

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María:** *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, 332 pp.

La protección de la infancia es un tema que ha pasado en la actualidad a primer plano, probablemente a consecuencia de tristes sucesos que han sensibilizado a la opinión pública y al legislador. En esta corriente parece inscribirse la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conocida como Ley del Menor. Ya la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor, entre los cuales se encuentra la introducción del concepto de desamparo. Sin embargo, el legislador juzgó que tal regulación tenía lagunas así como que se dan hoy «nuevas necesidades y demandas de la sociedad» y decidió aprobar la Ley del Menor. El hecho de darse estas nuevas leyes, unido a la especialidad de la materia de protección jurídica del menor, conectada tanto al Derecho de la Persona como a la labor del Estado Social, dan un enorme interés a este consistente y sólido estudio. En efecto, la presente monografía aborda el estudio del desamparo de los menores y de la tutela automática de las entidades públicas, previstos en el artículo 172 CC. Esta tutela es quizás la que más proyección social tiene. Por ello tiene gran importancia su buen funcionamiento que exige solucionar el problema de combinar la necesaria agilidad con garantías para el menor y quienes le custodiaban con anterioridad, planteándose una rica problemática.

La autora del libro, la Dra. María Ballesteros de los Ríos, es una estimada profesora del área de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

El estudio del desamparo y la tutela automática se hace a partir del análisis del nuevo artículo 172 CC en su redacción por la ley 21/1987, de las regulaciones anteriores en la materia y de la nueva regulación de la LO 1/1996. Se tienen en cuenta asimismo otros sistemas jurídicos, en especial el italiano, la jurisprudencia, y la legislación autonómica, como la catalana.

La obra se estructura en dos grandes partes de parecida extensión: la primera analiza el concepto de desamparo, mientras la segunda trata de la consecuencia jurídica del desamparo que es la tutela automática de las entidades públicas.

Abre el libro un prólogo de don Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, en el cual, además de introducir el libro, el ilustre profesor hace un comentario general, muy crítico, a la Ley del Menor. Esta ley anunciaba «a bombo y platillo» «una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el CC». ¿Ha sido esto así? ¿Supone la ley un cambio radical en el estatuto jurídico del menor? ¿Qué sentido tiene reconocer en esta ley derechos fundamentales constitucionales al menor?

Como decíamos, en la primera parte de la obra analiza la autora el concepto de desamparo. Éste aparece en el artículo 172.1 CC cuya definición de desamparo permanece invariada por la LO 1/1996, sin perjuicio de que ésta contemple algunos aspectos anteriormente no regulados, como el órgano competente para apre-

ciar el desamparo, la notificación del mismo a los padres, tutores o guardadores del menor, la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria que conlleva la tutela de las entidades públicas y la introducción de la distinción entre situación de riesgo y de desamparo. La definición legal es relativamente indeterminada, abstracta, no contiene un catálogo de situaciones de desamparo; cobra entonces especial importancia la actividad del intérprete.

Para el conocimiento de la institución del desamparo, se comienza estudiando el Derecho italiano debido a la gran influencia que éste ha tenido en nuestra Ley 21/1987, de 11 de noviembre, especialmente a través de la ley italiana núm. 184, de 4 de mayo de 1983. También se estudia la jurisprudencia y doctrina italianas cuyo interés por esta materia le ha llevado a un profundo estudio sobre el tema. Se sigue con los antecedentes y génesis del artículo 172.1 CC, en especial la antigua institución del abandono.

¿Cuáles son las características de la noción de desamparo? La situación de hecho que ha de darse parece configurar un concepto objetivo. Es necesario estudiar la falta de asistencia material o moral que exige la ley, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. ¿Han de concurrir cumulativamente incumplimiento de los deberes de protección y falta de asistencia? ¿Cómo distinguir el supuesto que entraña guarda del de la tutela automática? ¿Cuál es el ámbito de lo moral?

Otra característica de la noción es el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores. Sin embargo la ley no concreta los supuestos en que se produce éste. Se plantean varios problemas como la naturaleza de los deberes objeto de incumplimiento (¿todos los que integran el contenido personal y patrimonial de la patria potestad y tutela, el derecho a la educación?), el grado de incumplimiento; qué causas del incumplimiento y supuestos concretos pueden incluirse. La imposibilidad de ejercer los deberes (es decir, un supuesto inimputable a los padres) también es contemplada por la ley. Los supuestos de fuerza mayor de carácter transitorio dan lugar a una interesante problemática. Estos supuestos están contemplados expresamente en la legislación italiana pero no en la española. Ejemplos de éstos podrían ser el encarcelamiento del progenitor, o una enfermedad mental no irreversible de éste. Han de encontrarse el o los criterios determinantes de la medida que debe tomarse: ¿la transitoriedad o no de la fuerza mayor? ¿la solicitud de los padres?

Más características de la noción de desamparo son la ausencia de un plazo de duración para apreciar el desamparo y la falta de necesidad de declaración judicial que se analiza a fondo en un momento posterior de la obra.

Prosigue el estudio con la polémica entre las posturas objetivista (que considera el desamparo como una situación de hecho) y la subjetivista (que subraya la importancia del ámbito personal en el concepto).

El desamparo tiene como sujeto pasivo al menor (planteándose el problema de los menores emancipados, de los incapacitados, de los mayores incapacitados) y como sujetos activos, en principio, a progenitores, tutores, guardadores de hecho y acogedores formales, siendo de interés comparar, en cuanto a sujetos activos, la regulación italiana con la española. En efecto aquélla incluye como sujetos activos a los padres y parientes obligados a prestar asistencia: ¿tienen obligación en nuestro ordenamiento de asistir al menor los parientes obligados a prestarle alimentos?

El estudio del desamparo obliga en este momento de la obra a examinar la figura de la delegación de la patria potestad, figura que ni el CC, ni leyes especiales, ni la Ley 21/1987, ni la LO 1/1996 contemplan, aunque estas dos últimas abarcan algunos supuestos prácticos pero pocos, de la misma. Se trata por tanto de una figura cuya autonomía viene propugnada por la doctrina. ¿Es lícita la

delegación de la función de guarda, es decir, la entrega temporal del menor a terceras personas? ¿Dentro de qué límites (para distinguirla del abandono)?

Para tratar este tema, empieza la autora a estudiar con detenimiento el ordenamiento italiano que, sin regular tal figura, sí contempla con bastante detalle supuestos de acogimiento de menores por terceros, entre los cuales se distingue los acogimientos sometidos a control (familiar o institucional) frente a los privados o de hecho, estableciéndose ciertos límites. En Derecho Español el CC, como decíamos, no regula tal figura, si bien algún supuesto es contemplado en la Ley de Adopción y la del Menor, siendo preciso estudiar la licitud de tal delegación así como los límites a la misma. En efecto, los supuestos de delegación son muy variados y caben distintas posibilidades, desde las lícitas como la guarda y el acogimiento que prevé la LO 1/1996, ciertos pactos privados, algunos casos de guarda de hecho, hasta aquéllos considerados ilícitos. Las medidas que pueden adoptarse también serán diferentes: ¿privación de la patria potestad?, ¿desamparo?

Probablemente, la cuestión menos clara, más compleja y trascendental del desamparo en la ley 21/1987 haya sido la autoridad competente para apreciar la situación de desamparo, pues no se decía nada expresamente en la norma. Ello dio lugar a una importante polémica doctrinal recogida en la obra que examina los argumentos a favor de que sea la Entidad pública la que declara el desamparo, a favor de la autoridad judicial... La autora puede sentirse satisfecha de comprobar cómo la Ley del Menor recoge la solución que propugnó, vigente la Ley 21/1987, respecto de esta cuestión.

Para concluir la parte que trata el desamparo, se contemplan los distintos supuestos de éste y su dinámica: la inexistencia de padres o tutores, el desamparo por culpa de quienes tienen la patria potestad sobre el menor (el incumplimiento y el inadecuado ejercicio) y el que se da sin culpa. Se plantea la problemática de la oposición de los padres a la ejecución del acuerdo de la Entidad pública y de los recursos contra las resoluciones declaratorias de las situaciones de desamparo.

La segunda gran parte de este interesante estudio versa sobre la consecuencia del desamparo: la tutela automática de las Entidades públicas que se inscribe en una concepción de la protección del menor menos judicial y más administrativa, siendo las Entidades públicas las que adoptan las decisiones iniciales de protección y las que tienen protagonismo en las reformas de 1987 y 1996.

La primera pregunta que surge a la vista de la nueva regulación es: ¿cuáles son las entidades públicas? Para responder a esta pregunta será necesario tener en cuenta la distribución competencial que se hace entre el Estado central, las Comunidades Autónomas y los Municipios. La ley habla también de entidades colaboradoras, ¿qué ámbito se deja a las entidades privadas?

Como hizo al estudiar el desamparo, la autora empieza el estudio de la tutela de las entidades públicas analizando la regulación italiana en la materia, es decir los poderes tutelares del instituto de asistencia en la ley italiana 184/1983 que, sin duda, ha sido tenida en cuenta por nuestro legislador.

El análisis sigue con el estudio pormenorizado de las diversas regulaciones que a lo largo del tiempo han quedado recogidas por el CC en relación con esta materia. Así la reforma de 1983 sobre tutela que judicializa ésta, modifica un buen número de artículos, estudiándose los artículos 222, 232, 239 (posibilidad de otorgar la tutela al director de un establecimiento público), 242 (sobre capacidad tutelar de las personas jurídicas) CC. La Ley 21/1987 recurre a la tutela con el objeto de designar la función que se atribuye a las entidades públicas respecto de los menores desamparados, utilizando distintas expresiones para deferirla a las entidades en los artículos 172.1.º, 222.4.º, 229, 232 y 239.1.º La LO 1/1996

mantiene la atribución automática, reformándose algunos artículos. Este análisis de las distintas regulaciones ayuda a distinguir la tutela de la guarda, término bastante equívoco, pues ha aparecido en las leyes con múltiples significados. La guarda es una institución radicalmente distinta de la tutela, debiendo distinguirse a su vez la guarda de hecho de los artículos 303 a 306 CC, de la guarda administrativa regulada en la ley 21/1987 y en la LO 1/1996.

La obra presta gran atención a los caracteres de la tutela de las entidades públicas, estudiándolos uno a uno. Así, ésta recae sobre menores en situación de desamparo. Se produce *ex lege*, teniendo por tanto un régimen especial de delación. La tutela es automática; este carácter, sin embargo, es objeto de gran polémica doctrinal, planteando especial problema la compatibilidad entre la tutela de las entidades públicas con unas posibles patria potestad o tutela preexistentes. Más caracteres de esta tutela son su provisionalidad (parece concebida como un inmediato instrumento de protección), el ser administrativa o de titularidad pública, delegable en su ejercicio (pero no en su titularidad). Su delegación puede dar lugar a guarda o acogimiento familiar.

Otra cuestión clave, relacionada con la anterior, a la que se dedica también gran atención es la naturaleza y alcance de la tutela de las entidades públicas. Existen sobre ésta distintas posturas doctrinales: la tutela de las entidades públicas sería una tutela del título X del libro I del CC (con dos variantes: tutela *stricto sensu*, totalmente homologable con las tutelas que regula el CC o verdadera tutela pero de naturaleza especial, no todas las normas sobre tutela le serían aplicables en ese caso) o un título administrativo. Estas posturas son descritas por la autora que defiende que estamos frente a una verdadera tutela de derecho privado con ciertas especialidades, postura que le obliga más adelante a analizar su régimen y contenido.

Para el estudio de la naturaleza de esta institución es necesario analizar a fondo la supuesta incompatibilidad o no de la patria potestad o tutela preexistentes con la tutela de las entidades públicas, cuestión de cuya solución depende el funcionamiento de la institución, y sobre la cual no se pronunció la ley 21/1987. En efecto, ¿cómo se soluciona la incompatibilidad entre la tutela automática y la posible patria potestad o tutela anterior? Hay que dar a esta cuestión una respuesta coherente, que tenga en cuenta los intereses en juego, los caracteres y naturaleza de la institución. La respuesta ha de permitir combinar esa teórica incompatibilidad de dos tutelas o de una tutela y una patria potestad simultáneas, con el respeto debido al control judicial, así como con la atribución de poder a las entidades públicas para constituir una tutela del CC. La autora defendió, vigente la ley 21/1987 y en plena polémica doctrinal, la suspensión de la patria potestad o tutela preexistente al darse la tutela automática. En ese sentido, no habría incompatibilidad entre distintas titularidades, pues se suspendería el ejercicio de la patria potestad o tutela preexistentes, siendo necesaria la intervención judicial para las privaciones de ésta. La suspensión es la solución que recoge expresamente la Ley del Menor, para satisfacción de la autora que defendió tal interpretación. La argumentación a favor de la suspensión incluye el análisis de las diferentes regulaciones que conoció el CC sobre esta figura. Se trae a colación así mismo el Acta inglés sobre la infancia de 1989 que contempla la posibilidad de coexistencia de potestades con respecto al menor en cuanto a su titularidad, pero no en cuanto a su ejercicio.

Sobre la base de considerar la tutela de las entidades públicas como una verdadera tutela pero de naturaleza especial, es obligado el estudio de qué normas del régimen general le son aplicables, y cuál es el contenido de la misma. El carácter automático de la tutela, *ex lege* e institucional requieren determinar la aplicación o no de las normas sobre tutela del CC. Tanto la Ley 21/1987 como

la LO 1/1996 reforman una serie de artículos sobre tutela. La autora estudia las especialidades en cuanto el nombramiento del tutor, las causas de inhabilidad y excusas, la no exigencia de prestar fianza, la obligación o no de hacer inventario, la autorización judicial para ciertos actos (arts. 271 y 272 CC), la retribución del tutor, la posible inscripción en el Registro Civil de la tutela, las funciones del tutor tanto en el orden personal (velar por el menor, deber de alimentos, educar al menor...) como patrimonial y la representación del menor. Para terminar, se estudia la extinción de la tutela automática, extinción que no ha sido regulada ni en la Ley 21/1987 ni en la LO 1/1996.

Cierra el volumen una extensa bibliografía, sobre todo nacional e italiana, que da idea de la solidez de la investigación que, aun teniendo a la vista doctrina y legislación italiana no ha caído en la importación acrítica de sus soluciones.

Esta monografía supone un consistente y sólido trabajo en una materia en la que el Derecho de la Persona, núcleo del Derecho Civil, se encuentra estrechamente vinculado a la labor social de la administración. Tan importante es desde un punto de vista social el funcionamiento correcto del desamparo y de la tutela de las entidades públicas, como desde un punto de vista científico, la labor del intérprete frente a novedades legislativas que se apartan cada vez más de concepciones clásicas. A ambas cosas ha contribuido magistralmente María Ballesteros de los Ríos.

Pedro ARENAS NAON

**BLANCH NOUGUÉS, José M.ª: *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano*, prólogo: Antonio Fernández de Buján, ediciones U.A.M. y ed. Dykinson, S. L., Madrid, 1997, 417 pp.**

El autor propone un estudio acerca de los orígenes romanos de la responsabilidad civil extracontractual.

En el capítulo I, el autor llega a la conclusión de que en el Derecho romano clásico no estaban aún configuradas las categorías de acciones reipersecutorias (civiles) y las acciones penales; ya que éstas podrían, según la acción de que se tratase, cumplir una función indemnizatoria que comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante (*id quod interest*), como ocurría en el derecho clásico con la acción de la ley Aquilia por daños patrimoniales a terceros. La jurisprudencia romana inducía, doctrinalmente, reglas jurídicas de actuación práctica, derivadas de la resolución de casos concretos, las cuales regían la estructura y función (reipersecutoria y/o penal) que desempeñaban las acciones judiciales en el Ordenamiento jurídico romano.

Ello determina que el autor, en los capítulos II, III y IV, haya realizado un gran esfuerzo de análisis de la estructura y función de las posibles acciones penales privadas en Derecho romano (pp. 77-235).

De entre las reglas jurídicas definidoras de la estructura de estas acciones, la regla de la intransmisibilidad pasiva, es la más característica de todas, y el autor demuestra en su estudio que cumple una función delimitadora de dos ámbitos distintos dentro del Ordenamiento jurídico romano: el de la responsabilidad civil (acciones reipersecutorias - pasivamente transmisibles) y el de la responsabilidad penal en el que se encuentran las llamadas acciones penales privadas. La regla de la intransmisibilidad pasiva es, como indica reiteradamente el autor, una conse-