no tiene derecho alguno a la prolongación de la situación fáctica, como tampoco interés jurídicamente protegible que pueda oponerse al interés superior del menor (arts. 11.2.a) y d) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Eventualidad dañosa de la guarda de hecho puede resultar también en el orden patrimonial, teniendo en cuenta que, aunque el menor no carezca de bienes, si bien puede ostentar la posesión de los mismos, no puede hacer ejercicio de los derechos que puedan dimanar a su favor de esa situación posesoria, sin el auxilio de sus representantes legítimos" (art. 443 CC), condición ésta de la que carece, por definición, el guardador.

Por todas estas eventualidades, hemos criticado abiertamente todas las patologías e irregularidades que han permitido prolongar en el tiempo la situación descrita de guarda de hecho que, aunque no ha desfavorable para la evolución y asistencia de la menor, bien pudo y debió haber derivado mucho antes a otras instituciones de protección del menor.

DECIMO

Ahora bien, pese a lo expuesto, no obstante esa necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, lo más destacable ahora de la regulación que de la misma mantiene el Código civil es que, tratándose de una situación en que el menor no recibe de sus padres o de un tutor formalmente investido la necesaria asistencia moral y material, no le da tratamiento de situación de desamparo, es decir, no impone la constitución de tutela administrativa, sino una cautelar vigilancia de la Autoridad Judicial sobre el guardador de hecho, en el artículo 303: "...podrá requerirle para que le informe de la persona y los bienes del menor...".

Esta vigilancia judicial, todo lo provisional o interina que se quiera, supone, en cualquier caso, un claro desplazamiento de la tutela "ex lege" de la Administración y nos suministra una valiosa información sobre el concepto legal de desamparo: no se encuentra en situación de desamparo el menor que recibe la asistencia material y moral necesaria de personas distintas de sus padres o del tutor, sino de un mero guardador de hecho.

Y el otro argumento legal expresivo del posible mantenimiento de la favorable guarda de hecho, sin necesaria y automática tutela pública, lo tenemos en el artículo 239 del Código Civil, que permite que la tutela de los menores desamparados no corresponda necesariamente a la entidad a que se refiere el artículo 172, pues "se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste".

Pero estas consideraciones nos llevan al último razonamiento a desarrollar en esta segunda instancia.

III DESAMPARO VERSUS GUARDA DE HECHO

UNDECIMO

Por las llamativas irregularidades detectadas y la dilación temporal en el proceso de atención del menor, que ha impedido la entrada y actuación inmediata o a corto plazo de las instituciones públicas, el siguiente interrogante a abordar en esta litis es la exégesis de la definición de desamparo contenida en el artículo 172.1 del Código civil, a efectos de justificar una actuación administrativa de desamparo y tutela automática, con cese inmediato de la actual guarda, tras más de un año del menor en situación de acogida familiar de hecho con buen trato y asistencia; actuación de la entidad pública que pocas dudas de ratificación judicial hubiera planteado en otro momento temporal, a saber si se hubiera producido en los primeros momentos o en meses posteriores y relativamente cercanos al parto, pues el claro abandono por los padres se erige en causa suficiente y clara para entender desamparado al menor recién nacido.

Al no ser así, debemos interrogarnos sobre si el menor de edad que recibe la correcta asistencia material y moral de un guardador de hecho, es decir, de persona que no ostenta autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, puede ser declarado en desamparo una vez transcurrido más de un año en tal situación.

Y, como primera premisa, debemos apuntar ya que del desamparo se ha dicho que es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, siendo importante destacar y recordar que se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por el actual de desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que este segundo es, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiriéndose así al órgano encargado la posibilidad de

una más amplia interpretación y predominio del interés del menor.

En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección y, además, es cierto que abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado.

Ahora bien, importa sobremanera insistir en el rasgo valorativo determinante del juicio de valoración sobre el desamparo, que obliga a definirlo y entenderlo existente sólo cuando concurren de forma clara y sustancial tres notas, que después pormenorizaremos: a) incumplimiento de los deberes de protección, b) privación de la necesaria asistencia moral o material del menor y c) nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Con lo expuesto, acabamos de dejar apuntada ya la conclusión final de este apartado, que tratamos de justificar seguidamente, pues no aceptamos el criterio seguido por el juez de primera instancia ni la tesis de la Administración apelante. Y ello por cuatro razones básicas: A) la guarda de hecho, como se dijo más arriba, está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad, al margen y distintas de la tutela automática, B) El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.), C) no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor ni, por tanto, desasistencia moral o material, D) no obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo.

DUODECIMO

Con unos y otros argumentos, la doctrina y la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales que se ha ocupado de las relaciones entre guarda de hecho y tutela administrativa ha defendido, de forma que podemos calificar de unánime, que la existencia de un guardador que atiende de modo efectivo las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo y por ende, la tutela administrativa. Mayoritariamente, los argumentos utilizados devienen de la propia exégesis del concepto legal de desamparo: "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material" (art. 172.1 del Código civil).

O sea, siendo el desamparo la base imprescindible para la inmediata intervención administrativa de protección por parte del Ente público correspondiente, para poder acordarlo es necesario que se cumplan dos requisitos imprescindibles:

1º) Se exige, en primer lugar, el incumplimiento por parte de las personas obligadas a ello de los deberes de protección del menor; entendiendo por deberes de protección los establecidos en las leyes de guarda de menores, es decir, los relativos a la esfera personal del menor que integran el contenido de la patria potestad (art. 154 CC), esto es, velar por el menor, tenerlo en compañía, alimentarlo y educarlo, procurándole una educación integral.

Los sujetos causantes de la desprotección son, normalmente, los padres que detentan la patria potestad, aunque también puede residenciarse este plano subjetivo en aquellas personas que ostenten poderes de guarda: tutores, defensor judicial, guardadores de hecho o acogedores. Se trata no sólo de los supuestos de abandono absoluto del menor, sino también de aquellos casos en que los guardadores incumplen los deberes de hecho, los ejercen inadecuadamente o están imposibilitados para llevarlos a cabo.

Los supuestos que pueden darse en la realidad son muy variados: abandono voluntario del menor por su familia, ausencia de escolarización habitual del menor, malos tratos físicos o psíquicos, trastorno mental grave de los padres o guardadores que limite o impida el ejercicio de los deberes de protección del menor, drogadicción habitual de las personas que integran la unidad familiar, si ello incide en el desarrollo y bienestar del menor, abusos sexuales en el seno de la familia, cualquier forma de explotación económica y, en fin, carencia de familiares, incapacidad, ausencia, enfermedad o, incluso, un intenso déficit socio-cultural que pueda imposibilitar el ejercicio de los deberes de guarda.

Además, la expresión "de hecho" utilizada por el art. 172.1 CC nos lleva necesariamente a atender

datos puramente externos, sin juzgar valores internos ni la voluntad de los que incumplieron o están imposibilitados para ejercer sus deberes, ni las causas que motivaron su conducta.

Este carácter objetivo del desamparo se pone de manifiesto en sentencias múltiples de las Audiencias Provinciales -AP Sevilla de 25 de marzo de 1996, AP Toledo de 9 de febrero de 2000, entre otras- y también nos lo recuerda la propia RDGRN, en resolución de fecha 22 de junio de 1996, cuando señala que "la situación que se produce cuando una entidad asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. Artículo 39 Constitución)".

2º) El segundo de los requisitos para que pueda hablarse de desamparo es la privación de la asistencia al menor, de primordial importancia en el caso de esta litis.

El desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, relaciones personales), como ponía de manifiesto la sentencia AP Sevilla, de 23 de noviembre de 1999: „si el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, esto es, tiene cubiertos sus bienes morales y materiales de acuerdo con la legislación vigente, sin ejercer ningún tipo de influencia, el mecanismo de actuación no puede ser la declaración de desamparo sino que habrá de ser otro, ya sea la suspensión o privación de la patria potestad" (En este mismo sentido, AP Vizcaya de 3 de enero de 2002).

DECIMOTERCERO

A mayor abundamiento de lo anterior, aún conscientes de la "rara" unanimidad alcanzada en este punto, no nos resistimos en esta alzada a justificar, en mayor medida, tal posición, que pasa por recordar los distintos contornos de la figura de la guarda de hecho y examinar las distintas maneras en que la misma puede interferir en los deberes de protección y en la asunción de la tutela administrativa "ex lege".

Se ha dicho que el Código civil no contiene una definición legal de lo que sea guarda de hecho, siendo inexcusable delimitar adecuadamente sus contornos, dada la trascendencia social y jurídica de esta realidad, máxime ante los problemas que apuntamos sobre situación de desamparo y tutela automática y "ex lege" de la Administración y, por consiguiente, la difícil tarea de resolver cuándo la Administración puede lícitamente poner fin a la tarea del guardador de hecho y declarar el desamparo del menor guardado.

Y tal cuestión -si la existencia del guardador de hecho debe determinar o no una intervención administrativa- no puede abordarse desde una perspectiva única, sino que reclama un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, pues no todos los supuestos de guarda de hecho merecen igual interpretación y actuación administrativa, ya que en algunos casos de la realidad práctica puede decirse que la guarda de hecho es beneficiosa o favorable para el menor objeto de la misma, en tanto que viene a apartarle de una situación de desprotección o de riesgo.

No obstante ello, algunas Comunidades Autónomas se han atrevido a abordar una tipología o relación casuística de supuestos de desamparo, nunca exhaustiva, en las que se advierte cuál es el pensamiento del legislador autonómico acerca del distinto tratamiento que debe darse a aquellas situaciones de guarda de hecho que podemos calificar de favorables para el menor frente a las situaciones contrarias, con derivada desprotección o riesgo.

Así ocurre en la Comunidad Autónoma de Andalucía tras la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor. En su art. 23 se describen o consideran diversas situaciones de desamparo, que apreciará en todo caso la autoridad administrativa competente, pero "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 172.1 del Código civil"; esto es, deben integrarse con los requisitos antes citados, sin quedarse en su mero enunciado formal o literal.

La primera y evidente es "el abandono voluntario del menor por parte de su familia", supuesto lógico, que pocas dudas interpretativas merece y que permite, sin más, la tutela legal si se detecta a corto plazo. Luego, se describen otra serie de circunstancias o situaciones de posible desamparo, en las que es destacable el dato de que, para que la guarda de hecho desemboque o merezca el calificativo de „situación de desamparo", debe darse alguna de las circunstancias cualificantes señaladas en el artículo 23 citado, a saber: que el guardador de hecho padezca un trastorno mental grave, una drogadicción o un alcoholismo habitual que le impidan el adecuado ejercicio de la guarda, convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad, que existan malos tratos, ausencia de escolarización habitual, cualquier forma de

explotación económica del menor o, en fin, la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer la funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitados para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.

O sea, la existencia de una situación de guarda de hecho no se asocia, sin más, a la situación de "desprotección" por falta de desarrollo integral y vida familiar normalizada del menor (art. 17) ni de "grave riesgo" por carencias o dificultades para el normal desarrollo físico, psíquico o social del menor (art. 22), supuestos que la propia Ley establece como marco jurídico de actuación en materia de protección de los derechos de los menores (art. 18.1).

O, lo que es lo mismo, el "concepto" de desamparo nos conduce a una "situación" de desamparo que, para ser calificada como tal, exige tanto en su vertiente más clara -abandono de los padres- como en la más dificultosa -falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones de guarda- un "resultado material" de desprotección de un menor.

En definitiva, con tal regulación, que parte de la propia disposición previa del Código Civil, se deduce la perfecta interpretación de que el legislador tiene conciencia de que no toda situación de guarda de hecho constituye desamparo, con lo cual estamos ya en disposición de concluir y resolver el supuesto litigioso que ahora nos ocupa.

IV CONCLUSION

DECIMOCUARTO

A la vista de todo lo expuesto, se impone partir de la siguiente premisa: una inicial y clara situación de desamparo y consiguiente tutela automática pública o "ex lege", por desprotección de un menor recién nacido, ha derivado, de forma incomprensible -antes hablamos de patologías- en una situación favorable y muy duradera en el tiempo de guarda de hecho, que ahora hemos de respetar y proteger jurídicamente, aunque sea de forma provisional y transitoria, en base al interés preponderante del menor, mientras se constituyen las instituciones tutelares u otras formas de sustitución de la patria potestad.

Recapitulamos y recordamos las razones básicas que hemos ido apuntando a todo lo largo de nuestras argumentaciones:

1ª) la guarda de hecho está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezcan y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad, al margen y distintas de la tutela automática.

2ª) el desamparo siempre tiene que concretarse en un resultado determinado, que es la desprotección del menor de edad; es decir, su privación de la necesaria asistencia, ya sea material (alimentos) o moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.).

3ª) no toda guarda de hecho evidencia desprotección del menor ni, por tanto, desasistencia moral o material.

4ª) no obstante la necesaria provisionalidad de la guarda de hecho, que, desgraciadamente, se ha visto reforzada en el supuesto examinado por la negligencia u omisión de diversas personas o entidades, tanto privadas como públicas, lo más importante a destacar, conforme a la regulación antes comentada, es que, a pesar de encontrarnos ante una situación en que el menor no recibe de sus padres, o de un tutor formalmente investido, la necesaria asistencia moral y material, no es obligado el tratamiento o calificación de situación de desamparo; es decir, el Código civil no impone la constitución de tutela administrativa, sino una cautelar vigilancia de la autoridad judicial sobre el guardador de hecho (artículo 203). Esta vigilancia judicial, todo lo provisional o interina que se quiera, supone, en cualquier caso, un posible desplazamiento de la tutela "ex lege" de la Administración y, unida al resto de razonamientos jurídicos antes expuestos, nos suministra ahora una valiosa y correcta deducción sobre el concepto legal de desamparo: "no se encuentra en situación de desamparo el menor que recibe la asistencia material y moral necesaria de personas distintas de sus padres o del tutor, sino de un mero guardador de hecho".

5ª) la tutela de los menores desamparados no corresponde necesariamente a la entidad a que se refiere el artículo 172, pues "se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste" (artículo 239 CC).

DECIMOQUINTO

Todo lo expuesto, nos lleva al sentido y parte dispositiva de esta alzada, sobre la base final de hacer operativos y aplicables los siguientes principios de la Ley 1/1998, de 20 de Abril, de los Derechos y Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía: a) prima el interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo -art. 3.1-; b) no hay una evidente situación de desprotección ni de riesgo -art. 18.1-; c) se procura la permanencia del menor en su actual entorno familiar -art. 19.1.b)-; d) no afloran circunstancias del menor que aconsejen su salida del grupo familiar ni es imposible la permanencia del mismo en su actual familia acogedora o alternativa -art. 19.1.c) y d).

Por consiguiente, llegado este momento procesal se adoptarán tres decisiones: a) se revocará la decisión administrativa por la que se acuerda el desamparo de la menor, ratificada judicialmente en la primera instancia, c) se revocará la medida de acogimiento familiar con el carácter de simple y provisional, aunque viniera atemperada con la decisión del juez a quo de continuar en la propia familia acogedora y, en fin, c) se acordará, por el contrario, que el Ministerio Fiscal asuma la defensa y representación de la menor y que promueva de forma inmediata ante el juez de primera instancia competente la constitución de la tutela de la menor.

Finalmente, decir que no podemos designar tutores a los propios guardadores de hecho. Tal petición, formulada en el recurso por la representación procesal de aquéllos, excede del objeto de esta litis, por lo que debe ser rechazada, sin perjuicio de que la parte la haga valer por el cauce adecuado (el Ministerio Fiscal, de forma obligatoria y urgente), instando el procedimiento de constitución de la tutela, que deberá ir unido y en paralelo, en su caso, al de posible privación o suspensión de la patria potestad sobre la menor.

Estas decisiones de este Tribunal en segunda instancia suponen la estimación parcial de los diversos recursos de apelación interpuestos, ya que ninguna de las partes ha visto acogidas sus peticiones en su totalidad, tal y como se dispone ahora en la parte dispositiva de esta resolución, sin hacer declaración de costas procesales.

Por cuanto antecede, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

F A L L A M O S

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de la CONSEJERIA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Valentín y Blanca, al que se ha adherido en parte el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 4 de Cádiz (ANTIGUO MIXTO 8), con fecha ocho de marzo de dos mil cuatro, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución en el sentido siguiente:

1º REVOCAR y dejar sin efecto la decisión administrativa dictada en la Resolución de la Consejería de Asuntos Sociales de la Delegación Provincial de Cádiz de la Junta de Andalucía de fecha 26 de agosto de 2002 por la que se declara en situación de desamparo a la menor Lucas.

2º REVOCAR y dejar sin efecto la medida de acogimiento familiar con el carácter de simple y provisional, aunque viniera atemperada con la decisión del juez a quo de continuar en la propia familia acogedora.

3º ACORDAR que el Ministerio Fiscal asuma la defensa y representación de la menor y que promueva de forma inmediata ante el juez de primera instancia competente la constitución de la tutela de la menor, subsistiendo mientras tanto la actual guarda de hecho de los actores.

No ha lugar a la imposición de costas procesales en ninguna de ambas instancias.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.

Análisis del documento

Normativa considerada

 (Disposición Vigente) **Real Decreto de 24 de julio 1889.** [LEG 1889\27](#)

- **art. 173: aplica norma [F. 5].**
- **art. 299: aplica norma [F. 9].**
- **art. 303: aplica norma [F. 8].**
- **art. 172: aplica norma [F. 5].**

Voces

ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE MENORES
GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES
Situación de desamparo
Doctrina general

[...]

[F.11]

ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE MENORES
GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES
Situación de desamparo
No debe estimarse

Menor abandonado por su padre biológico pero acogido de hecho por un matrimonio: situación de guarda de hecho regulada legalmente: inexistencia de desamparo legal al haber velado los guardadores por el menor: incompatibilidad general de la situación de guarda de hecho y la declaración de desamparo:

[F.14]

ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO DE MENORES
GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES
Acogimiento de menores
Formalización
Doctrina general

[...]

[F.5]