



INSTRUCCIÓN

Número: 5/2014

Fecha: 24 de junio de 2014

Órgano emisor: *Dirección General del Servicios Sociales y Menor*

Asunto: *Instrucciones relativas al tratamiento de las guardas de hecho y a la posibilidad de promover el nombramiento de tutor ordinario de menores declarados en desamparo.*

Ámbito: *Direcciones Territoriales de la Conselleria de Bienestar Social.*

Por Resolución de este órgano directivo del 27 de enero de 2014 se constituyeron dos grupos de trabajo, uno de carácter técnico y otro decisorio, como foro de estudio, revisión y actualización de los criterios e instrucciones en materia de protección de menores.

La respuesta que el sistema de protección de menores debe dar a las guardas de hecho ha sido objeto del trabajo de los citados grupos, reunidos respectivamente el 11 de febrero y el 7 de mayo de 2014, cuyas conclusiones se formalizan como directrices mediante las presentes instrucciones.

Si bien el artículo 24.2 de Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana, aprobado Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, (en adelante, Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana), con la redacción dada por el Decreto 28/2009, de 20 de febrero, del Consell, establece, en esencia, que no concurre situación de desamparo cuando un guardador presta de hecho al menor la necesaria asistencia moral y material, y ordena a las direcciones territoriales competentes que tengan conocimiento de una guarda de hecho de este tipo que notifiquen al Ministerio Fiscal su existencia, a los efectos de promover el nombramiento de tutor ordinario, los mencionados grupos de trabajo han concluido que la interpretación de este precepto, para que surta efecto en la práctica, ha de conciliarse con el criterio sostenido en la Circular 8/11 de la Fiscalía General del Estado, respecto a las situaciones de guarda de hecho en las que existe o no existe desamparo y las condiciones en las que se puede promover la tutela ordinaria.

En el estudio realizado por los citados grupos de trabajo respecto de las guardas de hecho se ha abordado también, como una de las alternativas, la promoción de la tutela ordinaria en favor del guardador, una vez declarado el desamparo del menor, tal y como prevé el artículo 239 del Código

Civil y se han fijado los criterios para determinar en qué casos dicha alternativa resulta aconsejable. En la presente instrucción se recogen también estos criterios, que pueden aplicarse no sólo a las declaraciones de desamparo que traigan causa de una guarda de hecho, sino a los restantes casos de menores declarados en desamparo.

En atención a las consideraciones anteriores, se dictan las siguientes

INSTRUCCIONES

PRIMERA. Interpretación del artículo 24.2 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana.

1. La obligación de notificar al Ministerio Fiscal la existencia de una guarda de hecho, a los efectos de lo previsto en el artículo 228 del Código Civil ,y de informar a los guardadores de hecho de su obligación de promover la constitución de la tutela en los términos previstos en el artículo 229 del Código Civil, que el artículo 24.2 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana impone a las direcciones territoriales competentes en materia de protección de menores, debe entenderse circunscrita a aquellos supuestos en los que, además de la guarda de hecho, concurren las condiciones previstas en el artículo 222 del Código Civil, es decir que la guarda de hecho se ejerza respecto de un menor no emancipado que no esté bajo la patria potestad. Únicamente se considera que un menor no está bajo la patria potestad cuando ambos titulares hayan fallecido o hayan sido privados de la misma mediante resolución judicial firme.
2. En las restantes situaciones de guarda de hecho, en las que no es posible proceder de inmediato el nombramiento de tutor ordinario ,se valorará la conveniencia , en interés del menor,de adoptar una medida jurídica de protección y de formalizar el acogimiento con el guardador de hecho.

SEGUNDA.-Medida jurídicas de protección respecto de los menores en guarda de hecho, cuando no quepa el nombramiento de tutor ordinario.

1. Cuando, además de la situación de guarda de hecho , se den las condiciones requeridas por el artículo 172.2 del Código Civil, es decir, existan circunstancias graves que impidan a los padres cuidar al menor y éstos soliciten su guarda a la entidad pública, se asumirá la guarda voluntaria, siempre que la separación de la familia de origen, y por tanto la permanencia con el guardador de hecho, se plantee como provisional, y no haya indicadores objetivos para declarar el desamparo.
2. Si no se dan las condiciones del apartado anterior, la medida jurídica pertinente será la declaración de desamparo.

TERCERA.- Carácter excepcional del acogimiento familiar sin guarda y sin tutela con el guardador de hecho.

1. La posibilidad de formalizar un acogimiento sin guarda y sin tutela con el guardador de hecho, previsto en el artículo 173.2 del Código Civil y en el artículo 51 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunitat Valenciana , únicamente cabrá si, además de acreditarse que no es necesario declarar el desamparo ni asumir la guarda o la tutela del menor, la situación de los titulares de la patria potestad es tal que, por una parte les impide hacerse cargo de la atención cotidiana del menor, pero por otra, les permite intervenir en su vida activamente desempeñando las funciones propias del representante legal, ya que en caso contrario con esta medida el menor se vería en la práctica privado de tal representante, por lo que se considera que sólo puede adoptarse de forma muy excepcional.



2. El acogimiento familiar sin guarda y sin tutela, en el que la entidad pública no asume ninguna responsabilidad legal respecto del menor, requerirá, además, necesariamente del consentimiento de los padres o tutores, por lo que no podrá promoverse judicialmente, ni formalizarse con carácter provisional cuando no se cuente con dicho consentimiento.

CUARTA.-Formalización de un acogimiento familiar con el guardador de hecho, una vez asumida la tutela o la guarda del menor.

1. Si el interés del menor aconseja la continuidad de la convivencia con el guardador y éste es una persona vinculada al menor o su familia por una relación de parentesco o por una especial y cualificada relación afectiva, se formalizará un acogimiento familiar simultánea o posteriormente a la declaración de desamparo o a la asunción de la guarda.
2. En aquellos casos en los que existan indicios de que tras la guarda de hecho puede ocultarse una situación que incurra o bordee el ilícito penal (la entrega de un menor eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, mediando compensación económica) se dará cuenta al Ministerio Fiscal y se valorará la posibilidad de adoptar una medida distinta al acogimiento con el guardador, ponderando las consecuencias que esta decisión puede tener para el menor en función de su edad, su vinculación con el guardador u otras circunstancias relevantes.

QUINTA.- Promoción de la tutela ordinaria de los menores declarados en desamparo.

1. Se promoverá el nombramiento judicial de tutor ordinario de los menores declarados en desamparo, tal como prevén el artículo 239 del Código Civil y el artículo 104 de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pueda asumir el cargo de tutor en interés de éste.
2. La existencia de personas que puedan asumir el cargo en interés del menor se entenderá supeditada al cumplimiento de las siguientes condiciones:
 - a) que el plan de protección no contemple el objetivo de reincorporación a la familia de origen.
 - b) que la vinculación del menor con el candidato lo aconseje.
 - c) que no haya una relación conflictiva entre el candidato y la familia de origen del menor que haga necesaria la intervención de la entidad pública para regularla.
 - d) que no haya procedimientos judiciales de oposición a la declaración de desamparo o al acogimiento pendientes de resolución definitiva.
 - e) que el candidato a tutor no precise de apoyos técnicos, sociales o económicos por parte de la entidad pública para atender al menor.
 - f) que la convivencia con el candidato constituya, a largo plazo, la mejor alternativa estable de integración familiar para el menor.
 - g) que el candidato tenga la voluntad de desempeñar el cargo de tutor.
3. Cuando se den tales condiciones, se instará simultáneamente al nombramiento de tutor, la privación judicial de la patria potestad.
4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 de la citada Ley. 12/2008, una vez se produzca el nombramiento del tutor ordinario se extinguirá la protección que ejerza la Generalitat sobre el menor. El cese de la situación de desamparo y tutela por ministerio de la Ley, a propuesta de la Comisión Técnica competente, será declarado mediante resolución administrativa de la persona titular de la Dirección Territorial competente

SEXTA.- Derogación.

Estas instrucciones dejan sin efecto el informe de la Jefatura de Área de Familia sobre el tratamiento técnico que en el ejercicio de las funciones de protección de menores se debe dispensar a las guardas de hecho en las que no concurra desprotección social, del 30 de marzo del 2010. Así mismo quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en las presentes instrucciones.

SÉPTIMA.- Entrada en vigor.

La presente Instrucción entrará en vigor el mismo día de su fecha.

Valencia a 24 de junio de 2014

Rosa Aragonés Pomares
DIRECTORA GENERAL DE SERVICIOS SOCIALES Y MENOR

