

# Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código Civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)<sup>(1)</sup>

IVÁN JIMÉNEZ-AYBAR

[Publicado en "Revista de Derecho Civil Aragonés", VI, 2000, nº 1, pp. 129-153]

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES PREVIAS: *a) Sobre la necesidad o no de una Ley reguladora de los derechos de la infancia y adolescencia en Aragón. b) Discurso acerca de los cimientos que deben sustentar la nueva ley.* III. BREVES APUNTES PARA UNA LEY: *1. Cuestiones previas. 2. La prevalencia del interés superior de los menores. 3. El menor desamparado. Necesidad de una revisión a fondo de este concepto.* IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Corría el mes de diciembre de 1989 (concretamente el día 14) cuando fue promulgada la primera —y, hasta el momento, única— Ley aragonesa de Protección de menores, con la que se venía a dotar a nuestro sistema de protección del menor de una norma con rango legal de primer orden que respondiera a la llamada que la Constitución había realizado, años atrás, para que todas las Comunidades Autónomas contribuyeran a la ingente tarea de otorgar a nuestros menores una *protección integral*<sup>(2)</sup>.

En este sentido, la *Exposición de Motivos* de dicha Ley establece que «*la Comunidad Autónoma de Aragón, como entidad pública competente en materia de protección de menores en Aragón, debe establecer un marco jurídico mediante el que se hagan realidad los principios derivados de la legislación aragonesa e, igualmente, sea posible la aplicación de las novedades introducidas por la Ley modificatoria del Código Civil. La presente Ley es, así, el resultado de esta necesidad*»<sup>(3)</sup>.

La referencia a la última modificación (hasta ese momento) llevada a cabo en el Código Civil era tan obligada como necesaria. En efecto,

si la reforma de 1981 fue la encargada de introducir en aquél principios constitucionales tan importantes como la igualdad de los hijos fuera cual fuese su origen o procedencia, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil supuso un *antes y un después* en lo que a Protección de menores se refiere, ya que trasladó al ordenamiento civil aquel *principio de subsidiariedad* que la Constitución Española de 1978 había consagrado como el referente de la actuación de la Administración Pública en su vital tarea de asumir la *protección integral de los hijos* cuando sus padres no podían o no querían cumplir con su deber de *asistencia de todo orden* a aquellos<sup>(4)</sup>.

Asimismo, no debemos olvidar que el reparto de competencias llevado a cabo por nuestros constituyentes exigía un desarrollo legislativo que, por una parte, adaptara la normativa estatal a las exigencias del nuevo *Estado de las Autonomías*<sup>(5)</sup>; y, por otra, diera a las Comunidades Autónomas el necesario protagonismo en cuanto a la protección de menores dentro de sus respectivos territorios, lo cual hasta la fecha sólo Cataluña había realizado<sup>(6)</sup>. El asumir formalmente dicho protagonismo dependía ya de los respectivos legisladores autonómicos, tal y como los nuestros hicieron con extraordinaria premura mediante la ya citada Ley 10/1989.

Toda esta serie de acelerados cambios tanto en la exégesis como en la plasmación positiva del modo de entender y abordar la protección del menor no tuvo —ni mucho menos— continuidad en el tiempo. Tanto es así, que la actividad legislativa estatal en esta materia se paralizó por completo tras la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1987, tan criticada por buena parte de la doctrina civilística. Ocho años después, la regulación civil de varias figuras integrantes del sistema tuitivo del menor era prácticamente inaplicable, lo cual hacía necesaria una reforma urgente en este campo.

La promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor supuso la modificación de ciertos aspectos del articulado del Código Civil relativos a los distintos instrumentos necesarios a la hora de configurar un eficaz mecanismo protector de los menores; pero, además, la ocasión fue aprovechada para introducir un nuevo enfoque en esta materia, regulando —no sólo cómo proteger al menor *desamparado* o cómo prevenir que llegue a esta situación— sino también todo un elenco de derechos que pertenecen a las personas menores de edad, tal y como recoge la *Exposición de Motivos* de dicha ley<sup>(7)</sup>.

La Ley Orgánica 1/1996 introdujo las reglas necesarias para poder considerar con autonomía legislativa el *Derecho sobre la Minoridad*<sup>(8)</sup>. Se trata de un camino que, aunque *señalizado e iluminado* por esta ley, ya fue *explorado* con anterioridad por Comunidades Autónomas como Cataluña (Ley 8/1995) o —un año antes— Valencia (Ley

7/1994, de 5 de diciembre). Los legisladores valencianos hicieron ver que la parcelación y el sectarismo no tenían lugar en el particular tratamiento que debía otorgarse a nuestros menores, exigiendo un sistema cohesionado y ordenado para atender eficazmente las nuevas necesidades de la infancia, sistema que requería una *articulación adecuada de las Administraciones educativas, sanitarias, sociales, culturales y de preparación al mundo laboral*<sup>(9)</sup>. Posteriormente, la Ley murciana de 1995 (Ley 3/1995, de 21 de marzo) establecía, como *única limitación al principio incuestionable de que el niño es sujeto de derechos*, las restricciones señaladas en las leyes civiles en atención a su edad.

A mayor abundamiento, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de *Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid*, propugnaba dejar de considerar a los niños y niñas como propiedad de sus padres, de su familia o de la Administración, ya que *son personas y como tales deben ser tratados, es decir, como una persona singular, única, libre, sujeto a derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil*.

Más recientemente, disposiciones como la *Ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia*, de 9 de junio de 1997, hizo hincapié en la necesidad de dar un nuevo enfoque a nuestro tradicional derecho de familia, el cual ha hecho de ésta *un ámbito amparado por la privacidad y en el cual los poderes públicos carecen de legitimación interventora*. En la *Exposición de Motivos* de dicha ley se advierte que *una nueva conciencia social reclama un cambio de óptica que haga posible la consideración de la familia como una de las estructuras básicas de integración social*, legitimando una actuación pública de protección familiar comprensiva de un conjunto de políticas de contenido plural que supere por fin la reiterada antítesis público-privado en este ámbito. En este mismo sentido, la Ley andaluza de 20 de abril de 1998 (Ley 1/1998) se hace eco en su *Exposición de Motivos del cambio producido en las últimas décadas en la conciencia social universal y fundamentalmente en el mundo occidental*, como factor clave del abandono de la tradicional concepción de la atención de las necesidades de los menores como función prácticamente exclusiva de los titulares de la patria potestad o tutela.

Con todo lo expuesto en estos últimos párrafos, ya tenemos una idea más que general de las últimas tendencias de política legislativa en materia de protección del menor y defensa de sus derechos. La cuestión puede plantearse en sentido figurado: *tenemos que construir un traje, cuyas medidas aproximadas vienen determinadas por las tendencias que acaban de mencionarse. Ahora sólo nos falta saber si en Aragón tenemos suficiente tela para elaborarlo*. Cuestión que —sin más dilación— entramos a analizar.

## II. CUESTIONES PREVIAS

### A) SOBRE LA NECESIDAD O NO DE UNA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

En el apartado anterior hemos apuntado las líneas básicas de la nueva regulación de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Debemos comprobar si el ordenamiento jurídico aragonés se ajusta a aquellas premisas. Para ello, lo más adecuado es analizar la normativa actualmente en vigor. Ésta se compone de la ya mencionada Ley 10/1989; es decir, treinta y seis artículos, dos disposiciones transitorias y tres finales, dirigido todo ello sólo al ámbito de la protección del menor, entendida ésta como <sup>(10)</sup>.

Por tanto, no es difícil observar que dicha normativa es de todo punto insuficiente si lo que se pretende es considerar el *Derecho sobre la Minoridad* con autonomía legislativa propia. Ni siquiera el escaso desarrollo llevado a cabo de la citada ley, sobre todo mediante el Decreto 79/1995, puede solventar estas carencias<sup>(11)</sup>. Es preciso aclarar, no obstante, que esta circunstancia no es achacable a los redactores de la Ley 10/1989, ya que éstos elaboraron una norma con las pautas marcadas por la modificación del Código Civil llevada a cabo dos años antes, todavía lejos de llegar —por tanto— a una perspectiva globalizadora de los derechos de la infancia y adolescencia como colectivo (donde incluimos a los menores en situación de desamparo), la cual se consolidó, como hemos visto anteriormente, mediante la Ley Orgánica 1/1996.

Al hilo de esta idea, si tenemos bien presente que hoy en día no basta con otorgar derechos a los menores en cuanto ciudadanos que requieren una protección adicional, sino que debemos considerar a la infancia y adolescencia como colectivo con identidad propia; y si no olvidamos que el menor es —ante todo— *un ser familiar, una identidad articulada en la relación, un «co-ser»*<sup>(12)</sup>, deberemos sin duda alguna reconocer que nuestra Comunidad Autónoma debe dar un paso adelante.

En resumidas cuentas, podemos afirmar sin tapujos que la necesidad de una nueva Ley aragonesa tuitiva de los derechos de nuestros menores es —hoy en día— acuciante. Y no sólo por un deficiente desarrollo de nuestra normativa vigente, cuestión a la que ya se ha hecho referencia (y en la que no incidiremos más), sino que por mor de las nuevas tendencias legislativas en la materia —tanto estatal como autonómicas— ya no se habla sólo de *derechos de los menores protegidos*, sino de *derechos de los menores en cuanto tales*, lo cual no impide que se siga prestando la especial protección y

atención al menor más necesitado. Nuestra Comunidad, por tanto, no puede ni debe permanecer al margen de esta *consideración globalizadora de la infancia y adolescencia*.

## B) DISCURSO ACERCA DE LOS CIMIENTOS QUE DEBEN SUSTENTAR LA NUEVA LEY

El debate sobre el futuro de la protección de menores en Aragón debe ir más allá de llegar a una conclusión razonada sobre la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un moderno instrumento normativo adaptado a la situación actual. Más bien, al contrario, ahí es —precisamente— donde debe comenzar; es decir: una vez demostrado que nuestra Comunidad Autónoma necesita hacer acopio de más *materia prima* para elaborar el *traje* al que hacíamos referencia en el capítulo anterior<sup>(13)</sup>, la cuestión estriba ahora en elegir el tipo de material que debe usarse. Dicho en otras palabras, qué clase de *tela* emplearemos en su confección, sobre qué cimientos sustentar la estructura de esta norma jurídica que debe nacer.

Para ir desgranando poco a poco los puntos claves de esta farragosa cuestión, debemos tener en cuenta —en primer lugar— que el ámbito de la protección de menores es hoy en día una vía sobre la que circulan dos locomotoras —la regulación civil y la administrativa— que milagrosamente nunca llegan a colisionar. Esto nos lleva, irremediabilmente, a abordar el problema desde una perspectiva meramente competencial.

La génesis del discurso la encontramos en el ya mencionado reparto de competencias llevado a cabo en la Constitución de 1978. De todos es sabido que una de las novedades más importantes aportadas por nuestro texto constitucional fue el diseñar una nueva organización territorial del Estado, dando entrada a la compartición del poder entre éste y las Comunidades Autónomas<sup>(14)</sup>. El reflejo de este novedoso *orden competencial* en la materia que nos ocupa lo encontramos en los artículos 148.1.20 y 149.1.8, cuyo contenido paso brevemente a analizar.

En primer lugar, el punto veinte del apartado primero del artículo 148 establece que las Comunidades Autónomas *podrán* asumir competencias en materia de *asistencia social*. Por tanto, vemos que en lo referente a la protección de menores no se consideró oportuno recoger tal competencia, con sustantividad propia, dentro de dicho artículo, sino que se recurrió a una expresión un tanto genérica y ambigua. Dicho sea de paso, no entiende el que suscribe esta ausencia de concreción en la delimitación de tal competencia, cuando

a lo largo del articulado de la Constitución sí se hace referencia más que cumplida a la *protección integral de los hijos* (art. 39.2); a los niños respecto a los *acuerdos internacionales que velan por sus derechos* (art. 39.4); a la protección del honor e intimidad de la *juventud y de la infancia* (art. 20.4), etc. Es más, al haber estado — hasta el momento— el concepto de *asistencia social* íntimamente vinculado al de *beneficiencia*, es tentador llegar a identificarlos, lo cual no se corresponde con la *protección integral* que nuestra Constitución prevé para los menores, contenida en los artículos a los que ya nos hemos referido<sup>(15)</sup>. Tal vez podríamos entender la redacción del artículo 148.1.20 como un ánimo de dejar a las Comunidades Autónomas un campo de maniobra lo suficientemente amplio para delimitar el contenido de aquella competencia a su antojo; sin embargo, no es probable que si se hubiera especificado algo más aquél —con o sin cláusula residual incluida— ello hubiera supuesto algún tipo de condicionamiento para el ejercicio de tal competencia por parte de cada una de ellas.

Es oportuno resaltar, no obstante, que el artículo estudiado no constituye una cláusula de atribución automática de competencias en esta materia, sino que tan sólo otorgaba a las Comunidades Autónomas la *posibilidad* de asunción de las mismas. El siguiente paso correspondía darlo a aquellas, mediante un *acto de recepción* consistente en integrar la competencia en cuestión dentro del contenido de sus respectivos Estatutos de Autonomía, tal y como exige el artículo 147.2.d) de la Carta Magna. Dicho acto no es un mero formalismo, ya que el artículo 149.3 de la misma otorga al Estado *«la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía»*.

En virtud de aquel mandato constitucional, los distintos Estatutos de Autonomía fueron recogiendo la rúbrica material de *asistencia social*; pero lo hicieron realizando lo que algún autor<sup>(16)</sup> ha venido a denominar una *lectura amplia* de dicha competencia<sup>(17)</sup>. Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de diez de agosto, en línea con las respectivas regulaciones de otras Comunidades Autónomas, plasmó la posibilidad que el artículo 148.1.20 de la Constitución brindaba a nuestra Comunidad Autónoma, en el artículo 35.1.19, el cual atribuyó a ésta la competencia exclusiva en lo concerniente a *«Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario. Juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural»*.

Ciertamente, la redacción dada a dicho artículo 35.1.19 del Estatuto aragonés no fue muy generosa con la especial protección que los menores merecían, ya que aquél dejaba abiertas dos posibilidades: la primera, ejercer la competencia sobre protección de menores englobada dentro de la rúbrica de *asistencia social*, lo cual

significaba dejar a un lado las políticas destinadas a aquellos que no fueran meramente asistenciales; y la segunda opción consistía en acudir al epígrafe de *juventud*, olvidando entonces que las necesidades de un niño de nueve años son sustancialmente diferentes a las de un adolescente de diecisiete. Afortunadamente, la Ley Orgánica 5/1996, de treinta de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, palió esto que podríamos denominar como *déficit terminológico*, incluyendo la rúbrica *protección de menores* dentro del mismo artículo 35, concretamente en su apartado 28, que quedó redactado de la siguiente manera: art. 35.1: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 28ª Protección y tutela de menores»<sup>(18)</sup>.

En segundo lugar, la especial naturaleza del ámbito de la protección de menores, a la que anteriormente hacíamos referencia, provoca que debamos completar nuestro marco competencial con lo que la Constitución establece en su artículo 149.1.8, el cual otorga competencia exclusiva al Estado sobre *legislación civil*, siempre dejando a salvo la facultad que tienen las Comunidades Autónomas que poseen derecho civil, foral o especial propio —entre ellas, Aragón<sup>(19)</sup>— para *conservar, modificar y desarrollar éste*<sup>(20)</sup>.

A este respecto, hoy en día es irrefutable la posibilidad de tratamiento de la protección del menor desde una perspectiva civilística. El hecho de estar incluida esta materia dentro del articulado del Código Civil (desde su reforma llevada a cabo en 1987) no deja lugar a dudas. Ahora bien, una cosa es admitir el peso de la evidencia y otra muy distinta rendirse ante ella. Plantearé la cuestión con la siguiente pregunta: ¿es lógico que en un mismo ámbito jurídico concurren de modo legítimo (o, por lo menos, aparentemente legítimo) dos títulos competenciales —estatal y autonómico— habilitados constitucionalmente cada uno de ellos para abordar una misma materia de modo *exclusivo* en virtud del *juego combinado* de los artículos 148.1.20 y 149.1.8 de la Constitución? Acudiendo a una interpretación de tipo teleológico de estos preceptos, ¿es posible llegar a pensar que nuestros constituyentes pudieron prever que, a raíz del reparto de competencias efectuado, pudiera surgir como consecuencia natural este actual sistema bipolar, cuyo normal y pacífico funcionamiento depende de un acuerdo tácito de prevalencia de lo preceptuado en el Código Civil sobre la legislación de las Comunidades Autónomas dictada al amparo del artículo 148.1.20?

No obstante, la gran mayoría de la doctrina —y no sólo la civilística— no pone reparo alguno a esta relación de sumisión o dependencia hacia lo preceptuado en el Código Civil que subyace en el ámbito de la protección de menores en nuestro país, haciendo referencia a un *anclaje más que expreso* que instituciones como la adopción, guarda o acogimiento han tenido siempre en dicho Código,

lo cual justifica la intervención del ordenamiento civil en este campo<sup>(21)</sup>.

Dos matizaciones cabrían realizarse a la luz del argumento expuesto: la primera, que sólo a raíz de la reforma llevada a cabo mediante la Ley 21/1987 puede hablarse de una introducción de figuras como el acogimiento o la declaración de desamparo (entre otras) en dicho Código, ya que —hasta ese momento— los antecedentes históricos de las mismas formaban parte de la normativa sobre Beneficencia. En segundo lugar, toda intervención del ordenamiento civil estatal en este campo lo será en detrimento del rol a desempeñar por las Comunidades Autónomas, al estar dicha intervención legitimada por la competencia *exclusiva* que el Estado ostenta en materia de legislación civil *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Por tanto, fácilmente puede advertirse que si los pilares del mecanismo protector del menor —antaño insertos dentro del campo de la Beneficencia, del cual el ámbito de la *asistencia social* es su heredero natural<sup>(22)</sup>— pasan a ser considerados elementos integrantes del Código Civil, la competencia también exclusiva que las Comunidades Autónomas poseen a la hora de legislar sobre dicho ámbito queda vacía de contenido; lo cual, al menos de modo indirecto, vulnera o vicia en parte el sistema de reparto de competencias instaurado por la Constitución. A su vez, no hay que olvidar que sólo a las Comunidades Autónomas que poseen derecho civil, foral o especial propio les cabe entonces la posibilidad de realizar aportaciones en este sentido, procediendo a *desarrollar* aquél respetando siempre ciertas condiciones que posteriormente serán analizadas.

Para comprender mejor las raíces del problema, debemos acudir al momento generador del mismo, que no es otro que la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Ésta supuso el triunfo de las tesis sostenidas por un sector de los profesionales que trabajaban en el campo de los menores, los cuales abogaban por la desjudicialización de la protección que se les otorgaba y por dar a ésta un enfoque puramente asistencial-administrativo. A los defensores de esta postura se les denominó *asistencialistas*<sup>(23)</sup>.

Como vemos, no estamos ante una mera modificación del articulado del Código Civil, sino ante una metamorfosis total del sistema estatal protector del menor, cuyo motor impulsor pasó a ser los servicios sociales de la Administración<sup>(24)</sup>; y ello pese a la oposición de quienes defendían la intervención, *ab initio*, del órgano judicial competente en razón de la materia, situación que esta ley cambió por completo.

Desde luego, es fácil suponer que toda esta serie de innovaciones generaron recelos de todo tipo en lo que respecta al fondo de dicha

ley<sup>(25)</sup>; sin embargo, la crítica que aquí haremos será de forma. Es decir, dado que la protección de los menores era ya competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, ex artículo 148.1.20 de la Constitución Española (Cataluña ya había hecho uso de esa competencia promulgando su Ley 11/1985, como ya se ha mencionado anteriormente) y que se pretendía que éstas asumieran *ab initio* el protagonismo de dicha protección, en virtud de la tutela *ex lege* del menor desamparado<sup>(26)</sup>, ¿no hubiera sido más lógico dejar al margen del Código Civil tanto la determinación de la situación de *desamparo* como todas las medidas de protección contenidas en los artículos 172 y 173? De este modo, la Ley 21/1987 hubiera cumplido dos funciones importantísimas: en primer lugar, llenar el *vacío normativo* creado por el hecho de no haber ejercido las Comunidades Autónomas (excepto Cataluña, por supuesto) la potestad normativa que les correspondía por derecho (ya que, por mor del artículo 149.3 de la Constitución, el derecho estatal es —en todo caso— supletorio del derecho de aquellas); y, en segundo lugar, servir de referente, de guía, para las posteriores leyes autonómicas tuitivas de los derechos de los menores.

Esta voluntad de traspasar al ámbito de la legislación civil diversos instrumentos provenientes de la normativa sobre Beneficencia se intentó justificar de la siguiente manera: en primer lugar, la nueva figura del *desamparo* vino a sustituir a la condición del *menor abandonado* que recogía la Ley de trece de mayo de 1981 en su artículo 174<sup>(27)</sup>, sin tener en cuenta que dicha condición tenía una eficacia limitada al campo de la adopción<sup>(28)</sup> y que, en cambio, el *desamparo* «se enmarca en una sede previa y más amplia, constituyendo la situación que legitima a la Administración para intervenir en el ámbito de la protección de menores»<sup>(29)</sup>. Aunque deba reconocerse que, con posterioridad a la promulgación de la Ley 21/1987, la doctrina más autorizada no ha planteado ninguna duda a este respecto, en los debates parlamentarios previos sí surgieron discrepancias en este punto. Así, por ejemplo, el diputado Uribarri (PDP) afirmó parecerle superfluo «tratar de hacer una definición de *desamparo* (...) puesto que este concepto no tiene por qué establecerse en un Código Civil, ni siquiera ponerle unos límites inadecuados. Debía quedar siempre al arbitrio de las entidades que deben recoger a estos menores...»<sup>(30)</sup>.

En segundo lugar, el *acogimiento familiar* se presentó como uno de los ejes centrales de la Ley 21/1987. En el mismo Preámbulo encontramos la medida del protagonismo y relevancia que se quería dar a esta figura dentro del ámbito de la protección de menores: «como figura previa (a la adopción), no imprescindible, pero que se espera se utilice con frecuencia, se regula el acogimiento familiar con especial detalle». A su vez, se resalta la aparente novedad que ello supone: «Esta última es una novedad importante, que tiene su parangón en diversos Derechos europeos...». Evidentemente, desde

la perspectiva (o en el contexto) de un Estado social, no hay duda de la innovación que supone una regulación más o menos detallada de esta figura; sin embargo, no debemos olvidar que ya en la Ley catalana de protección de menores de 1985 aparecía regulada la *acogida familiar*, aunque sin mucha profusión (arts. 7,i y 46). Incluso en nuestro derecho histórico podemos encontrar algunas instituciones que —salvando las oportunas distancias— guardan ciertos paralelismos con el *acogimiento familiar*.

En este sentido, el sector de la doctrina que con más dureza criticó la desjudicialización llevada a cabo por esta ley (a la que ya se ha hecho referencia anteriormente), acusó al legislador de desconocer por completo el funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores<sup>(31)</sup>, los cuales llevaban mucho tiempo utilizando el recurso del *confiamento* del menor a una persona, familia, sociedad tutelar, etc., de naturaleza jurídica y contenido igual o similar al *acogimiento*<sup>(32)</sup>.

Sin ánimo de negar la veracidad de tal afirmación, pretender presentar dicho *confiamento* (que, en realidad, se denominaba *colocación* familiar) como el origen último del *acogimiento* tal y como hoy lo entendemos, significa olvidar que éste hunde sus raíces en el *prohijamiento de niños expósitos*, el cual fue regulado por vez primera en la Real Cédula de 11 de noviembre de 1796 (Ley 5<sup>a</sup>, tít.37, L.VIII de la Novísima Recopilación) y después en las Leyes de Beneficencia de 1822 y 1863. Aunque no ha faltado quien llegue a identificar directamente este *prohijamiento* con la institución de la adopción<sup>(33)</sup>, tal vez sea más acertado relacionarlo con lo que actualmente denominamos *acogimiento preadoptivo*, puesto que siempre quedaba abierta la posibilidad de acomodar al niño *prohijado* con otra familia distinta<sup>(34)</sup>, o devolverlo a sus padres naturales<sup>(35)</sup>. Es más, existen suficientes indicios para argumentar que lo que aquella normativa llamaba la *crianza de los niños destetados* no era más que una especie de *acogimiento ordinario o educativo*, cuya finalidad era la del cuidado temporal de los menores<sup>(36)</sup>.

Los datos históricos aportados no sirven más que para apoyar la tesis de que la introducción de ciertos instrumentos protectores del menor en el Código Civil, merced a la Reforma de 1987, supuso perder una muy buena ocasión (como antes ya ha sido apuntado) de configurar un marco legal que se convirtiera en referente para posteriores leyes autonómicas dictadas en los años sucesivos.

Por el contrario, aunque la Ley 21/1987 influyó poderosamente en la Ley aragonesa de 1989, lo hizo condicionando el contenido de ésta, ya que el legislador aragonés se encontró con que al desarrollo de su competencia recogida en el entonces artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, le había sido impuesto un límite, que no era otro que el no poder regular ciertos instrumentos de protección del menor que —al formar parte del ordenamiento civil estatal— el

artículo 149.1.8 de la Constitución Española incluía dentro de las materias en las que el Estado es competente de forma exclusiva.

El articulado de la Ley 10/1989 nos ofrece varios ejemplos bastante ilustrativos al respecto. En primer lugar, su artículo 1.2 es el encargado de definir qué se entiende por situación de *desamparo* a efectos de esta ley. Concretamente, se encuentran en ella «*los menores en quienes concurren las circunstancias reguladas en el Código Civil*». Por tanto, el legislador decidió acudir a la definición que introdujo la Reforma del Código Civil de 1987 (recogida en el artículo 172.1), aunque alguien ha apuntado que tal remisión no es al articulado concreto del Código Civil, sino a las normas que —en esta materia— éste tenga en cada momento<sup>(37)</sup>. Aquí vemos, por tanto, el primer efecto causado por la inclusión que la Ley 21/1987 hizo de una serie de conceptos y figuras en dicho Código, que no fue otro que crear la sensación de que, probablemente, nuestra Comunidad Autónoma no tenía la competencia necesaria para intentar algún tipo de aportación propia<sup>(38)</sup>.

A mayor abundamiento, la regulación de la *guarda* y el *acogimiento* en la Ley 10/1989 nos ofrece más de lo mismo. El artículo 12 advierte que ambos instrumentos «*se regularán de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil*». Una lectura detenida de este precepto plantea enseguida serias dudas de interpretación, sobre todo a efectos de delimitar el alcance y significado de la expresión «*se regularán*». Así, Serrano García opina que puede llegarse a pensar «*que el legislador aragonés está haciendo dejación de sus competencias para legislar la guarda y el acogimiento de forma distinta a la contenida en el Código Civil*»<sup>(39)</sup>. Sin embargo, matiza este mismo autor que no parece ser ésta la interpretación más adecuada, sino que es más coherente entender que la guarda y el acogimiento aplicables en Aragón, en tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia, son los regulados en el Código Civil<sup>(40)</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que se perdió una oportunidad única para desarrollar en amplitud dos instrumentos imprescindibles a la hora de confeccionar un adecuado sistema de protección del menor en nuestra Comunidad<sup>(41)</sup>. El legislador aragonés fue, por consiguiente, extremadamente cauteloso a la hora de desarrollar o redefinir conceptos que —en el contexto de aquel momento— era fácil plantearse si estaban protegidos por la competencia exclusiva que la Constitución reserva al Estado en materia de legislación civil. Pero, a su vez, también podría afirmarse que la competencia relativa a *asistencia social*, recogida en el artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, era título suficiente para que nuestra Comunidad Autónoma pudiera regular a su antojo (siempre dentro del marco constitucional) los diferentes instrumentos de protección de

los menores, incluida una propia definición del concepto de *desamparo*.

Si, como hemos visto, la Ley 21/1987 actuó de referente *condicionador* de la Ley aragonesa de protección del menor de 1989, debemos abordar ahora la cuestión de cómo o de qué manera sucesivas modificaciones de nuestro Código Civil pueden influir en el modo de elaborar una nueva ley autonómica en esta materia.

La respuesta la podemos encontrar en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La complejidad de esta norma radica en que consta de dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas contiene todo el articulado referente a los *derechos de los menores* (cuestión tremendamente novedosa, en una ley estatal de protección de menores, claro está) y a los principios rectores de la actividad protectora del menor. La segunda parte es la que se destina propiamente a modificar ciertos aspectos del Código Civil que permanecían inmutables desde la ya tan aludida Reforma de 1987.

Es, precisamente, en esta parte segunda donde nos encontramos de frente con la *Disposición final vigésimo primera*, la cual establece que todo el elenco de artículos que aparecen citados en la misma «*son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social*»<sup>(42)</sup>. Este precepto debe entenderse siempre teniendo en cuenta que «*la ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (...) Se dejan a salvo (...) las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o Especial propio, para las que la Ley 'se declara' subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas*».

Vemos, por tanto, que el legislador estatal *ha sido respetuoso* con el reparto constitucional de competencias, declarando a su vez que ciertas disposiciones de su articulado son *supletorias* de las que Comunidades Autónomas como Aragón dicten en el legítimo ejercicio de sus competencias. Esta advertencia es —cuanto menos— innecesaria, puesto que de tal *supletoriedad* ya nos informa adecuadamente el artículo 149.3 de la Constitución Española.

Pero, interpretando la *supletoriedad* de dichos preceptos de la Ley 1/1996 a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, podría llegarse a invocar ante este Tribunal el oportuno *recurso de inconstitucionalidad* contra aquellos artículos contenidos en el apartado primero de la *Disposición final* citada. La razón estriba en que, según aquella sentencia, no puede el Estado dictar a su amparo normas meramente supletorias proclamándolas como tales, ya que el único efecto de la cláusula de supletoriedad consiste en hacer que las normas estatales válidas sean, por imperativo del artículo 149.3 de la Constitución, supletorias del

Derecho autonómico cuando el aplicador del mismo localice en él una laguna<sup>(43)</sup>.

Una última cuestión plantea la misma *Disposición final* citada en su apartado tercero, en cuyo tenor «...las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8 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». La consecuencia inmediata de este precepto es la siguiente: al no haber dictado nuestra Comunidad ninguna norma de naturaleza civil en materia de —por ejemplo— *acogimiento de menores*, ¿debe aplicarse, por tanto, el artículo 173 bis del Código Civil en nuestra Comunidad, y no los artículos 37 a 42 del Decreto 79/1995, los cuales prevén modalidades de *acogimiento* distintas?

Utilizando la línea de argumentación que se ha seguido hasta el momento, no deberíamos dudar en afirmar que —de dar por bueno lo dispuesto en aquella *Disposición final*— lo que hacemos es, por un lado, entender derogados *tácitamente* todos aquellos preceptos del Decreto 79/1995 y, por ende, de la Ley que desarrolla (que no es otra que la vigente Ley 10/1989), que no concuerden exactamente con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, lo cual atentaría directamente contra el sistema de reparto de competencias establecido por la Constitución. Por otro lado, toda discusión acerca de la necesidad o no de una Ley aragonesa de derechos de la infancia y adolescencia quedaría fuera de lugar, al resultar innecesario promulgar un texto legislativo que nada aporte al ámbito de la protección del menor al limitarse a repetir lo que estableciera el Código Civil en cada momento.

Llegados a este punto, la solución al problema puede venir de la mano de un *desarrollo* de nuestro Derecho civil aragonés en este campo<sup>(44)</sup>, tal y como permite el artículo 149.1.8 de la Constitución. La única dificultad que podría existir es el hecho de identificar la *relación de conexidad* entre la protección de menores y alguna materia integrante del Derecho civil de Aragón<sup>(45)</sup>; lo cual sería fácilmente salvable teniendo en cuenta que si nuestra Comunidad Autónoma ostenta competencia legislativa en materia de adopción, también la podrá ejercer en cuanto a las *otras formas de protección de menores*. A su vez, otra posibilidad consistiría en establecer tal *conexidad* en relación a la figura de la *autoridad familiar*, regulada por la Compilación del Derecho Civil de Aragón<sup>(46)</sup>, en tanto en cuanto los diversos instrumentos de protección del menor deben entrar en juego ante situaciones de riesgo o desamparo que configuran la patología de un inadecuado o insuficiente ejercicio de tal autoridad.

La necesidad de otorgar a nuestra infancia y adolescencia una normativa respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, cuya

aplicación no dependa de criterios de distribución de competencias ni de la interpretación de conceptos y figuras *de laboratorio* heredadas de modificaciones sucesivas del Código Civil, exige la elaboración de una ley en el marco de la competencia exclusiva que nuestra Comunidad Autónoma ostenta en materia de protección y tutela de menores, ex artículo 35.1.28 del Estatuto de Autonomía, la cual asuma e integre diversos aspectos de un ordenamiento civil aragonés convenientemente *desarrollado* en los términos que ya han sido expuestos. Pasemos de inmediato a sugerir, siquiera someramente, algunas ideas básicas que podrían servir de referente de aquella.

### III. BREVES APUNTES PARA UNA LEY

#### 1. CUESTIONES PREVIAS

En el año 1997, un grupo de técnicos del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la D.G.A. elaboraron un *Borrador de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón*, el cual, tras sufrir varias modificaciones (hasta tres, por lo menos), fue presentado para su aprobación como Proyecto de Ley ante las Cortes de Aragón<sup>(47)</sup>. Por mor del cambio de Gobierno autonómico, a raíz de las pasadas elecciones, este Proyecto de Ley —como tal— *caducó*. En fechas muy recientes se ha procedido a elaborar un nuevo *Borrador*, el cual tiene visos de convertirse —sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir antes o después de su travesía parlamentaria— en la nueva *Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón*.

Lo primero que sorprende de él es su extensión, ya que consta de 101 artículos (aunque el Proyecto de Ley antes citado tenía 129) divididos en ocho títulos. El primero de ellos contiene las *Disposiciones Generales*<sup>(48)</sup>, tras el que se recogen —en el Título Segundo— los *Derechos de la infancia y adolescencia y su garantía*<sup>(49)</sup>. El Título Tercero es el dedicado a la *Protección social y jurídica de los menores*. Por último, los títulos Cuarto al Octavo contienen —respectivamente— los artículos que se refieren a los *Menores en conflicto social*, la *Distribución de competencias*, *Iniciativa social e instituciones colaboradoras*, *Infracciones y Sanciones* y, por último, los *Registros*.

La amplitud de miras que desprende su articulado responde a la intención de «*establecer un marco normativo general que garantice a los niños y adolescentes de la Comunidad de Aragón el ejercicio y desarrollo de los derechos que legalmente les corresponden*», tal y como se declara en la *Exposición de Motivos*. Y esto es así por «*la*

*concepción que la sociedad tiene sobre la infancia», la cual «ha dejado de ser la de un sujeto pasivo, un proyecto de futuro, necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona». Es decir, se ha evolucionado de la mera protección del menor a la «promoción y desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes», aunque siempre sin perder de vista que el contexto normal de desarrollo del niño lo constituyen sus propios padres y el entorno familiar en general, el cual representa «un nivel de apoyo inmediato al niño y a sus padres, a los que ayuda y, en caso necesario, es el primero en sustituirles en su función parental». Por último, existe un «tercer nivel de protección», formado por los servicios especializados de protección de menores, los cuales «deben actuar subsidiariamente cuando los anteriores niveles no sean suficientes para garantizar los derechos de los menores».*

Una vez esbozado a grandes líneas tanto el esquema como algunos de los principios directivos de la gran reforma que se prevé, en esta materia, en nuestra Comunidad Autónoma, desarrollaremos más en profundidad dos importantes cuestiones sobre las que conviene incidir y reflexionar si lo que se pretende es configurar una norma legal que responda a las necesidades que tiene hoy en día el ámbito de la protección y defensa de los derechos de nuestros menores.

## 2. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES

Es un punto común en todo el conjunto de la normativa de protección de menores, establecer el epicentro en el *principio de prevalencia del interés superior del menor*. Este principio ha venido inspirando toda la legislación en esta materia de las últimas décadas, tanto a nivel internacional como en el orden interno.

El artículo tercero del *Borrador de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón*, fiel a la tradición, exige que toda acción que se promueva en nuestra Comunidad Autónoma dentro de este ámbito responda al principio de la *«prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente»*. Ya el correlativo artículo del Proyecto de Ley antes citado se expresaba en parecidos términos, aunque añadía que dicho interés superior debía entenderse *«en los términos establecidos en el Código Civil y Convención sobre los Derechos del Niño»*.

La modificación llevada a cabo en este punto no es baladí. En el artículo 3,c,1 de dicho Proyecto se nos anunciaba la existencia de este principio tan importante, pero con la advertencia de que siempre habría que tener en cuenta el modo en que se establece el mismo en el Código Civil. Un problema al respecto: dicho Código no hace tal

cosa; es decir, no enuncia el principio de la prevalencia del *interés superior* de los menores, sino que tan solo nos ofrece las manifestaciones del mismo en supuestos muy concretos<sup>(50)</sup>. La confusión —de existir— tal vez estribara en que la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor, establece como eje fundamental del *Derecho sobre la Minoridad* la «*primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*» (art. 2); pero, a pesar de regularlo, no lo incluye dentro de las *Disposiciones Finales* que modifican en algún punto el Código Civil y que, por tanto, pasan a formar parte del articulado del mismo.

En cuanto al contenido en si del artículo 3.3,a) del *Borrador*, puede fácilmente observarse que es la réplica casi exacta de la fórmula utilizada por el legislador de 1996 a la hora de configurar este *concepto jurídico indeterminado* de tanta importancia en este ámbito. Por tanto, podemos cuestionar —tanto en una norma como en otra— el *carácter absoluto* con el que se enuncia la primacía del *interés superior* del menor («...*sobre cualquier otro interés legítimo...*»), lo que ha llevado a más de un autor a afirmar que esa primacía no siempre podrá darse, ya que —en algunas ocasiones— se plantean dilemas como el siguiente: «¿*qué debe primar, el interés del menor o su integridad física?*»<sup>(51)</sup>.

A mayor abundamiento, la propia expresión *interés superior* puede llevar a preguntarnos: pero, superior... ¿a qué? ¿al propio derecho a la vida? La solución aportada por dicho artículo está en la línea de Leyes como la de la Comunidad de Madrid; esto es, se recurre a afirmar que el interés superior de los menores lo será *sobre cualquier interés legítimo concurrente*, pero no se nos facilita ningún criterio que oriente cualquier operación tendente a delimitar el contenido de aquél. Ciertamente es que la complejidad de este problema no invita a aventurarse a ofrecer soluciones de carácter definitivo; sin embargo, bien podría ponerse el énfasis en la necesidad de confrontar los intereses en juego en cada caso concreto, teniendo bien presentes en todo momento las especificidades del menor en cuestión. En este sentido, el artículo 3º de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de *atención y protección de los niños y los adolescentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, dispone que para la determinación de dicho interés «*debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social*».

### 3. EL MENOR DESAMPARADO. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN A FONDO DE ESTE CONCEPTO

No hace falta incidir en la trascendencia de la declaración de *desamparo* como auténtico factor desencadenante de todo el sistema de protección del menor que la entidad pública es capaz de articular. Por ello, es imprescindible que toda Ley de protección del menor que se precie identifique una serie de situaciones a raíz de las cuales se pondrá en funcionamiento el mecanismo legal previsto para paliar las consecuencias negativas de aquellas.

Y, en cuanto a la eventual Ley de la infancia y adolescencia en Aragón, ¿cuál es la fórmula escogida por los redactores del Borrador de la misma? En este sentido, el artículo 55 establece que *«se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando está de hecho privado de la necesaria asistencia moral y material debido, entre otras, a las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas, por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d) Explotación del menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo. g) Cualquier otra circunstancia que sea causa de incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores».*

En este punto, afortunadamente, se ha abandonado el criterio que llevó a los elaboradores del Proyecto de Ley de 1998 a reducir toda aportación en este punto a lo siguiente: *«Por desamparo se considera la situación definida para este supuesto en el Código Civil»* (art. 67). El contenido de este precepto suponía, en esencia: a) un paso atrás respecto a la regulación actual de esta figura contenida en el Decreto

79/1995 (y a la que enseguida haremos referencia); b) la primacía absoluta de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil (sin perjuicio, claro está, de la *conservación, modificación y desarrollo* por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, *ex artículo 149.1.8, C.E.*) sobre la que ostenta —también de modo exclusivo— nuestra Comunidad Autónoma en materia de Protección y tutela de menores (art.35.1.28 del Estatuto de Autonomía de Aragón); y, c) la aplicación directa y exclusiva —si dicho precepto hubiera entrado en vigor— de lo dispuesto en el artículo 172.1, 2º párrafo, del Código Civil.

En este sentido, es oportuno recordar que el último artículo citado dispone que *«se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*.

Por tanto, se hubiera producido la curiosa paradoja de recurrir *ex lege* a una definición que ha suscitado numerosas críticas por parte de gran parte de la doctrina, ya desde su primera aparición en el Código Civil por obra de la Reforma de 1987. Dicha definición, que se recogió en el artículo 172.1.2º inciso, de la Ley 21/1987, se articuló en términos tan generales que algún autor hizo referencia a ella como *«la consideración legal de una situación que aparece delimitada en sus perfiles mínimos»*<sup>(52)</sup>. Para García Cantero, el resultado es que estamos ante un *«juicio de valor constitutivo de un concepto jurídico indeterminado»*<sup>(53)</sup>, lo que nos lleva a acudir a la interpretación doctrinal de algunos elementos de aquella definición para intentar discernir el significado de éstos.

Concretamente, plantearon serias dudas cuestiones como qué quiso decir el legislador al mencionar que la situación de desamparo es la que se produce *de hecho*<sup>(54)</sup>, la distinción que el artículo 172.1 realiza entre *incumplimiento* e *imposible o inadecuado ejercicio* de los deberes de protección establecidos por las leyes<sup>(55)</sup>, y el sentido de la expresión *cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material* (art.172.1, *in fine*)<sup>(56)</sup>. Por último, se discutió sobre si el incumplimiento de los deberes de protección, o el imposible o inadecuado ejercicio de los mismos, debían producir siempre una privación de la necesaria asistencia moral o material para que pudiera declararse la situación de *desamparo*, o bien cabía la posibilidad de —aun existiendo un incumplimiento de esos deberes— no se generara una desasistencia del menor, pero tal circunstancia fuera tipificada como tal<sup>(57)</sup>.

Pese a todas las inconcreciones que hacían del artículo 172.1 del Código Civil una definición de difícil adaptación al caso concreto, su contenido pasó íntegro a nuestra Ley de protección de menores de

1989, como ya se ha apuntado anteriormente. Afortunadamente, el desarrollo parcial de la misma —que vino de la mano del Decreto 79/1995— trajo consigo la primera aportación aragonesa a un concepto de *desamparo* hasta entonces tan uniformemente definido en los ámbitos estatal y autonómico.

Tal y como dispone el artículo 8.2. del citado Decreto, «*se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando concurren, entre otras, las siguientes circunstancias: a) Abandono del menor. b) Malos tratos. c) Abusos sexuales. d) Inducción al menor a la mendicidad, delincuencia, prostitución, o a cualquier otra forma de explotación. e) Drogodependencia habitual de los responsables de los menores que impida su adecuada atención. f) Cualesquiera otra situación que sea causa de incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad, del derecho de guarda, educación, o de las obligaciones previstas en el Código Civil*».

Esta definición refleja un cambio fundamental en el modo de confrontar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de *asistencia social* (en la que se engloba la protección de menores) *ex* artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía (antes de su reforma de 1996), con la también exclusiva del Estado en materia de *legislación civil* (tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones), en el sentido de no temer ya estar invadiendo competencias ajenas, sino simplemente desarrollando las propias<sup>(58)</sup>.

De este mismo espíritu innovador se contagiaron los redactores del primer Borrador de Ley de la infancia y adolescencia en Aragón, los cuales incluían en su artículo 64 una definición de desamparo extraordinariamente elaborada que ha servido de base para la elaboración del artículo 55 del Borrador antes reproducido. Tanto es así, que las diferencias entre ambos preceptos son mínimas: por una parte, se ha añadido el contenido del apartado a) («*Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor*»); y, por otra, desaparece la referencia expresa que se hacía en el punto 5º del citado artículo 64 al *absentismo escolar* como causa de desamparo, entendiéndose ahora implícita dentro de dicho apartado a) («*negligencia en el cumplimiento de las obligaciones educativas*»).

Entre otras cosas, lo que se pretende es sustituir el encabezamiento del actual artículo 8.2 del Decreto 79/1995, por el último inciso de la definición contenida en el Código Civil, más la expresión *de hecho*<sup>(59)</sup>. Además, aparece por fin la figura de la *autoridad familiar*, tan típicamente aragonesa, al lado de la manida referencia a la *patria potestad*. En cuanto a los *abusos sexuales*, son englobados dentro de los malos tratos, como una modalidad de éstos. En resumen, se trata de una regulación mucho más acorde con las actuales tendencias legislativas en esta materia, en la que se refleja la voluntad de traducir toda referencia a la moral («...*cuando está de*

*hecho privado de la necesaria asistencia moral...»*) en deberes jurídicos concretos de la vida cotidiana<sup>(60)</sup>.

Como puede observarse, sólo en el momento en el que se abandona la idea de que este ámbito es un sector reservado a la legislación civil estatal *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución, podemos empezar a trabajar en la construcción de instrumentos legislativos que puedan ser interpretados, comprendidos y, cómo no, aplicados, por todas las personas e instituciones que trabajan en el día a día de la protección del menor en Aragón<sup>(61)</sup>.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A estas alturas del discurso, ya poco queda por decir que vaya más allá de condensar en unas pocas frases las líneas básicas de lo expuesto a lo largo de estas páginas, en las que se ha tratado de llamar la atención sobre una coyuntura jurídica —cuanto menos— sorprendente.

En efecto, sorprendente es que —desde 1987— no se haya planteado de modo serio cuál es el contenido y alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas ostentan en materia de *«asistencia social»*, *ex* artículo 148.1.20 de la Constitución, lo cual viene a ser el primer paso para delimitar el papel de aquéllas dentro del marco de la protección del menor en nuestro país.

Esto nos lleva —en lo que a Aragón respecta— a preguntarnos si tal vez existe cierto temor a proceder a un *desarrollo* de nuestro Derecho civil propio, tal y como permite el artículo 149.1.8. Dar este importante paso nos permitiría sentar las bases para la elaboración de un sistema de protección del menor que no tuviera que ser modificado cada vez que se procediera a reformar el Código Civil en esta materia.

Sin embargo, dicho *desarrollo* debe hacerse con la cautela que esta cuestión requiere, generando un foro de debate en el que todos los juristas amantes y conocedores de nuestro derecho aragonés aporten sus ideas al respecto<sup>(62)</sup>. En resumen: la futura *Ley de la infancia y de la adolescencia de Aragón* debe ser una *Ley de integración*. En base a la competencia exclusiva que nuestra Comunidad Autónoma ostenta en materia de *protección y tutela de menores* (artículo 35.1.28 del Estatuto de Autonomía), debemos configurar un ordenamiento protector del menor aragonés en el que padres, educadores, *operadores sociales*, juristas y —asumiendo su necesario papel protagonista— los propios niños y adolescentes, *luchen* todos en la misma dirección.

---

## NOTAS

<sup>1</sup> Este artículo ha sido elaborado sobre la base del trabajo presentado en las «Primeras jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» que, bajo el título de «*Los derechos de la infancia y de la adolescencia*», se celebraron en la Facultad de Derecho de Zaragoza los días 4 y 5 de noviembre de 1999.

<sup>2</sup> Para un estudio en profundidad de esta importante Ley, se aconseja la consulta de los siguientes trabajos: EMBID IRUJO, A., *Protección de menores*, en «Derecho Público aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón», Zaragoza, editan *El Justicia de Aragón* e IBERCAJA, 1990, pp. 674 y ss.; JIMÉNEZ-AYBAR, I., *Pasado, Presente y Futuro de la Protección de los menores en Aragón*, Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 1998, pp. 105 y ss.; SERRANO GARCÍA, J. A., «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de catorce de diciembre, de protección de menores», en *Revista Jurídica de Navarra*, nº12, julio-diciembre de 1991.

<sup>3</sup> Aunque no se debe dejar de advertir que ya el Decreto 119/1988, de 21 de junio, de la D.G.A., por el que se regularon las normas de actuación en materia de protección y tutela de menores — aparte de trasladar a nuestro ámbito autonómico las importantes reformas llevadas a cabo por la Ley 21/1987— sentó algunas bases que inspiraron la normativa posterior en esta materia; sin embargo, ello era —a todas luces— insuficiente para poder hablar de la existencia de un Derecho aragonés de Protección de menores con autonomía y sustantividad propia. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 101-103.

<sup>4</sup> Sobre el alcance y contenido de este principio en relación a esta materia, *vid.* —entre otros— CALVO GARCÍA, M., «Concurrencia y alcance de los derechos en las actuaciones públicas de protección del menor», trabajo presentado como ponencia en el marco del curso: «El menor en Aragón: protección y reforma», Universidad de Verano de Teruel, junio-julio de 1993, p. 6; JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 69-70; RODRIGUEZ SOL, L., «La Protección y Acogimiento de menores en el Derecho español», en *LA LEY*, nº 3223, de 23 de marzo de 1993, p. 2.

<sup>5</sup> El reparto de competencias establecido por la Constitución se sustenta en el *juego* de los artículos 148 (materias en las que las Comunidades Autónomas *podrán* asumir competencias) y 149 (materias en las que el Estado se reserva competencia exclusiva); sin olvidar las tres posibilidades contenidas en el artículo 150, sobre las

que no es pertinente detenernos en su estudio. Las repercusiones de dicho reparto en la materia que nos ocupa las analizaremos más adelante.

<sup>6</sup> Mediante la Ley 11/1985, de 13 de junio, de Protección de menores.

<sup>7</sup> Para una aproximación al contenido, naturaleza y aplicación de esta ley es conveniente consultar los siguientes trabajos: GARCIA MAS, F. J., «Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *ACTUALIDAD CIVIL*, nº 33, septiembre 1997; GULLON BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *LA LEY*, 8 de febrero de 1996; JIMENEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 137-141; RIVERA FERNANDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, nº 621; VARELA GARCIA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad Civil*, nº 13, marzo 1997.

<sup>8</sup> *Vid.* VARELA GARCIA, C., *op. cit.*, p. 262.

<sup>9</sup> Ideas que aparecen recogidas en el *Preámbulo* de la ley antes citada.

<sup>10</sup> *Cfr.* artículo primero de dicha ley.

<sup>11</sup> Con este Decreto se saldaba una de las deudas contraídas por la Disposición Final 1ª de la Ley 10/1989, la cual establecía un plazo de seis meses a fin de que la Diputación General de Aragón hiciera realidad las numerosas remisiones a normativa ulterior esparcidas por su articulado. Se dictó con la finalidad de regular la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la ley que desarrolla. Un análisis detallado de las principales novedades que introduce lo podemos encontrar en JIMENEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 125-136.

<sup>12</sup> VILADRICH, P. J., «La familia *soberana*», en *IUS CANONICUM*, vol. XXXIV, Núm. 68, 1994; p. 428.

<sup>13</sup> Recordemos que la cuestión planteada (en sentido figurado) no era otra que la de dilucidar si con el cuerpo normativo compuesto básicamente por la ya estudiada Ley 10/1989 (y el desarrollo de la misma) se cumplía el objetivo de poseer un Ordenamiento jurídico propio en esta materia que estuviera en consonancia con las últimas tendencias legislativas en este campo desarrolladas en los últimos años.

<sup>14</sup> *Vid.*, en este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho* (Director: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer); editado por la Institución ; Zaragoza, 1985; p. 91.

<sup>15</sup> Como MARTÍN RETORTILLO pone de manifiesto, el concepto de *beneficencia* aparecía junto al de *asistencia social* —como materias de competencia de las Comunidades Autónomas— en la versión anterior de este precepto constitucional. Pero la aceptación de una enmienda que aludía a la injusticia y desigualdad que impregnaban el término *beneficencia* hizo desaparecer la referencia a ésta. MARTÍN RETORTILLO, L., «*Materiales para una Constitución*»; AKAL, Madrid, 1984, pp. 190-192.

<sup>16</sup> Vid. PEMÁN GAVÍN, «La acción social: una introducción general», en *Derecho Público Aragonés...*, P. 228.

<sup>17</sup> Como ejemplos más relevantes, tenemos: en primer lugar, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (1979), el cual recogió, como materias de su exclusiva competencia, no sólo la de *Asistencia social* (art. 9.25), sino también la de *Juventud* (art. 9.26) e *Instituciones públicas de protección y tutela de menores* (art. 9.28); el Estatuto vasco (1979) añadió al marco general de la *Asistencia social* (art. 10.12) la competencia sobre *Política infantil y juvenil* (art. 10.39); el Estatuto andaluz (1981) también hizo referencia a la competencia sobre *Instituciones Públicas de protección y tutela de menores* (art. 13.23), así como a la *Promoción de actividades y servicios para la juventud* (art. 13.30), además de a la *Asistencia y servicios sociales* (art. 13.22); el de Cantabria (1981) añade a la rúbrica de *Asistencia y bienestar social*, la de *Política juvenil* (art. 22.18); el de Valencia (1982) contempla la *Asistencia social, Juventud e Instituciones públicas de protección y ayuda de menores* en los apartados 24, 25 y 27, respectivamente, del artículo 31; por último, merece la pena destacar el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (1982), el cual separó de modo eficaz los conceptos de *Juventud* y *Menores*, asumiendo la competencia exclusiva sobre su *Promoción y ayuda*, así como sobre la creación de centros destinados a su protección (art. 31.1.p).

<sup>18</sup> Si bien es cierto que la carencia (hasta la reforma de 1996) de una mención específica relativa a *Protección de menores* en nuestro Estatuto no fue óbice para que el legislador aragonés —en el legítimo ejercicio de la potestad normativa que la citada competencia acarrea— promulgara siete años más tarde la *Ley 10/1989, de catorce de diciembre, de Protección de menores*, el hecho de que esta materia tenga por fin su sitio —con nombre y apellidos— en nuestra norma estatutaria, no es una cuestión baladí. En este sentido, GARCÍA MÁS afirma que «*siempre es bueno que la palabra 'menor' aparezca en una norma; es, en definitiva, el reconocimiento de una sociedad a la figura de un sujeto de derechos y obligaciones que por sus características especiales normalmente se encuentra en situación de indefensión y que en muchos casos corre riesgos y peligros de los que no puede defenderse*». Vid. GARCÍA MÁS, J., *op. cit.*, p. 808.

<sup>19</sup> A lo largo del resto de esta exposición, haremos referencia a algunos de los preceptos de nuestra *Compilación del Derecho Civil de*

Aragón de ocho de abril de 1967, la cual fue adoptada e integrada en el Ordenamiento Jurídico Aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo.

<sup>20</sup> La indeterminación de estos tres conceptos fue una cuestión que provocó más de un *quebradero de cabeza* a nuestros Tribunales. En efecto —y aunque el tema de la adopción no sea objeto primordial de esta exposición— no podemos pasar por alto la gran controversia suscitada entre el Gobierno de la Nación y nuestra Comunidad Autónoma a raíz de la aprobación por las Cortes de Aragón de la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. El artículo primero de dicha Ley dotó de contenido al artículo 19 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, ya que la reforma de 1985 lo había dejado sin fundamento alguno.

Según dicho artículo 19: 1. «Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza» . 2. «Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como *hijos y descendientes* o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes». A su vez, el artículo segundo de la Ley 3/1988 estableció que «en tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia».

Este reconocimiento de la potestad normativa en materia de adopción provocó que el Gobierno de la Nación presentara un recurso de inconstitucionalidad, al entender que se había atentado gravemente contra el artículo 149.1.8 de la Constitución, ya que éste reservaba al Estado (y lo sigue haciendo) la competencia exclusiva sobre *Legislación civil*. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Aragón basaba su defensa en el segundo inciso del mismo artículo, el cual permite a las Comunidades Autónomas con derecho civil, foral o especial propio, proceder a su *conservación, modificación y desarrollo*.

El Tribunal Constitucional analizó detenidamente estos tres conceptos, a fin de determinar si era posible incardinar la actuación de nuestra Comunidad Autónoma dentro de alguno de ellos. En primer lugar, por entendió toda operación de *asunción e integración* de las diferentes Compilaciones existentes en los respectivos ordenamientos jurídicos autonómicos (así como la formalización de sus diferentes costumbres), con lo que tal posibilidad fue desechada. El mismo camino siguió la segunda de ellas, al entender que toda *modificación* supone la preexistencia de una norma anterior. Por último, se determinó que la única opción viable era considerar que la Comunidad Autónoma de Aragón había procedido al *desarrollo* de una parte de su propio derecho, conceptuando aquél como una acción legislativa que hace posible el crecimiento orgánico de un Ordenamiento Jurídico, que permite su vitalidad hacia el futuro.

Por tanto, se reconocía la posibilidad de regular materias nuevas, pero con un límite infranqueable: que éstas guardaran una *relación de conexidad* con otras ya existentes en el derecho civil, foral o especial propio. Empero, era preciso encontrar dicha relación entre la adopción y otra materia ya recogida en nuestra Compilación. El Tribunal Constitucional consideró, por fin, que aquella era materia *conexa* a la filiación y a los derechos sucesorios que el Derecho Civil aragonés regulaba; con lo que, en virtud de la Sentencia de doce de marzo de 1993, rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su momento e impidió que el Gobierno de la Nación consiguiera establecer limitaciones al legítimo desarrollo de nuestro derecho propio.

<sup>21</sup> *Vid.*, en este sentido, EMBID IRUJO, A., *op.cit.*, p. 671.

<sup>22</sup> Recordemos que ya se ha hecho referencia (*vid.* nota a pie de página nº14) al hecho de que sólo la aceptación de una enmienda de última hora hizo que los conceptos de *beneficencia* y de *asistencia social* no integraran el mismo paquete competencial atribuido en exclusiva a las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 de la Constitución.

<sup>23</sup> *Vid.*, en este sentido, RAMOS SÁNCHEZ, J., «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de once de noviembre, sobre Protección de menores y su adopción. Su posible inconstitucionalidad», en *LA LEY*, 7 de abril de 1989, p. 997.

<sup>24</sup> Cuenta Lorca Martínez como el Sr. LEDESMA, a la sazón Ministro de Justicia, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Senado para expresar en nombre del Gobierno diversas consideraciones sobre los propósitos de la Ley, «*justificó la administrativización y la consiguiente desjudicialización que instaura la Ley 21/1987 aduciendo, entre otras cosas, que en el texto legal se parte de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios que se inspiran en las ciencias sociales, como la psicología, la sociología, la pedagogía, etc., predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes, como son los criterios técnico-jurídicos*». LORCA MARTÍNEZ, J., «La tutela del artículo 172.1 del Código Civil», en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, Julio-Diciembre de 1995, p. 237.

<sup>25</sup> Éstas se centraron, sobre todo, en el concepto de *desamparo* y en dilucidar qué órgano debía ser el encargado de determinar tal situación, llegándose a plantear dudas sobre la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 21/1987. Incluso se llegó a acusar a la misma de instaurar un auténtico sistema de *confiscación* de hijos en virtud de razones ajenas al control judicial. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op.cit.*, pp. 85 y ss.

<sup>26</sup> El artículo 172.1 de la Ley 21/1987 atribuía «a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada

la protección de menores» -por ministerio de la ley- la tutela de los que se encontrasen en situación de desamparo.

<sup>27</sup> Figura que también aparecía en la primera Ley catalana de Protección de menores (Ley 11/1985, de trece de junio) en su artículo siete, el cual establecía que «serán funciones del Departamento de Justicia (...) g) acoger provisionalmente a los menores en situación de abandono...» (esta competencia pasó al Departamento de Bienestar Social a raíz de la promulgación de la Ley 12/1988, de 21 de noviembre, que modificó la Ley 11/1985).

<sup>28</sup> Al respecto, *vid.* LORCA MARTÍNEZ, J., *op. cit.*, p. 251.

<sup>29</sup> *Cfr.* PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «*La nueva adopción*», Madrid, CIVITAS, 1989, p. 50.

<sup>30</sup> *Vid.* LLEBARÍA SAMPER, S., «*Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*». Ediciones BOSCH, Barcelona, 1990, p. 49.

<sup>31</sup> Un estudio sobre la labor del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza lo podemos encontrar en JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>32</sup> *Vid.* RAMOS SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 1000.

<sup>33</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ SOL, L., *op. cit.*, p. 2.

<sup>34</sup> En este sentido, el artículo 177 del Proyecto de Beneficencia de 1821 establecía que «*si llegase el caso de que la prohijación ceda en daño de algún niño ó muchacho, ó por haber fallecido el prohijante, ó por haber venido á tal estado de pobreza que no pueda mantener al prohijado, ó por otro cualquier motivo, entonces la respectiva Junta municipal de beneficencia, recogiendo al niño ó muchacho, procurará acomodarle con otra familia; y cuando esto no pudiere conseguirse, el niño ó muchacho será devuelto á la Inclusa, para que allí se le dé el destino que corresponda*».

<sup>35</sup> «*Los niños ó muchachos aun cuando estuvieren prohijados serán devueltos á sus padres; pero estos con la intervención de las Juntas se concertarán antes con los prohijantes sobre el modo y forma en que hayan de ser indemnizados de los gastos que les hubiere ocasionado la crianza de los niños ó muchachos*» (art. 183 del mismo Proyecto).

<sup>36</sup> Y esto es así porque los que tomaban a su cargo niños de las Inclusas para su crianza, «*por este hecho*» (ocupaban) «*el lugar de padres*», debiendo «*instruirlos bien en la doctrina cristiana, y enviarlos á las escuelas de primeras letras, donde nada se pagará por la enseñanza*», según disponía el artículo 149 del Proyecto de Beneficencia de 1821. Todos los niños acogidos (o «*dados á criar fuera*» de las Inclusas), podían «*dejar las casas de los que hubieren corrido hasta entonces con su crianza, y colocarse donde mejor les pareciere, con tal que para ello obtengan la aprobación de las Juntas municipales de beneficencia*» (art. 160). Como vemos, la idea de provisionalidad que regía esta crianza, es la que ahora impregna el acogimiento temporal (sin visos de una futura adopción).

<sup>37</sup> En este sentido, afirma Serrano García que este apartado es superfluo e innecesario, ya que «*la aplicación provisional del Código Civil y demás leyes generales del Estado en materia de adopción ya fue prevista con claridad por el artículo 2 de la Ley 3/1988, siendo improcedente reiterarlo sucesivamente respecto a aspectos puntuales de la regulación estatal*». SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.*, p. 23.

<sup>38</sup> Al respecto, *vid.* EMBID IRUJO, A., *op. cit.*, p. 677.

<sup>39</sup> Afirma este autor que . SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.*, p. 24.

<sup>40</sup> Lo cual supone —para Serrano—. Sin embargo, si se suprimiera de esta Ley todo lo que —a juicio de este autor— es innecesario recoger, se ganaría —sin duda— en *brevedad*, pero se perdería en *claridad*.

<sup>41</sup> Quizá, lo más sorprendente es que se ignorara la completa regulación del acogimiento que el Decreto 119/1988 contenía en sus artículos 25 a 31. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, p. 111.

<sup>42</sup> Entre ellos, los que más interés suscitan son los siguientes: los artículos 11 (principios rectores de la acción administrativa), 12 (actuaciones de protección), 13 (obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva), 15 (principio de colaboración), 16 (evaluación de la situación) y 17 (actuaciones en situación de riesgo).

<sup>43</sup> A este respecto, *vid.* TEJEDOR BIELSA, J. C., «*La necesaria reformulación del concepto de bases provocada por la STC. 118/1996, de 27 de junio*», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 4 (diciembre 1996), pp. 447 y ss.

<sup>44</sup> Recordemos que el T.C. entró a analizar el significado y alcance de este término en su Sentencia de doce de marzo de 1993, reproducida en parte en este trabajo (nota a pie de página nº 19).

<sup>45</sup> Como ya fue identificada por el mismo Tribunal Constitucional a la hora de dilucidar la constitucionalidad o no del precepto de la Ley aragonesa de equiparación de hijos adoptivos (Ley 3/1988, de 25 de abril), que reconocía la potestad normativa de nuestra Comunidad Autónoma en materia de adopción (*vid.* también la nota a pie de página nº 19).

<sup>46</sup> El artículo 9.1 de la misma establece que “*el deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto*”.

<sup>47</sup> *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes de Aragón de nueve de diciembre de 1998.

<sup>48</sup> Referidas al *objeto* de la futura ley, *ámbito de aplicación*, *principios de actuación*, *interpretación* de la misma y reconocimiento de la *prioridad presupuestaria* de las actividades de prevención, atención y reinserción de la infancia y adolescencia.

<sup>49</sup> En el artículo 6º se declara, con carácter general, que «*los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconocen la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como la Compilación del Derecho Civil de Aragón, el Código Civil y las restantes normas del ordenamiento jurídico*».

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 172.4 se establece que se debe buscar siempre el interés del menor a la hora de utilizar los instrumentos del acogimiento familiar o residencial. El artículo 173.3 prevé que si los padres o el tutor del menor no consienten o se oponen al acogimiento, el juez acuerde tal medida siempre en interés de aquél (además, mientras se produce la resolución judicial, la entidad pública puede acordar un acogimiento familiar provisional teniendo en cuenta el citado interés). De igual modo, la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor puede poner fin al acogimiento (art. 173.4.4ª). A su vez, al regular el acogimiento familiar permanente (art. 173 bis), el Código faculta a la entidad pública para «*solicitar al Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor*».

<sup>51</sup> Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 6503.

<sup>52</sup> Vid. LLEBARÍA SAMPER, S., *op. cit.*, p. 49.

<sup>53</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G., «La Reforma del Acogimiento familiar y de la Adopción», adición al Tomo V, volumen segundo, del *Derecho Civil Español, Común y Foral*; Madrid, 1988, p. 10.

<sup>54</sup> En este sentido, ESCUDERO LUCAS sostiene que de esta expresión puede deducirse que el menor queda privado de la necesaria asistencia por cualquier causa, es decir, que se dé la situación real u objetiva del abandono. Vid. ESCUDERO LUCAS, J.L., «La protección del menor por la Entidad Pública» en *Revista General del Derecho*, octubre-noviembre de 1997, p. 12.101.

<sup>55</sup> Al respecto, afirma SANCHO REBULLIDA que no son conceptos distintos, ya que . Para este mismo autor, el *imposible ejercicio* sería una falta de cumplimiento inimputable al titular de la potestad, mientras que el *inadecuado ejercicio* es un defecto de cumplimiento imputable al mismo. Vid. SANCHO REBULLIDA, F., «Acogimiento y Adopción», en *El nuevo régimen de la familia*; Civitas, Madrid, 1989, p. 35.

<sup>56</sup> Aunque es realmente difícil aventurar una interpretación razonable de la situación así descrita, ESCUDERO LUCAS se atreve a opinar que «*la carencia de asistencia moral y material se refiere a la exigencia de que el menor goce de una normal vida familiar; es decir, que los padres o guardadores velen por sus hijos, estén en compañía*

de ellos, les procuren alimentos, educación y una formación integral de ambiente familiar idóneo», advirtiendo que . Vid. ESCUDERO LUCAS, J. L., *op. cit.*, p. 12102.

<sup>57</sup> En opinión de SANCHO REBULLIDA, «no está claro (...) si la privación de la necesaria asistencia moral o material es un requisito acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o alternativo al mismo (...) Que se requiere siempre incumplimiento parece evidente (...) La duda se suscita (...) al decidir si conviene o no a la tipificación legal de desamparo el supuesto de incumplimiento de los deberes por parte del titular de la patria potestad o tutela, sin que, pese a ello, el menor se vea privado de la necesaria asistencia moral o material».

Para la solución de esta cuestión, plantea la hipótesis siguiente: Unos padres incumplen los deberes de protección de los que legalmente son deudores y, sin embargo, el menor no se ve privado de la necesaria asistencia moral o material porque es confiado a los cuidados de su abuelo (que sería un guardador de hecho). Concluye este autor afirmando que . Vid. SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>58</sup> Pese a este saludable cambio de criterio, es incomprensible el empleo de los términos que integran la *cláusula residual* recogida en el apartado *f* del artículo 8.2. Ello denota, bien una falta de sensibilidad absoluta hacia el viejo apotegma aragonés , bien ciertas reticencias a apartarse totalmente de la definición recogida en el artículo 172.1, 2º inciso, del Código Civil (o bien ambas cosas). Pero lo que causa todavía más asombro es que —mientras la recogida en este Código no hace ninguna referencia expresa a la institución de la patria potestad (aun regulándose también en aquél)— en el artículo 8.2.f) del Decreto 79/1995 no se hace mención alguna a la Compilación del Derecho Civil aragonés, ni a la *autoridad familiar*, la cual ejercen los que ostentan la vecindad civil aragonesa (y no la patria potestad). En este sentido, autores como Serrano García apuntan que en Aragón puede hablarse conjuntamente de *autoridad familiar o patria potestad*, pero parece impropio emplear únicamente el término *patria potestad*. . Vid. SERRANO GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 26.

Haciéndose eco de manifestaciones como ésta, el Justicia de Aragón efectuó una Recomendación formal dirigida al Presidente de la D.G.A. en la que sugería «*tener presente en la redacción de sus disposiciones reglamentarias la existencia de un conjunto de instituciones civiles, como la autoridad familiar que, además de regir la vida de la mayor parte de los ciudadanos aragoneses, constituye, además, parte esencial del acervo cultural y de las señas de identidad de nuestro pueblo*».

<sup>59</sup> Previsión afortunada, ya que la expresión que utiliza el Decreto, en puridad de términos, da a entender que deben —efectivamente— concurrir *todas* ellas para apreciarse el desamparo.

<sup>60</sup> En este sentido, *vid* HABERMAS, J., «*Escritos sobre moralidad y eticidad*»; Barcelona, Editorial Paidós, 1991, p. 122.

<sup>61</sup> Un estudio a fondo —desde el punto de vista jurídico— del resto de preceptos contenidos en el Proyecto de Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón, se puede encontrar en JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 145-174.

<sup>62</sup> Este comentario se lo debo a D. Hipólito Gómez de las Rocas, el cual contestó de este modo a una interpelación que el que suscribe le realizó en el sentido de lo afirmado en el párrafo anterior. Y todo ello en el marco de la conferencia que, con motivo de la celebración del XXI aniversario de la Constitución española, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Zaragoza el pasado 16 de diciembre de 1999, con el título . El Sr. Gómez de las Rocas exigió —por lo menos— la misma cautela y buen juicio con el que se aprobó recientemente la nueva Ley de Sucesiones.