

## LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA

### THE LEGAL PROTECTION OF THE CHILD IN SPAIN

Salvador Morales Ferrer<sup>1</sup>

#### RESUMEN

La discriminación sobre la infancia, su explotación económica han sido una constante en nuestra historia. Por lo que, en España a partir del Siglo XX se comenzó mediante la Convención de los Derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, y su introducción en la aplicación de sus leyes internas españolas ,mediante la promulgación la Ley1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero , que inicia los principios rectores de protección de los niños y las niñas, y el acatamiento de la Constitución Española de 1978, a los Convenios internacionales y, al mismo tiempo el Código civil Español creó unas figuras jurídicas, entre ellas el tutor, el curador, el encargado cuidador y las entidades públicas o privadas protegiendo a los niños y a las niñas incluso en situación desamparo o, los niños y niñas extranjeros no acompañados que están en situación irregular en España, aunque en esta última legislación muy tenuemente.

**Palabras-claves:** Protección jurídica. Menor. España.

#### ABSTRACT

Discrimination against children and their economic exploitation have been a constant in our history. Therefore, in Spain from the twentieth century began by means of the Convention on the Rights of the Child of November 20, 1989, and its introduction in the application of its domestic laws, through the promulgation of the Organic Act1 / 1996 of Protection of Minors, dated January 15, which initiates the guiding principles for the protection of children and compliance with the Spanish Constitution of 1978, to the International Conventions and, at the same time, the Spanish Civil Code created legal , including the guardian, curator, custodian and public or private entities protecting children even in

---

<sup>1</sup>Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude Certificado-Diploma de Estudios Avanzados TERCER CICLO - DOCTORADO por la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia. Certificado de Aptitud Profesional realizado en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de abogados de Alzira. Máster Propio en Mediación y Gestión Eficiente de Conflictos por la Universidad Cardenal Herrera-Ceu (Valencia). Certificado de Aptitud Pedagógica por la Universidad de Valencia. Abogado Colegiado en el ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALZIRA. Letrado Especialista para actuar en la Jurisdicción de Menores. Email: [salvadormf@ono.com](mailto:salvadormf@ono.com)

situations of helplessness, or unaccompanied foreign children who are in an irregular situation in Spain, although in the latter legislation very gently.

**Keywords:** Legal protection. Less. Spain.

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de la humanidad la concepción que la gente ha tenido respecto de los niños y las niñas ha ido evolucionando, aunque una parte de la doctrina entre ellos cabe citar a los autores La Cruz y Sancho <sup>2</sup> que mencionan: “constituye una comunidad total devida entre padres e hijos: un ámbito cerrado frente al Estado y la Sociedad”. Por otro lado, la noción de infancia que hoy en día tenemos y que parece una evidencia fuera de todo margen de duda, no ha existido ni mucho menos a lo largo de todos los tiempos, sino que por el contrario es una creación reciente, que emerge definitivamente sólo después de la revolución industrial, hasta plasmarse en la Convención de los Derechos del Niño. Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo en los efectos jurídicos- legales, que hacen hincapié en los Derechos de los niños y niñas en España mediante la aplicación de los Convenios en que España forma parte y, su legislación interna. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero esboza la aplicación en el Derecho Internacional y la aplicación de los principios básicos de los niños y las niñas; el segundo presenta el cambio normativo en la legislación Española mediante la influencia de la norma internacional en España; el tercero muestra el cambio de la tutela judicial efectiva en la Constitución Española de 1978 sobre los menores o niños; el cuarto comprende las distintas figuras jurídicas de protección de los niños atendiendo a la Convención de los Derechos del Niño y su aplicación en el Ordenamiento Interno Español, y el quinto aborda la situación de los niños en España mediante la Constitución Española de 1978 y su entorno social en España.

### 1. El Convenio internacional de los Derechos del niño

Inicialmente se plasmó en el Derecho positivo para que el niño o la niña sea un sujeto de derechos en la normativa internacional, así en el Siglo XX la infancia sea tenida en cuenta como tal. El hecho más relevante acaecido durante el pasado siglo fue, sin duda, la aprobación por las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones

<sup>2</sup> Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1982) “Derecho de Familia, Elementos de Derecho Civil IV” Editorial: Bosch. Barcelona p.11

Unidas adoptó, por unanimidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, quedando abierta a la firma de los Estados el 20 de enero de 1990 y entrando en vigor el 2 de septiembre del mismo año. El texto, gestado a partir de las propuestas del Gobierno polaco se estructura en tres partes: el Preámbulo, que esboza los principios básicos fundamentales; el articulado, que define las obligaciones de los Estados Partes y, por último, las disposiciones de ejecución así caben mencionar su artículo que señala<sup>73</sup>: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera”. De manera general se puede afirmar que las características más destacadas de la Convención son las siguientes: Se trata de un documento con fuerza jurídica obligatoria. Así, cuando un Estado ratifica el texto de la Convención queda automáticamente vinculado al cumplimiento de su contenido. El carácter vinculante ha de entenderse íntimamente conectado con la consideración del menor como ser autónomo: el hecho de que el instrumento que recoge sus derechos sea un instrumento jurídico, y no una declaración de buenas intenciones, indica que las pretensiones que puedan tener los niños para la protección de sus derechos no sólo interesan a la humanidad en general, sino que vinculan a los Estados signatarios de la Convención. Este último inciso se completa con la consideración de este tratado internacional como una norma self-executing, de ejecución inmediata. La aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el Ordenamiento Jurídico Español se produce, por tanto, sin necesidad de medidas normativas de desarrollo y, nos ofrece una imagen global de la infancia. Otro concepto importante que introduce la Convención, y que ya había sido apuntado tímidamente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño<sup>4</sup>, es que todas las medidas respecto de la infancia deben estar basadas en la consideración del «interés superior del niño», convirtiéndose éste en el principio rector que debe orientar toda acción a favor del bienestar de la infancia artículo 3<sup>5</sup> señala: “1. 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

---

1. Convención sobre los Derechos del niño- UN. Org. [www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf). p.7

<sup>4</sup> Principio séptimo párrafo segundo: El interés superior del niño debe ser de quienes tienen responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe a los padres”. Declaración Universal de los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1959 <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo>. p.1

<sup>5</sup> Convención sobre los Derechos del niño- UN. Org. [www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf). pps.10-11

primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. 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 sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. Por lo que, la Convención de los Derechos del niño el 20 de noviembre de 1989, influyo en el Derecho Interno Español al formar parte de estado vinculante.

## **2. LA TUTELA JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA**

La figura de la tutela jurídica del menor necesita de todo tipo de actuaciones legales tanto la figura paterna y, materna o, quién obtenga la patria potestad o en su caso la figura del tutor, para la guarda y protección de sus bienes.

Así mismo, se puede afirmar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>6</sup>, de protección jurídica del menor, ha venido a profundizar en los principios de protección integral del menor y del superior interés de aquél al sintonizar con la nueva filosofía surgida de la Convención de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que ha dejado su impronta no sólo en el marco internacional.

Así en la Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero<sup>7</sup> en su artículo 11 de la Ley comenta de los principios rectores de la acción administrativa en su punto 1º dice:” Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. En punto 2 del mismo artículo enumera estos principios: a) La supremacía del interés del menor b) el

<sup>6</sup> Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero, modificado parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rango: Ley Orgánica; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 15, pps.6-8 TOL301.481 Tirant Online.

<sup>7</sup> Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero, modificado parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rango: Ley Orgánica; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 15, pps.9-10 TOL301.481 Tirant Online.

mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente; c) su integración y participación social” y siguiendo con la norma citada en su artículo 19 bis, señala: “1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades”. Por lo que la norma es muy clarificadora y avanzada, con concordancia al modelo de tutela del menor, tanto a efectos familiares, como desde el punto de vista de la Administración Española.

### **3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

La Constitución Española recoge los principios rectores de la política social y económica establece en su artículo 39<sup>8</sup> señala: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Asimismo, como se menciona analógicamente el precepto se ha de tener en cuenta la realidad socio-económica y, las necesidades de las familias que han cambiado sustancialmente. Por tanto, se entiende la influencia de la Constitución española como la tutela judicial efectiva del menor.

Por lo que la persona desde su nacimiento, posee tanto la capacidad jurídica y la capacidad obrar rigiendo su persona y sus bienes en el mundo del derecho, mediante su autonomía y actuando libremente en la vida jurídica, con la facultad que le otorga ante su incapacidad de obrar el poder actuar a través de otra persona, al que le otorga este poder jurídico de representación, ante esta situación la persona por ciertas circunstancias, entre ellas a los menores que indirectamente no tienen esa capacidad de obrar.

Por otra parte, cabela mención de los niños en el artículo 39.4 de la Constitución Española que señala: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos

---

<sup>8</sup> Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid (Las Rozas). p.23

internacionales que velan por sus derechos” atendiendo a los Convenios firmados por España entre ellos la más importante la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989. En definitiva, el texto constitucional se adecua a las normativas internacionales.

#### **4. LAS DISTINTAS FIGURAS JURÍDICAS EN ESPAÑA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS MENORES DE EDAD**

Así, se van a diferenciar las diversas figuras jurídicas generadas por el menor en España en las distintas figuras jurídicas de los cuidadores de derecho enmarcados en el sistema español.

##### **.1. El cuidador de derecho**

En sus antecedentes históricos, como menciona el autor O’Callaghan<sup>9</sup>: “El sistema de cuidador de derecho o de tutela de familia fue propio del Derecho romano, inspirándose más tarde en los Códigos Civiles de los países latinos. Este sistema de cuidador de derecho o tutela de autoridad se extendió por los códigos germánicos: B.G.B, el Código Suizo, Austriaco junto con las legislaciones escandinavas, anglosajonas y entrando en el Siglo XX el Código civil Italiano de 1942 y la reforma del Código Civil Francés mediante la Ley de 14 de diciembre de 1964, finalmente el Código Civil Español, con la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela”.

Por lo que, en sí se podría definir, la figura del cuidador de derecho es la persona física o jurídica que tutela a un menor, tanto para la representación legal, como para cuidarlo y atender a su patrimonio y otros asuntos de índole económico, siempre que exista una declaración judicial.

##### **4.2. El tutor**

Dentro de las medidas de protección jurídica del menor la institución tutelar, ocupa un lugar destacado, por lo que, si el menor está en una situación de desamparo y le impida el autogobierno se procederá a la consiguiente constitución de tutela que suele ser la vía más

---

<sup>9</sup> O’Callaghan Xavier. (2007). (Dir. Javier Laorden) (Coord.: José Luis Terreros) “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA VV, “Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vol.I. Aspectos jurídicos”. Consejo General del Poder Judicial. Editorial: Lerko Print, S.A Madrid ,pps 296-298.

adecuada como garante de su bienestar y el ejercicio de sus derechos, existiendo un amparo tutorial como señala el artículo 222<sup>10</sup> párrafo 2º: “cuando la sentencia lo haya establecido”. Por lo que, es necesario el nombramiento de un tutor que le represente, supliéndole jurídicamente en todos aquellos actos que su incapacidad le impide realizar por sí solo, será la única forma de actuar en él tráfico jurídico. Esta actuación representativa, característica o definitoria del tutor, se encuentra mencionado en el artículo 215 párrafo 1º y 1º<sup>11</sup> del Código Civil Español al señalar: “La guarda y la protección de la persona y bienes, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º La tutela” y que, al hilo acompañada además de otras importantes funciones tutelares, como el cuidado del menor y la administración de sus bienes.

### 4.3. El curador

La finalidad de esta institución es la de asistir al menor en actos o negocios que por determinación de la ley o de la sentenciano pueden realizar por sí solos , puesto que es un complemento de la capacidad, al hilo la autora Castillo<sup>12</sup> menciona: “ La curatela es una institución tuitiva menos que relevante que la tutela, pues el curador no representa a la persona sometida a la misma sino que únicamente complementa su capacidad que sin llegar a la carencia propia de un menor, no es plena”, asimismo el Código Civil Español lo aclara en su artículo 286<sup>13</sup>1º - 1º al señalar: “ Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley” y en la misma norma señala en su artículo 288 las causas de su aplicación: “En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores no puedan realizar por si solos”.Por tanto, se aplicará a los menores emancipados cuyospadres hayan fallecido o hayan quedado impedidos para el ejercicio de la patria potestad, así como imposibilitados física o jurídicamente.

### 4.4. La tutela en las personas jurídicas

Bajo este concepto de tutela es ejercida por las personas jurídicas respecto a los menores, por tanto es importante la función desarrollada por las fundaciones tutelares, en relación a sus principios que deben garantizar la independencia, en la forma de no prestar

<sup>10</sup>Código Civil (2006). Edición Especial. Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley. Las Rozas (Madrid). p.204.

<sup>11</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p.103.

<sup>12</sup> Castillo Martínez, Carolina (2003) ( Dir.: Llopís Giner , Juan Manuel). Las Instituciones tutelares”, en AAVV, “Curso Básico de Derecho de Familia y sucesiones”. Editorial: Práctica de derecho. Sedaví- Valencia. p. 187.

<sup>13</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p.118.

otros servicios no tutelados, que puedan dar conflicto de intereses, así como en la prestación de servicios residenciales, mediante el establecimiento de protocolos de actuación en las asociaciones y, centros residenciales, y mediante la profesionalización de los servicios debiendo ser ágiles y cercanos a los menores. Así mismo, cabe matizar la obligación de ejercer los cargos tutelares por las edades, ocupaciones personales o, profesionales, aunque no existan vínculos de cualquier clase entre tutor y el tutelado.

Por lo que, puede ser excesivamente gravoso el ejercicio del cargo de tutor, con la excusa de las personas jurídicas siempre cuando carezcan de medios suficientes para el ejercicio de su cargo o demostrando ineptitud en el ejercicio o, con problemas de convivencia graves y continuados, como menciona el artículo del Código Civil Español<sup>14</sup> artículo 251, párrafo 2º: “Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela” con la posibilidad de nombrarse en la tramitación un defensor judicial como menciona el Código Civil en su artículo 256<sup>15</sup>, párrafo 2º: “No haciéndolo así el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada”.

#### **4.5. La tutela a cargo de la entidad pública o tutela judicial**

De acuerdo, con el párrafo 3º del artículo 239 del Código Civil Español señala: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, está encomendada la tutela”, por lo que se asumirá por ministerio de la ley la tutela del menor, siempre que se tenga en cuenta alguna de las situaciones, en las que sea imposible designarle tutor<sup>16</sup>. Otra opción, sería para constituir la tutela institucional pública que se encuentra en el artículo 239<sup>17</sup> in fine del Código civil español: “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 que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material”. Así, de lo desprendido de la norma, se aprecia en el desamparo, por un lado, el

<sup>14</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p. 112.

<sup>15</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p. 112.

<sup>16</sup> Artículo 235: “el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo”. Código Civil (2006). Op. Cit., p.112,

<sup>17</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p. 109.

incumplimiento de los deberes esenciales y, por otro lado, que este incumplimiento provoque una situación en el menor, como la asistencia moral y material que necesita. Así, en tal caso para que tenga una situación grave de desamparo y, de lugar a la asunción de tutela pública será preciso, que se trate de una situación grave de desprotección del menor que no sea susceptible de la adopción de otras medidas y que sea la privación de asistencia moral y material, asimismo que no tenga una situación y no reciba una asistencia mínima, y por último tras, recabar toda la información que sea precisa, se llegue a la conclusión de que esa tutela institucional se constituye en beneficio del menor y, se constate que se trata de una medida proporcionada a la situación real que el desamparado padece.

Así, la primera pregunta que surge del hecho de que legislador hace referencia a la tutela del “menor”, solo basta que sufra una de las incapacidades naturales, como ser menor de edad al hilo como menciona la autora Heras<sup>18</sup>: “No habiendo una opinión doctrinal unánime que alude a la norma hay que referirse, que la tutela de la entidad pública exige la previa declaración en sentencia firme”, al hilo cabe mencionar al autor Serrano<sup>19</sup>: “Debe entenderse que el beneficiario de este mecanismo de protección lo será exclusivamente que se encuentre en cualquiera de las situaciones descritas por la norma: que carezca de un núcleo familiar cercano que pueda o quiera desempeñar el cargo de tutor”.

Por otro lado, la otra opción es la posible automaticidad de la tutela al margen del procedimiento judicial, como manifiesta sobre la entidad pública el Código Civil Español en su artículo 239 párrafo 3<sup>o</sup><sup>20</sup>: “asumirá por ministerio de ley la tutela”, por tanto, interpretando este texto la entidad pública asume automáticamente sin necesidad de pronunciamiento judicial. Por lo que se entiende que esta última opción es la que defiende, a pesar de la letra de la norma, la tutela no tiene carácter automático, ni es de constitución administrativa, al hilo la autora Heras<sup>21</sup> manifiesta: “El automatismo, al que parece referirse la ley debe interpretarse más bien como encargo inapelable o un imperativo para la entidad pública que debe asumirla el Juez”.

<sup>18</sup> Heras Hernández, María del Mar (2006). “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados” N° 20. Actualidad civil, Editorial: La Ley, Madrid. p.2042

<sup>19</sup> Serrano García, Ignacio. (2004). “discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”- Revista Jurídica del Notariado, octubre-diciembre. Madrid, p.269.

<sup>20</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p.109.

<sup>21</sup> Heras Hernández, María del Mar (2006). “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados” Op. Cit., .pps.2046 -2404.

Por lo que en sí se trata de una tutela ordinaria, de constitución judicial, como no podría ser menos, pues por el contrario eliminaría las garantías exigidas por la ley para eliminar la capacidad de obrar de las personas.

#### **4.6.El guardador de hecho**

Asimismo, cabe mencionar esta figura jurídica en la que hace referencia el Código Civil Español, como menciona el autor Ganzenmüller<sup>22</sup>: “ Aunque el Código Civil no contiene un concepto específico de la guarda de hecho, puede definirse como la situación real de una atención externa en que, de manera informal y, espontánea, se encuentran los menores de edad que carezcan de representación, por parte de una persona física o Institución que carecen de representación tanto por parte de una persona física o jurídica, que sin legitimación judicial se encargan de su propia persona inclusive de su patrimonio” y de una manera más sucinta define el autor O’Callaghan<sup>23</sup>: “ gestión por una persona del patrimonio de un menor que no es tutor”.

Por tanto, es constitutivo de una institución legal con la misma característica que la tutela,<sup>24</sup> y, como señala el Código Civil Español en su artículo 304<sup>25</sup>: “los actos realizados por el guardador de hecho no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Así se puede entender como una medida que esta en beneficio del presunto menor, debiéndose admitirse la legitimación activa del guardador de hecho como menciona el Tribunal Supremo de España<sup>26</sup> en sus Fundamentos de Derecho Primero señala: “Bajo tal denominación pueden abarcarse tantas situaciones de encomiable altruismo”.

<sup>22</sup>Ganzenmüller Roig, Carlos. (2005). “Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico. Ed.: Bosch. S.A. Barcelona. p.180.

<sup>23</sup> O’Callaghan Xavier. (2007). (Dir. Javier Laorden) (Coord.: José Luis Terreros) “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA.VV., “Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vol.I. Aspectos jurídicos”. Op. Cit., p.356.

<sup>24</sup>Artículo 306 del Código Civil expresa:” Sera aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto al tutor”. Código Civil (2006). Op. Cit., p. 121.

<sup>25</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p. 121.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sección 1ª (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) (Sentencia Nº 747/2016.) TOL.5.920.376 Tirant Online

Y así, con implicación del artículo 304<sup>27</sup> del Código Civil Español concede al guardador de hecho la legitimación y, las facultades para llevar a cabo los actos e interés del menor, en este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España en su Fundamento de Derecho Segundo<sup>28</sup> proporciona un concepto más amplio denominándolo “encargado de su guarda”, interpretándolo con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora que se refieren los artículos 303<sup>29</sup> y 304<sup>30</sup> del Código Civil Español, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor, según el artículo 229 del Código Civil<sup>31</sup>, de tal manera que sea de considerar comprendiendo en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien, por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección.

De esta forma, si el guardador de hecho sufre daños y perjuicios, sin ser culpable tiene derecho a la indemnización de los daños causados con cargo a los bienes del presunto menor guardado tal como se dispone en el Código Civil Español<sup>32</sup> y si el menor guardado sufre cualquier perjuicio responderá el guardador de hecho.

#### **4.7 El encargado cuidador**

---

<sup>27</sup>Artículo 304 señala: “Los actos realizados por su guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”, Código Civil (2006). Op. Cit., p.121

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda. Sección: Única Jurisdicción: Penal Nº 1138/2003 (Ponente: D. Joaquín Delgado García) TOL. 314. 191Tirant Online

<sup>29</sup>Artículo 303 señala: “La Autoridad Judicial puede actuar pidiendo información de la situación de la persona, de los bienes, con las medidas de control respectivas y la vigilancia que estime oportuna”. Código Civil (2006). Op. Cit., p.121

<sup>30</sup>Artículo 306 señala: “Sera aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto al tutor”. Código Civil (2006). Op. Cit.,p.121

<sup>31</sup> Artículo 229 señala:”y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado”. Código Civil (2006). Op. Cit.,p. 116

<sup>32</sup>Artículo 220 señala: “La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo al tutelado”. Código Civil (2006). Op. Cit., p.104.

Esta figura Jurídica, se inicia igualmente que la incorporación a esta actividad se suele realizar a través de relaciones personales más que por medio de cauces de contratación en el mercado y que así sucede incluso en las empresas especializadas en atención a menores. Se comprende que este conducto personalizado sea el más habitual para el servicio doméstico. En este sentido, existe la figura del encargado cuidador sin título alguno tiene de hecho el cuidado de estos menores , implicando también, que no hace falta tener el derecho de cuidador como tutor o curador, sino tener ese hecho a cargo las personas tanto menores, en este caso se podría hablar del cuidador informal como persona que tiene a cargo al menor o incapacitado, como manifiesta el Tribunal Supremo<sup>33</sup> en sus Fundamentos de Derecho Tercero manifiesta: No es necesario que aquí nosotros digamos si un "canguro" guardador por horas y retribuido” por lo , que sería la contratación del cuidador por horas.

#### 4.8. El acogimiento familiar

De esta forma como el Código Civil Español en su artículo 172.3 <sup>34</sup>define: “La guarda asumida o solicitud de los padres o tutores como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine a la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor”. Así, el acogimiento del menor como la llamada tutela automática determinarán el acogimiento del menor que será de la siguiente forma:

a) El acogimiento familiar, que estará analógicamente unido con la Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero<sup>35</sup> en su disposición final 7ª párrafo 1º que señala: “Se introduce en el Código Civil un nuevo artículo con el número 173 bis<sup>36</sup>”, En este

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Ponente: Joaquín Delgado García) (Sala: Segunda, Sección: Primera) (Número Sentencia: 1138/2003). TOL.4.916.311 Tirant Online

<sup>34</sup> Código Civil (2006). Op. Cit., p.89

<sup>35</sup> Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero, modificado parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rango: Ley Orgánica; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 15, p.12 TOL301.481 Tirant Online.

<sup>36</sup> El artículo 173.2º bis del Código Civil Español señala: “2. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la

sentido, cabe mencionar los menores que ingresan sin acompañante en España como menciona la Doctrina entre ellos cabe señalar al autor Díez:<sup>37</sup>” No obstante, aunque la legislación contempla la repatriación y entrega al entorno familiar o a los servicios de protección de menores del país de origen como la opción preferente, ésta no es la única existente, pues también recoge la posibilidad de que el menor permanezca en España si no se dan las condiciones para su efectiva reagrupación, para una correcta tutela por los servicios de protección de su país de origen o existe riesgo para la integridad del menor”. De todas, formas no es muy esclarecedor por el legislador en la Ley de Extranjería Española Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades<sup>38</sup> en su artículo 35 que señala: “4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle. 8. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor”. Así, el legislador español deja a los menores extranjeros no acompañados a la actuación de las Comunidades Autónomas bajo la residencia temporal, en ciertos casos con la consideración de poderlo repatriar caso actual en España<sup>39</sup> sobre el “Buque Aquarius”, sino obtienen la condición de refugiados los menores no acompañados.

## 5. EL ENTORNO SOCIAL

---

adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva. c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor.” Código Civil (2006). Op. Cit., pps.91-92

<sup>37</sup> Díez Morrás, Francisco Javier (2002). “Indefinición del Interés Superior del Menor Extranjero no Acompañado en Perjuicio de su Protección”. Editorial Revista Electrónica del Departamento de la Universidad de la Rioja.RETUR. Logroño. p.10.

<sup>38</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 10 del 12 de enero p.4. TOL. 116.973 Tirant Online

<sup>39</sup> Artículo 12: “1. El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia”. Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.Convención sobre el Estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 , y Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 . Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978;; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:252; 21 de octubre de 1978.[www.interior.gob.es/web/...al.../convencion-y-protocolo-sobre-el-estatuto-de-los-r](http://www.interior.gob.es/web/...al.../convencion-y-protocolo-sobre-el-estatuto-de-los-r).p3.

La protección de los menores era una de las cuestiones previstas de forma clara en la Constitución Española de 1978, aunque como con otros derechos de carácter social, se recoge en sus “principios rectores” de la política social y económica, con el limitado alcance en los efectos que para los mismos que establece el artículo 53.3<sup>40</sup> de la Constitución Española. Hasta ahora, las herramientas fundamentales de nuestro Estado de Bienestar se concretan en la protección que es recibida por el sistema sanitario y por las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, situaciones, que eran poco desarrolladas por la asistencia social y servicios sociales, por lo que se encontraban incluidas en el sistema de la Seguridad Social.

Así en la Constitución de 1978 y de otras influencias internacionales y comunitarias es cuando empieza ese conjunto de medidas protectoras que inicialmente se incluían en nuestro Ordenamiento Jurídico Español para tomar consideración propia cada una de ellas independientemente del sistema de la Seguridad Social.

Actualmente se utiliza la expresión “protección social”, que parece globalizar y comprender a todas las medidas de protección de riesgos sociales de los ciudadanos que necesitan de algún tipo de cobertura por el Estado para sobrellevar los distintos problemas que padecen los menores, en el entorno social, por lo que, la noción de protección social es muy antigua incluso que la Seguridad Social.

Por otro lado, se debe observar en el Ordenamiento Jurídico Español que concierne a los menores inicialmente el sistema de protección social en España se componía de cuatro medios de protección: la protección de la Seguridad Social, la protección de la asistencia social, la protección de la salud por lo que correspondía al servicio público y finalmente, la protección dispensada por los servicios sociales. Por lo que se podría definir el entorno social dentro del marco en el derecho a la protección social como, aquella rama del Ordenamiento Jurídico Español integrada por la normativa reguladora de la actividad prestacional de entes público y privados en favor de los menores afectados por ciertas contingencias o, por ciertas situaciones de necesidad previamente tipificadas y sin que los beneficiarios de esas prestaciones hayan aportado una contrapartida simultánea y equivalente a las mismas. Por lo que se denominaría así la disciplina que estudiará esa normativa, construyendo sus conceptos y sus principios básicos, por lo que sería una disciplina heredera de la Seguridad Social, pero

---

<sup>40</sup> El artículo 53.3 señala: “El reconocimiento. El respeto y la protección de los principios reconocidos, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Constitución Española y Constitución Europea (2006). Op. Cit., p.27.

incluiría nuevos contenidos. Esto indica que el sistema de Protección social se constituye por tres grandes pilares: el subsistema de Seguridad Social, el subsistema sanitario y el subsistema asistencial.

## **CONCLUSIONES. -**

1º. En los inicios del Siglo XIX fue infravalorada la protección de los menores en España hasta la llegada del siglo XX, por medio de las legislaciones internacionales como la Declaración Internacional y la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

2º. La Convención Internacional de los Derechos del Niño adecuo la Legislación interna de la protección de los niños y niñas en España entre ellas positivizo en cierta forma la Ley Ley1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero protegiendo y dando unos Derechos a la infancia.

3. La Constitución Española de 1978, adecuó en su contenido los Derechos de los niños y las niñas, mediante figuras jurídicas en el Código Civil Español de 1889.

4. La ley de Extranjería Española promulgada en el año 2000 debería de adecuarse a la mediante el legislador Español a la actualidad respecto a los niños y niñas no acompañados extranjeros puesto que en España existe un flujo migratorio muy grande.

## **REFERENCIAS**

### **1.1. Autores**

Castillo Martínez, Carolina (2003) ( Dir.: Llopís Giner , Juan Manuel). Las Instituciones tutelares”, en AAVV, **Curso Básico de Derecho de Familia y sucesiones**. Editorial: Práctica de derecho. Sedaví- Valencia.

Díez Morrás Francisco Javier (2002). “Indefinición del Interés Superior del Menor Extranjero no Acompañado en Perjuicio de su Protección” **Editorial Revista Electrónica del Departamento de la Universidad de la Rioja**. REDUR. Logroño.

Ganzenmüller Roig, Carlos. (2005). **Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico**. Ed.: Bosch. S.A. Barcelona

Heras Hernández, María del Mar (2006). **La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados**, N° 20. Actualidad civil, Editorial: La Ley, Madrid

Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1982). **Derecho de Familia, Elementos de Derecho Civil IV**. Editorial: Bosch. Barcelona

O'Callaghan Xavier. (2007). (Dir. Javier Laorden) (Coord.: José Luis Terreros) "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", en AA VV, "Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vol.I. Aspectos jurídicos". **Consejo General del Poder Judicial. Editorial:** Lerko Print, S.A Madrid

Serrano García, Ignacio. (2004). "discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre"- **Revista Jurídica del Notariado**, octubre-diciembre. Madrid

## 1.2. Normas Internacionales

Declaración Universal de los Derechos del Niño 20 de noviembre de 1959 <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo>

Convención sobre los Derechos del niño- UN. Org. [www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf)

Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Convención sobre el Estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978;; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín:252; 21 de octubre de 1978. [www.interior.gob.es/web/...al.../convencion-y-protocolo-sobre-el-estatuto-de-los-r](http://www.interior.gob.es/web/...al.../convencion-y-protocolo-sobre-el-estatuto-de-los-r)

## 1.3.- Constitución Española y Códigos

Constitución Española y la Constitución Europea (2006). Edición Especial Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley Madrid ( Las Rozas).

Código Civil (2006). Edición Especial. Consejo General de la Abogacía Española Editorial La Ley. Las Rozas (Madrid).

## 1.4. Legislación Española

Ley 1/1996 Orgánica de Protección del Menor, de 15 de enero, modificado parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Rango: Ley Orgánica; Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 15, pps.6-8 TOL301.481 Tirant Online.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín: 10 del 12 de enero. TOL. 116.973 Tirant Online

## **1.5. Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo Sala Segunda. Sección: Única Jurisdicción: Penal N° 1138/2003 (Ponente: D. Joaquín Delgado García) TOL. 314. 191 Tirant Online

Sentencia del Tribunal Supremo Sección 1ª (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) (Sentencia N° 747/2016.) TOL.5.920.376 Tirant Online

Artigo submetido em 04.07.2018

Aceito em: 04.07.2018 (CONVIDADO)