



La Guardia Voluntaria



Publicación:

Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda
Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

Responsables:

Carlos Miguel Martín Esquivel

Jefe del Servicio de Programas de Prevención y Protección de Menores de la
Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

Luis Manuel Rodríguez Pérez

Técnico del Servicio de Programas de Prevención y Protección de Menores de la
Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

NOTAS SOBRE LA GUARDA VOLUNTARIA

1. Introducción

La guarda voluntaria es una de las modalidades de amparo destinadas a los menores de edad, en virtud de la cual la administración pública competente pasa a asumir temporalmente el cuidado y la atención de uno o varios menores, a petición de sus padres, o de sus responsables legítimos, cuando éstos demuestren no poder atenderles por sí mismos por motivos justificados y transitorios.

Sin embargo, en algunas ocasiones, y tal vez por desconocimiento de su verdadera naturaleza, esta medida protectora ha sido empleada con fines distintos a su verdadero propósito y sentido. Por tales motivos, se presentan a continuación unas notas **extraídas de la normativa al uso, y algunas de ellas matizadas por la experiencia profesional**, con el objeto de unificar criterios entre los profesionales, y específicamente entre los que realizamos nuestra labor en los diferentes ámbitos de la protección al menor y la familia, y especialmente con el propósito de evitar perjuicios y molestias innecesarias a los ciudadanos en general, y concretamente a los potenciales solicitantes de la medida de guarda voluntaria.

A fin de simplificar su lectura y facilitar consultas futuras, el presente documento presenta una estructura de preguntas y respuestas:

2. ¿Qué normativa la regula?

A nivel nacional:

- Art. 172.2 del Código Civil.
- Art. 19 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A nivel autonómico:

- Arts. 56-59 de la Ley 1/97, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores.
- Arts. 19-21 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la C.A.C.

3. De todos estos preceptos jurídicos puede extraerse una definición única: ¿En qué consiste la medida de guarda? ¿Qué es la guarda?

La guarda es el procedimiento administrativo en virtud del cual el órgano competente de la Administración autonómica (En nuestra comunidad la Dirección General de Protección del Menor y la Familia), pasa a asumir temporalmente las funciones de guarda sobre uno o varios menores, a petición de sus padres o tutores, cuando éstos justifiquen no poder cuidar al menor por circunstancias graves (Art. 57 de la Ley 1/97).

4. Del análisis de esta definición podemos extraer algunos de los elementos que deben componerla:

- a) **Voluntariedad:** Es un procedimiento administrativo que se inicia a partir de una solicitud *voluntaria*.
- b) **Legitimación:** Dicha solicitud debe ser formulada **por los titulares legítimos del Derecho, y no por cualesquiera otras personas**, incluso cuando estén ejerciendo, *de hecho*, las funciones de guarda sobre los menores.
- c) **Justificación:** La solicitud debe fundamentarse en la *imposibilidad* de los padres o tutores para prestar la necesaria asistencia moral y material a los menores que se encuentran bajo su responsabilidad por circunstancias o causas **graves**, y *al mismo tiempo* **temporales** y por lo tanto, **transitorias:**

Dicho de otro modo: las circunstancias impeditivas del cuidado a los menores deber tener la suficiente complejidad, de modo que su afrontamiento exceda las capacidades individuales de los solicitantes para solucionarlas, incluso mediante la movilización de sus recursos familiares o socio-comunitarios, y *al mismo tiempo*, deben ser situaciones con un principio y fin definidos en el tiempo: con fecha concreta de inicio y con fecha prevista de finalización, lo que significa que podemos prever de antemano su duración, lo que significa que pueden **temporalizarse**. La guarda no es la solución a problemas que no tienen un principio ni un fin claro en el tiempo, ni es objeto de la guarda responder a una situación cronicada, sin límite visible en el tiempo, y/o que incluso pueda ser compatible con el desamparo por **imposible** cumplimiento de los deberes de protección establecidos con respecto a los menores.

5. Partiendo de estos elementos que deben componer la guarda voluntaria podemos definir con más facilidad QUÉ ES y QUÉ NO ES guarda;

¿Qué ES guarda? ¿En qué circunstancias podría estar justificada la guarda?

- a) **En circunstancias de incapacidad física o psíquica de los padres o tutores.** P. ej.: Hospitalización o enfermedad invalidante temporal, rehabilitación-recuperación, convalecencia, tratamiento psiquiátrico, tratamiento de desintoxicación-deshabitación o similar, y en todos los casos, no contar con familiares u otras personas que puedan hacerse cargo de los menores.

- b) **Por ausencia forzosa, involuntaria y temporal.** P. ej.: Por cumplimiento de condena por delitos *menos graves*, y no contar con familiares o personas que se hagan cargo del/los menores; necesidad de trasladarse o viajar como consecuencia de un deber ineludible e inexcusable de naturaleza pública o personal, y no contar con familiares o personas que se hagan cargo del/los menores, etc....
- c) Encontrarse inmerso en **circunstancias desafortunadas de la vida, que impiden momentánea, e involuntariamente cumplir la necesaria asistencia moral y material con los menores**, en un contexto de apoyos familiares inexistentes, limitados o inadecuados. P. ej.: Carecer temporalmente de vivienda como consecuencia de deshaucio, declaración de ruina del domicilio y no disponer de alojamiento alternativo, catástrofe o infortunio severo, crisis severa, personal o familiar, etc...
- d) *En determinados casos, porque los padres necesiten colaboración por carecer de las habilidades requeridas para la educación del menor con problemas de salud mental diagnosticados, que requieren su tratamiento temporal en centro de alta de especialización*, si bien en este último caso, tales trastornos de salud mental deben estar dignosticados facultativamente, y debidamente acreditada la necesidad de internamiento en centro específico de alta especialización.

¿Qué NO ES guarda? ¿En qué circunstancias no está justificada la guarda?

- a) Como se ha comentado en el punto **4.c**, la guarda no es la solución a situaciones cronificadas, ni a problemas que no tienen un principio ni un fin claro en el tiempo; no es la solución a problemas educativos, ni es la solución en situaciones de conflicto familiar.

Por los mismos motivos, **la guarda no es la solución**, *-y menos aún puede ser un correctivo disciplinario-*, **para menores que en un momento evolutivo especialmente crítico como es la adolescencia o la preadolescencia, comienzan a presentar problemas o trastornos de conducta en el ámbito familiar, escolar o social.** Lógicamente, **tampoco es la solución para los padres o tutores que carecen de los recursos, las habilidades y las estrategias educativas necesarias para afrontar y corregir tales problemas y conductas desadaptadas o disruptivas**, situaciones toda ellas que han ido gestándose con el tiempo, y cuyo origen está poco claro y cuya posible fecha de finalización es incierta, y que por su misma naturaleza, sin duda deben encontrar respuesta en el propio ámbito familiar, escolar y social del menor, mediante la prestación de los apoyos y las intervenciones oportunas, corrigiendo criterios educativos erróneos, y facilitando a los padres o tutores modelos educativos adecuados y nuevas pautas, habilidades y estrategias educativas, así como

facilitando a los menores medidas específicas de atención a la diversidad en su ámbito escolar, familiar y social; apoyo y tratamiento psicoterapéutico; además de mediación e intervención familiar; mejora y mantenimiento de los vínculos, las relaciones y los canales de comunicación familiar, etc..., **todo ello sin necesidad de recurrir a la constitución de la guarda e institucionalización de los menores, y con el objeto de garantizar la permanencia de los mismos en su entorno familiar y social, conforme establece el art. 4.2.e de la Ley 1/97 de 7 de febrero.**

- b) La guarda **tampoco es la solución para padres o tutores con dificultades y limitaciones para obtener o mantener un puesto de trabajo por la posible incompatibilidad entre el horario laboral y la necesidad de atender a los menores**, teniendo en cuenta que la necesidad de trabajar y obtener ingresos económicos suele ser una constante en la vida de las personas, y no una circunstancia transitoria o puntual, y por otra parte existen recursos en el ámbito educativo, como son las escuelas infantiles o las residencias escolares, cuyo uno de sus objetivos es justamente permitir el acceso de los padres al mercado de trabajo, sin necesidad de constituir la guarda de sus hijos.
- c) **Tampoco es la solución para situaciones de precariedad económica grave**, cuya solución compete, en primer lugar, a la red primaria de Servicios Sociales, y otros agentes sociales.
- d) La Guarda voluntaria **tampoco es una medida a aplicar en ningún caso, en sustitución, o en evitación, de una medida de amparo de tipo tutelar**, cuando de hecho se esté produciendo una situación de desamparo por incumplimiento, inadecuado o incluso imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las Leyes con respecto a los menores, de modo que éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material.
- e) Por último, **tampoco pueden admitirse solicitudes de guarda con defectos formales fundamentales**. P. ej.: Solicitudes suscritas por un solo progenitor sin el consentimiento del otro; solicitudes presentadas por personas distintas a los padres o tutores, aún cuando estén ejerciendo, *de hecho*, las funciones de guarda sobre los menores y exista algún vínculo de parentesco con los mismos; solicitudes no temporalizadas, o cuya temporalización no guarde una relación directa con las circunstancias graves que la motivan; solicitudes de duración indefinida o excesivamente imprecisa ("*Hasta que el menor cambie su comportamiento*"), o solicitudes excesivamente prolongadas en el tiempo, incluso de varios años de duración ("*Hasta que el menor cumpla su mayoría de edad*"), que sin justificación posible podrían llegar a interrumpir los vínculos familiares de éstos, y les privaría de su derecho a disponer de un entorno familiar normalizado.

6. ¿Qué clases de guarda existen?

Básicamente, existen dos modalidades de guarda, **atendiendo al órgano que la asume**, y dentro de cada una de ellas, existen a su vez, dos modalidades, **atendiendo a la forma concreta** en que se ejerce:

- a) **Guarda autonómica**, cuando la guarda la asume la Entidad pública competente (En nuestra comunidad, la **Dirección General de Protección al Menor y la Familia**), previa solicitud de los padres o tutores. La guarda constituída de este modo, puede desempeñarse mediante:
- **Acogimiento residencial**, cuando la guarda es ejercida por el director o responsable de un recurso residencial, normalmente llamado “*Hogar o Centro de acogida*”, que en nuestra comunidad, y cuando son de carácter insular o supramunicipal, son gestionados por los Cabildos Insulares (Art. 11.2.c de la Ley 1/97). Sin duda alguna, hasta el momento presente, ésta ha sido la forma más habitual de ejercer la guarda voluntaria.
 - **Acogimiento familiar**, cuando la guarda es ejercida por personas, con o sin relación de parentesco con los menores, que integran al menor en su propio entorno familiar y social, y que previamente deben haber sido valoradas por la Entidad Pública, y consideradas adecuadas para ejercerla.
- b) **Guarda municipal provisional**, cuando la guarda es constituída de modo provisional por resolución del órgano municipal competente (P. ej. Decreto de la Alcaldía, o del órgano delegado), previa solicitud de los padres o tutores, y hasta la resolución del procedimiento por el órgano autonómico competente, que podrá ratificar, modificar o no ratificar la guarda municipal acordada. (**Art. 59.2**).

Al igual que la guarda autonómica, la guarda municipal se ejerce también mediante acogimiento residencial o acogimiento familiar, pero con algunas matizaciones importantes derivadas de su ámbito territorial:

En el caso de la guarda municipal provisional es necesario tener en cuenta que debe ejercerse **con los recursos propios de su ámbito territorial**, ya sea mediante acogimiento residencial, exclusivamente en los centros u hogares de titularidad municipal, *si los hubiere* (Art. 12.2.j de la Ley 1/97), o mediante acogimiento familiar, por medio de los vecinos del municipio que tengan un vínculo especialmente cualificado con los menores, que previamente hayan sido valorados favorablemente por los Servicios Municipales, o en su defecto, que sean ampliamente conocidos por éstos, y probada su capacidad de ejercer adecuadamente las funciones de guarda temporalmente encomendadas con respecto a los menores.

7. Por lo tanto, y dicho esto, ¿Dónde y cómo se solicita la guarda....?

La guarda se solicita ante el órgano autonómico competente, y deberá ser resuelta en la plazo de tres meses a contar desde la fecha de su presentación o de otro modo, quedará resuelta favorablemente por silencio administrativo (Art. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

La solicitud de guarda debe ajustarse a los siguientes **requisitos (Art. 19 del Decreto)**:

- Debe ser formulada por escrito, y suscrita por los titulares de la custodia (Padres o tutores legítimos), o por uno solo de ellos cuando justifique que cuenta con el consentimiento del otro, o que le corresponde legalmente el ejercicio en solitario de la patria potestad.
- Debe estar motivada y fundamentada, con expresión clara y completa de las circunstancias graves y transitorias que la motivan.
- Debe constar su duración prevista, en concordancia con dichas circunstancias graves y transitorias (Temporalización)
- Deberá ser oído el menor que hubiere cumplido doce años o, aquel que sin haber cumplido dicha edad, tuviese suficiente juicio valorado en los informes psicológicos que se incorporen al expediente.
- Debe estar documentada: en todos los casos la solicitud deberá estar acompañada de documentos autenticados que acrediten la identidad de los solicitantes (D.N.I./N.I.E., etc..) y el grado de parentesco (o representación) que les vincula a los menores para los que solicitan su guarda (Libro/s de familia, partida/s literales de nacimiento, etc...), y además, la solicitud deberá estar acompañada de los documentos acreditativos de la concurrencia de las circunstancias graves impeditivas del cuidado temporal del menor para el que solicitan la guarda.
- Atendiendo a las diferentes situaciones que puedan plantearse en relación al caso, podrá solicitarse además, documentación distinta a la comentada.

8. ¿Cómo se formaliza y se constituye la guarda?

Una vez instruido el expediente administrativo de guarda voluntaria y comprobadas las circunstancias graves impeditivas del cuidado temporal del menor alegadas por los padres o tutores, recaerá resolución expresa en plazo inferior a tres meses, pues de otro modo, y como se ha dicho, quedará resuelta favorablemente por silencio administrativo (Art. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Si la solicitud es valorada favorablemente, la guarda se constituirá por resolución expresa del órgano competente (Dirección General de Protección del Menor y la Familia), en la que se hará constar la duración de la misma, y la forma concreta de ejecución.

Asimismo, cada guarda que se constituya, se anotará en el registro de guardas (Art. 50 del Decreto 54/1998, de 17 de abril).

Además, una vez asumida la guarda del menor, su entrega deberá formalizarse por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de aquél (**Ver punto 9**), así como de la forma de ejercicio de aquélla. (**Artículo 59.3 de la Ley 1/97**)

Y por último, en caso de estimarse positiva la asunción de la Guarda, en su formalización los solicitantes deberán aportar la siguiente documentación de los menores, necesaria para el efectivo ejercicio de la guarda:

- Documento que acredite la cobertura sanitaria de los menores (Tarjeta sanitaria o documento análogo).
- Cartilla de vacunaciones.
- D.N.I. o documento análogo, si lo tuviese.
- Certificado de escolaridad.
- Informes sanitarios, psicológicos, etc..., en el caso de que el menor requiera cuidados o atenciones especiales que deban ser tenidas en cuenta en el efectivo ejercicio de la guarda.

Si por el contrario, una vez instruido el expediente de guarda voluntaria y comprobadas las circunstancias graves impeditivas del cuidado temporal del menor alegadas por los padres o tutores, la guarda es resuelta desfavorablemente, se dictará resolución en la que constarán los motivos de la denegación, que se notificará a los solicitantes y se comunicará al Ministerio Fiscal, en la que se informará de los recursos que contra ella caben en Derecho, procediéndose al archivo del expediente.

9. ¿Qué implica la guarda? ¿Cuáles son sus consecuencias? ¿Qué se debe tener en cuenta?

Es necesario tener presente que **la guarda** es una cesión temporal, *-pero limitada-*, de derechos y obligaciones, lo que en la práctica tiene los siguientes **efectos**:

- Aunque los padres o tutores pueden ser oídos en todo momento, durante el periodo de vigencia de la guarda compete únicamente a la Administración que la asume (D.G.P.M.F.), la/s decisión/es sobre la/s forma/s más idónea/s de ejercerla, siempre atendiendo al superior interés del menor, y a los demás principios recogidos en el art. 4.2 de La Ley 1/97, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores. (**Art. 20.2 del Decreto 54**).
- No obstante, cualquier variación en la forma de ejercicio de la guarda será acordada en resolución motivada de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia, adoptada previa audiencia de las partes, que será oportunamente notificada a los padres o tutores y comunicada al Ministerio Fiscal (Art. 59.4 de la Ley 1/97), en la que se les informará de los recursos que contra ella caben en Derecho. (**Art. 20.3 del Decreto 54**).

- Aunque como se ha dicho, la guarda es una cesión temporal de derechos y obligaciones, los padres o tutores **continúan asumiendo responsabilidades sobre los menores una vez constituída aquélla**, y por lo tanto, están **obligados** a:
 - ✓ Seguir manteniendo un contacto personal regular con los menores, y cumplir por tanto el régimen de visitas que se establezca, salvo ocasiones debidamente justificadas.
 - ✓ Seguir en todo momento las indicaciones de la administración o sus representantes en el desempeño de las funciones de guarda.
 - ✓ Contribuir económicamente al sostenimiento de los mismos según sus posibilidades (Art. 57.3 de la Ley 1/97, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores).

- Asimismo, los padres o tutores deben conocer el hecho de que no solicitar la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración, puede suponer la declaración de la situación de desamparo de los menores, y en consecuencia, la aplicación de medidas administrativas de protección sobre los mismos (Art. 46.2.f de la Ley 1/97, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores).

10. ¿Cuándo cesará la guarda? (Art. 58 de la Ley 1/97)

La guarda cesará a petición de los padres o tutores, una vez se compruebe por la Dirección General de Protección al Menor y la Familia la efectiva desaparición de las causas que motivaron su asunción.

Asimismo cesará por la constitución de la tutela por ministerio de la ley cuando se verifique que no han desaparecido las circunstancias que la justificaron y que las mismas están recogidas como alguno de los supuestos en que se considera al menor en situación de desamparo.

Asimismo cesará por la constitución de la tutela por ministerio de la ley cuando los padres o tutores no soliciten la recuperación de la Guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción por parte de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

11. ¿Dónde se puede obtener más información?

En primer lugar, en los Dptos. de Servicios Sociales de cada Ayuntamiento, y temporalmente, en el servicio de Información de la Dirección General de Protección al Menor y la Familia.