

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE APLICACIÓN DEL DESAMPARO DE MENORES EN ARAGÓN Y PROPUESTAS HERMENÉUTICAS Y *DE LEGE FERENDA**

M^a Victoria MAYOR DEL HOYO

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

El legislador aragonés ha introducido la figura del desamparo en el ordenamiento jurídico aragonés, inspirándose, ciertamente, en la norma estatal, pero con peculiaridades que la distinguen y le dan personalidad propia. La norma aragonesa establece que cuando un menor está de hecho desasistido, la Administración efectuará una declaración de desamparo y asumirá, *ministerio legis*, su tutela automática o, en su caso, su guarda. El recurso al desamparo y a la tutela administrativa ha crecido en los últimos años en Aragón, pero plantea problemas jurídicos de aplicación. A la detección y análisis de tales problemas jurídicos está dedicado el presente trabajo, en el que se sugieren propuestas hermenéuticas y *de lege ferenda* para mejorar las normas y su aplicación.

Palabras clave: Protección de menores, relaciones tutelares, delación legal, desamparo.

ABSTRACT

The Aragonese legislator has introduced the concept of abandonment into the Aragonese legal system, indeed, taking into account the Spanish

* El trabajo se ha realizado en el marco del Grupo consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae» (S-67), cuyo investigador principal es el Dr. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

rule, but incorporating a number of peculiarities that make the law unique and gives it its own legal personality. The Aragonese rule establishes that, when a child is *de facto* neglected, the Administration will make a declaration of abandonment and will automatically assume, *ministerio legis*, his or her guardianship, or, when appropriate, his or her 'guarda'. Resorting to abandonment and administrative guardianship has spread over the last few years in Aragon, but it presents various legal implementation problems. This work is devoted to detecting and analyzing such problems for which we suggest a number of hermeneutic and *lege ferenda* proposals to improve the rules and their application.

Keywords: Protection of children, guardianship, legal call, abandonment.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. DECLARACIÓN DE DESAMPARO EN EL MOMENTO DEL NACIMIENTO. 3. FALTA DE CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO DEL PROGENITOR Y DESAMPARO. 4. ¿PLAZO DE DOS AÑOS PARA QUE LOS PADRES RECUPEREN AL MENOR? 5. LA CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN CASO DE IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN RELACIÓN CON LA REINSERCIÓN EN SU FAMILIA. 6. DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y EXCLUSIÓN DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES PARA LA ADOPCIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El legislador aragonés ha dado respuesta, como lo hizo previamente el legislador estatal, a los problemas de eficacia real que los instrumentos nucleares y tradicionales de protección del menor pueden presentar, mediante la configuración de un modelo tuitivo funcional que gira en torno al desamparo.

En el ámbito estatal, el Código civil regula un conjunto de instituciones, previstas con carácter general para atender a cualquier menor y relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad, que constituyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor: patria potestad, asistencia paterna, tutela, curatela, defensor judicial. Dada la protección institu-

cional que otorga este conjunto al menor, que siempre queda sometido a una institución tuitiva legal, puede atribuírsele la denominación de modelo institucional¹. Ahora bien, que el menor siempre esté bajo el amparo de una institución protectora no implica que esté siempre protegido de hecho: a pesar de la protección institucional o teórica, puede no gozar de protección efectiva o real, es decir, puede estar desamparado. En 1987, el legislador se percató de esta realidad y dio solución a ello con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó el Código civil, configurando unos mecanismos funcionales que actúan cuando existe esa desprotección real. En la configuración de estos mecanismos incidió después la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –LOPJM–.

Así, el Código civil regula la situación de desamparo del menor para los supuestos en que el menor carezca de hecho de la necesaria asistencia material o moral –art. 172.1 Cc–. Y en torno al desamparo crea dos mecanismos calificados como funcionales² al dar solución real a la desprotección: la guarda administrativa, que podrá constituirse cuando se prevea un desamparo futuro, precisamente, para evitarlo –art. 172.2 Cc–; y la tutela administrativa, que será asumida por ministerio de la ley cuando el desamparo haya sido ya declarado –172.1 Cc–. En ambos casos, la Administración asume la guarda del menor. En el primer caso: solo la guarda; y en el segundo caso: la guarda entre otras cosas, como contenido de la tutela. El acogimiento se presenta como el modo de ejercer esa guarda –art. 172.3 Cc–.

El legislador aragonés reaccionó también –como anticipaba– ante la problemática que puede generar una eventual falta de protección real del menor. Un menor en Aragón puede estar bajo el amparo institucional de la autoridad familiar de sus padres o, en defecto de ésta, de la de sus abuelos, hermanos mayores o cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, o, en defecto de lo anterior, de su tutor, pero puede –de forma anómala– no estar protegido de hecho y necesitar asistencia con urgencia.

Primero se dio respuesta a esta situación mediante la aplicación de las normas del Código civil: el legislador de 1989 se propuso hacer «posible la aplicación de las novedades introducidas por la Ley modificatoria del Código civil» mediante la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores, que –como la propia Exposición de Motivos apunta– es «el resultado de esa necesidad». Con ese objetivo, el art. 1.2 de la ley estableció: «se encuentran en situa-

¹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», *A.D.C.*, octubre-diciembre 1992, pp. 1463 y ss. Fue MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ –ibídem– quien calificó por primera vez a estas medidas tuitivas del menor como *institucionales*.

² La calificación de *funcionales* de tales medidas tiene, asimismo, su origen en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, loc.cit.

ción de desamparo los menores en quienes concurren las circunstancias reguladas en el Código Civil», y el art. 7 dispuso: «la Comunidad Autónoma de Aragón asume, por ministerio de la ley, la tutela de los menores en situación de desamparo», sin introducir una regulación propia de tales instituciones. Únicamente el art. 7 indicaba que reglamentariamente se regularía el procedimiento para declarar la existencia de desamparo. Tal regulación corrió a cargo del Decreto 79/1995, de 18 de abril, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989, actualmente derogado³.

Más tarde, con la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, el legislador optó por llevar a cabo ya una regulación propia de la materia⁴, a la que dedica por completo el Título III de la ley.

Después, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, sin derogar la anterior ley, incidió en la regulación de estas instituciones reconociendo –en el Preámbulo– que «por razones sistemáticas», había «reiteraciones de preceptos de la citada Ley». Como novedad, puede resaltarse que amplió la regulación del modelo funcional también a «los incapacitados» de forma pionera y –hasta el momento– única en las legislaciones autonómicas⁵.

Como se sabe, el contenido de la Ley de Derecho de la Persona ha quedado refundido en el Código del Derecho Foral de Aragón –Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo– (en adelante, CDFa o Código del Derecho Foral). En concreto, el desamparo y el modelo funcional de protección han pasado al Título III del Código, que lleva por rúbrica «De las relaciones tutelares».

En 2008 se dictó el Decreto 190/2008, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, que tiene por objeto desarrollar el citado Título III de la Ley de 2001 y que incide, como se verá, en el concepto de desamparo.

Esta regulación aragonesa del modelo funcional gira también en torno a la desprotección real del menor o incapacitado, es decir, en torno al desamparo. Cuando la Administración aprecia una situación de desamparo asume, por ministerio de la ley, la tutela, salvo que tal situación se deba a fuerza mayor de carácter transitorio, en cuyo caso solo ejercerá la guarda –arts. 59 y ss de la Ley 12/2001 y arts. 102, 118, 119 CDFa–. A diferencia de la regula-

³ Sobre esta ley de 1989, puede verse SERRANO GARCÍA, J.A., «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, julio-diciembre 1991, pp. 13 y ss.

⁴ Sobre la competencia del legislador aragonés para ello, *vid.* –ampliamente– MAYOR DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, pp. 41 y ss.

⁵ Sobre ello, *vid.* MAYOR DEL HOYO, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 34 y ss.

ción estatal, la normativa aragonesa abre la puerta con el desamparo, bien a la tutela automática, bien a la guarda. También puede la Administración asumir solo la guarda cuando así lo soliciten los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar o cuando así lo acuerde el juez –art. 64 de la Ley 12/2001 y art. 160 CDFA–.

Los supuestos de desamparo y tutela administrativa de menores en Aragón han aumentado en los últimos años⁶, manteniéndose últimamente unas cifras que giran en torno a las casi 300 (a veces más) nuevas declaraciones de desamparo al año y a los más de 400 menores bajo tutela administrativa cada año⁷. Consecuentemente, también la jurisprudencia de Audiencias Provinciales y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha aumentado. El mayor número de sentencias permite observar los problemas prácticos de aplicación de las normas y las prácticas habituales de la Comunidad Autónoma en la materia, que en algunos casos son susceptibles de mejora y en otros relevan una necesidad de modificación de la propia ley. Al estudio de tales problemas dedicaremos el presente trabajo.

2. DECLARACIÓN DE DESAMPARO EN EL MOMENTO DEL NACIMIENTO

Algunas sentencias recientes ponen de manifiesto una práctica de la Comunidad Autónoma de Aragón que consiste en declarar en desamparo a un menor en el momento mismo del nacimiento. Cabe citar, por ejemplo, las sentencias del TSJ de Aragón de 4 de enero de 2010, de 5 de abril de 2011 y de 4 de diciembre de 2012.

Las dos primeras resuelven sendos recursos relativos al mismo supuesto de hecho: Dña. Luz, diagnosticada de inteligencia límite e hipoacusia severa de origen degenerativo (con una minusvalía reconocida del 66%) y divorciada en mayo de 2007, da a luz un hijo el 9 de septiembre de 2007, que le es retirado

⁶ Sin embargo, el desamparo y la tutela administrativa de los incapacitados todavía no se ha puesto en marcha en la práctica, a pesar de la regulación legal, debido, entre otras cosas, a la falta de previsiones para su aplicación.

⁷ Así, según datos del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t25/a072/a02/10/&file=c70002.px&type=pcaxis&L=0>) y del Ministerio del Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (*Estadística Básica de medidas de protección a la infancia*, Boletín núm. 14, Observatorio de la Infancia, 2013, pp. 44 a 46), si en 2001 se producían en Aragón 111 altas, en 2002 se producían 81 y en 2003 72, en 2009 se declaraban casi 290 nuevos desamparos y la Comunidad Autónoma tenía un total de 434 menores bajo tutela administrativa, en 2011 se declaraban 280 nuevos desamparos y la Comunidad Autónoma tenía un total de 414 menores bajo tutela administrativa.

nada más nacer. Desde ese mismo momento la Diputación General de Aragón –en adelante, D.G.A.– declara el desamparo del menor y asume su tutela con base en informes anteriores al nacimiento (de 25 de junio de 2007, 26 de junio de 2007, 27 de julio de 2007, etc.). En tales informes se pone de manifiesto que la situación de la madre antes del parto la convertía en incapaz de cuidar a su hijo no solo por su minusvalía sino también por el resto de circunstancias que la rodeaban: carecía de ingresos suficientes (cobraba una pensión de 300 euros al mes y sus trabajos eran muy esporádicos, con bajas voluntarias tras pocos días de trabajo), presentaba escasa estabilidad emocional, carecía de apoyos familiares y no aceptaba los apoyos sociales que se le habían ofrecido. La primera sentencia citada, de 4 de enero de 2010, resuelve el recurso de casación interpuesto por Dña. Luz contra la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 23 de junio de 2009, que trae causa de la oposición a la resolución de la Administración ante el correspondiente Juzgado de 1^a Instancia. Y la segunda sentencia, de 5 de abril de 2011, resuelve el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 23 de septiembre de 2010, dimanante de autos seguidos ante el correspondiente Juzgado de 1^a Instancia, reclamando necesidad de asentimiento para la adopción de su hijo.

La tercera sentencia citada del TSJ de Aragón, de 4 de diciembre de 2012, resuelve el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 19 de junio de 2012, que trae causa de una demanda de oposición a la resolución administrativa de desamparo ante el correspondiente Juzgado de 1^a Instancia. De los hechos, menos explícitos que en el supuesto anterior, se infiere que la D.G.A. nuevamente declara en desamparo al menor desde el momento de su nacimiento.

El interés de esta forma de actuar reside en la dificultad de encajarla en el concepto legal de desamparo que gira en torno a su consideración como situación de hecho. Dicho concepto está regulado de forma reiterada en distintos lugares del ordenamiento aragonés. Así, la Ley 12/2001 establece en el art. 59 que «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 y material». Definición reproducida en los mismos términos en el art. 28 del Decreto 190/2008 –ya citado–. Y posteriormente también asumida por el Código del Derecho Foral de Aragón, que la reproduce en el art. 118 –antes, art. 104 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona–, ampliándola también a los incapacitados. El concepto ha sido tomado del Código civil, que en el art. 172.1.2 define de esta manera la situación de desamparo. La Ley 12/2001, tras regular el concepto en el modo indicado, da un paso más e introduce un listado abierto, a modo de ejemplo, de circunstancias incluidas en tal concepto. Listado que, con algún retoque, reproduce también el Decreto 190/2008, y en el que no

nos vamos a detener por carecer de importancia a los efectos que nos interesan⁸. Únicamente señalaré en relación con ello que el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, de 4 de noviembre de 2013, propone incluir también en la legislación estatal un listado de circunstancias que determinen la situación de desamparo, mediante la modificación del art. 18 de la LOPJM.

A partir del concepto legal de desamparo, pueden realizarse algunas observaciones:

- i) El desamparo es una situación «de hecho»⁹. Lo importante para el legislador es que, aun habiendo una medida legal de guarda que da cobijo institucional o teórico al menor, este puede estar «de hecho» desasistido y es entonces cuando se considera que está desamparado. Podemos decir por ello que el desamparo es la puerta de la protección funcional.
- ii) El desamparo procede de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores. La doctrina ha venido considerando que tales deberes de protección establecidos para la guarda de los menores son los inherentes a la patria potestad, en Aragón autoridad familiar, y a la tutela¹⁰.
- iii) Las causas que motivan esa falta de ejercicio o ejercicio deficiente de tales deberes son indiferentes. Se habla de «incumplimiento»¹¹ o de «imposibilidad». De manera que no importa si la falta de ejercicio o el ejercicio deficiente obedece o no a culpa. No se excluyen los casos de desasistencia a causa de fuerza mayor de carácter transitorio. Puede hallarse en situación de desamparo un menor desatendido por enfermedad de su guarda-

⁸ Este listado ha recibido alguna crítica de la doctrina. MURILLO JASO, por ejemplo, lo califica de poco afortunado e innecesario. *Vid.* MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003, p. 275.

⁹ MARTÍN OSANTE destaca este aspecto del desamparo en la legislación aragonesa señalando que se trata del «elemento más característico» del mismo. *Cfr.* MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», en *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* –noviembre de 2007–, Zaragoza, 2008, p. 113.

¹⁰ *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1989, p. 35; LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 49; IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, pp. 169 y ss. Aunque tales consideraciones han sido realizadas en relación con el concepto de desamparo del art. 172 Cc, son predicables también del concepto regulado en la normativa aragonesa en cuanto que, como se ha señalado, es el mismo.

¹¹ El término «incumplimiento» parece que podría llevar implícito el matiz de «incumplimiento culposo» al contraponerlo a «imposibilidad».

dor. Ahora bien, a diferencia de la normativa estatal, la ley aragonesa, más allá del concepto general de desamparo, y al margen del mismo¹², atribuye distintas consecuencias a los citados supuestos de desamparo a causa de fuerza mayor de carácter transitorio. La Ley 13/2006 introdujo como novedad que en tales casos la entidad pública asumiría solo la guarda. Novedad recogida hoy en el Código del Derecho Foral –art. 119–. Podemos hablar por tanto de un concepto objetivo de desamparo pero atenuado, dada la diferenciación gradual de las consecuencias según la causa: tutela o guarda¹³.

- iv) Es preciso que esa falta de ejercicio o ejercicio deficiente de las funciones de guarda produzcan un resultado específico: la desatención moral o material del menor. Sin esto, no hay desamparo. Si los padres u otras personas con autoridad familiar o los tutores no ejercen sus deberes pero se encarga del menor otra persona o está ingresado en un internado: el menor no está privado de la necesaria asistencia, por tanto, no hay desamparo. Habrá una guarda de hecho que lo ha impedido.

En relación con este requisito del resultado específico de desatención, conviene señalar que la Ley 13/2006 introdujo una aclaración que incide en el mismo: así, en el art. 104, en el que se regulaba el concepto de desamparo, estableció que «la mera situación de riesgo no constituye desamparo». Regulación recogida en el CFDA, en concreto en el art. 118. De manera que hay que concluir que no basta con que haya riesgo de desasistencia sino que debe existir, de hecho, la desatención moral o material en cuestión para que pueda haber una resolución declarativa de desamparo. En esta línea, el mismo precepto –art. 118, antes 104 de la Ley de 2006– añade que «la situación de desamparo se interpretará de forma restrictiva».

La «necesaria asistencia moral o material» constituye un concepto jurídico indeterminado que remite a un cierto estándar de trato de los menores que socialmente se considera adecuado e imprescindible para su desarrollo personal, a cuya concreción pretende ayudar el ya mencionado listado de circunstancias regulado en la Ley 12/2001 –art. 59–.

¹² Nótese que lo hace en el precepto que regula la consecuencia jurídica de la situación de desamparo: art. 105 de la Ley 13/2006, bajo la rúbrica «asunción de funciones tutelares», recogido después en el art. 119 del CFDA.

¹³ La regulación italiana, que actuó de inspiración del legislador español, excluyó del concepto de desamparo a los casos de desprotección debidos a causa de fuerza mayor de carácter transitoria: art. 8 de la Legge 4 maggio 1983, n. 184. El legislador estatal español se separó de esta regulación, pero el actual legislador aragonés, como vemos, si bien no excluye del concepto de desamparo esas situaciones, sí les atribuye consecuencias suavizadas.

A la vista del concepto legal de desamparo sucintamente analizado, se trata de determinar –como anticipaba– si la aludida práctica de declarar en desamparo al menor que acaba de nacer se ajusta o encaja en tal concepto.

Al respecto, la madre del primer supuesto de hecho descrito, Dña. Luz, ya alegó en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que desestimaba la impugnación de los acuerdos de la D.G.A. que no se le había «dado nunca la oportunidad de cuidar a su hijo» –Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 23 de junio de 2009–. Y después en el recurso de casación indica que «no se da la circunstancia de desamparo en los términos previstos en el art. 59 [...] porque no se ha acreditado el incumplimiento, ni la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones» –Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del TSJ de 4 de enero de 2010–.

En el escrito de oposición formulado por el Ministerio Fiscal con ocasión de ese recurso de casación, este, tras una exposición de los requisitos que deben cumplirse para acordar el desamparo (incumplimiento de los deberes de protección, efectiva privación de la asistencia al menor y nexo causal entre el incumplimiento y la efectiva privación de asistencia), concluye que es razonable establecer que el menor se encuentra incurso en la causa general de desamparo del art. 59.1 de la Ley 12/2001 y en los supuestos específicos de desamparo de las letras a) y e) del citado artículo –*vid.* el Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia–.

El Tribunal Superior de Justicia –en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia en cuestión– alude «al problema teórico insinuado acerca de la posibilidad de adoptar decisiones, como las del presente supuesto, que mediante la declaración de desamparo llevan de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuencias de la tutela administrativa y acogimiento preadoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a la separación del niño del medio familiar». Continúa observando que los preceptos legales «parecen exigir un incumplimiento efectivo del ejercicio de los deberes de protección, lo que supondría que se había tenido ocasión de ejercer tales deberes, algo imposible si el niño todavía no había nacido». Sin embargo, después da un giro basándose en dos preceptos: los art. 58 y 59 de la Ley de 2001. Indica que el primero impone a los padres la obligación de colaborar en la ejecución de las medidas de protección indicadas en la situación de riesgo, de manera que la negativa puede llevar a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor; y que el segundo considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa de incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes. De donde deduce «que se pueden evaluar previsible situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento», añadiendo que «en el presente supuesto así se deduce claramente de

los informes [...] que ponen de manifiesto que la situación de la madre antes del parto la hacía incapaz de cuidar a su hijo».

A pesar de lo manifestado por el Fiscal y de la decisión adoptada por el Tribunal, me inclino por considerar que esa práctica de la D.G.A. de declarar en desamparo al nacer resulta de difícil encaje en la actual regulación de la figura. Ni la lógica y razón del sistema, ni el concepto legal actual de desamparo permiten la admisión de tal declaración «sin chirriar».

En cuanto a la lógica del sistema, la autoridad familiar de los padres es la institución de protección del menor por excelencia. La ley la atribuye a los padres de forma automática por el mero hecho de existir un vínculo de filiación, positivizando lo que el derecho natural establece –art. 63 CDFR–. Solo la excluye en supuestos extremos delimitados en la ley –art. 61 CDFR–. El ejercicio de dicha autoridad está sometido en ocasiones a la intervención y vigilancia judicial en atención al interés prioritario del hijo. Y existe también la posibilidad de que intervenga la Administración. Como ya se ha expuesto, la existencia de la autoridad familiar otorga al menor protección, pero en ocasiones tal protección puede ser solo teórica puesto que puede ocurrir que de hecho esté desprotegido. Es en tales casos, en los que de hecho existe desprotección real y efectiva, en los que la ley legitima una intervención de la Administración que incide en la autoridad familiar. Para tales supuestos se articula, efectivamente, el modelo funcional –llamado así porque responde a una necesidad real de protección–, con la tutela o guarda administrativas, al que abre la puerta el desamparo. La asunción de la tutela aparejada al desamparo supone la suspensión de la autoridad familiar.

Y en coherencia con esa lógica, ya hemos visto que la ley establece, al dar el concepto general de desamparo, que se trata de una situación «de hecho» y que, por tanto, para que este exista es necesario que haya una falta de ejercicio o un ejercicio deficiente de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores (autoridad familiar o tutela) y que ello produzca el resultado específico de desatención moral o material del menor. El incumplimiento y la consiguiente desasistencia tiene que haberse producido de hecho. La propia ley, como hemos visto, establece que el mero riesgo de desasistencia no es desamparo.

Pues bien, podemos decir que en el supuesto objeto de estudio, ciertamente, la madre no tuvo posibilidad de incumplir los deberes inherentes a la autoridad familiar que la ley le atribuyó, ni existió posibilidad de que el menor llegará a estar efectivamente desasistido moral o materialmente, porque el hijo fue retirado a un centro en el momento de nacer. El propio Tribunal Superior de Justicia así lo reconoce en el Fundamento de Derecho ya citado. En realidad, solo hubo riesgo, dadas las circunstancias de la madre, de que ello ocurriera. Y el riesgo, como la propia ley establece, no es desamparo. El desamparo no tiene

como función prevenir, sino solucionar. La ley legitima la injerencia de la Administración en la autoridad familiar en los casos en que haya desasistencia real, efectiva, producida. Nótese que lo contrario resultaría de dudosa aceptación desde el punto de vista del derecho natural. Por todo ello, podemos considerar que la Administración se excedió en su intervención e injerencia en la autoridad familiar, que quedó suspendida. No nos detendremos ahora en la repercusión todavía mayor que tuvo tal intervención al excluirse después la necesidad de su asentimiento para la adopción por existir desamparo, quedando afectada no solo su autoridad familiar, sino también el vínculo de filiación. Sobre ello se tratará más adelante¹⁴. Y no solo la Administración se excedió, sino que además posteriormente, el Tribunal llevó a cabo una interpretación forzada de las normas.

Respecto a los argumentos esgrimidos por el Tribunal, el recurso al art. 59.1, que regula el concepto general de desamparo, no fue acertado porque, como vemos, la situación choca frontalmente con lo previsto en la ley. Ni tampoco encaja la situación del caso en el supuesto de hecho de las circunstancias concretas previstas en las letras a) y e), mencionadas también en la sentencia. Nótese que la letra a) se refiere al incumplimiento de los deberes de protección, que, como se ha indicado, no ha llegado a existir; y la letra e) se refiere a la «falta de atención adecuada», que tampoco ha llegado a existir. Solo hubo riesgo de tal incumplimiento y de tal falta de asistencia.

Por otro lado, tampoco fue acertado el recurso al art. 58 de la Ley 12/2001 por parte del Tribunal. Tal precepto establece, dentro del capítulo dedicado a las situaciones de riesgo, que «los padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar están obligados a colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas de protección indicadas en la resolución de riesgo. La negativa a la colaboración podrá dar luz a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor». Y no fue acertado porque no se da el supuesto de hecho del precepto. El supuesto de hecho es: 1) que haya una resolución administrativa de riesgo; 2) que en esa resolución se hayan establecido unas medidas de protección; y 3) que los padres no colaboren en la ejecución de tales medidas. En el caso en cuestión: 1) ni hubo resolución de riesgo; 2) ni, por tanto, medidas de protección acordadas; 3) ni, por consiguiente, posibilidad de no colaborar con ellas. Por otro lado, aunque se hubieran dado tales circunstancias, se podría llegar a la situación de desamparo solo en caso de que se diese el supuesto de hecho que la ley prevé. En tal sentido, el propio art. 58 aclara que se podrá dar lugar a la declaración de desamparo «si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo», es decir, si evoluciona de tal manera que se llega a un desamparo.

¹⁴ Vid. el epígrafe 6.

Quizás lo correcto hubiese sido, precisamente, en lugar de efectuar una declaración de desamparo, hacer una declaración de riesgo, prevista en el art. 56 de la Ley 12/2001, y esperar a ver cómo evolucionaba la situación.

Todo ello puede llevar a pensar que el concepto general de desamparo establecido en la ley, basado en la desprotección real, es frágil. La práctica de la entidad pública y la jurisprudencia, en casos como el presente, así lo demuestra. Lo cual resulta peligroso desde el punto de vista del respeto a la autoridad familiar. Pero es que además la propia ley puede llegar a contribuir a dicha fragilidad, quizás de forma inconsciente o no medida, al incluir regulaciones contradictorias. Obsérvese que cuando el art. 59.2 de la Ley 12/2001 ofrece el listado de circunstancias que pueden considerarse como desamparo incluye alguna que choca con el concepto general del mismo que se da en el primer párrafo del mismo precepto. Así, la letra f) establece que habrá desamparo «cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo». En ese caso, se daría el requisito de incumplimiento de los deberes en tanto que los responsables de los mismos se negarían a su cumplimiento, pero no se daría el requisito de «cuando éstos –los menores– queden privados de la necesaria asistencia moral o material» porque la misma se la está prestando la Administración. Sería deseable una mayor coherencia y unidad de la normativa, que ha de estar presente en cualquier norma de forma natural, pero que además en este caso concreto ayudaría a fortalecer el concepto previo que la propia ley introduce atendiendo a un diseño sistemático de la institución.

Quizás, buscando una explicación o razón de ser de la actuación de la entidad pública aragonesa y de la sentencia citada, podría pensarse que los operadores han ido más allá del concepto general de desamparo (incurriendo –como se ha indicado– en contradicción con el mismo) con la intención de atender a un supuesto, previsto en otros ordenamientos, pero no en la normativa aragonesa: se trata del difuso desamparo del *nasciturus*. Algunas Comunidades Autónomas han previsto la declaración de desamparo del *nasciturus* y la adopción de las consiguientes medidas tuitivas, sin precisar, sin embargo, cuáles son estas. La letra de las leyes no permite siempre dilucidar con claridad qué consecuencias tiene la declaración del desamparo del *nasciturus*: unos efectos *ex nunc*, con la consiguiente adopción de medidas para proteger al *nasciturus*, o unos efectos que se difieren al momento del nacimiento, momento en el cual comenzarían a actuar las medidas de protección ya previstas.

La Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia¹⁵, considera en su art. 105.2c como situa-

¹⁵ Yantes el art. 2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y de la adopción –actualmente derogada–.

ción de desamparo «los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal», entendiéndose por maltrato prenatal «la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación». Y admite en el art. 110.4 la «declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido», aclarando que «en el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido»¹⁶.

La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, establece en su art. 32.4 que «la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo»¹⁷.

Por su parte, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia del País Vasco, que no establece el desamparo del *nasciturus*, sí se refiere con claridad a la adopción de medidas para proteger al *nasciturus* hasta el momento del nacimiento, aunque no determina cuáles son. Establece en su art. 52.2 que «cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

En el supuesto de autos realmente no existió el maltrato prenatal que establece la ley catalana como supuesto de hecho del desamparo del *nasciturus*, sino únicamente la sospecha de que, dadas las condiciones de vida de la madre, el menor pudiera llegar a estar desasistido. Quizás, más en la línea de la ley riojana, en el caso en cuestión se busca dar solución a esa sospecha: recuérdese que la citada ley se refiere a «cuando se prevea claramente que el concebido, cuando

¹⁶ La jurisprudencia ha confirmado alguna resolución administrativa en la que se aprecia la situación de desamparo de un *nasciturus* y la asunción automática por parte de la entidad pública competente de las funciones tutelares respecto de aquel (del *nasciturus*): Sentencia núm. 313/2005, de 8 de septiembre, de la AP de Girona.

¹⁷ En la misma línea iba la Ley riojana 4/1998, de 18 de marzo, del menor –actualmente derogada–, en los arts. 3 y 45.

nazca, se encontrará en situación de desamparo» y que en la sentencia se alude por el propio Tribunal «al problema teórico insinuado acerca de la posibilidad de adoptar decisiones, como las del presente supuesto, que mediante la declaración de desamparo llevan de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuencias de la tutela administrativa y acogimiento preadoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a la separación del niño del medio familiar». El problema es que esta situación de desamparo, que, por exceder de los límites normales del concepto general de desamparo, constituye una modalidad del mismo, no está regulada en Derecho aragonés, como ya he anticipado. De manera que aplicarla supone incurrir en contradicción con la propia norma.

Sería deseable que, de considerarse oportuno, el legislador aragonés introdujera su regulación, pero sin incurrir en las vaguedades de otros legisladores autonómicos. Para ello convendría que delimitase de forma clara el supuesto de hecho que daría lugar a esa situación de desamparo, el momento a partir del cual surtiría efectos (*ex nunc* o *ex tunc*) y cuáles serían esos efectos concretos. Esta modalidad estaría basada no en la desasistencia como consecuencia del incumplimiento de deberes inherentes a la autoridad familiar o la tutela, sino: bien en el riesgo de tal desasistencia, en cuyo caso quizás sería más propio reconducirlo por la línea de la declaración de riesgo; bien en la desasistencia como consecuencia del incumplimiento de los deberes que derivan directamente de la relación de filiación antes del nacimiento, según se diseñase. De tales deberes, más allá del derecho natural, se hace eco el Código del Derecho Foral al regular en el art. 62 el deber del padre a contribuir equitativamente a los gastos de embarazo y parto.

Nótese que el legislador estatal en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, de 4 de noviembre de 2013, siguiendo la línea de las legislaciones autonómicas apuntadas, centra su atención en el periodo previo al nacimiento, pero –a mi juicio– de forma coherente, sin prever una declaración de desamparo, sino simplemente una situación de riesgo prenatal, como proponía *supra*: así, establece que ese riesgo prenatal existirá cuando la madre gestante no cuide su físico o ingiera drogas, y en tal caso dispone que se adoptarán medidas de prevención para evitar en el futuro (tras el nacimiento) una declaración de riesgo ordinaria o de desamparo y que se mantendrá el seguimiento tras el nacimiento, entiendo que para que, de darse, en un determinado momento, las correspondientes circunstancias concordantes con los supuestos de hecho de las situaciones de riesgo o desamparo, pueda actuarse. Así, en concreto, establece el art. 17.9 del Anteproyecto que «la Administración pública competente para la declaración de la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual

declaración de la situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la Administración Pública competente. Tras el nacimiento se mantendrá el seguimiento del menor y de su unidad familiar». Quizás esta propuesta comprendida en el Anteproyecto sería una buena base para inspirar al legislador aragonés.

Con la regulación de la cuestión se completaría el diseño del sistema y se evitarían actuaciones e interpretaciones de la ley forzadas e, incluso, contradictorias, como las que se han analizado.

3. FALTA DE CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO DEL PROGENITOR Y DESAMPARO

Los hechos que dan lugar a las dos sentencias del TSJ de Aragón, de 4 de enero de 2010 y de 5 de abril de 2011, citadas en el apartado anterior, y a otras de la A.P. de Zaragoza, como la de 2 de mayo de 2012, dan pie para reflexionar sobre la relación entre la falta de capacidad de autogobierno del progenitor y el desamparo.

Recuerdo que en el caso aludido en el epígrafe anterior, Dña. Luz, la madre, había sido diagnosticada de inteligencia límite e hipoacusia severa de origen degenerativo (con una minusvalía reconocida del 66%) y en la oposición a la resolución administrativa declarativa de desamparo alega que «la minusvalía que padece no la incapacita para hacerse cargo de su hijo ni constituye una situación de riesgo». La Audiencia Provincial de Zaragoza en la sentencia recurrida por Dña. Luz (de 23 de junio de 2009) afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto que «es evidente que una simple minusvalía no incapacita radicalmente a quien la padece para ejercer la función de padres». Reconoce que la minusvalía fue un factor que se tuvo en cuenta por la D.G.A. a los efectos de declarar en desamparo al hijo, pero no el único: «no sólo pesó su particular minusvalía, sino, y además, su inestabilidad emocional, su falta de aptitudes para cuidar a un niño, y sus medios y modos de vida (folios 98 y ss. de las actuaciones) dado que al tiempo del parto convivía con su pareja (anteriormente tuvo otra) en una casa sin agua ni luz, rechazando apoyos».

En el caso de la sentencia de la A.P. de 2 de mayo de 2012, también se había declarado en desamparo al hijo de una mujer, Dña. Graciela, que sufría retraso

mental. En la sentencia se explica que el informe psicosocial indica que «desde una edad temprana, sufre retraso mental de grado moderado y [...] le ha sido reconocido un grado de minusvalía del 45%» y que su entorno familiar «está caracterizado por la inestabilidad personal, social, laboral y económica», así como que «carece de capacidades y habilidades para poder llevar una vida autónoma en condiciones de normalidad y tiene dificultades para poder asegurar su propio bienestar, por lo que se considera que posee escasas expectativas para que pueda asumir y afrontar de manera adecuada la protección y cuidado de su hija».

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ha supuesto un hito importante en el tratamiento de la discapacidad en cuanto que ha creado una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad en general. Su propósito, como el propio art. 1 indica, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiéndose por personas con discapacidad las que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales». Este propósito general se va concretando a lo largo del articulado en los distintos aspectos de las personas con discapacidad. Así, por lo que se refiere al prisma familiar, el art. 23.1 establece que «los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás». Y en concreto en el párrafo segundo del art. 23 se establece que «los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños e instituciones similares; en todos los supuestos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos». En esa línea, el párrafo cuarto del mismo precepto concluye con rotundidad que «en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos». Ello habrá que interpretarlo –entendiendo– en relación con la excepción que previamente dispone en los casos en que «las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño».

La Convención fue ratificada por España y publicada en el BOE –21 abril 2008–, de manera que forma parte del ordenamiento interno y además nuestras normas deberán hacer efectivos los derechos que la Convención proclama.

La regulación del Derecho común se aleja bastante de los principios inspirados por la Convención. Así, el Código civil se refiere en el art. 156.4 a que «en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro», sin mayor concreción ni distinción y empleando el término incapacidad de forma extensa e imprecisa. Y el art. 157 únicamente se refiere a la posibilidad de ejercicio de la patria potestad, con la correspondiente asistencia, por parte de los menores emancipados, echándose en falta la mención a las personas con capacidad de obrar modificada.

El legislador aragonés está un poco más cercano a esos principios de la Convención, aunque con algún matiz, y con posibilidades de mejorar, como vamos a ver. El Código del Derecho Foral prevé la suspensión (que no la privación) de la autoridad familiar mientras dure la incapacitación del titular –art. 91–. La posibilidad de suspensión parece una opción que podría quedar enmarcada sin contradicción en los párrafos segundo y cuarto del art. 23 de la Convención –que dibujan las correspondientes excepciones en atención al interés superior del niño–, pero siempre y cuando la suspensión no sea considerada como la opción primera o general y la no suspensión como la excepción, como hace la norma aragonesa. Nótese que el art. 91 establece que la autoridad familiar quedará en suspenso mientras dure la incapacitación, «a no ser que la sentencia haya dispuesto de otro modo». Lo coherente con la defensa del ejercicio de los deberes-facultades de guarda de los hijos por parte de las personas con discapacidad y la no separación por sistema de padres e hijos por razones de discapacidad, salvo en casos excepcionales –en interés del hijo–, que proclama la Convención, es el mantenimiento como regla general de la autoridad familiar de padres con discapacidad, salvo que la sentencia que modifique su capacidad de obrar disponga, en atención al bien del hijo menor, lo contrario, es decir, la suspensión. Quizás, de cara a una posible adaptación a la Convención, podría modificarse este extremo.

Para los casos en los que la sentencia no haya suspendido la autoridad familiar, el art. 73 del Código del Derecho Foral establece que el progenitor incapacitado la ejercerá con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial. La norma aragonesa amplía de este modo a los padres con capacidad de obrar modificada lo previsto previamente para los padres menores no emancipados, corrigiendo la laguna que el Código civil presenta a este respecto, como ya se ha puesto de relieve, y cumpliendo las previsiones de la Convención de facilitar el ejercicio de las potestades familiares.

El art. 59. 2 e) de la Ley 12/2001, anterior a la Convención, deberá ser interpretado de forma sistemática y coherente con estos dos preceptos citados –arts. 91 y 73– del Código del Derecho Foral y con la propia Convención. Este art. 59, que, como sabemos, regula el desamparo, establece en el citado apartado e) del párrafo segundo que existirá desamparo «cuando la drogadicción habitual o

cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos». Esta regulación, criticada por la doctrina¹⁸, nunca puede interpretarse en el sentido de que la mera presencia de un problema físico, psíquico o social lleve aparejada inexorablemente una declaración de desamparo. En caso de que se dé la circunstancia extrema de que un problema de este tipo impida a un progenitor la adecuada atención al hijo, la consecuencia jurídica coherente con la Convención, con los arts. 91 y 73 del Código del Derecho Foral y, en último extremo, con el respecto a los derechos y libertades de las personas con discapacidad, no es una declaración de desamparo, sino el ejercicio de la autoridad familiar con la correspondiente asistencia o, en su caso, la suspensión de la autoridad familiar y el consiguiente ejercicio de la misma por el otro progenitor o, si ello no es posible, la adopción vía judicial de las medidas de guarda y protección a cargo de otra persona designada por el juez –art. 92.2 y 3 CDFA–. Solo en el supuesto de que ese impedimento llegue a suponer un incumplimiento que desemboque en la desasistencia real y efectiva del menor (y sin, por tanto, asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas –arts. 86 y ss CDFA) que haga necesaria una intervención urgente que le ofrezca protección inmediata y real y se dé, por tanto, el supuesto de hecho configurador del desamparo, podría efectuarse una declaración de desamparo. En este sentido, no podemos pensar que, en una interpretación desproporcionada de la Convención, la mera presencia de una discapacidad excluya la posible declaración de desamparo si se dan las circunstancias que lo originan, en tanto que sería discriminatorio para los progenitores sin discapacidad y, sobre todo, iría en contra del interés del menor. La propia Convención establece, como se ha visto, la posibilidad de tal separación en interés del hijo –art. 23.2 y 4–.

En el primer supuesto indicado *supra*, la madre tiene un problema intelectual –inteligencia límite– y un problema físico –la hipoacusia–, con una minusvalía reconocida del 66%, pero su capacidad de obrar no ha sido modificada por sentencia judicial. De manera que es una persona con plena capacidad de obrar, dada la presunción general de capacidad que establece el Código del Derecho Foral en el art. 34. En caso de que, a pesar de no existir sentencia de modificación de la capacidad, Dña. Luz tuviese afectada su capacidad de autogobierno nos encontraríamos ante una incapaz natural. El propio Código del Derecho

¹⁸ GARCÍA CANTERO duda de que el redactor del art. 59 haya «estado acertado al describir alguno de los supuestos de situaciones de desamparo». Refiriéndose al apartado e), indica que «hay riesgo de que el funcionario encargado del expediente de abandono *presuma* que una invidente o una madre totalmente sorda, o poliomielítica, no pueden cumplir los deberes de asistencia con su hijo. Tal presunción sería un insulto para esos admirables colectivos, formados por deficientes, que tratan de desarrollar al máximo las capacidades de sus integrantes» (GARCÍA CANTERO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003, p. 248).

Foral establece la distinción entre persona incapacitada e incapaz (las rúbricas del capítulo y la sección dedicadas a la materia ya indican tal distinción)¹⁹. Las previsiones del Código del Derecho Foral en relación con las personas incapaces son solo patrimoniales –art. 37–. Nada se regula en relación con los aspectos personales y familiares, ni en sede de capacidad, ni en sede de autoridad familiar. Hemos visto que el Código del Derecho Foral abre la puerta a la suspensión de la autoridad familiar en caso de incapacitación, es decir, cuando existe una sentencia que modifica la capacidad, pero no en los casos de incapacidad natural; y que si el progenitor incapacitado no es suspendido en la autoridad familiar, la ejercerá con la correspondiente asistencia. De manera que Dña. Luz, al no estar incapacitada, no podría ni ser suspendida en la autoridad familiar, ni someter su ejercicio a la asistencia de otras personas. Por lo que se refiere a la posibilidad de declarar en desamparo a su hijo, como se ha visto, la mera existencia de los problemas físicos y mentales no implica, por sí misma, desamparo. Ni siquiera el hecho de que esos problemas le impidieran la atención a su hijo conllevaría automáticamente un desamparo porque podría no haber desasistencia, si, por ejemplo, asumiera la autoridad familiar de hecho un abuelo –art. 86.1 CDFA– (cosa que no sucede en el caso). Solo en caso de que esos problemas conllevaran un incumplimiento que desembocase en una desasistencia real se daría el supuesto de hecho del desamparo y este podría declararse. Todo ello, a la luz del art. 59.2 e), interpretado en coherencia con el concepto general de desamparo contenido en el párrafo 1 del mismo artículo y con los citados arts. 73 y 91 del CDFA y la Convención, como ya se ha indicado. Como sabemos, tal desasistencia real no llegó a existir porque el desamparo se declaró al nacer. En la declaración, al menos, se aludió a la imposibilidad originada no solo por la minusvalía sino por todas las circunstancias de precariedad emocional, material y económica que la rodeaban, excluyendo la relación automática entre discapacidad y desamparo.

En el segundo supuesto, la madre, que también padece problemas intelectuales, y que tiene reconocida una minusvalía, tampoco ha visto modificada judicialmente su capacidad de obrar, por lo que situación es similar al anterior caso y, por tanto, a lo dicho me remito. De los datos aportados por la sentencia no puede inferirse si hubo o no desistencia real y efectiva. Lo que sí merece ser destacado es que en este caso sí había unos abuelos (los maternos) dispuestos a colaborar: según se indica en el informe aludido en la sentencia, la madre vivía la mayor parte del tiempo en el domicilio de los abuelos y el recurso de apelación fue interpuesto por la madre y los abuelos alegando que los abuelos podían asumir la guarda de la menor. De ser ello así, podríamos pensar que los abuelos habían asumido de hecho, o podían haber asumido, la autoridad familiar del nieto –según dispone el art. 86.1 CFDA– e impedir la desistencia real y, por tan-

¹⁹ *Vid.* el Capítulo II, y en concreto su Sección Primera, del Título I del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón.

to, el desamparo. No obstante, el informe psicológico parece extender también a los abuelos la falta de capacidad: «ni por parte de la Sra. Graciela ni por parte de sus padres, abuelos maternos de la menor, existen condiciones psicológicas que permitan proporcionar a un menor unas condiciones de crianza que favorezcan el desarrollo de todas sus potencialidades». Habrá que suponer que esa ausencia de condiciones psicológicas terminó en desasistencia real, de lo contrario se estaría vinculando el desamparo a los problemas intelectuales, lo cual, como se ha visto, no resulta de recibo.

4. ¿PLAZO DE DOS AÑOS PARA QUE LOS PADRES RECUPEREN AL MENOR?

Otra práctica por parte de la Administración que puede observarse a partir de los hechos que ocasionan las sentencias y sobre la que merece la pena llamar la atención es la de dictar una resolución de desamparo, con la consiguiente asunción de la tutela automática, e inmediatamente dictar una resolución por medio de la cual se adopta una medida definitiva en relación con el menor, normalmente un acogimiento familiar preadoptivo. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la S.A.P. de Zaragoza de 8 de noviembre de 2011, en el de la S.A.P. de 20 de diciembre de 2011 y en el de la S.A.P. de 9 de mayo de 2012.

La primera resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de 1^a instancia que resolvía una demanda de oposición de un padre a las resoluciones administrativas de declaración de desamparo y acogimiento de su hija. En concreto, el padre se oponía a las resoluciones de 9 de abril de 2009, que declaraba el desamparo de su hija, y de 4 de diciembre de 2009, que decretaba el acogimiento familiar preadoptivo de la misma. Nótese que entre la declaración de desamparo y la adopción de una medida de corte definitivo, como es el acogimiento preadoptivo, transcurrieron escasos ocho meses.

La segunda sentencia resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de 1^a instancia que declaraba que no era necesario el asentimiento de la madre en la adopción de su hijo. La Administración había declarado en desamparo al hijo en una resolución de 14 de octubre de 2008 y solo tres meses después, a finales de enero de 2009 –no consta la fecha de la resolución–, decidió colocar al menor en acogimiento familiar preadoptivo e inició la búsqueda de familia.

La tercera sentencia citada resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 1^a instancia que desestimaba la demanda de oposición formulada por una madre contra las resoluciones administrativas que declaraban en desamparo a sus dos hijos. La Administración había retirado a los niños de la

guarda de la madre el 2 de junio de 2010, declarándose su desamparo, que fue confirmado posteriormente el 23 de agosto de 2010, y había decretado su acogimiento familiar preadoptivo en resolución de 29 de octubre de 2010. Es decir, desde la resolución definitiva de desamparo hasta la constitución de una medida de las características del acogimiento preadoptivo transcurrieron dos meses.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, introdujo una novedad en el Código civil –en el núm. 7 del art. 172– al otorgar un plazo de dos años a los padres con patria potestad suspendida por el desamparo para que mejoren su situación. Durante ese tiempo tienen «derecho», si han cambiado sus circunstancias, a solicitar a la entidad pública el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo²⁰. Es decir, tienen derecho a optar a la recuperación de sus hijos. Eso significa que la Administración deberá adoptar medidas no definitivas durante ese tiempo porque de lo contrario no se podría satisfacer dicho derecho de los padres. También durante este plazo de dos años los padres tienen derecho a oponerse a las decisiones que se adopten en relación con el menor. Pasado el plazo de dos años decae su derecho de solicitud u oposición, aunque pueden informar a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo. Al decaer tal derecho, la Administración queda libre para tomar medidas definitivas que favorezcan al menor.

Todo ello tiene su origen en una condena a la Junta de Andalucía a pagar una indemnización de 1.703.600 euros por adoptar una medida tuitiva que impidió la vuelta de unos menores a su familia²¹. Con esta regulación se trató de impedir que se repitiera esta situación en tanto que ofrece seguridad a la Administración en lo que se refiere a la adopción de acuerdos definitivos sobre el menor, excluyendo la posibilidad de que, pasado el plazo determinado por la ley, se le pueda exigir responsabilidad por la adopción de medidas que impidan el retorno del menor porque ya no existe derecho a optar al mismo. Pero puede, no obstante, perjudicar al menor en muchos casos en los que es evidente que no hay marcha atrás en el desamparo, al retrasar obligatoria e innecesariamente dos años la reconstrucción de su vida, sobre todo si se tiene en cuenta que dos años en la vida de un niño es mucho tiempo.

²⁰ Es la entidad pública quien dicta la resolución de desamparo y quien consiguientemente la revoca, por tanto, es ante ella ante quien debe presentarse la solicitud de revocación –provenga de quien provenga-. El párrafo 8 del art. 172 Cc aclara que «la entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia». El Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, de 4 de noviembre de 2013 expresamente establece que esta solicitud se presenta ante la entidad pública –art. 11–.

²¹ *Vid.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla de 28 de marzo de 2005, Auto de la A.P. de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 –rectificado por Auto de 14 de marzo de 2006– y STC 11/2008, de 21 de enero de 2008.

Posteriormente, también en Cataluña hubo una condena de 980.000 euros a la Administración por considerarse que constituyó un acogimiento preadoptivo sin contar con que los padres tenían voluntad de rehabilitarse²². Y en Cataluña se ha adoptado la misma precaución pero el plazo es más reducido que el del Código civil español: un año –art. 115 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia–.

En Aragón, la ley no ha introducido una regla semejante. Ni se regula en la Ley 12/2001, ni en el Código del Derecho Foral, cuyo contenido en la materia viene conformado por la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona, que es inmediatamente anterior a la Ley 54/2007, de adopción internacional, que introdujo la regulación aludida. La ausencia de regulación legal lleva a plantearse si es aplicable supletoriamente el art. 172.7 del Código civil y si, por tanto, la Administración debe durante dos años desde la declaración de desamparo del menor adoptar medidas provisionales para poder hacer efectivo, en su caso, el derecho de los padres al cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo, y si ese derecho de los padres decae a los dos años.

Conforme al principio de competencia, el Código civil se aplica como Derecho supletorio del Derecho civil aragonés en defecto de norma aragonesa en aquellas materias en que el legislador aragonés es competente para legislar; si no fuera así, el Código civil se aplicaría por ser Derecho directamente aplicable. La supletoriedad establecida en la Constitución viene a colmar las lagunas que tenga el Derecho autonómico en el ámbito de sus competencias²³. Será preciso, por tanto, que exista una verdadera laguna que no pueda ser colmada por el propio sistema de fuentes. Partiendo de la competencia del legislador aragonés para legislar los aspectos civiles de la protección del menor –art. 149.1.8 C.E.–²⁴, y excluyendo, por tanto, la aplicación directa del Código civil, procede examinar si existe una verdadera laguna que nos lleve a la aplicación supletoria del citado precepto del Código civil.

Existe laguna, en palabras de LACRUZ BERDEJO, cuando estamos ante un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la orde-

²² STSJ Cataluña de 30 de abril de 2010, *vid.* sobre esta sentencia: FARNÓS AMORÓS, «Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2010», *C.C.J.C.*, n^o 86, 2011, pp. 717 y ss.

²³ Cfr. BAYOD LÓPEZ, «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los octavos encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1999, pp. 61 y ss. y «El art. 149.3 C.E.: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (En particular el Derecho civil aragonés)», *RDCA*, V, 1999, n^o 2, pp. 102 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA y BAYOD LÓPEZ, «Comentario al art. 13 del Código civil», en *Comentarios al Código civil I* –coord. RAMS ALBESA–, Barcelona, 2000, pp. 367 y ss.

²⁴ *Vid.* MAYOR DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, cit., pp. 41 y ss.

nación de medios afines de la normativa total; es decir, cuando la ley no puede resolver un problema planteado por la ley²⁵. En ocasiones se tiende a pervertir este concepto con identificaciones erróneas de lagunas. Por ello, conviene distinguir entre verdadera laguna y falsa laguna. Así, solo es verdadera laguna la deficiencia o hueco que tendría que estar regulada según la lógica interna del propio ordenamiento. Esa deficiencia es un problema que plantea el propio ordenamiento y que este no permite resolver. No son verdaderas lagunas las regulaciones que se anhelan desde una perspectiva ética o política, externa a la ley, que enriquecerían el ordenamiento o harían una sociedad más justa. Ni tampoco lo son las regulaciones ausentes en un ordenamiento que sin embargo sí están presentes en otro. En estos casos estamos ante falsas lagunas²⁶. No hay ningún hueco legal que cubrir. Responden a un espejismo que se crea ante el anhelo de una norma con un contenido concreto o al comparar el ordenamiento propio con otros ordenamientos.

Esta comparación del Derecho aragonés con el Derecho común, señaladamente con el Código civil, es frecuente y da lugar a falsas lagunas. Así lo pone de relieve BAYOD LÓPEZ, quien observa que muchas veces se considera que las modificaciones que se llevan a cabo en el Código civil y no en el Derecho aragonés crean lagunas en este. Pone el ejemplo de las normas que en 1981 introdujo el legislador estatal modificando el Código civil en materia de régimen económico matrimonial. Indica que ninguna de esas normas existía con anterioridad a la reforma y nadie acusaba a la Compilación de que hubiera huecos normativos en su regulación que debieran ser colmados. Sin embargo, –continúa– una vez que se modifica el Código civil, parece que hay una tendencia a pensar que la Compilación está plagada de lagunas al no regular ninguna de dichas cuestiones. Concluye la autora que, si la Compilación no presentaba en dichas materias laguna alguna antes de la reforma del Código civil, no es fácil justificar el porqué haya de presentarlas con posterioridad, y la razón «no es, desde luego, que ahora el Código civil dice otras cosas de las que decía, que su regulación es mucho más extensa [...] o sencillamente porque nos parece más moderna y aspiramos a tener una regulación semejante». Estamos ante una falsa laguna y no procede la aplicación supletoria del Código civil. Ello constituiría una invasión del principio de competencia, puesto que sería tanto como reconocer que hay un único legislador competente que impone sus criterios en el ordenamiento aragonés²⁷.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil* t. I, vol. I, 5ª Ed., Dykinson, Madrid, 2012, p. 253.

²⁶ A ellas se refiere en los términos mencionados BAYOD LÓPEZ, «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», cit., pp. 73 y 74.

²⁷ Cfr. BAYOD LÓPEZ, «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», cit., pp. 76 y 77.

Lo mismo sucede con la regla de los dos años introducida en el Código civil. Su ausencia en la ley aragonesa no constituye una verdadera laguna. El legislador aragonés ha hecho uso de su competencia para legislar en materia de protección del menor y ha configurado su régimen legal, contenido en la Ley 12/2001 y en el Código del Derecho Foral –a partir de la Ley 13/2006–. La ausencia de una regla que legitime a los padres para solicitar durante dos años el cese de la suspensión de la autoridad familiar y la revocación del desamparo, si mejoran sus circunstancias, y que pasado dicho plazo haga decaer ese derecho, no constituye una deficiencia o vacío que debería cubrirse según la lógica interna del Derecho aragonés. No es un problema que plantee la propia ley aragonesa. Se trata tan solo de un espejismo de vacío al comparar la ley aragonesa con el Código civil, en concreto con una novedad introducida en el Código civil. Prueba de ello es que antes de la Ley 54/2007 no había conciencia de vacío y la regulación legal aragonesa era la misma. Al no existir verdadera laguna, no procederá la aplicación supletoria del art. 172.7 del Código civil.

Ahora bien, el poder de la regulación del Código civil en materia de protección de menores sigue siendo enorme y la inercia a adaptar inevitablemente la regulación aragonesa a la misma o, en su defecto, a aplicarla supletoriamente dejándonos llevar por el espejismo de laguna sigue estando presente. Prueba de ello son el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, los agentes del Derecho y la propia jurisprudencia, que complican considerablemente la situación.

El citado Reglamento, que fue aprobado después de la Ley 54/2007 por el Decreto 190/2008, de 7 de octubre, en el propio Preámbulo declara que presta especial atención «a adecuarse a las modificaciones introducidas, [...], por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y que afectan a determinados artículos del Código civil». Y en atención a ello, en el segundo párrafo del art. 36, dedicado a la impugnación del desamparo, establece: «Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 del artículo 172 del Código civil, en su redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información al Instituto Aragonés de Servicios Sociales y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo».

De esta forma, en un capítulo –el Capítulo II del Título III– dedicado al procedimiento de declaración y cese del desamparo, y en atención a la adaptación anunciada a la Ley de 2007, se cuela una norma que excede del procedimiento e incide en cuestiones de Derecho privado, modificando las leyes aragonesas en la materia al introducir una limitación de los derechos de los padres que conforme a estas no existía. Nótese que el art. 122 del Código del Derecho Foral establece que «cuando no sea contrario al interés del menor [...] la entidad pública procurará su reintegración a quien tenga la autoridad familiar o tutela sobre él». No es la vía reglamentaria, una norma del Gobierno, la adecuada para modificar o perfeccionar las leyes civiles, ni para introducir limitaciones en los derechos de los ciudadanos, sino la propia ley. En la medida en que la ley aragonesa no prevé tal limitación, su regulación reglamentaria contraría lo dispuesto en la ley y será nula.

Lo curioso, o lo contradictorio, es que el Gobierno introduzca esta regulación de los dos años, y después se lleven a cabo actos administrativos que no la respeten. Nótese que, a la vista del art. 36 del Reglamento, durante el plazo de dos años desde la declaración de desamparo los padres tendrían «derecho», si hubieran cambiado sus circunstancias, a solicitar el cese de la suspensión y la revocación de la declaración de desamparo. Es decir, tendrían derecho a optar a la recuperación de sus hijos. Eso significa que la Administración debería adoptar medidas no definitivas durante ese tiempo porque de lo contrario no se podría satisfacer dicho derecho de los padres y, en su caso, se le podría exigir responsabilidad, que fue precisamente lo que se pretendió evitar. Recuérdese que las sentencias con las que comenzábamos este epígrafe desvelaban que la D.G.A. adoptaba medidas no provisionales, como el acogimiento preadoptivo, antes de los dos años desde la declaración de desamparo. En concreto, en la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 8 de noviembre de 2011 habían transcurrido escasos ocho meses, en la de 20 de diciembre de 2011 tres meses y en la de 9 de mayo de 2012 dos meses.

Quizás, la intención del Gobierno aragonés con el art. 36 del Reglamento, a pesar de que en Preámbulo habla de «adaptar», no fuera introducir en el Derecho aragonés esta regla, sino simplemente, dejándose llevar por la inercia ya aludida, reconocer –erróneamente– la aplicación supletoria del art. 172.7 del Código civil, deslumbrado por el espejismo de una laguna. Reconocimiento que, por otro lado, aunque hubiera verdadera laguna, nada aportaría, ni sería necesario. Podría llevarnos a pensar esto el hecho de que el art. 36 se limita a transcribir el art. 172.7 del Código civil, hablando de suspensión de la patria potestad en lugar de suspensión de la autoridad familiar, y respaldando aparentemente esa suspensión en el art. 172.1 Cc en lugar de en los artículos 61.2 de la Ley 12/2001 y 119 del Código del Derecho Foral. Llama la atención que al referirse, precisamente, a ese art. 172.1 Cc, introduce la aclaración: «en su redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional», cuando la

redacción del art. 172.1 no procede de la Ley de 2007, sino de la LOPJM de 1996. La redacción que tiene su origen en la Ley 54/2007 es la del art. 172.7, que es el precepto que está reproduciendo el art. 36 del Reglamento. Quizás el redactor –y esto es solo una suposición, pero la referencia a la Ley de 2007 da la pista para esa sospecha– quiso aplicar el respaldo legal del art. 172 no a la suspensión de la patria potestad, sino a la propia posibilidad de recuperar a los hijos en el plazo de dos años, es decir, quiso decir que: durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor si por cambio de las circunstancias entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, conforme a lo previsto en el número 7 del artículo 172 del Código civil, en su redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional²⁸.

En cualquier caso, si fuese un reconocimiento de la supletoriedad del art. 172.7 del Código civil, también se estaría dando la contradicción de que el Gobierno aragonés reconoce la aplicación de tal precepto y, sin embargo, la Administración no respeta la norma en cuestión, al adoptar medidas antes del plazo de los dos años desde el desamparo que no harían posible ejercer a los padres su derecho a optar a la recuperación del menor.

Sea como fuere, tanto si el Reglamento lo que buscaba era introducir la regla en el Derecho aragonés, como si simplemente la intención era reconocer la supletoriedad del art. 172.7 Cc, el Gobierno de Aragón no estuvo acertado. Lo hemos visto. Ninguna de las dos vías era la correcta para aplicar la regla de los dos años. El modo acorde con el sistema jurídico hubiera sido modificar la ley aragonesa.

Pero, como ya he adelantado, la inercia a dejarnos arrastrar por el Código civil no solo se pone de relieve a través del Reglamento, sino que también está presente en las actuaciones de los agentes del Derecho y en la propia jurisprudencia.

El estudio de las sentencias muestra que los abogados aragoneses fundan las demandas de los padres relacionadas con la revocación de la declaración de

²⁸ Como vemos, el art. 36 no es un precepto redactado con buena técnica. Y ello lo demuestran no solo las deficiencias vistas, sino también otra no relevante a los efectos que nos interesan. Obsérvese que el redactor se olvida de transcribir un párrafo: «Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor». Y después, aunque previamente no se ha aludido a este derecho a oponerse a las decisiones relacionadas con el menor, se establece que dicho derecho decaerá: «pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor».

desamparo y la recuperación de la autoridad familiar en el art. 172.7 del Código civil, dando por supuesto su aplicación supletoria en Aragón. Así puede observarse, por ejemplo, en las sentencias de la A.P. de Zaragoza de 23 de noviembre de 2010, de 15 de febrero de 2011 o de 29 de marzo de 2011.

Por otro lado, el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón reconoce expresamente la aplicación del art. 172.7 del Código civil. En la sentencia de 23 de diciembre de 2011 el Tribunal –en el Fundamento de Derecho Décimo– delimita el objeto del procedimiento indicando que lo que debe resolverse es si, después de tomada la decisión de declarar en desamparo al menor, ha habido un cambio esencial que permita reintegrar la custodia de la madre «tal y como prevé y ordena el artículo 172.7 del Código civil». Y considera –en el Fundamento de Derecho Tercero– que la solicitud de revocación del desamparo, hecha por la madre, el 30 de diciembre de 2009, no estaba fuera de plazo (como había entendido la Audiencia Provincial) porque –según explica el Tribunal– el art. 172.7 del Código civil, modificado por la Ley de 2007, no había entrado en vigor hasta el 30 de diciembre de ese año, que era cuando comenzaba a contar el plazo de los dos años.

Como ya he adelantado, si lo que se desea es contar en Aragón con ese plazo de dos años, convendría que el legislador aragonés modificase la ley en tal sentido, que es el modo correcto de modificar e introducir mejoras en el Derecho aragonés, en lugar de utilizar vías alternativas al margen de la lógica del sistema. Pero, por otro lado, curiosamente, si lo que se desea es no contar en Aragón con una norma como la estudiada, quizás no bastaría con no modificar la ley aragonesa, sino que, para hacer frente a la presión del Derecho supletorio y a la fuerza de la inercia a aplicarlo incorrectamente, convendría también que el legislador actuase²⁹. La inactividad del legislador en ambos casos conduciría al Derecho aragonés, en relación con ese extremo, a la deriva. Estaría a merced de cualquier reforma del art. 172.7 del Código civil. Reforma que no resulta improbable, sobre todo si se tienen en cuenta las críticas que, tanto a favor como en contra del plazo en cuestión, ha habido, dadas las ventajas, pero también los inconvenientes del mismo. De hecho, en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación de Protección a la Infancia, de 4 de noviembre de 2013, está prevista la modificación del precepto. En concreto, el anteproyecto amplía a los tutores el derecho a optar a la recuperación del pupilo durante los dos años; establece que durante ese periodo las Entidades Públicas, ponderando la situación, podrán adoptar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico de irreversibili-

²⁹ Ya señaló DELGADO ECHEVERRÍA que si no fuera por la presión del derecho supletorio y su posible invocación errónea por los intérpretes, sería innecesarias muchas de las normas incluidas en las leyes aragonesas. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 4ª ed., Zaragoza, 2012, p. 105 y 106.

dad; y prevé que transcurridos los dos años, únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar la resolución que sobre el menor dicte la Entidad Pública.

5. LA CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN CASO DE IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN RELACIÓN CON LA REINSERCIÓN EN SU FAMILIA

El estudio de las sentencias dictadas en apelación permite observar que cuando la Audiencia Provincial de Zaragoza resuelve recursos relativos a autos de oposición a resoluciones administrativas declarativas de desamparo, además de examinar la declaración de desamparo impugnada y si, por tanto, fue procedente o no, analiza si, con posterioridad al momento en el que se produjo la declaración, se ha producido un cambio de circunstancias a los efectos de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la guarda de su hijo. Así sucede, por poner algunos ejemplos, en las sentencias de la A.P. de Zaragoza de 23 de junio de 2009, de 8 de noviembre de 2011, de 2 de mayo de 2012, de 9 de mayo de 2012, de 19 de junio de 2012, de 12 de febrero de 2013, de 26 de marzo de 2013 (168/2013), de 26 de marzo de 2013 (169/2013).

De este modo, la Audiencia sigue la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de julio de 2009, como expresamente lo pone de manifiesto en la sentencia de 2 de mayo de 2012 cuando apunta en el Fundamento de Derecho Segundo: «Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.07.2009, al examinar el Juez la impugnación de la declaración de desamparo por la administración, debe contemplar el cambio de circunstancias, [...] con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Efectivamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 31 de julio de 2009 observó que existía doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales acerca de si era procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemplase la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró, con el fin de determinar si los padres se encontraban en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, o si, por el contrario, debían contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible

cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas. Por ello, sentó «la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

El Tribunal Supremo, en la misma sentencia, y completando lo anterior, sentó también doctrina acerca de cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica. Observó el Tribunal Supremo que también existía doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Mientras algunas reconocían una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres y consideraban la reinserción en la familia biológica como la directriz impuesta por la protección de la familia, por el respeto a los derechos de los padres y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia; otras, sin embargo, consideraban que no bastaba con una evolución positiva de los padres, sino que era menester que esta evolución fuese suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supusiesen la eliminación del riesgo de desamparo y compensasen su interés en que se mantuviera la situación de acogimiento.

El Tribunal Supremo se inclinó por esta segunda corriente e, interpretando el art. 172.4 Cc, que establece los principios de reinserción en la propia familia y del interés del menor, sentó como «doctrina [...] que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Esta doctrina es seguida también por las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Así, aluden a ella expresamente al resolver recursos relativos a oposición a resoluciones declarativas de desamparo, por ejemplo, las sentencias de

2 de mayo de 2012, de 19 de junio de 2012, 8 de noviembre de 2012, de 12 de febrero de 2013, de 26 de marzo de 2013 (168/2013), de 26 de marzo de 2013 (169/2013)³⁰.

Con independencia de lo apropiado –o no– de las citadas doctrinas del Tribunal Supremo³¹, llama la atención que la Audiencia Provincial de Zaragoza se acoja, para resolver sus recursos sobre esta materia, a una doctrina dictada en relación con el Código civil, en concreto, con los arts. 172.6 y 172.4, cuando el Derecho aplicable es otro: los arts. 121 y 122 del Código del Derecho Foral. Ciertamente, esta regulación del Código Foral coincide en contenido con el Código civil, pero podía no ser así. Si la Audiencia Provincial de Zaragoza se separase de tal doctrina, ello no revistiría interés casacional.

Una lectura razonable de esta práctica podría ser que la relación de la Audiencia Provincial de Zaragoza con el Tribunal Supremo en este extremo no es de *potestas* sino de *auctoritas*: asume esa doctrina no por reconocer la superioridad o *poder* del Tribunal Supremo, es decir, no por reconocer su doctrina jurisprudencial, sino por su *saber*, es decir por la razonabilidad interna de los criterios de este tribunal en esa materia concreta. Puede pensarse que, dado que la construcción del Derecho civil aragonés en materia de protección de menores se basa en el diseño del Código civil, la interpretación del Código civil está revestida de cierta *auctoritas*.

En cualquier caso, como vemos, la *vis atractiva* de la regulación del Código civil en materia de desamparo, y en general de protección de menores, no solo se manifiesta, como vimos en el apartado anterior, en la inercia a adaptar nuestras normas a las nuevas normas estatales o en la identificación de falsas lagunas con la consiguiente aplicación supletoria del Código civil, sino también, como vemos ahora, en la importación de su interpretación por el Tribunal Supremo.

³⁰ Siguen también expresamente esta doctrina sentencias de la Audiencia Provincial relativas a impugnación de resoluciones que acordaron acogimientos familiares, por ejemplo, las sentencias de 7 de marzo de 2012 y de 3 de julio de 2012; sentencias de la Audiencia relativas a la solicitud de cese de suspensión de la patria potestad y revocación de la declaración de desamparo, como las de 23 de noviembre de 2010, 15 de febrero de 2011 y 29 de marzo de 2011; e incluso sentencias sobre necesidad de consentimiento en la adopción o de oposición a la adopción, como las de 12 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2012, respectivamente.

³¹ Sobre esta sentencia del Tribunal Supremo, puede verse: BENAVENTE MOREDA, «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre 2009, pp. 9 y ss y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Comentario a la STS de 31 de julio de 2009», *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1429 y ss.

6. DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y EXCLUSIÓN DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES PARA LA ADOPCIÓN

Por último, el análisis de las sentencias de los últimos años da pie para llevar a cabo algunas reflexiones sobre la relación entre la declaración de desamparo y la exclusión de asentimiento de los padres biológicos para la adopción.

Como se sabe, el art. 177.2 Cc excluye la necesidad de asentimiento de los padres biológicos para la adopción del hijo menor no emancipado cuando «estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación». Es frecuente ver sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza que justifican que se da el supuesto de hecho excluyente del asentimiento, regulado en el art. 177.2 Cc, por existir una declaración de desamparo; no porque los padres estén privados de la autoridad familiar, en tanto que el desamparo solo conlleva la suspensión –arts. 91 y 119 del Código del Derecho Foral–, sino porque se identifica desamparo e incursión en causa de privación. Así, por ejemplo: la sentencia de la A.P. de Zaragoza de 4 de mayo de 2010 indica que «el menor fue declarado en situación de desamparo por resolución administrativa [...], estando incurso por tanto en causa de privación de la patria potestad»; la sentencia de 13 de julio de 2010 considera que «no puede accederse a la petición de la madre [de que se declare la necesidad de su asentimiento a la adopción] al haberse decretado el desamparo del menor»; la sentencia de 23 de septiembre de 2010 concluye que «la incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción»; las sentencias de 20 de diciembre de 2011 y de 7 de noviembre de 2012 concluyen que debe «ser la demandada simplemente oída en el expediente de adopción» en tanto que deviene «la actual situación del desamparo en que el menor quedó en su día»; la sentencia de 26 de junio de 2012 considera que «los apelantes se hallan incurso en causa de privación de la patria potestad de sus hijos ante el desamparo declarado de los mismos, lo que impide decretar la necesidad de su asentimiento en el proceso de adopción».

A la vista del art. 90 del Código del Derecho Foral, que regula la privación, puede decirse que los padres estarán incurso en causa de privación de la autoridad familiar cuando haya un «incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma». Ciertamente, lo normal será que cuando haya desamparo haya habido un incumplimiento de estas características. Recordemos que, según se deduce de nuestras normas, el desamparo procede de la falta de ejercicio o de un ejercicio deficiente de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores. En concreto, la Ley 12/2001 y el Código del Derecho Foral hablan en los arts. 59 y 118, respectivamente, «del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes».

Pero, a pesar de que ello es así, no son situaciones ni conceptos jurídicos intercambiables. Para que haya desamparo es preciso que se dé, efectivamente, esa falta de ejercicio o ejercicio deficiente de los deberes legales de guarda, pero no basta con eso, sino que hace falta que ello produzca un resultado específico: la desatención moral o material del menor. Para que los padres estén incurso en causa de privación de la autoridad familiar basta con el incumplimiento en los términos vistos, aunque no se produzca el resultado de la desasistencia. Y no solo el supuesto de hecho es distinto, también las consecuencias que la ley atribuye a una y otra situación son distintas. La consecuencia diseñada por la ley para el desamparo es la asunción de la tutela *ministerio legis* por la entidad pública y la suspensión de la autoridad familiar. La consecuencia diseñada por la ley para la situación de estar incurso en causa de privación es la exclusión de necesidad de asentimiento para la adopción, siempre que tal situación se aprecie en procedimiento judicial contradictorio –art. 177.2 Cc–. Y, puesto que no son conceptos jurídicos intercambiables, quizás resulta más oportuno no usarlos indistintamente y actuar con precisión técnico-jurídica, justificando con claridad la ausencia de necesidad del asentimiento para la adopción con el hecho de estar incurso en la causa de privación por darse el supuesto de incumplimiento de los deberes inherentes a la autoridad.

Quizás, incluso, más allá de razones de puridad técnico-jurídica, ello pueda resultar no solo oportuno, sino necesario, si tenemos en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha reconocido, de forma poco afortunada –como ya se ha señalado³²–, que hay desamparo aun cuando no hay incumplimiento real de los deberes inherentes a la autoridad familiar, sino riesgo de que ello ocurra. Recuérdese que en la sentencia de 4 de enero de 2010, ya vista, relativa a la oposición a la declaración de desamparo de un menor al nacer, el Tribunal Superior de Justicia indica «que se pueden evaluar previsibles situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento», añadiendo que «en el presente supuesto así se deduce claramente de los informes [...] que ponen de manifiesto que la situación de la madre antes del parto la hacía incapaz de cuidar a su hijo». Con la vinculación por sistema de la exclusión del asentimiento para la adopción al desamparo se pueden producir, en supuestos como el mencionado, exclusión de asentimiento cuando no ha habido incumplimiento grave y reiterado y, por tanto, no se da el supuesto de hecho del art. 177.2 Cc, por no estar incurso en causa de privación. De hecho, así sucedió en el supuesto de la citada sentencia: tras ese reconocimiento de desamparo del Tribunal Superior, se excluyó el asentimiento de la madre para la adopción. Esa exclusión llegó también al Tribunal Superior de Justicia de Aragón y este,

³² Vid. el epígrafe 2.

en la sentencia de 5 de abril de 2011, estimó el recurso de la madre, anulando la sentencia recurrida y ordenando reponer las actuaciones al estado en el que se encontraban cuando se produjo la infracción para que se procediese a la admisión de la prueba pretendida por la madre de que no estaba incurso en causa de privación de la autoridad familiar. El Tribunal alegó que no son necesariamente los mismos presupuestos los que dan lugar a declaración de desamparo y a privación de autoridad familiar.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, «Comentario a la STS de 31 de julio de 2009», *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1429 y ss.
- BAYOD LÓPEZ, «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los octavos encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1999, pp. 39 y ss.
- «El art. 149.3 C.E: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (En particular el Derecho civil aragonés)», *RDCA*, V, 1999, nº 2, pp. 75 y ss.
- BENAVENTE MOREDA, «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, enero-diciembre 2009, pp. 9 y ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 4ª ed., Zaragoza, 2012.
- DELGADO ECHEVERRÍA y BAYOD LÓPEZ, «Comentario al art. 13 del Código civil», en *Comentarios al Código civil I*, –coord. RAMS ALBESA–, Barcelona, 2000.
- FARNÓS AMORÓS, «Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de abril de 2010», *C.C.J.C.*, nº 86, 2011, pp. 717 y ss.
- GARCÍA CANTERO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003, pp. 239 y ss.
- IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil t. I*, vol. I, 5ª Ed., Dykinson, Madrid, 2012.
- LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990.
- MARTÍN OSANTE, «Menores e incapacitados en situación de desamparo», en *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés –noviembre de 2007–*, Zaragoza, 2008, pp. 107 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», *A.D.C.*, octubre-diciembre 1992, pp. 1463 y ss.
- MAYOR DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.

- *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad (Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar)*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Estadística básica de medidas de protección a la infancia*, Boletín núm. 14, Observatorio de la Infancia, 2013.
- MURILLO JASO, «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2003, pp. 271 y ss.
- SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia. IV. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1989.
- SERRANO GARCÍA, J.A., «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, julio-diciembre 1991, pp. 13 y ss.