



CIRCULAR INFORMATIVA 7/2020, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2020 SOBRE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN AQUELLOS DOCUMENTOS QUE AFECTEN A LA FUNCIÓN DE GUARDA DE LOS MENORES DE EDAD

La Organización de las Naciones Unidas aprobó el 20 de noviembre de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha Convención fue firmada por el Plenipotenciario de España ante Naciones Unidas el 26 de enero de 1990, siendo posteriormente ratificada (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

Desde tal fecha, la normativa española ha ido progresivamente adaptando sus instituciones referentes al menor, entendida esta expresión en sentido amplio, a través de las oportunas reformas normativas (por ejemplo, la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [LOPJM], modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

El Consejo General del Notariado adoptó a través de sus diferentes órganos diversos acuerdos cuyo objeto era informar a los notarios acerca de las novedades legislativas, para que la actuación notarial tuviera la eficacia deseada por los otorgantes, vista la evolución progresiva de la legislación sobre el menor (así, y por citar un ejemplo, la Nota de la Comisión Permanente de octubre de 2007).

Sin embargo, la evolución de la legislación, no solo estatal, sino autonómica, así como la existencia de importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencias 582/2.014, de 27 de octubre, 47/2.015, de 13 de febrero y 492/2.018, de 14 de septiembre), aconsejan la aprobación de una Circular de carácter informativo para dar a conocer a los notarios pautas de actuación en un ámbito especialmente sensible, como es el del menor de edad, y las diferentes situaciones en las que se puede encontrar, alguna de ellas de especial dificultad, en caso de desprotección del menor.

Esta Circular meramente informativa se estructura en una parte dispositiva y en un Anexo normativo en el que se incorpora con carácter previo a la enumeración de las normas existentes, el oportuno estudio con el que se pretende explicar cuál ha sido la evolución seguida.

Debe destacarse, asimismo, que esta Circular pretende que la actuación notarial, en todos aquellos actos o negocios que de forma directa o indirecta afecten a la función de guarda que se ejerza o se pretenda ejercer por los titulares de la patria potestad, sea,



primero, lo más uniforme y eficaz -adecuando en todo caso la voluntad expresada por los progenitores al ordenamiento jurídico-; segundo, ajustada el nuevo enfoque en la construcción del edificio de los derechos de la infancia y la adolescencia y, tercero, coordinada con la Fiscalía y la correspondiente entidad pública de protección de menores en caso de que se aprecie cualquier posible situación de desprotección por riesgo o desamparo.

De hecho, con carácter previo a la aprobación de esta Circular se han mantenido diferentes reuniones y encuentros con la Fiscalía y con los representantes de las Entidades Públicas autonómicas para conocer de primera mano cuáles eran las necesidades esenciales y el medio más adecuado y eficiente para su solución desde la notaría, cuando en el marco de la legislación del menor se demanda del notario la prestación de su función pública.

A tal fin, debe resaltarse que el Notariado es un “testigo” privilegiado en el sistema de protección y que, por tal circunstancia, se requiere del notario en su condición de funcionario público y autoridad por el artículo 13.1 de la LOPJM que *“toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.”*

Al margen de esta Circular informativa, y en el marco de las competencias del Consejo General del Notariado (artículos, 17.2 de la Ley del Notariado y 285 de su Reglamento, así como Orden JUS/469/2003, de 19 de febrero) la misma se completa con la oportuna modificación del índice informatizado razón que aconseja, igualmente, que se apruebe con carácter previo esta Circular informativa para que los notarios tengan pleno conocimiento de las exigencias legales.

Por último, esta Circular se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 344 A) 4 del Reglamento Notarial, sin que tenga carácter de obligado cumplimiento, pues su objeto es informar acerca de las novedades legislativas y jurisprudenciales y del mejor modo de cumplir con las nuevas exigencias que se demandan del notario.

Primero. - Ámbito objetivo de la Circular.

La Circular se refiere a la documentación pública de actos jurídicos en los dos ámbitos siguientes:

a) Ejercicio de la patria potestad con motivo de la autorización de los instrumentos que a continuación se señalan:

- Autorizaciones de viaje.
- Delegación de guarda entre titulares de la patria potestad.
- Poderes especiales
- Escritura pública de extensión o auxilio en el ejercicio de la patria potestad.

b) Sistema de protección propiamente dicho:

- Comunicación de posibles situaciones de riesgo y/o desamparo que se pongan de manifiesto con motivo de la autorización de cualquier instrumento que afecte a la esfera personal y/o patrimonial de un menor.
- En el otorgamiento de instrumentos tales como:
 - ✓ Designación preventiva de guardador.
 - ✓ Acta de constancia de guarda de hecho de menor de edad
 - ✓ Acta de notoriedad para la acreditación de la convivencia mínima de tres años como criterio de idoneidad para la adopción y acogimiento.
 - ✓ Actas del artículo 211.3 del Reglamento de Extranjería para acreditar la imposibilidad de obtener documentación en la misión diplomática que corresponda.

Segundo. - Ejercicio de la patria potestad con motivo de la autorización de determinados instrumentos

1.- La creciente autonomía de la voluntad en la esfera privada de la patria potestad, pareja a la evolución social en la materia, ha conllevado que mediante el otorgamiento ante notario de una "autorización-poder" los padres se auxilien en el ejercicio de sus funciones parentales, puntualmente para una actuación concreta o durante un período limitado en el tiempo y con mayor o menor extensión, de familiares o allegados.

2.- El notario en su condición de funcionario público y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 147 del Reglamento Notarial puede coadyuvar a través de una adecuada



documentación pública a que esa creciente autonomía de la voluntad en el ejercicio de la patria potestad se ejercite en interés del menor con pleno respeto a la legalidad vigente a través de una delimitación precisa de cada uno de los supuestos.

3.- Esa nueva realidad aconseja distinguir:

A) Autorización o permiso de viaje fuera del territorio nacional para menores.

1.- De acuerdo con la Instrucción 10/2019, de 9 de julio, de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se regula el procedimiento para otorgar el permiso de viaje fuera del territorio nacional para menores españoles residentes en España, debe otorgarse por ambos progenitores o por uno de ellos manifestando que cuenta con el consentimiento del otro progenitor.

Si se aprecia que el viaje supone un cambio de domicilio del menor, aunque sea temporal, debe considerarse como un acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad y se exigirá el consentimiento de ambos progenitores.

2.- En la autorización deberá quedar acreditada de forma fehaciente la filiación e indicarse de forma clara y precisa, el destino, fecha de partida y regreso o períodos de entrada y salida si los desplazamientos son frecuentes por razones laborales, deportivas o académicas, así como la persona que se hace cargo del menor (familiar si es un viaje de ocio o profesor-tutor si es un viaje de estudios). Además, se recuerda que la Instrucción establece un plazo genérico de 30 de días de vigencia para el permiso o autorización.

B) Escritura de delegación de guarda entre titulares de la patria potestad.

Su objeto debe ser documentar el consentimiento al que se refiere el artículo 156 del Código Civil o legislación civil especial equivalente.

C) Escritura de poder especial conferido por los titulares de la patria potestad a favor de un familiar para acto concreto.

1.- Tiene por objeto la concesión puntual por parte de los progenitores de alguna facultad inherente a la guarda que, de forma excepcional y justificada, no pueden llevar a cabo personalmente los titulares de la patria potestad (p.ej.: obtener documentación,



solicitar determinada beca, empadronar, realizar un trámite sanitario, autorizar un contrato de trabajo...).

En el caso de poder especial para obtención o expedición de pasaporte, acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad, ha de tenerse en cuenta la regulación contenida en el art. 4.2 del Real Decreto 896/2.003, de 11 de julio, que dispone que *“para la expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial. Este consentimiento se prestará ante el órgano competente para la expedición del pasaporte. También podrá prestarse ante fedatario público, en cuyo caso, deberá acompañarse a la solicitud, copia auténtica del documento del que resulte el citado consentimiento.”*

2.- Debería otorgarse por ambos progenitores, si se refiere a un acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad, siendo suficiente la comparecencia de uno cualquiera de ellos si tiene por objeto un acto de ejercicio ordinario.

En este último caso, si existen medidas judiciales, sería competente el progenitor custodio, es decir, aquel con quien el hijo se encuentre conviviendo en cada momento, tanto si es el que tiene atribuida judicialmente la custodia como el no custodio que tiene al hijo consigo en cumplimiento del régimen de estancias establecido.

3.- En aquellos casos excepcionales en que el poder pretenda ser más amplio y conferir facultades generales que puedan ejercitarse de forma prolongada en el tiempo, de forma que de ello pueda inferirse razonablemente que la imposibilidad de los progenitores es general para el desempeño de la guarda y custodia por un período de tiempo, y no puramente para actos concretos, entonces debería emplearse una escritura de auxilio o extensión de la guarda.

D) Escritura de auxilio o extensión de la guarda de un menor otorgada por los titulares de la patria potestad y el familiar guardador

1.- Debe tratarse de un menor residente en España, en cuyo caso la escritura ha de otorgarse por los titulares de la patria potestad y el guardador.



2.- Dicha autorización dado que el auxilio afecta, en todo caso, al ejercicio extraordinario de la patria potestad ha de otorgarse por los dos progenitores.

Igualmente, se recuerda que no es obligatoria la comparecencia del menor, salvo que los progenitores lo soliciten, en cuyo caso, el notario dará entrada al menor al otorgamiento de la escritura.

3.- La eficacia de esta escritura pública aconseja que el notario indague y considere suficientemente justificada, en atención a las circunstancias concretas, la causa que motiva el auxilio o extensión de la guarda, en especial en los casos en que el guardador no es familiar.

4.- Tratándose de una circunstancia excepcional, la medida ha de estar limitada temporalmente, siendo razonable un plazo de un año pero, en ningún caso, superior a dos años por analogía con la guarda voluntaria administrativa, y es, por su propia naturaleza, revocable.

5.- Debe incluirse en la escritura, previa acreditación fehaciente, la relación de parentesco entre menor y guardador, así como la manifestación expresa de éste de que acepta y asume los deberes genéricos de "*velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo*", así como de los actos que específicamente se le encomienden.

Por ello, resulta conveniente, en aras de la mayor eficacia y reconocimiento por terceros, que se califique al guardador, a esos efectos y por el plazo máximo establecido, como auténtico representante legal del menor.

6.- No es preciso comunicar esta escritura a la Fiscalía de protección de menores, ni a la Entidad pública de protección, salvo que se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

- Supuesto de patria potestad ejercida por uno solo de los progenitores, salvo que a su vez haya quedado debidamente acreditado a juicio del notario que su ejercicio le corresponde en exclusiva.
- En caso de que el guardador no sea familiar.



- Si se ha otorgado con anterioridad el mismo documento referido al mismo menor.
- En el caso de que el notario lo considere oportuno en atención del conjunto de circunstancias concurrentes.

En los supuestos anteriores, deberán hacerse las oportunas advertencias y comunicar a la Entidad Pública la situación advertida por el notario.

7.- Si a juicio del notario, resulta notoria una situación de desprotección aquel deberá denegar su ministerio y, a la mayor brevedad, informar tanto a la Fiscalía como a la entidad pública de protección.

8.- En todo caso el notario, si así lo entiende conveniente por las circunstancias concurrentes, podrá informar a los titulares de la patria potestad de la posibilidad que les ofrece el artículo 172 bis del Código Civil de solicitar de la Entidad Pública competente que ésta asuma la guarda del menor.

Tercero. - Actuación del notario en el ámbito del sistema de protección propiamente dicho.

1.- El notario en su condición dual de autoridad y funcionario público en el ámbito del "sistema de protección de menores" debe desplegar toda la diligencia posible para, primero, comunicar a la Fiscalía y, en su caso, a las Entidades Públicas, aquellas situaciones de riesgo o desamparo que observe con relación a un menor, y segundo, coadyuvar a la mayor protección de los menores en situación actual o potencial de desprotección mediante la autorización de los instrumentos que a continuación se señalan.

2.- Los documentos públicos a que se refiere al anterior ordinal son:

A) Escritura de designación preventiva de guardador por el/los titular/es de la patria potestad.

El testamento y/o documento público notarial de nombramiento de tutor (artículo 223 Código Civil y legislación civil especial equivalente) debe permitir también nombrar de forma también preventiva un guardador provisional que podrá coincidir con el tutor

designado que pueda actuar de conformidad con la legislación aplicable en el período de tiempo que transcurre desde el fallecimiento de ambos progenitores hasta que la autoridad judicial nombra tutor, evitando así un vacío en la guarda de los menores.

B) Acta de constancia de “guarda de hecho” de un menor de edad no emancipado.

1.- La guarda de hecho de un menor de edad no emancipado, como situación siempre provisional y transitoria en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad -o de un incapaz en la legislación actual- sin que concurra un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico, tiene una naturaleza neutra que puede abarcar tanto situaciones de encomiable altruismo, como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal.

2.- La finalidad esencial de esta acta consiste en aportar seguridad jurídica en el caso de guardas altruistas, sea el guardador de familia extensa o de familia ajena, al dotar al “guardador de hecho” de un documento que, sin ser título legitimador, le permite justificar la situación fáctica hasta que la autoridad judicial, o la entidad pública, valore la conveniencia de establecer las correspondientes medidas.

A su vez, y en el caso de guardas de hecho que pudieran ser irregulares porque la actuación del notario, su documentación y ulterior comunicación a la Fiscalía permite que ésta o las Entidades Públicas puedan supervisar y, en su caso, adoptar las medidas oportunas de protección del menor.

3.- En consecuencia, se recomienda que en estos casos la actuación del notario se ciña a su mera constatación fáctica por lo que resulte de las manifestaciones del requirente y testigos y de la prueba documental que corresponda (p.ej.: informe de los servicios sociales de zona en el que no se aprecie riesgo o desamparo, del colegio, etc).

4.- En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 303 del Código Civil, y previa advertencia en tal sentido a los requirentes, se comunicará por el Notario autorizante su contenido a la Fiscalía de protección de menores y a la entidad pública competente, dejando expresa constancia de dicha comunicación en la misma acta.



C) Acta de notoriedad para la acreditación de la convivencia mínima de tres años como criterio de idoneidad para la adopción y acogimiento.

Este instrumento público viene a satisfacer la exigencia de la legislación especial de algunas CC.AA. que exigen como criterio de idoneidad de quienes vayan a adoptar o acoger la acreditación de la previa convivencia durante el período indicado

D) Actas del artículo 211.3 del Reglamento de extranjería para acreditar la imposibilidad de obtener documentación en la misión diplomática que corresponda.

Se recuerda, igualmente, que este trámite está previsto en el Reglamento de extranjería para la obtención por parte del extranjero indocumentado de la “cédula de inscripción” y que en muchas ocasiones afecta tanto a menores como a jóvenes extutelados.

A tal fin, y ante la posible carencia de documentos identificativos originales, cabe acudir a los medios de identificación previstos en el párrafo tercero del art. 163 del Reglamento Notarial (huella digital y fotografía del compareciente).

En estos casos, la práctica y exigencia de algunas Administraciones Públicas aconseja la conveniencia de que el notario practique la correspondiente diligencia de forma presencial en la misión diplomática acompañando al indocumentado, presenciando su solicitud y ofreciendo la entrega de cédula para hacer efectivo el derecho a contestar.

ANEXO NORMATIVO

A) FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA CORRECTA INDAGACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ADECUACION AL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA VOLUNTAD COMUN EXPRESADA POR LOS PROGENITORES: (1) LA SUBSIDIARIEDAD DE LA INTERVENCION DEL ESTADO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. (2) EL AUXILIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE GUARDA POR LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.

1. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA INTERVENCION DEL ESTADO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Todos los menores de edad tienen reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a recibir la asistencia y protección que les garantice el pleno desarrollo de su personalidad, conformándose dicho derecho en una responsabilidad tanto de sus familias (i), en primer término, como de las Administraciones Públicas (ii).

RESPONSABILIDAD PARENTAL (i)

En nuestro derecho común el artículo 154 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2.015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, configura la patria potestad como **responsabilidad parental** a partir de una nueva concepción de la materia en la que la relación paterno-filial ya no es el poder o potestad que los progenitores ejercen sobre los hijos sino una **función** propiamente dicha que aquellos han de ejercer en **interés del menor**.

Para dicho texto legal la referida función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. **Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral** (a los efectos de la presente circular la **guarda** comprende el conjunto de los deberes y facultades relacionados en este número).
2. **Representarlos y administrar sus bienes.**

Por su parte el artículo 156 del mismo texto legal establece la forma de ejercicio de la patria potestad por los progenitores así como la forma de dirimir las controversias que surjan entre ellos en relación con los concretos actos de ejercicio de la patria potestad.

La doctrina civilista mayoritaria distingue, con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del citado artículo, entre **actos de ejercicio ordinario de la patria potestad**¹, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y **actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad**², que

¹ Autorizar al niño para asistir a excursiones o actividades escolares esporádicas o no permanentes que impliquen salida extramuros del centro docente, formular solicitud de becas, requerir la asistencia médica en caso de accidentes de pequeña relevancia o enfermedades leves, solicitar el reconocimiento de discapacidad administrativa, decidir el tipo de alimentación –salvo prescripción médica en caso de enfermedades-, etc

² Dejando al margen los actos con contenido patrimonial que no son objeto de la presente circular constituyen actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad en la esfera personal del menor: la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado

precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los *referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor* y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por *resultar excepcionales conforme a los usos sociales*.

SISTEMA PUBLICO DE PROTECCION (ii).

En apartado B del presente ANEXO se hace un desarrollo pormenorizado del conjunto de normas que regulan la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, en especial a los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En el ámbito de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989 se hace una detallada referencia a cuatro conceptos que se consideran esenciales a los efectos de las conclusiones que se dirán y de la consecuente propuesta objeto de la presente circular:

1. el “**interés superior del niño**” en torno al cual pivota la regulación
2. la “**responsabilidad parental**”
3. el elenco de **los derechos del niño**
4. y finalmente el **sistema de protección** propiamente dicho

En el ámbito interno se hace una pormenorizada referencia al contenido de la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil** (a su vez modificada tanto por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio como por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), que igualmente resulta imprescindible a los efectos antes expresados.

CONCLUSION. De todo lo anterior y a los efectos de fijar las premisas y el fundamento de los criterios de actuación notarial que se establecen en la presente circular, es preciso concluir que el sistema de protección de la infancia y la adolescencia debe contemplarse en la adecuada consideración y justo equilibrio de dos necesidades o exigencias morales ineludibles:

- necesidad de todo niño crecer en familia y ser cuidado por los padres: el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en el que se presume existe el necesario ambiente de felicidad, amor y comprensión que todo ser humano requiere para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, es la familia, y por ello cabe afirmar **que todo niño debe crecer en el seno de su familia**. La consecuencia inmediata de lo anterior es, desde la perspectiva de los padres, que **es a éstos a quienes corresponde la responsabilidad principal de su crianza y desarrollo recibiendo, eso sí, la protección y asistencia necesarias por parte del estado**, y desde la perspectiva del menor, **que todo niño**

de domicilio del mismo, la obtención o renovación del pasaporte para el menor, la decisión acerca de la asistencia a guardería antes de cumplir la edad de escolarización obligatoria, la elección de colegio o institución de enseñanza, las decisiones relativas a la salud psíquica o física del menor, las referidas a la educación o formación del menor en determinadas ideas o creencias religiosas, la realización o no por el menor de determinadas actividades de ocio o deporte de alto riesgo, etc

tiene derecho a ser cuidado por sus padres. Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de diciembre de 1.996, señala que **la patria potestad**, que se funda en una relación de filiación cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva), **es la institución protectora del menor por excelencia.**

- **necesidad de especial protección del niño:** la infancia, dada su falta de madurez física y mental, tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y por ello, en lógica consecuencia, **los Estados Partes de la Convención, se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar**, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley **y, con ese fin, tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.** Pieza angular para el logro de este compromiso es el reconocimiento de todos los derechos de los niños recogidos en la propia Convención y que, en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá sea el **interés superior del niño**³.

Debe entenderse, **por razón de las necesidades a las que vienen a dar respuesta una y otra y porque lo que subyace no es otra cosa que la presunción de que la preocupación de los progenitores es el interés superior de sus hijos, que la intervención del Estado es subsidiaria frente a la responsabilidad parental**⁴.

Las normativas autonómicas también recogen el principio de subsidiariedad, bien con el propio término de "subsidiariedad", bien con la expresión de "corresponsabilidad", expresando en todo caso que corresponde a los padres, en primera instancia, la responsabilidad de que el menor reciba la protección y asistencia necesarias y a los poderes públicos tanto proteger y asistir a la familia como asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

2. EL AUXILIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE GUARDA POR LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.

Es lugar común, y así lo entiende expresamente alguna normativa autonómica⁵ siguiendo la descripción contenida en el artículo 154 del Código Civil, que **“la guarda de un menor supone para quien la ejerce la obligación de velar por él, tenerlo en su**

³ La Observación general número 14 señala que “el interés superior del menor” es un **concepto complejo, flexible y adaptable**: su contenido debe determinarse caso por caso y el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. El objetivo de dicha Observación general es, precisamente, mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial, promoviendo un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.

⁴ Expresamente así lo reconoce en su articulado la Convención con carácter previo incluso a la enumeración de todos y cada uno de los derechos del niño: en el párrafo 2 de su artículo 3 y también en su artículo 5. Por esa misma razón -porque la intervención del Estado debe ser subsidiaria frente a la responsabilidad parental- la Convención dispone que las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos de cada estado miembro han de atender primordialmente al "interés superior del niño" en todas las medidas que conciernen a los niños mientras que, cuando dicha Convención se refiere a los padres, se limita a señalar que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño". En la misma línea se muestra la Ley Orgánica 1/1996 en su artículo 2.

⁵ Artículo 39 Ley de Protección de Menores de Asturias.

compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una atención y formación integrales”. El apartado 2 a) del artículo 20 bis de la Ley Orgánica 1/1.996 ofrece una descripción muy similar de esa labor de guarda, incluso más completa, al imponer a los acogedores familiares, entre otros, el deber de **“velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”**.

Desde el punto de vista de la protección de los menores y de las entidades públicas que, en el respectivo territorio, tengan encomendadas dicha labor, la guarda se concibe, por una parte, como el ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos para con los menores de edad por las personas obligadas a prestarlos y por otra, como una medida de protección autónoma.

Atendiendo a las distintas formas de acceso al ejercicio de la guarda y a las distintas entidades o personas que pueden ejercitarla como guardadores, cabe distinguir las siguientes modalidades en el ejercicio de la guarda: ejercida por los padres, por el tutor ordinario⁶, atribuida por resolución judicial⁷, asumida por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en materia de protección a menores⁸ (que se realizará, ex artículo 173 ter 1. Código Civil, mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial), provisional⁹ o guarda de hecho.

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado sobre “criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Protección de Menores” define la guarda de hecho como **“aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin que concurra un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico”** y en consideración del superior interés del menor plasmado en cuatro objetivos¹⁰ establece varios criterios de actuación¹¹ a la vez que afirma que cabe

⁶ Artículos 222 y siguientes Código Civil, que es nombrado por el juez en los casos que proceda, fundamentalmente por ausencia o fallecimiento de los padres, incapacitación y privación de la patria potestad.

⁷ En los casos que corresponda para preservar al menor de un posible perjuicio: artículo 158.1 Código Civil.

⁸ Son tres los supuestos. A solicitud de los padres o tutores: artículo 172 bis 1 del Código Civil: es la conocida como **guarda voluntaria**, por acuerdo del Juez: artículo 172 bis 2 del Código Civil o como ejercicio de la tutela por ministerio de la Ley: artículo 172.1 del Código Civil (**desamparo**).

⁹ En supuestos de atención inmediata de menores la Entidad Pública puede asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa ex artículo 172.4 del Código Civil.

¹⁰ Que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar; preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores; evitar que, a través de vías de hecho, se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes; y promover la seguridad jurídica evitando zonas de penumbra y situaciones confusas.

¹¹ Dichos criterios son los siguientes:

- Al ser una institución que es contemplada por el ordenamiento jurídico partiendo de su provisionalidad y transitoriedad, una vez conocida, la línea a seguir por el fiscal será, en todo caso, la de promover la constitución de una institución de protección estable.
- Dado que, desde un punto de vista axiológico, la guarda de hecho tiene una naturaleza neutra que puede abarcar tanto situaciones de encomiable altruismo (abuelos que acogen al nieto ante el abandono de los progenitores) como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal (personas que con el fin de satisfacer sus deseos se hacen cargo de menores con los que no tienen vínculos, mediando o no retribución, haciendo tabla rasa de los procedimientos legalmente establecidos) **deben existir plurales soluciones jurídicas para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho**,

entender que **“la delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho”**.

Con posterioridad a dicha Circular han tenido lugar dos cambios trascendentales en el ordenamiento de protección a la infancia y a la adolescencia que afectan al concepto de la guarda de hecho: por una parte, el Tribunal Supremo ha fijado doctrina sobre la materia en la importante sentencia de 27 de octubre de 2.014 y, por otra, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, han operado importantes cambios tanto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, como en el Código Civil.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en Sentencia 582/2.014, de 27 de octubre, establece la doctrina siguiente sobre la guarda de hecho, interpretada bajo el principio del interés superior del menor: **“cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”**. Esta sentencia y otras sucesivas como la 47/2.015, de 13 de febrero y la 492/2.018, de 14 de septiembre, aproximan la figura a una institución ordinaria de protección del menor.

Por su parte, el artículo 303 del Código Civil, de nueva redacción por la citada Ley 26/2015, avanza en el reconocimiento de la figura del guardador de hecho, previendo más allá de la posibilidad de supervisión judicial ya prevista en dicha norma y, en la línea de la jurisprudencia antes citada, que **cauteladamente**, en tanto se constituya la medida de protección adecuada, **se pueden otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores y también constituir un acogimiento temporal, en el que los guardadores sean acogedores**. Además, el nuevo artículo 303, tal y como destaca la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 que lo modifica, viene a **establecer los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor**.

La legislación autonómica más reciente, consciente de que la confluencia en el ámbito de la infancia de competencias conexas hace particularmente importante, en aras de la

atendiendo a las concretas circunstancias en que ésta se desenvuelva, y a fin de dar una respuesta lo más eficaz posible en cada caso.

- Establece que, aunque no todas las normativas autonómicas lo consideren así, **debe considerarse que el menor que recibe asistencia de persona que**, sin ostentar autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, **es ajena al círculo familiar o al círculo de allegados, se encuentra en situación de desamparo**. La situación de desamparo derivaría, no de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quienes por Ley tienen obligación de hacerlo, por lo que, -en el mejor de los escenarios- la está recibiendo en condiciones de precariedad.
- Si bien añade que **un supuesto diferente es el de aquellos casos en los que un progenitor no puede transitoriamente cuidar de sus hijos y los encomienda a otra persona o entidad, con frecuencia, a la propia familia**. **Esto no es desamparo** ya que es el progenitor quien se está ocupando de que los hijos, de un modo u otro y a través de una persona interpuesta sigan recibiendo la atención necesaria y conveniente, conforme a los usos sociales. **Incluso cabe entender que este tipo de delegación paterna parcial de la patria potestad no genera propiamente una guarda de hecho**.
- Y finalmente establece criterios de actuación en el caso de que los padres del menor en desamparo no hubieran fallecido ni hubieran sido privados de la patria potestad, hoy superados por la nueva redacción del artículo 303 al que antes se ha hecho referencia.

seguridad jurídica, que entre la legislación estatal y la autonómica haya una total congruencia, sigue la línea expuesta¹²

Esta nueva concepción de la guarda de hecho que la aproxima a una institución ordinaria de protección del menor se ve también reforzada por la nueva configuración de la guarda de hecho¹³, como medida de apoyo a la persona con discapacidad **para el caso de que no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente**, que propone el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad¹⁴.

CONCLUSION. Una interpretación sistemática e integradora de todo lo anterior nos lleva a las siguientes conclusiones sobre el concepto de la "guarda de hecho de menores no emancipados" y la posibilidad de que los progenitores se auxilien para el ejercicio de su función de guarda de familiares o allegados:

- La guarda de hecho es una situación siempre **provisional y transitoria** en tanto se constituya una institución de protección estable del menor de edad.
- Es una situación **neutra** que puede abarcar tanto situaciones de encomiable altruismo como situaciones que bordean o entran directamente en el ámbito penal, y por ello deben existir soluciones plurales en atención a las circunstancias concretas de cada caso siempre interpretadas al amparo del superior interés del menor.
- Procederá la **declaración de situación de desamparo** del menor de edad en situación de guarda de hecho cuando se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el artículo 172 del Código Civil, es decir, **cuando el menor se vea**

¹² El párrafo 2 del artículo 104 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, de la Comunitat Valenciana, dispone que **"la situación de guarda de hecho de una persona menor de edad, no se considerará desamparo, si esta no se ve privada de la necesaria asistencia moral y material. En tal caso, la entidad pública pondrá la situación en conocimiento de la autoridad judicial y no desarrollará la acción protectora ni realizará actuación alguna destinada a otorgar un título jurídico que legitime para desempeñar la guarda a la persona guardadora de hecho"** y el artículo 140 de la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears, señala que **"1. Los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en una situación de guarda de hecho no serán declarados en desamparo si se constata que están atendidos adecuadamente y no concurren circunstancias que requieran la adopción de medidas de protección. En estos casos, la entidad pública lo tiene que poner en conocimiento del juzgado correspondiente a los efectos que prevé el artículo 303 del Código Civil.... 4. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si es procedente, se pueden otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, se puede constituir un acogimiento temporal en el que los guardadores sean acogedores."**

¹³ Artículo 250 del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: Las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. ... (redacción según texto aprobado por Consejo de Ministros 3 de julio de 2.020)

¹⁴ El anteproyecto, que pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la "Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad" hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2.006, cuyo artículo 12 proclama en su número 2 que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida", modifica el Título XI del Libro Primero de Código Civil de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de la persona, y por ello no puede modificarse (ya no puede hablarse de "incapacidad" o "incapaces"). Muy al contrario, señala su Exposición de Motivos, la idea central del nuevo sistema es la de **apoyo** a la persona que lo precise y así se regulan las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, otorgando preferencia a las medidas preventivas (poderes y mandatos preventivos así como autcuratela), a la vez que se establecen otras medidas con carácter externo, como la guarda de hecho, y se regulan las instituciones de la curatela y el defensor judicial. La tutela queda reservada a los menores de edad no emancipados que, bien estén en situación de desamparo, o bien no estén sujetos a la patria potestad. Es decir, el nuevo sistema cambia las "medidas de sustitución" por unas "medidas de asistencia".

privado de la necesaria asistencia moral o material. Es criterio de la Fiscalía, en la circular antes reseñada 8/2011, que si el menor recibe dicha asistencia de **persona que, sin ostentar autoridad o poder jurídico alguno sobre el mismo, es ajena al círculo familiar o al círculo de allegados, se encuentra en situación de desamparo** y ello no resultaría de que el menor no esté recibiendo la atención precisa, sino de que no se la presta quien/es por Ley tiene/n obligación de hacerlo, por lo que, -en el mejor de los escenarios- la está recibiendo en condiciones de precariedad. En relación a este criterio (que, en buena lógica, debe ser reinterpretado a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y la nueva redacción del artículo 303 del Código Civil) y a los efectos de la presente circular, interesa especialmente destacar el dato de que si el guardador es persona ajena al círculo familiar o al círculo de allegados existe cuanto menos una situación de riesgo o posible desamparo.

- **El/los titulares de la patria potestad pueden auxiliarse, para el ejercicio de la función de guarda de sus hijos menores de edad, de familiares, bien mediante el otorgamiento de poderes especiales para actos concretos bien mediante su encomienda, de forma transitoria, justificada y con todas las garantías, a favor de un determinado familiar, que acepte formal y expresamente auxiliar a los progenitores que le hacen tal encomienda, sin que exista en ninguno de estos supuestos desprotección del menor (riesgo ni desamparo) ni tampoco guarda de hecho propiamente dicha ya que la persona que ejerce el auxilio dispone de título legitimador plenamente eficaz.** Es necesario, por tanto, dejar de concebir el auxilio en el ejercicio de la patria potestad, con todas las garantías y en los términos antes especificados, como “guarda de hecho”: el familiar designado no es un “guardador de hecho” sino **un auténtico representante del menor con la extensión, mayor o menor, que libremente hayan determinado los titulares de la patria potestad.**

La reinterpretación de la normativa civil que lleva a la anterior conclusión se sostiene en varios argumentos: la actual configuración de la patria potestad como función que corresponde a los progenitores en **interés de los hijos** dentro del marco del interés de la familia, la creciente **“privatización” del Derecho de Familia** y su contenido ético y naturaleza privada, los numerosos **preceptos que admiten el ejercicio de actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad por medio de representación** así como la propia **evolución del concepto** de la “guarda de hecho”:

- Es criterio general, a los efectos de la debida interpretación y aplicación del **interés superior del menor**, como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, que su vida y desarrollo tenga lugar en un **entorno familiar adecuado priorizando la permanencia en su familia de origen.** En los supuestos de auxilio en el ejercicio de la función de guarda, **los progenitores**, a quienes corresponde, en primera instancia, la responsabilidad de que el menor reciba la protección y asistencia necesarias, **son los más adecuados para valorar la necesidad y conveniencia de dichas decisiones** que, en todo caso, habrán de estar orientadas a la permanencia del menor en el entorno de su familia de origen, sin que el estado, por razón del **principio de subsidiariedad** al que antes se hizo referencia, pueda ni deba interferir en las mismas siempre que aquellas se adopten con todas las garantías necesarias y en atención al interés superior del menor. El papel preferencial de los progenitores ha sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1.996 cuando señala que **la patria potestad**, que

se funda en una relación de filiación cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva), **es la institución protectora del menor por excelencia**. No debe por tanto hacerse una interpretación extensiva de las obligaciones que en nuestro sistema de protección de menores corresponden a la administración pública sobrecargando a ésta con intervenciones innecesarias que consuman sus siempre limitados recursos humanos y materiales de forma ineficiente.

- Las grandes reformas del Derecho de Familia que tienen lugar a partir de la promulgación de la Constitución han introducido de forma progresiva la **privatización del Derecho de Familia**, en concreto en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes como fuente reguladora de los efectos o consecuencia de la ruptura matrimonial y por extensión de la ruptura de toda pareja con hijos¹⁵. Autonomía de la voluntad que también debe reconocerse en aquellos supuestos en que no exista ruptura entre los progenitores. Por otra parte, debe tenerse en cuenta el **aspecto ético del Derecho de Familia**¹⁶, pues éste a diferencia de otros ámbitos del derecho civil, debe ser especialmente sensible y permeable a los cambios políticos, sociales y culturales, en este caso, a las nuevas circunstancias a las que se hacía referencia en la justificación de la presente circular. Finalmente cabe añadir que es posición común en la doctrina (DE CASTRO, PEÑA) sostener la **naturaleza privada del Derecho de Familia** dando prevalencia al principio de personalidad sobre el de comunidad.
- Varios **preceptos admiten el ejercicio de actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad por medio de representación**: el artículo 92.4 del Código Civil¹⁷, el artículo 4.2 del Real Decreto 896/2.003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características¹⁸, el artículo 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1.690/1.986, de 11 de julio¹⁹ y los artículos 5.3 y 9.2 y 9.3²⁰ de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del

¹⁵ La ley 15/2015, de 8 de julio, amplía el ámbito de libertad y autonomía de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial introduciendo profundos cambios en la regulación de la institución matrimonial. Es de destacar el fortalecimiento de la libertad de decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad, en particular en la guarda y custodia de los hijos (custodia compartida a petición de ambos progenitores). En esta línea también debe recordarse que la ley de Jurisdicción voluntaria 15/2.015 permite la celebración del matrimonio y la separación y el divorcio, con ciertas condiciones, ante Notario (artículos 82 y 87 del Código Civil).

¹⁶ LINACERO, María. Tratado de Derecho de Familia.

¹⁷ Dicho precepto permite a los padres acordar en el convenio regulador, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o progenitores.

¹⁸ Para la expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial.

Este consentimiento se prestará ante el órgano competente para la expedición del pasaporte. También podrá prestarse ante fedatario público, en cuyo caso, deberá acompañarse a la solicitud, copia auténtica del documento del que resulte el citado consentimiento.

¹⁹ **Artículo 54.1.** Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año. **2.** Los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio. En todo caso, respecto a los mayores incapacitados se estará a lo dispuesto en la legislación civil.

²⁰ **Artículo 9.3.** Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: ...**c)** Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

- Y finalmente, desde la perspectiva del sistema de protección, **la nueva concepción jurisprudencial y legal de la guarda de hecho**, que permite concluir que el guardador designado por los titulares de la patria potestad no es propiamente un guardador de hecho sino un auténtico representante del menor siempre y cuando se den todas y cada una de los presupuestos y garantías que se dirán. **Es decir, estamos ante una medida voluntaria a la que pueden acudir, en interés del menor, los titulares de la patria potestad.** También cabe añadir que, si la entidad pública puede, ex artículo 172 ter.3 del Código Civil, acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, con mayor razón podrán los titulares de la patria potestad auxiliarse en su ejercicio, para alguna actuación concreta o de forma justificada y transitoria, de algún familiar.

B) NORMAS.

B.1) ESTATALES

El **artículo 39 de la Constitución Española** de 1.978 establece la obligación de los Poderes Públicos, entre los cuales se encuentra el Notariado, de asegurar la **protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad**, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1.990, es la norma más importante en los ámbitos social y jurídico con respecto a la infancia y la adolescencia. De su articulado y a los efectos de la presente circular interesa destacar los siguientes conceptos/criterios: el interés superior del niño, la responsabilidad parental, los derechos del niño y el sistema de protección

El interés superior del niño ("i.s.n."). En el párrafo 1 de su artículo 3 se establece que *"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

No se menciona explícitamente a los padres, si bien la propia Convención prevé en el párrafo 1 in fine de su artículo 18 que *"su preocupación fundamental será el interés superior del niño"*.

En la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2.013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art 3.1), se hace un análisis jurídico detallado sobre el alcance que debe darse a la definición de aquellas entidades que están específicamente sujetas al deber general de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño y así: el término de "instituciones públicas o privadas de bienestar social" no debe interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a instituciones sociales *stricto sensu*, sino

entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos; el término "tribunales" alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños sin restricción alguna e incluyendo los procesos de conciliación, mediación y arbitraje; el alcance de las decisiones tomadas por las "autoridades administrativas" es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad; y finalmente la expresión "órganos legislativos" que viene a poner de manifiesto que el artículo 3, párrafo 1, se refiere a los niños en general, no solo a los niños con carácter individual.

La responsabilidad parental. El párrafo 2 de dicho artículo 3 dispone que *“los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, **teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas**”* y el artículo 5 que *“**los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención**”*

Los derechos del niño. Se enumeran en dicho texto los derechos que todo niño tiene y que los estados partes reconocen: derecho intrínseco a la vida; a adquirir una nacionalidad; a conocer a sus padres y **a ser cuidado por ellos (y su contrapartida de que, a ambos padres o, en su caso, a los representantes legales, incumbe la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño); a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares;** a no ser separado de sus padres contra su voluntad, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; a entrar en un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia (y evitar traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero); de expresar su opinión libremente y ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte; de pensamiento, conciencia y religión; de asociación; a no ser objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación; a acceder a información, en especial la que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental; a que los padres los padres reciban la asistencia apropiada; a la protección y asistencia especiales del Estado; a obtener el estatuto de refugiado; a que el niño mental o físicamente impedido disfrute de una vida digna; al más alto nivel de salud; a ser internado en un establecimiento para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental; a beneficiarse de la Seguridad Social; a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social **(y su contrapartida de que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño);** a la educación; al descanso y el

esparcimiento; a estar protegido contra la explotación económica; a estar protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales; etc.

El sistema de protección. Finalmente debe destacarse, con el párrafo 2 del artículo 18 que *"a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños"*; según dispone, el artículo 19, que *"es obligación de los Estados proteger al menor contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, tutor o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo..."* y ex artículo 20, que *"los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado."*

En el ámbito interno el principal marco regulador de los derechos de las personas menores de edad, que les garantiza una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que, por lo ya expuesto, debe considerarse a la vista de los anteriores criterios/conceptos, se contiene en las previsiones del **Código Civil**, en su caso en la normativa foral, y en la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil** (a su vez modificada tanto por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio como por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Esta Ley Orgánica, que recoge un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia con el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, ha sido el referente de la legislación que las comunidades autónomas han ido aprobado posteriormente, de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. Dicha Ley Orgánica²¹ es de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español.

Interesa destacar de dicha norma los criterios generales de interpretación y aplicación en cada caso del **"interés superior del menor"** contenidos en su **artículo 2**. Tras la nueva redacción introducida en este punto por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, **el interés superior del menor se contempla** –incorporando tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la citada Observación general número 14, de 29 de mayo de 2.013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño- **desde un triple contenido como derecho sustantivo, principio general interpretativo y norma de procedimiento**.

²¹ De dicha Ley Orgánica tienen carácter de Ley Ordinaria los artículos reseñados en la D.F. 23ª así como las tres disposiciones adicionales, la transitoria, la derogatoria y las finales primera a vigésima segunda y vigésima cuarta que se aplicarán según lo previsto en la disposición final vigésima primera. Según los casos, (i) legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, (ii) al amparo del artículo 149.1. 2ª, 5ª y 6ª de la Constitución Española –materias de competencia exclusiva del Estado- y (iii) para los restantes preceptos no orgánicos de la ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, al amparo del artículo 149.1.8ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial.

Dispone dicho precepto que *"todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."*

La letra c del apartado 2 de dicho precepto establece, a los efectos referidos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, *"la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial"* y el apartado 5, el necesario respeto de las debidas garantías del proceso, en particular, y entre otros, los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, la intervención de profesionales cualificados o expertos así como la participación de los progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal.

La citada Ley igualmente regula, en sus artículos 12 y siguientes (Capítulo I del Título II), los principios generales de actuación frente a situaciones de **desprotección** social distinguiendo entre situaciones de **riesgo** y de **desamparo**: mientras que en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquella se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

El número 2 de dicho artículo 12 dispone que *"los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores."*

El ya citado número 1 del artículo 13 señala que *"toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise."*

El párrafo 2 del artículo 18 de la citada Ley Orgánica considera la **situación de desamparo** en los mismos términos que lo hace artículo 172 del Código Civil, y añade que, en particular, se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o alguna de las circunstancias que enumera a continuación y ello con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor. Interesa destacar que la letra a) de dicho párrafo considera como una de dichas

circunstancias “**el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla...**”

Por su parte, en el artículo 20 bis, añadido por la Ley 26/2015, se regula, por vez primera, el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos. Tal y como destaca la Exposición de Motivos de dicha norma de modificación, la trascendente función desempeñada por las familias de acogida hacía muy conveniente que una disposición general perfilase su estatus y así se había destacado en las conclusiones de la Comisión Especial del Senado (BOCG. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2.010).

B.2) DERECHOS CIVILES ESPECIALES.

Cataluña: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a Persona y Familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio. Dicho Libro II, se divide en cuatro Títulos: Título I *Persona física*, Título II *Instituciones de protección de la persona*, Título III *Familia*, y Título IV *Las demás relaciones de convivencia*.

Aragón: Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo de Aragón, por el que se aprueba con el Título Código de Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas (en vigor, 23 de abril de 2011).

El Libro I *Derecho de la Persona*, regula las relaciones entre ascendientes y descendientes (en el Derecho Aragonés no existe la institución de la patria potestad), filiación, instituciones tutelares, guarda administrativa y acogimiento.

Navarra: Ley Foral 21/2019, de 4 de abril de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (vigente a los seis meses de su publicación BON), cuyo Libro Primero pasa a titularse: *De las personas, de la Familia y de la Casa Navarra*. Título V: “*De la responsabilidad parental*”: leyes 64 a 77.

Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio del Derecho Civil de Galicia. Dicha Ley 2/2006, regula diversos temas relativos al Derecho de Familia.

En concreto, en el Título I *Protección de menores* (artículos 5-26), integrado por cuatro Capítulos relativos al desamparo y la tutela administrativa, guarda administrativa, incluyendo el acogimiento familiar y residencial, y las situaciones de riesgo y medidas de protección, Título II *Adopción* (artículos 27-41, anulados STC 133/2017), Título III *Autotutela* (artículos 42 a 45 anulados STC 133/2017), y en el Título IX *Del régimen económico familiar*.

País Vasco: Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.