



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 / 1 9 9 8

La Laguna, a 17 de marzo de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre el *Proyecto de Decreto por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 117/1997 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se solicita Dictamen sobre el Proyecto de Decreto (PD, en adelante) por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo objeto, según el art. 1 PD, es la regulación de los procedimientos administrativos de las actuaciones de amparo previstas en el Título V de la Ley regional 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (LAIM).

La legitimación del Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo con carácter preceptivo resultan, respectivamente, de los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (LCC) en relación este último precepto con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), puesto que se trata de un Decreto por el que se aprueban las normas reglamentarias de ejecución de una Ley.

En la tramitación del expediente se han cumplido todos los requisitos e informes exigidos, excepto la emisión del Dictamen del Consejo Económico y Social, para el

* **PONENTE:** Sr. Cabrera Ramírez.

que se advierte ha transcurrido el plazo legal de emisión, conforme al artículo 5.3 de la Ley 1/1992, de 27 de abril, reguladora de ese Consejo.

2. El PD, según su art. 1 pretende desarrollar el Título V de la LAIM, cuya disposición final (DF) es del siguiente tenor:

Primera.- Se faculta al Gobierno y a los Consejeros competentes por razón de la materia para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Segunda.- El Gobierno, en un plazo de seis meses, dictará las disposiciones reglamentarias de desarrollo relativas a los procedimientos administrativos de las actuaciones en situación de riesgo, de amparo, de las entidades colaboradoras y de los establecimientos de atención a los menores, así como las de creación y funcionamiento de los registros administrativos previstos en esta Ley.

Tercera.- La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias".

La LAIM, publicada en el Boletín Oficial de Canarias nº 23 de 17 de febrero de 1977, a tenor de su disposición final tercera en relación con los arts. 5.1 del Código Civil (CC) y 48.2 LPAC, entró en vigor al día siguiente; por consiguiente, el plazo para el desarrollo reglamentario de las materias señaladas en su disposición final segunda venció el 18 de agosto de 1997. El Consejo de Gobierno, según los términos del certificado del acuerdo gubernamental susodicho, tomó en consideración el PD el 27 de noviembre de dicho mes, vencido ya el plazo de la disposición final segunda.

Según la STC 212/1996, de 19 de diciembre, para que el Gobierno pueda ejercer la potestad reglamentaria fuera del plazo establecido por ley, es necesario que no recaiga sobre materia reservada a ley y que no encuentre límites legales.

En efecto, en el Fundamento Jurídico 7 de dicha STC se afirma, en relación con la disposición adicional primera, e) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, que contenía un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses procediera al desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la Ley:

"El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En

consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo".

Para el Tribunal Constitucional, las habilitaciones legales de potestad reglamentaria sometidas a plazo decaen cuando se refieren a materias con efectos o mandatos legales por integración o delegación de la norma; de forma que, si el plazo no se cumple, esa habilitación habrá de ser renovada por ley para que pueda complementar válidamente la regulación legal.

A la vista de tal Jurisprudencia constitucional cabría afirmar que, en tales supuestos, el plazo de emisión es un condicionante formal del ejercicio del Gobierno de su potestad reglamentaria, cuyo incumplimiento podría afectar a la validez de la norma resultante.

3. El PR se titula proyecto de "Decreto de desarrollo". Esta denominación es reparable porque, según los arts. 35 y 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (LGAP), un Decreto puede contener tanto actos singulares como reglamentos. El Decreto es la forma de exteriorización de los actos del Gobierno (o de su Presidente), sean ejecutivos o normativos. Si se trata de un acto normativo, de un acto que crea disposiciones generales o reglamentos, habrá que distinguir, por inescindibles que sean, entre su forma y su contenido, entre la forma de exteriorización del acto de creación de las normas y éstas mismas. No se está, por tanto, ante un proyecto de Decreto de desarrollo de la LAIM, sino ante un proyecto de Decreto que aprueba un Reglamento de desarrollo de la LAIM.

II

1. El parámetro de nuestro análisis debe precisar, desde la óptica de la distribución constitucional-estatutaria de competencias, el ámbito en el cual se debe mover el ejercicio de la potestad normativa autonómica en materia de protección de menores. Esta labor de precisión exige que previamente se delimiten los títulos

competenciales en relación con esa materia que la Constitución atribuye al Estado y que, por resultar de la norma suprema del ordenamiento, delimitan los títulos competenciales estatutarios.

Como primer paso en esta tarea se debe advertir que el art. 149.1 CE atribuye al Estado como competencia exclusiva la legislación civil-con la excepción del Derecho civil foral, que no es nuestro caso-, la de los registros e instrumentos públicos, la mercantil, la laboral, la de propiedad intelectual e industrial, la penal, y la procesal (art. 149.1.6ª, 7ª, 8ª y 9ª).

De este conjunto de títulos competenciales resulta que compete a la legislación estatal la regulación de las relaciones "*inter privados*"; ámbito que está sustraído a la competencia normativa autonómica, cuyas materias se encuentran delimitadas por dichos títulos estatales, de forma que se puede afirmar con carácter general que la regulación autonómica de cualquier materia se encuentra con el límite de no incidir en las relaciones de Derecho privado.

En definitiva, de lo que se trata esencialmente es de que a través de las normas autonómicas no se introduzcan derechos y obligaciones en el marco de las relaciones privadas (Véanse al respecto las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 71/1982, de 30 de noviembre; 72/1983, de 29 de julio; 14/1986, de 31 de enero; 88/1986, de 1 de julio; y 225/1993, de 8 de julio. En el mismo sentido nuestro Dictamen 5/1995, de 8 de febrero, entre otros muchos).

2. Regulaciones atinentes a menores como la tutela ordinaria, la adopción, la tutela *ex lege* por entidades públicas de menores desamparados y las formas de constitución y ejercicio de dichos institutos jurídicos entran en materia de legislación civil, porque inciden en las relaciones familiares, en relaciones *inter privados*, con efectos sobre la patria potestad, el estado civil de las personas, y las relaciones de filiación.

La competencia autonómica, de carácter exclusivo, sobre la materia del art. 30.14 del Estatuto de Autonomía ("Instituciones públicas de protección y tutela de menores de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado"; y cuya asunción cuenta con la cobertura del primer inciso del art. 149.3 CE, puesto que no es subsumible en ninguno de los títulos competenciales del art. 149.1 CE) no permite, en consecuencia, establecer regulaciones que incidan, contradigan o

ejecuten la legislación civil (el concepto de legislación es material, incluye tanto las leyes formales como sus reglamentos de ejecución). Ello resulta del art. 149.1.8ª CE y de la propia literalidad del art. 30.14 EA, que expresamente establece "de conformidad con la legislación civil" y que no habla de "institutos" o de "instituciones jurídicas", sino de "instituciones públicas", es decir, de "establecimientos públicos", como lo confirma la referencia a la legislación penal.

Por esta razón la competencia autonómica *ex art. 30.14 EA* recae exclusivamente sobre la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones, servicios y establecimientos de protección y tutela de menores. Es decir, fundamentalmente, sobre una materia de organización y régimen de instituciones administrativas, una competencia de carácter reflexivo sobre un sector de la propia organización administrativa autonómica, caracterizado por la finalidad a la que sirve: la protección y tutela de menores.

3. Si en esta materia de protección y tutela de menores las posibilidades de actuación autonómica se dilatan más allá de las que cubre el art. 30.14 EA se debe a otro título competencial, también de carácter exclusivo, el del art. 30.13 EA (Asistencia social y servicios sociales).

Según la jurisprudencia constitucional (SSTC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6; 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 2; y 13/1992, de 6 de febrero, FJ 14), la mencionada materia de competencia autonómica comprende las prestaciones y mecanismos reparadores de situaciones de necesidad ajenos al sistema de seguridad social y el fomento y la policía administrativa de las entidades privadas que actúen en este campo -y sobre las cuales el art. 30.7 EA atribuye a la Comunidad Autónoma un título específico al disponer que son de su competencia exclusiva las fundaciones y asociaciones de carácter benéfico y asistencial en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias-.

Esta definición por el Tribunal Constitucional, a efectos de distribución competencial, de la "asistencia social" debe ser complementada con las regulaciones de la Carta Social Europea, CSE, (ratificada por España el 29 de abril de 1980 y publicada en el BOE de 26 de junio de 1980) y de la Ley regional 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales (LSS). Conforme a los arts. 13 a 17 de la primera y los arts. 1 a 4, 6 y 7 de la segunda, la asistencia social es un mecanismo de protección

frente a situaciones de necesidad o desventaja social, distinta de los sistemas protectores de la Seguridad Social, que se dirige a las personas no cubiertas por ésta que se encuentran en situación de insuficiencia de recursos para superar dichas situaciones de necesidad o desventaja social y de incapacidad para autoprocursárselos, y que tiene como fin garantizar un nivel de vida digno y evitar la marginación social, mediante la dispensación por entes públicos o privados, bajo la policía de los primeros, de prestaciones personales (educación, orientación, habilitación, ayuda personal, organización y cooperación social) o materiales (prestaciones técnicas, entregas pecuniarias, alojamiento).

Se trata, por tanto, de una actividad dispensadora de servicios y que, como tal, tiene como presupuesto la voluntad de los asistidos a las prestaciones que ofrecen dichos servicios. La decisión unilateral del receptor de los servicios es la causa de la iniciación y extinción de la relación de asistencia social. El beneficiario usa libre y voluntariamente los servicios sociales, en cualquier momento puede renunciar a las prestaciones personales, técnicas o económicas de dichos servicios.

4. De lo anterior se deriva una conclusión determinante para el análisis del PD: Si el título competencial que ostenta la Comunidad Autónoma para la protección de menores es el de la asistencia social y ésta acaba donde falta el consenso de los asistidos, de forma que no puede ser impuesta, de ello se sigue que si hay rechazo en aceptarla habrá que recurrir al juez para imponerla, si se justifica en razones de interés público tal como la protección integral de los menores constitucionalizada en el art. 39.2 CE. Ahora baste destacar que esto está en coherencia con lo expuesto sobre la naturaleza del título competencial autonómico: Toda incidencia en las relaciones entre padres e hijos y entre los obligados a sustituir a aquéllos (los llamados tutores, los parientes obligados a prestar alimentos) es una incidencia en relaciones *inter privatos*, cuya regulación corresponde a la legislación civil, estando atribuida la aplicación de ésta a los órganos judiciales (arts. 9.2, 22.3 y 82.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, LOPJ, en relación con los arts. 24.1 y 117.3 CE).

Por lo expuesto, en el ámbito de la protección de menores el título competencial autonómico "asistencia social" comprende la protección social, económica y jurídica de la familia que prescribe el art. 39.1 CE y que no pertenece a la legislación civil ni de Seguridad Social (competencias estatales según los arts. 149.1.8ª y 17ª CE).

Así, caen dentro de la competencia autonómica toda la actividad prestacional dirigida a la protección de la familia y ajena a la Seguridad Social, la guarda de menores desamparados, la selección de quiénes los acojan familiarmente, el acogimiento residencial en los establecimientos de protección de menores, la organización y régimen de éstos, las propuestas de adopción de menores desamparados, la declaración de idoneidad de adoptantes, la policía de las fundaciones y asociaciones privadas que desarrollen actividades asistenciales y benéficas en este campo (art. 30.13, 14 y 7 EA y concordantes arts. 172, 173.2, 173 bis.3, 176 y 177.4º del Código Civil); en resumidas cuentas, actividades prestacionales, de fomento, planificación y policía.

5. Para entender cabalmente el alcance y régimen de las potestades y facultades de la competencia autonómica en materia de protección de menores hay que partir de los mandatos constitucionales de protección de la familia y protección integral de los menores y de sus madres (art. 39.1 y 2 CE) y del derecho fundamental de los padres a educar religiosa y moralmente a sus hijos (art. 27.3 CE); de donde se deriva, primero, que los menores tienen derecho a ser educados en su familia de origen (en el mismo sentido arts. 3.2, 5, 7.1 y 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, CDN, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990); segundo, que, si la familia encuentra dificultades para asistir a sus menores, la actuación de los poderes públicos se debe dirigir antes que nada a prestarle la ayuda necesaria para que supere esas dificultades; y, tercero, que sólo si la familia de origen no existe o no quiere o, a pesar de esas ayudas públicas, no puede cumplir con sus deberes de asistencia al menor (art. 39.3 CE, 110, 154 del Código Civil), entonces, en virtud del principio constitucional de protección integral del menor, el poder público puede intervenir para suplir esa incapacidad de la familia de origen a través de las instituciones de la tutela *ex lege* con vistas a su reinserción en su familia de origen y, de ser imposible, mediante la actuación dirigida a proporcionarle al menor una familia adoptiva.

En este orden de cosas se debe señalar que la tutela "*ex lege*" que se configura en el art. 172 del Código Civil es, en primer lugar, subsidiaria de la tutela ordinaria, como impone el segundo párrafo del art. 239 del Código Civil, de modo que si existen o se presentan las personas mencionadas en el art. 234 del Código Civil; o, en su defecto, las personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias

puedan asumir la tutela en beneficio de éste (arts. 235 y 239 segundo párrafo, del Código Civil), se debe proceder a la constitución de la tutela ordinaria; como tampoco entra en juego la tutela *ex lege* si alguna de las personas legitimadas por el art. 176.2, 1ª y 3ª, del Código Civil promueve la adopción del menor o si los parientes de la familia extensa cumplen con su obligación de alimentos (arts. 142 y 143 del Código Civil).

Además, repárese en que esta tutela de la entidad pública puede ser revocada en cualquier momento por una decisión judicial: los suspendidos de patria potestad por obra de la entrada en juego de la tutela *ex lege*, pueden pedir en cualquier momento que se revoque esa suspensión (art. 277.1º del Código Civil en relación con el art. 172.4 del mismo y el último párrafo de la disposición adicional primera, Ley Orgánica 1/1996, de 17 de enero); las personas legitimadas por los arts. 234 y 235 del Código Civil para pedir que se constituya a su favor la tutela ordinaria pueden hacerlo en cualquier momento, con lo que se desplaza a la tutela *ex lege*, según dispone el segundo párrafo del art. 239 del Código Civil; y las personas designadas en el art. 176.2, 1ª y 2ª pueden solicitar en cualquier momento y sin necesidad de previa declaración de idoneidad la adopción del menor sometido a tutela *ex lege*.

En segundo lugar, hay que destacar que la tutela *ex lege* no es definitiva, sino que, como actuación pública de asistencia social, reposa siempre sobre el consentimiento, tácito o expreso de quienes tienen deberes de protección para con el menor (padres, tutores o guardadores) o bien en la inexistencia o desconocimiento de las personas sobre las que recaen esos deberes.

En efecto, la resolución de la Administración declarando la situación de desamparo (RDS, en adelante) sólo produce efectos definitivos en tanto los padres, tutores o guardadores consientan a ella y colaboren en su ejecución, como sucede con cualquier otra actuación administrativa de asistencia social. Desde el momento en que esas personas se opongan a ella impugnándola ante la jurisdicción civil (disposición adicional tercera, Ley Orgánica 1/1996, de 17 de enero), el asunto se transforma en jurisdiccional y son los órganos judiciales los que deciden sobre la existencia o inexistencia de la situación de desamparo y, por consiguiente, sobre la procedencia o improcedencia de la constitución de la tutela a favor de la entidad pública. Esta decisión judicial, producida a través del cauce que le apresta la disposición adicional primera, Ley Orgánica 1/1996 y los concordantes arts. 1.825 y

siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tiene efecto de cosa juzgada material, en virtud del último párrafo de la disposición adicional primera Ley Orgánica 1/1996, de 17 de enero, que salvaguarda en todo caso el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria.

Igualmente, la ejecución de la Resolución Declarando la Situación de Desamparo (RSDS) necesita de la colaboración voluntaria de los padres, tutores o guardadores, porque la guarda, que es función de esa tutela *ex lege*, se debe realizar mediante el acogimiento (art. 172.3 del Código Civil), el cual también debe ser consentido por esas personas, cuya oposición determina que el acogimiento sólo pueda ser acordado por el juez en un procedimiento judicial civil (art. 173.3 del Código Civil).

Por otro lado, la Resolución Declarando la Situación de Desamparo es un acto administrativo, porque se dicta en ejercicio de una potestad administrativa. Ésta se caracteriza por ser un poder de producir unilateralmente desde una situación de supremacía (*de imperium*) efectos jurídicos, como la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas, que otros sujetos deben soportar. Si bien la RSDS se dicta en ejercicio de una potestad administrativa porque la Administración está en situación de superioridad respecto de los particulares a los que afecta (padres, tutores o guardadores), si éstos no consienten en la situación jurídica que se dirige a establecer la RSDS y la impugnan ante la jurisdicción civil, esa RSDS produce solamente efectos provisionales o inmediatos (LAIC, art. 50). Los efectos definitivos serán fruto de la correspondiente decisión judicial.

Es más, como ya se expuso, la situación de desamparo del menor produce como consecuencia efectos típicamente civiles: La suspensión de la patria potestad, su guarda por medio de las instituciones de acogimiento, una de las cuales puede llevar a la actuación de un instituto jurídico-civil como la adopción. La situación de desamparo del menor y las consecuencias y efectos que se le anudan están definidas y reguladas en los arts. 172 y siguientes del Código Civil. Es indiscutible, pues, que la RSDS está sujeta en sí misma a normas de Derecho Administrativo, pero aplica en cuanto a su contenido normas de Derecho Civil. En consecuencia, si bien conforme a los arts. 56 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC), como tal acto administrativo goza de las propiedades de ejecutividad y ejecutoriedad; sin

embargo, la RSD como acto de aplicación de Derecho Privado no crea ningún efecto jurídico definitivo por sí sola, pues está condicionada, como vimos, a que a ella no se opongan los padres, tutores y guardadores (LAIC, art. 50); y la Administración sólo puede ejecutarla por sí misma provisionalmente, pues, si se da la resistencia de los afectados hacia ella, habrá que acudir al juez civil (art. 173.3 del Código Civil, en relación con el 172.3 del mismo), el cual no está vinculado por la RSD, sino que conoce plenamente de la procedencia de la declaración de la situación de desamparo y de las medidas propuestas, pudiendo ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse que resultarán beneficiosas para el menor (art. 1.826 LEC).

Como hemos visto, aquí nos encontramos ante una resolución de la Administración autonómica de la cual conoce -y con carácter revisor- la jurisdicción civil. Ésta revisa la resolución de la Administración, y, ante la pretensión de la Administración expresada en su RSD y la oposición de los particulares, decide con plenitud de conocimiento el litigio, de suerte que los efectos jurídicos definitivos, así como su ejecución, en ese caso, no derivan de la RSD sino de la resolución judicial. En definitiva, ante la oposición de los particulares, la tutela de la entidad pública no se constituye con carácter definitivo sino por decisión del juez civil.

Todo lo expuesto hasta aquí concuerda con la regulación constitucional de los derechos fundamentales que están en juego en esta materia. En primer lugar, el derecho a la libertad y a la seguridad y a no ser privado de la libertad sino de acuerdo con lo previsto en la Ley (art. 17.1 CE), es lo que impide que, con carácter definitivo, la Administración pueda determinar por sí sola el internamiento del menor en un centro o establecimiento asistencial. Para ello necesita el consentimiento de quiénes tienen la patria potestad sobre el menor y faltando éste sólo lo puede suplir la decisión judicial (arts. 172.2 y 3 y 173.3 del Código Civil).

La Administración tampoco puede decidir y ejecutar por sí sola la entrada en un domicilio para hacerse cargo del menor sin el consentimiento del titular, salvo el caso de delito flagrante, siempre necesitará autorización judicial (art. 18.2 CE), que será la del juez civil en ejecución de la resolución que haya adoptado en el correspondiente procedimiento; siendo de aplicación los arts. 87.2 LOPJ y 96.3 LPAC porque se está ante un acto administrativo susceptible de ejecución forzosa (art. 95 LPAC en relación con los arts. 56 y 94 de la misma); si bien, desde que en esta

materia hay oposición por los particulares, el asunto se transforma en un asunto judicial.

6. El art. 174 del Código Civil, en coherencia con el art. 124.1 de la Constitución y el art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, EMF, atribuye al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento y guarda de menores desarrollada por la Administración autonómica, para lo cual ésta le debe mantener informado constantemente de la situación del menor y aquél la debe comprobar semestralmente, estando facultado para promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias.

Esta regulación se integra con las prescripciones de los arts. 216, 232, 233, 269.4º del Código Civil, porque la tutela de las entidades públicas sobre los menores desamparados, con las singularidades de los arts. 172 y 173, sigue el régimen general de la tutela ordinaria, como resulta de los arts. 222.4º y 239, primer párrafo, que están ubicados en la Sección 1ª, "De la tutela en general", del Capítulo II "De la tutela" del Título X "De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados".

Conforme a estas prescripciones, el Juez puede, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier pariente, dictar en cualquier momento cualquier disposición que considere oportuna para evitarle perjuicios al menor (art. 216 en relación con el art. 158), como también puede dictar en cualquier momento las medidas de vigilancia y control sobre el ejercicio de la tutela por la entidad pública que estime oportunas (art. 233), la cual está obligada a informarle anualmente (art. 269.4º). Por último, el art. 232 reitera que la tutela se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

El conjunto de estas regulaciones pone de manifiesto que a los órganos judiciales les corresponde la vigilancia y control genéricos de la tutela por las entidades públicas y al Ministerio Fiscal la vigilancia material, inmediata y permanente de dicha modalidad de tutela.

Ello pone de relieve que la tutela de los menores sigue siendo materia de Derecho Civil, cuya aplicación corresponde primordialmente a la Administración de Justicia y que la actuación autonómica en esta materia es una actuación

predominantemente de asistencia social instrumental a la actuación judicial. Todo lo que sea prestarle asistencia al menor y a su familia es de competencia autonómica, todo lo que de esa asistencia suponga repercusión en su esfera personal y en relaciones familiares requiere intervención del Ministerio Fiscal y en última instancia el control del Poder Judicial, al cual le corresponde adoptar incluso de oficio las decisiones pertinentes.

7. En cuanto al parámetro de la regulación reglamentaria procedimental, además de la LAIM, está constituido:

a) En virtud de los arts. 10.2 y 96.1 CE, por el art. 9.1 de la citada Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), en relación con el art. 5 de la misma, que impide que los niños puedan ser separados de sus padres, parientes o tutores sin un procedimiento legal bajo control judicial.

b) Por el art. 24.2 CE que contiene el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el cual vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 107/1983, de 29 de noviembre; 101/1985, de 4 de octubre; y 44/1989, de 20 de febrero). Por ello no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos (SSTC 13/1982, de 1 de abril; 24/1984, de 23 de febrero; 36/1985, de 8 de marzo; 52/1989, de 22 de febrero).

Dado que la RDSO se dicta en atención a la apreciación de una conducta constitutiva de la infracción de deberes de protección para con el menor y conlleva un efecto limitativo de los derechos de padres, tutores y guardadores, es obligado que en la regulación de ese procedimiento se respete su derecho a la presunción de inocencia, lo que comporta que la RDSO se base en actos o medios probatorios de cargo que demuestre la infracción de esos deberes de atención; que la carga de la prueba corresponda a la Administración, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano administrativo actuante, debe traducirse en la imposibilidad de declarar la situación de desamparo y consecuente

suspensión de la patria potestad (Véanse las SSTC 76/1990, de 26 de abril; 138/1990, de 17 de septiembre y 212/1990, de 20 de diciembre).

Al respecto es necesario traer a colación que el Tribunal Constitucional ha declarado que, en el procedimiento judicial *ad hoc* para entender de la pretensión administrativa de que se declare a un menor en situación de desamparo, "(...) dada la extraordinaria importancia de los intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones" (SSTC 228/1993, de 9 de julio, FJ 6; y 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2) y que "el principio de *favor minoris*, por muy adecuado que sea -como lo es- como elemento fundamental de la ponderación de intereses en estos casos, ha de ser consecuencia de la concurrencia de unos presupuestos fácticos cuya apreciación requiere permitir a ambas partes y no sólo a una de ellas (...) los medios de defensa conducentes a que, en lo posible, la aplicación del citado principio responda a una realidad constatada" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 7).

Esta doctrina constitucional sobre el art. 24.2 CE es perfectamente trasladable a la regulación del procedimiento administrativo para la declaración de situación de desamparo, ya que, como se ha expuesto más arriba, las garantías del art. 24.2 CE son aplicables a todo procedimiento en que un poder público pueda adoptar una resolución que, con base en la conducta de una persona, conlleve un efecto limitativo de sus derechos.

En definitiva, el art. 24.2 impone que una RDSD sólo se puede pronunciar tras la realización, con todas las debidas garantías procedimentales, de una actividad probatoria suficiente para determinar de modo razonablemente fundado que un menor se encuentra desamparado a causa de la infracción o imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección de los menores.

c) En virtud del art. 149.1,8ª CE, es también parámetro del PD la LPAC que tiene carácter básico y que, según sus arts. 1 y 2, es aplicable a todas las Administraciones Públicas. El hecho de que la decisión sobre el fondo no esté regulada por el Derecho Administrativo no libera a la Administración del deber de atenerse a las normas propias del Derecho Administrativo para la formación de su voluntad; deber que

resulta del principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103 CE). De ahí, por tanto, que la regulación del procedimiento administrativo común sea también parámetro de la regulación autonómica de todo procedimiento dirigido a formar su voluntad, con independencia de la naturaleza de las reglas de fondo que determinan su contenido.

8. Una última observación: Incurrir en inconstitucionalidad por invasión de competencias la reproducción por la legislación autonómica de regulaciones estatales sobre materias respecto de las cuales las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar (SSTC 10/1982, de 23 de marzo, FJ 8; 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, b); 147/1993, de 29 de abril, FJ 4; y 162/1996, de 17 de octubre, FJ 3).

III

1. Una vez establecido el parámetro que condiciona la potestad reglamentaria en esta materia, se puede abordar el análisis del articulado del PD.

2. El art. 8.1, b) PD dice así: *"Durante la instrucción del expediente deberán ser oídos:*

b) Los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que sea posible.

A tales efectos, se considerará que no es posible oír a las mencionadas personas cuando, practicadas las oportunas diligencias, no se haya podido conocer su domicilio o paradero, o cuando siendo localizadas se encuentren imposibilitadas para ello".

Esta redacción es reparable por lo siguiente:

a) Los padres y tutores, dada la caracterización de la patria potestad como un derecho-deber (art. 27.2 CE, arts. 154, 155, 156, 162, 164, 267, 268, 269, 274 del Código Civil), son titulares de derechos que pueden ser limitados por la resolución de declaración de la situación de desamparo. Por consiguiente, en mérito de lo expuesto en el Fundamento II.7, b) y c), tienen necesariamente la condición de interesados [art. 31.1, b) LPAC] que deben ser llamados de oficio al procedimiento desde su inicio, en virtud del principio de oficialidad (art. 74.1 LPAC); o, si desconocidos al inicio, desde que fueren identificados (art. 34 LPAC). Como interesados se les deben notificar los actos de trámite y la resolución final conforme a los arts. 58 y 59.1 y 2 LPAC; y, si fueren desconocidos, o se ignora el lugar donde notificarles, se deberá

proceder a la notificación en la forma que establece el art. 59.4 LPAC: Mediante anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

Respecto a la notificación de la resolución de declaración de la situación de desamparo, se debe advertir que el art. 172.1 del Código Civil impone que se les notifique "en legal forma". La forma legal de notificación de las resoluciones de la Administración es la regulada en los arts. 58 y 59.1 a 3 LPAC; y a ella es a la que se remite el art. 172.1 del Código Civil, sin más modulaciones que la reducción del plazo de 10 días del art. 58.2 LPAC a las 48 horas del art. 172.1 del Código Civil, y las menciones a los recursos contra ella son las impuestas por la disposición adicional primera Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. A esa forma legal de practicar la notificación el art. 172.1 del Código Civil le añade un plus garantista, que no pretende sustituir a las garantías de la notificación en forma legal, y que consiste en que, en el momento de practicar esa notificación en la forma legal, se les informe verbalmente de modo claro y comprensible de las causas y posibles efectos de la Resolución de la declaración en situación de desamparo.

En su calidad de interesados, los padres tienen también el derecho de formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la Propuesta de Resolución [arts. 35,e) y 79 LPAC].

Por todo ello, no es que se deba oír a los padres "siempre que sea posible", sino que el órgano instructor debe realizar de oficio los actos de identificación, localización y llamamiento al procedimiento de los padres, notificándoles cuantos actos se produzcan en su seno en la forma prescrita en los arts. 58 y 59.1 a 3 LPAC y con el plus garantista del art. 172.1 del Código Civil; y sólo si son desconocidos o no se conoce su domicilio, procede la notificación en la forma del art. 59.4 LPAC. Se recuerda que el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige que en cualquier procedimiento dirigido a separar al niño de sus padres, tutores o guardadores tienen que tener la oportunidad de participar en él y hacerse oír.

b) Conforme a los arts. 31.1,b); 35,e); 41.1; 47; 58; 59; 76; 78; 78.1 y 84 LPAC, una Resolución dictada *inaudita pars* únicamente es posible si la incomparecencia de los interesados se debe a su voluntad expresa o tácita o a su negligencia; por ello,

contradice el art. 9.2 CDN y los preceptos legales citados la previsión del art. 8.1,b) PD de dictar la RSD sin oír a los padres que localizados estén imposibilitados de realizar alegaciones. Conforme a los arts. 41.1 y 49 LPAC, siempre que exista causa debidamente justificada que haya impedido a los interesados defender sus derechos en el procedimiento, se les debe dar oportunidad para hacerlo.

c) Conforme a lo expuesto en el Fundamento II.5, los menores tienen derecho a ser educados en su familia de origen, de suerte que la tutela *ex lege* es siempre **subsidiaria** de la tutela ordinaria, y **provisional**, por lo que se ha de proceder a la constitución de la ordinaria (arts. 228 a 230 del Código Civil) con preferencia a la primera (art. 239 del Código Civil) siempre que existan las personas mencionadas en los arts. 231, 234, 235 y 239 del Código Civil.

Como tampoco procede la entrada en liza de la tutela *ex lege*, si las personas legitimadas por el art. 176.2.1ª y 3ª del Código Civil promueven la adopción o si existen parientes alimentistas (arts. 142 y 143 del Código Civil en relación especialmente con el último párrafo del art. 148 y con el art. 149 del mismo).

Todas estas personas son titulares de derechos y los guardadores lo son de intereses legítimos conforme a los arts. 125 y 239 del Código Civil. Estos derechos e intereses pueden resultar afectados por la decisión que en el procedimiento se adopte; por ello, conforme al art. 31, b) LPAC, sus titulares tienen la consideración de interesados y la Administración está obligada a investigar su existencia, identificarlos y llamarlos de oficio desde que se inicie el procedimiento o desde que se advierta su existencia (arts. 74.1, 34 y 58 LPAC) a fin de evitar su indefensión (art. 63.2 LPAC); en consecuencia, todas esas personas son, al igual que los padres, titulares de los derechos conferidos por los arts. 35, e), 79, 80, 81, 84 y 85 LPAC y las actuaciones se les deben notificar en la forma prescrita por los arts. 58 y 59 LPAC.

3. El art. 8.2 se repara por lo siguiente:

a) Las declaraciones de personas que no revisten la cualidad de interesados en el procedimiento constituyen la realización de una prueba testifical (art. 80.1 LPAC, en relación con el art. 578.7ª LEC y 1.215 del Código Civil); por esto deben ser prestadas conforme a los arts. 80.2 y 3 y 81 LPAC.

b) Según el art. 172.1, segundo párrafo, del Código Civil, la situación de desamparo se caracteriza por dos elementos que deben concurrir en relación de causa a efecto:

1º) un incumplimiento absoluto o un cumplimiento defectuoso de los deberes legales de protección del menor que recaen sobre sus padres, tutores o parientes alimentantes.

2º) un resultado real y específico debido a ese incumplimiento o cumplimiento defectuoso: la privación actual, irreversible y objetiva de la asistencia moral o material o de ambas que, en función de su concreta situación personal, necesita el menor.

No todo incumplimiento o defectuoso cumplimiento de esos deberes de protección dan lugar a que entre en juego la tutela *ex lege*. Es necesario que produzca el efecto de una situación actual, irreversible y objetiva de desasistencia del menor.

El procedimiento administrativo para la declaración de la situación de desamparo tiene como único objeto constatar esa situación, es decir, la infracción de esos deberes y que su resultado es una privación actual, irreversible y objetiva de asistencia al menor.

No es un procedimiento dirigido a acopiar cualquier tipo de información sobre "su familia o las personas que estuvieran ejerciendo las funciones parentales", porque lo veda el art. 18.1 CE que reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar y el art. 17.1 CE que reconoce el derecho a la seguridad personal, el cual comprende el derecho a organizar la vida personal conforme a sus propias convicciones (STC 15/1986, de 31 de enero).

Es un procedimiento cuyo objeto, además, se limita a la averiguación de la situación presente, actual del menor. Ello por dos razones: primero, porque cualquier desasistencia pasada evidencia por sí misma su naturaleza transitoria y reversible; segundo, porque lo que se pretende es la protección integral del menor, no sancionar a los obligados a prestarle asistencia.

Por ello, las declaraciones de los testigos sólo pueden versar sobre los hechos que se tratan de constatar en este procedimiento: Las conductas constitutivas de infracción de los deberes de asistencia y la situación de desasistencia del menor.

El art. 8.2 PD no puede permitir que esas declaraciones puedan extenderse sobre cualquier aspecto de la vida de los padres, tutores, parientes alimentantes o guardadores del menor, por lo que, en mérito de lo expuesto, debe ser reparado.

4. La regulación del art. 9 PD debe ser completada por la de los arts. 80 y 81 LPAC: Los interesados tienen el derecho de proponer las pruebas que consideren convenientes y el instructor sólo las puede rechazar motivadamente cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias. Asimismo tienen el derecho a participar, con las garantías del art. 81.1 y 2 LPAC, en la práctica de las pruebas asistidos por técnicos de su elección

5. El art. 10.1 se repara porque incumple el art. 84 LPAC, conforme al cual, completada la instrucción, de la cual forma parte necesariamente el informe de la Comisión de Atención al Menor (art. 82 y 83 LPAC en relación con el art. 84.1 de la misma), el expediente completo se debe poner de manifiesto al interesado señalando la dependencia donde puede examinarlo, y, si le conviniera, asistido de su asesor (art. 85.2 LPAC), al mismo tiempo que se le fija plazo, dentro de los límites del art. 84.2 LPAC, para que evacue el trámite de audiencia.

6. El art. 10.3 PD se repara por las razones que se expusieron en el anterior apartado 2.a):

El art. 172.1 del Código Civil impone que esa resolución se les notifique "en legal forma". La forma legal de notificación de las resoluciones de la Administración es la regulada en los arts. 58 y 59.1 a 3 LPAC, y a ella es a la que se remite el art. 172.1 del Código Civil, sin más modulaciones que la reducción del plazo de 10 días del art. 56.2 LPAC a las 48 horas del art. 172.1 del Código Civil, y que las menciones a los recursos procedentes deben ser sustituidas por las de las vías judiciales civiles que, conforme a la disposición adicional primera Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se deben seguir si no hay conformidad con ella. A esa forma legal de practicar la notificación el art. 172.1 del Código Civil le añade un plus garantista que no pretende sustituir las garantías de la notificación en forma legal, y que consiste en que, en el momento de practicar esa notificación en la forma legal, se les informe verbalmente

de modo claro y comprensible de las causas y posibles efectos de la Resolución de la declaración en situación de desamparo.

7. El art. 11.1 PD merece reparos graves. Si el menor está en situación de riesgo, que es la definida por el art. 41 LAIM y que no distingue entre leve o grave, se debe seguir el procedimiento del art. 44 LAIM y adoptar las medidas contempladas en el art. 16.2 LAIM.

Si el menor está en situación de desamparo, lo que procede es declararlo así a través del correspondiente procedimiento, sólo puede producirse la asunción de la tutela por la entidad pública, con carácter provisional. El art. 172.6 del Código Civil es terminante en establecer que la declaración de la situación de desamparo que entraña la asunción de la tutela por la entidad pública, será impugnabile ante la jurisdiccional por los interesados. La declaración de plano de la situación de desamparo y consiguiente asunción de la tutela si no da oportunidad de defensa a los interesados vulnera, por las razones que se han expuesto en el Fundamento II.7, el art. 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y los derechos constitucionales de presunción de inocencia y defensa reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución.

Por otro lado, el entendimiento de lo que es "riesgo grave" debe partir de lo que el legislador entiende por riesgo para el menor: Según los arts. 41 y 43 LAIM consiste en una situación de perjuicio para el desarrollo del menor; es decir, un daño efectivo, real, actual; no posible, potencial, futuro; pero que puede ser eliminado con las ayudas económicas y de formación de los padres previstas en el art. 16.1 LAIM. (El art. 43 LAIM limita esas medidas a las de formación, pero de los arts. 9.2 y 39 de la Constitución y de los arts. 4.1.e) y g); 14.1, 16.1 y 39 LAIM, es obvio que esas medidas comprenden las ayudas económicas. Otra interpretación llevaría a negar el derecho a vivir con sus hijos a los parados, trabajadores con bajos ingresos y a los pobres en general).

De ahí por tanto que la situación que se pretende crear reglamentariamente de "riesgo grave" debe ser una situación de perjuicio para el menor, es decir, de un daño efectivo, real y actual que no puede ser superado con esas medidas de formación de los padres. Esa situación de perjuicio no es otra que la situación de desamparo que

define el segundo párrafo del art. 172.1 del Código Civil y, en consecuencia, procede la declaración de situación de desamparo.

En los supuestos en que la situación es de tal gravedad que es subsumible en alguno de los tipos de los arts. 226.1 y 229 a 232 del Código Penal, los agentes de la Administración están obligados a denunciarla ante la jurisdicción penal o al Fiscal y a solicitar que se tomen las medidas contempladas en el art. 158 del Código Civil; aparte de cumplir con la obligación de prestarle auxilio inmediato que les impone el art. 618 del Código Penal.

Si no se está ante uno de estos supuestos, el órgano administrativo puede adoptar las medidas provisionales oportunas para asegurar la eficacia de la resolución (art. 72 LPAC), entre las cuales se encuentran, sin duda, todas las necesarias para asegurar la asistencia material y moral del menor y apartarlo de la situación de desprotección; pero esas medidas tendrán siempre el carácter de provisionales y cautelares, a las resultas de lo que se establezca en la correspondiente resolución tras un procedimiento en que los interesados hayan tenido oportunidad de hacerse oír y proponer pruebas; y entre ellas no puede incluirse el efecto jurídico propio de la resolución cuya eficacia pretenden asegurar.

Por otro lado, la ejecución por la Administración de esas medidas cautelares, por todo lo que se expresó en el apartado 5 del Fundamento II, depende de que no se le ofrezca resistencia por los particulares, en cuyo caso la Administración deberá obtener la correspondiente resolución judicial.

En definitiva, el órgano de la Administración puede adoptar medidas provisionales para asistir al menor y apartarlo de la situación de desprotección; lo que no puede hacer es dictar de plano, sin procedimiento en que tengan participación los interesados, una declaración de situación de desamparo "provisional".

En cuanto a la forma en que se debe comunicar la resolución adoptando medidas provisionales y la resolución final se debe estar a lo expuesto en el anterior apartado y, por consiguiente, se reparan también los apartados 2 y 5 del art. 11.

8. El art. 13 PD se repara porque contempla que la Administración pueda variar la forma de ejercicio de la guarda sin oír previamente a sus padres o tutores. El art. 13 PD olvida que, según el art. 173.2 del Código Civil, es necesario el consentimiento

de los padres o tutores; porque ni unos ni otros están privados de la patria potestad - esto sólo puede ser decidido por una Sentencia (art. 170 del Código Civil)- sino simplemente están suspendidos (art. 172.1 del Código Civil); que siguen estando obligados a velar por sus hijos (art. 110 del Código Civil) y que tienen derecho a relacionarse con ellos (art. 160 del Código Civil), derecho que sólo puede ser regulado o suspendido por el juez (art. 161 del Código Civil); y que el acogimiento familiar puede cesar a petición de dichos padres o tutores (art. 174.4,3ª del Código Civil).

Por tanto, si para constituir el acogimiento familiar es necesario el consentimiento de los padres o tutores, y su falta sólo puede ser sustituida por decisión judicial atendiendo al interés del menor, es claro que elementos esenciales de este negocio jurídico no pueden ser alterados unilateralmente por la Administración sin el consentimiento de los padres o tutores, que lo prestaron en atención a dichos elementos esenciales, entre los cuales incluye necesariamente la identidad de los acogedores y el carácter profesionalizado o no con que actúan, la duración, el tipo de acogimiento (en hogar funcional o familiar) o la modalidad de este último (simple, permanente, preadoptivo). Y si el acogimiento ha sido decisión judicial, sólo el juez podrá modificarlas (art. 17 y 18.1 LOPJ).

El régimen del acogimiento familiar revela, una vez más, que en esta materia la Administración no actúa por sí sola, no ejerce una potestad administrativa para decidir unilateralmente sobre aspectos esenciales de la esfera personal de los menores y de sus padres, sino que necesita tanto del consentimiento de éstos como de los acogedores. Aquí se está ante una actividad de asistencia social de la Administración sometida a régimen de Derecho privado. Donde falta el consentimiento de los padres o tutores la Administración no puede actuar; quien puede actuar en interés del menor supliendo esa falta de consentimiento es el juez civil. Y el consentimiento de los acogedores a la constitución del acogimiento ni siquiera puede ser suplido por el juez.

Por todo ello, la previsión del art. 13 PD de que la Administración pueda modificar unilateralmente el acogimiento familiar sin el consentimiento de los padres o tutores o sin la correspondiente decisión judicial que, en interés del menor,

sustituya el de éstos o que modifique la anterior decisión judicial por la que se constituye, vulnera el art. 173.2 y 3 del Código Civil y los arts. 17 y 18.1 LOPJ.

9. El último inciso del art. 16.1,a) PD ("o persona que designe para su sustitución en una sesión concreta") incumple el régimen que para las sustituciones del Presidente de órganos colegiados establece el art. 23.2 LPAC; no pudiendo encontrar amparo la redacción propuesta en el segundo párrafo de dicho precepto porque, como se verá a continuación, la Comisión de Atención del Menor no es, según el art. 51.1 LAIM, uno de los órganos contemplados en el art. 22.2 LPAC.

10. El art. 51.1 LAIM dice que la Comisión del Menor estará integrada por "profesionales responsables de las distintas áreas relacionadas con la atención y formación de los menores". Como la LAIM no alude a "representantes de organizaciones de intereses sociales", sino de profesionales responsables de áreas, hay que interpretar que éstos son personal profesional de la Administración autonómica que, o bien es titular de órganos administrativos con competencias sobre determinadas materias relacionadas con la atención y formación de menores o bien jefes de unidades administrativas o servicios instrumentales a dichos órganos. Como el art. 51 LAIM remite al Reglamento el desarrollo de esta prescripción, si el Reglamento se limita a repetirla sin desarrollarla, vulnera ese mandato legal, cuyo cumplimiento exige que el Reglamento precise la cualidad (titular de un órgano, jefe de una unidad administrativa) de esos responsables y las áreas (de sanidad, de educación etc.) a cuyo frente han de estar.

El art. 16.1,b) PD cumple muy parcialmente con el mandato del art. 51.1 LAIM, porque se limita a precisar que serán tres vocales nombrados por el Consejero y, en cuanto a lo demás, se limita a repetir lo dispuesto por el precepto legal. Éste no ha pretendido en absoluto configurar una potestad libre del titular del Departamento, sino reglada al remitir su concreción al Reglamento. El art. 16.1.b) vulnera el art. 52.1 LAIM, porque no le da desarrollo reglamentario completo.

11. Para la válida constitución de un órgano colegiado el art. 26.1 LPAC exige la presencia de su Presidente y Secretario o, en su caso, de quienes le sustituyan; y de la mitad al menos de sus miembros.

El primer párrafo del art. 17 PD contradice dicho precepto legal de carácter básico. La expresión del segundo párrafo del art. 17 PD "trabajando el expediente de

un menor" revela una mentalidad que cosifica a los menores atendidos por la Administración reduciéndolos a expedientes. Estos últimos no son más que un conjunto ordenado de los instrumentos que reflejan las actuaciones de un procedimiento. Los técnicos a los que se alude en el art. 17 PD prestan servicios de apoyo a la Dirección General del Menor o de asistencia a los menores y de estudio y evaluación de su situación.

12. La mayoría simple es siempre la mayoría de los miembros presentes del colegio (art. 26.4 LPAC en relación con el apartado 1 del mismo). Adoptar acuerdos por mayoría simple es lo mismo que adoptarlos por mayoría de los presentes. Sólo las mayorías reforzadas -por oposición a mayoría simple- se calculan sobre el número de miembros de derecho del colegio. Si el redactor del art. 18 PD pretendió decir que la Comisión procurará adoptar sus acuerdos por mayoría de sus miembros, debió utilizar la expresión "mayoría absoluta" en vez de mayoría simple.

13. Para analizar los preceptos del PD incluidos en el Título II bajo la rúbrica "De la guarda", es preciso recordar que el presupuesto de hecho de la guarda contemplada en el art. 172.2 del Código Civil es distinto del de la tutela *ex lege* regulada en el art. 172.1, porque es incoherente establecer una dualidad de instituciones de protección del menor para afrontar un mismo supuesto de hecho con efectos completamente diferentes.

En primer lugar, el presupuesto de hecho de la guarda asistencial del art. 172.2 es que los padres no puedan cuidar al menor temporalmente, que la imposibilidad de prestarle atención sea transitoria o reversible. Esta nota de la temporalidad resulta de la expresión "durante el tiempo necesario" del primer párrafo del art. 172.2 del Código Civil, expresión que al mismo tiempo indica que la duración de esa guarda debe durar el tiempo estrictamente necesario que exija la protección del interés del menor.

Segundo, que esa imposibilidad de atender al menor no deriva de que el menor esté en situación de desamparo por incumplimiento de deberes legales de asistencia; porque es precisamente manifestación del cumplimiento de éstos el hecho de que quién prevea que no podrá cumplir con ellos por circunstancias graves inminentes o actuales, solicite el concurso de la Administración para atender al menor.

Es más, en determinados supuestos, como el contemplado en el art. 189.2 del Código Penal, el ordenamiento configura esa solicitud como un deber legal de los padres o tutores, cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción penal.

No es necesario tampoco, como se acaba de apuntar, que esa imposibilidad de cuidar al menor sea actual, basta que sea cierta en cuanto a su surgimiento y aproximadamente determinable el cuándo.

Tercero, que esas circunstancias graves se deben demostrar así como su relación de causa a efecto con esa imposibilidad.

Cuarto, esas circunstancias graves no tienen por qué concurrir en los padres o tutores [enfermedad, falta transitoria de recursos, necesidad de emigrar (...) etc.], sino que también pueden concurrir en el menor (enfermedad que no pueden atender sus padres, toxicomanía, supuesto del art. 189.2 del Código Penal, etc.).

Quinto, que la guarda asistencial tiene carácter negocial porque la solicitud de los instados a legitimarla es una declaración de voluntad recepticia dirigida a iniciar el proceso de formación de la voluntad de la Administración para que acepte o rechace la formalización del negocio jurídico del segundo párrafo del art. 172.2 del Código Civil, y por el cual la Administración realiza una prestación de asistencia social en materia de relaciones familiares y por tanto regulada por el Derecho Civil.

Este carácter negocial se subraya por el hecho de que si la guarda se va a realizar mediante acogimiento familiar, será necesario su consentimiento (art. 173.2). De ahí que el tercer párrafo del art. 172.2 del Código Civil no pueda interpretarse como que faculta a la Administración para variar la forma de ejercicio de la guarda de acogimiento residencial a familiar. Si para la constitución de éste se necesita el consentimiento de los padres o tutores de menores en situación de desamparo que tienen suspendida la patria potestad, menos se podrá prescindir del de los padres o tutores del menor bajo guarda asistencial, que no tienen suspendida la patria potestad. El art. 172.2, tercer párrafo, en relación con el art. 173.2, pone de manifiesto que la Administración no puede constituir ni modificar el acogimiento familiar del menor en guarda asistencial sin el consentimiento de sus padres o tutores.

La eficacia de la modificación por la Administración de la forma de ejercicio de la guarda, en caso de que consista en pasar de acogimiento residencial a familiar,

depende del consentimiento de los padres o tutores. Y, si consiste en pasar del acogimiento familiar al residencial, también, porque esa guarda convencional descansa sobre un negocio jurídico, de manera que si la Administración lo modifica, los padres, que siguen ostentando y ejerciendo la patria potestad, pueden oponerse a ella.

Por último, puesto que:

a) Las potestades legales sobre menores son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

b) La guarda asistencial produce sólo efectos en la esfera personal del menor según el art. 172.3 del Código Civil.

De ello se sigue que el negocio jurídico por el que se constituye la guarda asistencial tiene por objeto la delegación de carácter temporal del ejercicio del contenido personal de la patria potestad. Por consiguiente, la posición de la entidad pública resulta de los términos pactados que, a su vez, están determinados por el carácter de las circunstancias que son la causa de la estipulación de la guarda. De ahí, que la potestad de la Administración sobre los menores se limite al ejercicio ordinario de las facultades delegadas, correspondiendo el extraordinario a los titulares de la patria potestad, a no ser que esté también impedido por las circunstancias graves. Si no es éste el caso, esos titulares pueden, en ese ejercicio extraordinario, impartir instrucciones vinculantes a la Administración sobre el cuidado y protección del menor.

En todo lo expuesto se fundamentan las observaciones siguientes:

14. La redacción del art. 19.2 PD debe tener en cuenta que la patria potestad es de ejercicio conjunto (art. 156 del Código Civil) y que la solicitud de constitución de la guarda asistencial efectuada por uno solo de los padres no puede reconducirse al uso social, por lo que debe exigir, cuando se solicite la constitución de la guarda por un único progenitor, que justifique que cuenta con el consentimiento del otro o que le corresponde legalmente el ejercicio en solitario de la patria potestad.

La misma justificación se debe exigir cuando sean varios los tutores y la solicitud la formule uno sólo de ellos.

15. Al segundo párrafo del art. 19.3 PD se le formula el siguiente reparo: Los informes que se citan en ese apartado sólo pueden tener como objeto la demostración de la existencia de las circunstancias graves en que se fundamenta la solicitud de guarda.

16. El art. 19.4 se repara por las mismas razones que se exponen en el apartado 3, a) de este Fundamento.

17. El art. 19.5 PD se repara por lo siguiente: La guarda se constituye por medio del negocio jurídico que se ha de formalizar por escrito (art. 172.2, segundo párrafo); no por una resolución unilateral de la Administración. Ésta sólo puede expresar la voluntad de la Administración de recibir la guarda y las condiciones en que está dispuesta a hacerlo.

Como el presupuesto de la guarda asistencial no es la existencia de una situación de desamparo, esa resolución no puede acordar ninguna medida de amparo.

Si la guarda se va a ejercer mediante acogimiento familiar, se precisará que en la formalización de la entrega de la guarda o en un momento posterior se proceda al negocio jurídico de constitución del acogimiento familiar (art. 173.2).

18. De los arts. 39.1 y 2 de la Constitución; 20 CDN en relación con el 39.4 de la Constitución; 172.2 del Código Civil; 4.1, f); 14.1, 16 y 56 LAIM, especialmente del carácter inequívocamente imperativo de este último precepto, se deriva que siempre que concurren las circunstancias graves que constituyen el presupuesto de hecho de la guarda asistencial, la Administración deberá asumirla. Por consiguiente, demostrada la concurrencia de aquéllas, los instantes de la guarda tienen el derecho y la Administración la correlativa obligación a la constitución de la guarda asistencial.

Por estas razones el art. 19.6 PD contradice los preceptos citados al principio, especialmente, los arts. 172.2 del Código Civil y el art. 56 LAIM, y, además, el art. 43.2, b) LPAC.

19. Las menciones de "medidas de amparo del menor" y de "situaciones de desprotección" del art. 20.2 PD se reparan porque, como se indicó en el apartado 17 de este Fundamento, el presupuesto de hecho de la guarda asistencial no es una situación de desamparo.

También se repara la expresión "el necesario trabajo con la familia del menor", ya que revela una mentalidad que considera a la familia como objeto a moldear por una actuación administrativa; lo que no se compadece con los derechos constitucionales a la libertad personal y a la intimidad familiar. Esa expresión está en contradicción con los arts. 4.2, e), f), g) e i); 14; 16 y 39 LAIM.

El art. 20.2 PD desconoce que no existen en todos los municipios servicios sociales municipales. La obligación de prestarlos sólo existe para aquéllos cuya población sea superior a 20.000 habitantes [art. 26.1, c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL en relación con los arts. 13.1, 24 y 25 LSS].

20. El art. 20.3 PD se repara porque el art. 172.2, tercer párrafo, dice que la resolución debe ser fundamentada y notificada a los padres o tutores, pero no prohíbe que antes de su adopción se oiga a éstos. El derecho de hacer alegaciones y de audiencia que ostentan éstos resulta de los arts. 35, e), 79 y 84 LPAC cuya aplicación no pretende excluir el art. 172.2 del Código Civil.

21. El art. 21 PD se repara porque en él se confunde el presupuesto de hecho de la guarda asistencial con una situación de desamparo, lo cual contradice los apartados 1 y 2 del art. 172 del Código Civil, como se ha explicado en el apartado 17 de este Fundamento.

22. En la guarda asumida en virtud de resolución judicial habrá de atenderse la Administración autonómica al contenido de aquélla, no es necesario que lo diga el reglamento autonómico, porque ya resulta de los arts. 117.3 y 118 CE y 17 y 18.1 LOPJ. Dada la competencia exclusiva del Estado sobre la Administración de Justicia y la legislación procesal (art. 149.1.5ª y 6ª CE), una norma autonómica sobre la vinculatoriedad y efectos de las resoluciones judiciales es nula por vicio de incompetencia. Por esta causa se repara el art. 22 PD.

23. Los arts. 24.6, 26.1, d), 29.5 y 37.3 PD se reparan por las mismas razones que en el apartado 18 de este Fundamento se expusieron respecto al art. 19.6 PD.

24. El art. 36.2, a) introduce por vía reglamentaria un requisito sustantivo limitador de la capacidad para adoptar (que la diferencia de edad entre adoptante y

adoptado no exceda de cuarenta años) que sólo puede ser establecido por la legislación civil. Los únicos requisitos de edad para la capacidad de adoptar que establece el art. 175.1 del Código Civil es que el adoptante (o uno de los cónyuges adoptantes) sea mayor de veinticinco años y que aventaje en catorce al adoptando, permitiendo incluso en el supuesto del art. 175.2 la adopción de mayores de edad. Por ello, se considera que incurre en vicio de incompetencia por vulneración del art. 149.1.8ª CE.

25. El reglamento, al que remite el art. 73.2 LAIM para fijar las condiciones que han de concurrir en los solicitantes de la declaración de idoneidad, tiene en su art. 35 como parámetro la legislación civil; porque esa idoneidad a que hace referencia es una cuestión de derecho civil, de suerte que el reglamento autonómico sólo debe concretar la documentación que se debe presentar en orden a la acreditación de la concurrencia de las circunstancias de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, tales como la acreditación de determinados niveles mínimos de ingresos del solicitante calculados en función de las personas a su cargo, los informes médicos que demuestren la inexistencia de enfermedades o minusvalías que impidan atender al menor o que hagan peligrar su salud; y la ausencia de toxicomanías, patologías psiquiátricas, trastornos de personalidad y disturbios psicológicos; las certificaciones del Registro Civil que acrediten la edad y que no ha sido privado de la patria potestad o removido de la tutela; certificados de antecedentes penales, informes de buena conducta, etc.

Parece, pues, que los informes "psico-sociales", a los que se refiere el párrafo 1,a) del art. 35, debieran hacer referencia más concretas a la acreditación de los requisitos de idoneidad antes reseñados, con el fin de concretar las condiciones acreditativas de la idoneidad o no de los solicitantes para el ejercicio de la patria potestad, y no dejar el informe de su existencia o inexistencia a un juicio de la Administración incondicionado normativamente, lo cual no parece ajustarse al art. 176 del Código Civil, en relación con el art. 154 y concordantes del mismo y el art. 73.2 LAIM.

26. La mención por la disposición adicional segunda PD al Decreto 124/1990, de 29 de junio, debe ser sustituida por la del Decreto 251/1997, de 30 de septiembre que ha derogado a aquél.

CONCLUSIONES

1. El acto normativo que se propone vulnera la disposición adicional segunda LAIM, según se razona en el F. I.2 y podría estar viciada de invalidez, en cuanto limita derechos y obligaciones de los ciudadanos.

2. No obstante la adecuación, con carácter general, del PD al parámetro legal, se repara la actual redacción de los siguientes preceptos:

art. 8.1, b) (F. III.2 en relación con el F. II.7)

art. 8.2 (F. III.3)

art. 10, apdos. 1 y 3 (F. III.5 y 6)

art. 11 (F. III.7)

art. 13 (F. III.8)

art. 16.1, a) (F. III.9)

art. 16.1, b) (F. III.10)

art. 19.4 (F. III.16)

art. 19.5 (F. III.17)

art. 19.6 (F. III.18)

art. 20.3 (F. III.20)

art. 22 (F. III.22)

arts. 24.6; 26.1, d); 29.5; y 37.3 (apartado 23 del Fundamento III en relación con el apartado 20 del mismo).

art. 36.2, a) (F. III.24)

arts. 35 y 36 (F. III.25)

3. Son técnicamente objetables, según se expresa en el F. III, los siguientes preceptos:

Art. 9;

art. 17;

art. 18;

art. 19, aps. 2 y 3;

art. 20, aps. 2 y 3;

art. 21 y

disposición adicional tercera.