



REVISTA

DOCTRINA JURISPRUDENCIA LEGISLACIÓN

nº 21 Octubre 2003

Estudios Doctrinales

- La *exceptio plurium concubentium*.
- El acogimiento familiar.
- La convivencia marital con otra persona como causa de extinción de la pensión compensatoria.

Jurisprudencia

- Inadmisión del *habeas corpus* respecto a un menor declarado en desamparo.
- Rescisión de convenio regulador por fraude a los acreedores.
- Atribución del uso de la vivienda en uniones de hecho.
- Pensión compensatoria a favor de la conviviente de hecho.
- Condena por impago de pensiones al padre que voluntariamente deja su puesto de trabajo.
- Atribución de la guarda y custodia compartida.

Derecho Internacional Privado

- Evolución de los instrumentos jurídicos internacionales en la protección del menor.

Tribuna Abierta

- Alternativas a la venta en pública subasta de los bienes inmuebles de menores o incapacitados.
- Crisis familiar y Derecho: necesidad de una profunda modificación del Código Civil y de las normas procesales.

Crónica Legislativa

- Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura.

Avances Jurisprudenciales

© Editorial Lex Nova
2003

Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 902 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail: atn.cliente@lexnova.es

Fotocomposición e impresión:
Grafolex, S.L.
Férrandez Ladreda, 16-17
47008 Valladolid

Depósito Legal: VA. 803-1998
ISSN 1139-5168
Printed in Spain - Impreso en España

El contenido de esta revista no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo por escrito de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta Publicación.

EL ACOGIMIENTO FAMILIAR. REGULACIÓN, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA. ESTUDIO DE LAS DISTINTAS CLASIFICACIONES DE LOS ACOGIMIENTOS. SU RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

JULIETA MORENO-TORRES SÁNCHEZ

Asesora técnica de menores de la Junta de Andalucía

SUMARIO

1. REGULACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACOGIMIENTO.
2. NATURALEZA JURÍDICA Y SECTORES PÚBLICOS IMPLICADOS.
3. CONCEPTO DE ACOGIMIENTO.
4. CLASIFICACIÓN Y ESTUDIO DE LOS ACOGIMIENTOS FAMILIARES.
 - A) En función de la institución jurídica de la que traiga causa el acogimiento.
 - B) Atendiendo al parentesco del menor con la familia de acogida.
 - C) En función del tipo de estructura familiar de la familia de acogida.
 - D) Atendiendo a su finalidad y ámbito temporal: simples, permanentes, preadoptivos y provisionales.
 - E) Atendiendo al modo de formalización, se puede distinguir entre acogimiento administrativo o convencional y judicial.
 - F) Acogimientos remunerados y no remunerados.
 - G) Acogimientos legales y de hecho.
 - H) Acogimientos de menores con necesidades especiales-acogimiento normalizado.
 - I) El acogimiento ecológico.

5. RELACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR CON ÓTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

- A) Acogimiento y desamparo.
- B) Acogimiento permanente y adopción.
- C) Acogimiento de hecho, tutela y privación de la patria potestad.
- D) Acogimiento de hecho y delegación de la patria potestad.

6. CONCLUSIONES.

1. REGULACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACOGIMIENTO

No son pacíficos los criterios entre los distintos sectores implicados a la hora de tomar decisiones sobre la medida de protección más adecuada para defender el interés superior de un menor. La trascendencia de la medida adoptada es tremenda, especialmente para el menor, sus padres y las personas que se están haciendo cargo de él. El hecho de optar por una opción jurídica que no sea la más acertada puede tener gran importancia, ya que pasado el tiempo, y por mucho que se ganen posteriormente recursos ante los juzgados, la vida del menor ha cambiado y se han generado nuevos vínculos afectivos y se han roto otros. Todo ello implica que en el proceso de toma de decisiones es esencial contar con la mayor información posible, actuar de forma coordinada entre los distintos sectores implicados, así como tener el más amplio conocimiento sobre la materia.

El presente trabajo se centra en el estudio del concepto y naturaleza jurídica del acogimiento y especialmente en los tipos de acogimiento que se pueden constituir, así como su relación con figuras afines, abordado desde el estudio de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación.

El Código Civil, en su artículo 173, conforme a la redacción dada en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone: "El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional". Seguidamente el Código trata sobre la formalización, acogimiento judicial y provisional y causas del cese del mismo. No da sin embargo un concepto de acogimiento. Esta figura jurídica fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico inspirándose esencialmente en la ley italiana de 4 de mayo de 1983, n.º 184 "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori".

Las distintas Comunidades Autónomas han legislado disposiciones legales y reglamentarias sobre el acogimiento familiar, en el marco de lo establecido en la legislación superior. De su estudio se infiere cómo a pesar de la similitud de los procedimientos, hallamos diferencias, regulando algunas legislaciones de forma muy detallada aspectos que otras apenas mencionan.

En Sentencia 124/2002, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional, se define como "un negocio jurídico perteneciente al Derecho de Familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores, y a los progenitores de los acogidos, para que aquéllos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en el que el negocio se mantiene vigente".

2. NATURALEZA JURÍDICA Y SECTORES PÚBLICOS IMPLICADOS

Tras un examen de la doctrina existente en esta materia, se observa cómo la mayoría de los estudios realizados en torno a este tema se han iniciado desde el ámbito del derecho civil, siendo muy amplia la doctrina sobre las cuestiones de fondo sobre acogimiento. Resulta paradójico que en el ámbito de la administración pública se tomen decisiones sobre protección de menores, tanto en el ámbito de desamparo, como de acogimiento y adopción, mediante procedimientos puramente administrativos que terminan mediante resolución de esta índole, y sin embargo sea el ámbito civil el que fundamentalmente estudia la materia, siendo escasos los estudios desde la perspectiva del derecho administrativo.

Joan EGEA FERNÁNDEZ⁽¹⁾ destaca que el hecho de que el acogimiento se constituya normalmente por resolución de la entidad pública no quita para que su régimen jurídico y efectos deban catalogarse esencialmente de civiles. En palabras de Bartolomé VARGAS CABRERA⁽²⁾, las facultades administrativas de protección, al contemplar el mismo supuesto de hecho que las normas jurídico-civiles, esbozan un cuadro de respuestas asistenciales creando así una situación de guarda material del menor con connotaciones jurídico-civiles, demostrándose una vez más la existencia de zonas fronterizas entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

(1) *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

(2) *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación autonómica e internacional*, Comares, Granada, 1994.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 14 de marzo de 2001, declara expresamente la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de una petición de acogimiento formulado por los guardadores de hecho ante la presunta negativa de la entidad pública para promoverlo. Señala: "...en el presente supuesto, los preceptos invocados, tanto para fundar el recurso como para mostrar su oposición al mismo, se circunscriben a los arts. 172 y siguiente del Código Civil, relativos a la adopción ya a otras formas de protección de menores (...) estamos, por tanto en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria".

La Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, señala en su preámbulo: "...es de resaltar que, aunque el acogimiento se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial". Nos encontramos por tanto con una disciplina de estudio de carácter mixto, con una regulación de fondo de carácter eminentemente civil, pero con unos procedimientos administrativos (bien en su primera fase, antes de llegar a los juzgados, bien únicamente administrativos, en cuanto los jueces no tienen que intervenir) y con la presencia constante del Ministerio Fiscal.

No se debe de perder de vista nunca en la actuación administrativa y judicial la importancia que el Código Civil da a la fiscalía al disponer en su art. 174: "Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección. 2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guarda y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. 3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe".

Tal como se deduce de este precepto, la entidad pública está sometida a una doble obligación: de un lado ha de dar noticia puntual al fiscal de las actuaciones administrativas, así como de hechos significativos que puedan afectar al menor, pero con la nota de que el hecho de dar conocimiento no le exime de sus responsabilidades respecto del mismo. Es de destacar además el papel que se le da al Fiscal de promoción ante el Juez de medidas de protección.

La actuación del fiscal hay que ponerla en consonancia con la del juez, articulada a través del artículo 158 del Código Civil, que dispone que "...El

Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria...". Como puede apreciarse, este artículo pretende dar una protección lo más amplia posible a los menores, pudiendo los jueces aplicarlo en cualquier proceso.

De lo expuesto hay que resumir que en materia de protección de menores existen fundamentalmente tres agentes implicados y responsables: la entidad pública, la Fiscalía y los juzgados en general.

3. CONCEPTO DE ACOGIMIENTO

En el informe del Defensor del Pueblo de Andalucía⁽³⁾ de julio de 2001 sobre el Acogimiento Familiar en Andalucía, se recoge la siguiente definición:

“Se trata de una figura jurídica por la que se integra a un menor en una familia que no es la constituida por sus padres biológicos o tutor, sin crear vínculos de parentesco con ella.

Los acogedores tienen todas las obligaciones derivadas de la guarda del menor, esto es, velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”.

Según Auto de 29 de junio de 1996 de la Audiencia Provincial de Ávila, puede ser definido como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados —aunque sea circunstancialmente— de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales”. A través del acogimiento familiar «late (...) el interés por facilitar los mecanismos legales necesarios para que aquellos menores que carecen del adecuado medio familiar propio, puedan hallar, con suficientes garantías, el ambiente apropiado a su edad en formación, en el seno de otras familias, en donde alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico como psicológico y moral».

(3) Informe especial al Parlamento, *El acogimiento familiar en Andalucía*, 1.ª ed., Sevilla, julio 2001.

Tomás MERÍN CAÑADA ⁽⁴⁾ propone una fórmula más globalizadora para integrar las diferentes expresiones que se pueden encontrar en la práctica, de acogimiento familiar: “El Acogimiento familiar es la medida de protección jurídica y social de un menor de edad que otorga su guarda a una o varias personas, que no son sus padres; para que se integre en su hogar, convivan con él, lo cuiden, eduquen y alimenten, por tiempo determinado o no y con el fin de proporcionarle una vida de familia, que permita su desarrollo integral y sustituya, mientras dure, la que sus padres no le facilitan”.

De estas definiciones se infieren ya las características del acogimiento familiar, y que destaca igualmente el Defensor del Pueblo Andaluz:

— Provisionalidad: en cuanto el acogimiento sólo subsistirá en tanto exista la situación que le dio origen y no otorga un vínculo jurídico familiar y estable entre acogedor y acogido. Ello no quita el hecho de que hay acogimientos que se constituyen con vocación de provisionalidad y que sin embargo perduran hasta la mayoría de edad o la emancipación, como ocurre en ocasiones con los acogimientos permanentes. FLUITERES CASADO ⁽⁵⁾, define el acogimiento como la situación, normalmente transitoria, y excepcionalmente definitiva, en la que se halla el menor de edad cuya atención y cuidado es conferido bien a una unidad familiar distinta de la natural o adoptiva, bien a un centro o institución habilitado al efecto, pudiendo ser consecuencia de la asunción por parte de la entidad pública competente de la guarda sobre el menor, o instrumento de delegación de la guarda y custodia que asimismo requerirá la intervención de dicha entidad.

— Su temporalidad, puesto que finalizará por las causas establecidas en el artículo 173.4 del Código Civil y por la constitución de la adopción.

— Y, finalmente, su prescindibilidad, puesto que no es necesaria su constitución para la protección del menor.

4. CLASIFICACIÓN Y ESTUDIO DE LOS ACOGIMIENTOS FAMILIARES

Como mención previa a esta clasificación, hay que resaltar lo dispuesto en el artículo 172.2 del CC, en que distingue entre acogimientos familiares y resi-

(4) “Acogimiento familiar: evolución y perspectivas de futuro”, en el marco de las *Jornadas Andaluzas sobre acogimiento familiar*, Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, Dirección General de Infancia y Familia.

(5) “Acogimiento y adopción”, *Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, 1996.

denciales; la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o 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 la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

El presente estudio va a versar sobre el acogimiento cuando éste se formaliza con una familia, no entrando en los casos en que se realice con el Director del centro donde pueda haber ingresado el menor, en acogimiento residencial. Realizado un estudio doctrinal sobre las diferentes clasificaciones de los acogimientos, y tomando en consideración la legislación actual, se pueden realizar las siguientes clasificaciones de los acogimientos familiares:

A) En función de la institución jurídica de la que traiga causa el acogimiento.

Se puede distinguir entre acogimiento como ejercicio de la guarda asistencial de menor, acogimiento de menores inherente a la tutela *ex lege* y acogimiento como consecuencia de la guarda judicial y de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En el primer caso, *ex art. 172.2*: “Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario”. En este supuesto es evidente que este tipo de acogimientos, que revestirán la forma de simples, por su transitoriedad, no pueden ocultar situaciones encubiertas de desamparo, por lo que siempre que se reciban las solicitudes de guarda se debe realizar un estudio de la situación.

Acogimiento de menores inherente a la tutela *ex lege* del artículo 172 del Código Civil. El Código Civil dispone en su artículo 172.3.3: “La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”.

El acogimiento como consecuencia de la guarda judicial se regula en el artículo 172.2 del CC que dispone: “Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.

Por último el artículo 7.º de la Ley Orgánica 5/2000, regulador de las medidas que se pueden aplicar a los jóvenes infractores, dispone que se puede aplicar la siguiente: “Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización". Señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe especial que es ésta una modalidad de guarda judicial. Se diferencia de los demás tipos de acogimientos por su carácter sancionador, aquí no puede el menor oponerse, a pesar de que tenga más de doce años.

María LINACERO DE LA FUENTE⁽⁶⁾ señala que "la fórmula empleada ex artículo 172.2 permite, dada su amplitud, incluir no solo las circunstancias graves que afecten a padres o tutores, sino también situaciones de jóvenes o menores inadaptados por drogadicción, delincuencia, enfermedad mental", cuyos padres, como señala RUIZ RICO, "se ven en la imposibilidad de atenderles por sí mismos o desean ejercitar su *ius corrigendi* a través de la autoridad pública, para lo cual resultará casi imprescindible la asistencia de un grupo de profesionales o especialistas que sólo la Administración Pública puede proporcionar". Lo anterior se ve en la actualidad refrendado por la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, que permite que la comisión de infracciones tipificadas como delitos o faltas, por menores de 14 años, pudiera derivar en una guarda asistencial. Destaca, sin embargo, María LINACERO que las instituciones de protección de menores previstas en el Código Civil no están pensadas y articuladas para el supuesto de infracciones cometidas por menores. Participo plenamente de esta opinión, ya que con independencia de lo regulado en el artículo 7.º de la Ley 5/2000, los servicios de atención al menor no se pueden convertir en servicios de atención a menores con problemas conductuales, debiéndose crear servicios específicos para tratar estas problemáticas, que tienen características diferenciadoras de las que dan lugar a los acogimientos, guardas, desamparos... En éstas los padres no quieren o no tienen medios para tener consigo a sus hijos, en aquéllas hay que separar a los hijos por causas intrínsecas a éstos. En todo caso las soluciones pasan por la prevención y *a posteriori* por la creación de centros y servicios especializados, ya que no se puede negar que cada día son más los padres que acuden a los servicios sociales con problemáticas que por sí solos no pueden afrontar.

B) Atendiendo al parentesco del menor con la familia de acogida.

El artículo 173.1 del Código Civil dispone: "*Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional*".

(6) *Protección jurídica del menor*, editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

— Acogimientos con familia extensa: son los que se realizan con familia biológica del menor. En el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, hasta la publicación del Decreto de Acogimiento Familiar y Adopción, se admitía prácticamente cualquier parentesco, habiéndose formalizado con tíos, primas, abuelos, tíos abuelos, primos segundos... Ni el Código Civil, ni la Ley 1/1996, ni la Ley 1/1998, disponían ningún límite legal al parentesco. Sin embargo el Decreto 282/2002, regulador del Acogimiento Familiar y la Adopción, en su artículo 3.2 dispone: “...a los efectos previstos en este Decreto, se entenderá por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta de tercer grado, entre el menor y los solicitantes del acogimiento”. Aunque en principio el hecho de la determinación del parentesco dé claridad jurídica a los mismos, en la práctica, el hecho de limitar los acogimientos al tercer grado de parentesco coarta de forma extraordinaria relaciones que de hecho se configuran con acogimientos de hecho, y a las que sin embargo resulta imposible dar una cobertura legal. Pensemos en el caso de una menor hija de padres drogadictos que ha sido de hecho criada por una prima de la madre. Cuando la situación se deriva de los servicios sociales al servicio de protección del menor, la guardadora de hecho solicitará el acogimiento de la menor, pero se encontrará con que la respuesta de la administración será negativa, a pesar de que hasta hace unos meses se formalizaban estos acogimientos, por estar en un cuarto grado de parentesco. En caso de que no haya otro familiar que pueda acoger a la menor, en teoría tendría que salir con una familia ajena. Considero sin embargo que en estos casos se debe acudir a la vía del artículo 239 del Código Civil, y nombrar tutor a la menor, tal como se expondrá más adelante.

En otras comunidades autónomas, como la catalana, no se atiende al grado de parentesco, ya que conforme al artículo 54.2 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción... “a efectos de este Reglamento, se entenderá como familia extensa aquella en que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad entre el menor y la persona acogedora, o los miembros de la familia acogedora. El acogimiento en familia ajena se constituirá con personas o familias que no tengan ninguna relación de parentesco con el menor”. Y en el artículo 57 dispone que “la elección de los familiares se hará teniendo en cuenta, en todo caso, que aquellos que quieran acoger al menor haya mostrado suficiente interés por el bienestar de éste, que haya vínculo afectivo, que tengan la capacidad de preservarlo de las condiciones que generaran la situación de desamparo, y una adecuada aptitud educadora”.

En la Ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, dispone en su artículo 61 que “...en los acogimientos en familia, con la finalidad de favorecer la reintegración familiar y evitar el desarraigo del menor, tendrán preferencia para ser acogedores los miembros de la familia

extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos a éste o a su familia por una especial y cualificada relación y demuestren tener aptitudes para la atención y desarrollo integral del menor”.

El artículo 61 de la *Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de La Rioja* establece entre los principios de actuación que la aplicación de la medida de acogimiento busca “*favorecer el acogimiento del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en familia extensa, salvo que no resultase aconsejable en orden al interés primordial del menor*”, sin señalar expresamente el parentesco hasta el que se debe llegar.

Parece más adecuado prescindir en este tema de grados de parentesco, y atender más a los criterios señalados por las distintas disposiciones, de “*interés por el bienestar del menor; que haya vínculo afectivo, que tengan la capacidad de preservarlo de las condiciones que generaran la situación de desamparo, y una adecuada aptitud educadora, que haya cualificada relación y demuestren tener aptitudes para la atención y desarrollo integral del menor; interés primordial del menor... ya que a fin de cuentas de lo que se trata es de procurar al menor un ambiente familiar adecuado sin apartarlo de su medio de origen*”.

En la ponencia de Tomás MERÍN CAÑADA expuesta en las *Jornadas Andaluzas sobre Acogimiento Familiar* se hace referencia especial al acogimiento por los abuelos, siendo calificados como el prototipo del acogimiento con familia extensa; tanto es así que dentro de las actividades propias de los programas de apoyo a la convivencia es frecuente encontrar en los servicios sociales municipales escuelas de abuelos acogedores, en paralelo a las escuelas de padres. Plantea asimismo cómo el problema fundamental en muchos casos radica en los aspectos sustanciales de la relación entre las niñas y niños y sus acogedores ancianos, magníficos como abuelos pero de dudosa eficacia como sustitutos de los padres.

— Acogimientos con familia ajena. Son los que se constituyen con personas ajenas al menor, con las que no tiene parentesco. En este caso las personas interesadas en acoger a un menor han de dirigirse a los servicios de protección de su respectiva comunidad autónoma y presentar una solicitud en que deberán constar los datos personales y familiares y su voluntad de acoger a un menor, especificando si desean formalizar un acogimiento simple o permanente, así como las características de los menores a los que podrían acoger en su casa. Valorada la idoneidad de los acogedores, serán avisados en el momento en que haya un menor en disposición de ser acogido. Respecto del plazo para resolver sobre la valoración de la idoneidad de la familia acogedora, algunas legislaciones autonómicas establecen un plazo expreso (por ejemplo la catalana, la andaluza y la canaria establecen un plazo de 6 meses); cuando no se establezca habrá que recurrir a la *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, y apli-

car el artículo 42.3, que dispone que *“cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses”*.

C) En función del tipo de estructura familiar de la familia de acogida.

Señala el artículo 173.1.^ª del CC: *“Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional”*. María LINACERO DE LA FUENTE matiza que *“puesto que no se exige expresamente que se trate de una pareja, ni de que ésta sea matrimonio, el acogimiento familiar se podrá ejercer por personas solteras, casadas, parejas de hecho e incluso miembros de un hogar funcional”* (pequeñas comunidades de tipo familiar; piénsese en los pisos que acogen a varios menores, normalmente adolescentes, que no se adaptan a la vida en una familia convencional, en los que existen unas personas con formación especializada que conviven con ellos).

VARGAS CABRERA señala que *“no se exige expresamente que sea una pareja, ni de que ésta sea, en su caso, formalizada ni estable ni heterosexual”*.

Por su parte Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO ⁽⁷⁾ aduce que *“a falta de previsión legal, es de suponer que no sólo (es apta) la pareja heterosexual, matrimonial o de hecho, sino también la homosexual...”*.

Algunas legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho regulan específicamente el acogimiento de menores. Así la Ley 4/2002, de 23 mayo del Principado de Asturias, en su artículo 8.^º dispone que *“Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable”*. Recientemente se ha aprobado en Andalucía la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que dispone en su artículo 3.1: *“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal”*. En su artículo 9.^º señala que *“Los componentes de las parejas de hecho podrán iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. A efectos de lo dispuesto por el*

⁽⁷⁾ *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, editorial Cedecs, Barcelona, 1997.

artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor; en relación con los criterios de valoración de idoneidad aplicados en dichos procedimientos, en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes”.

La ley canaria regula de forma específica el acogimiento en hogar funcional en su artículo 27.1, al disponer que las entidades colaboradoras titulares de los hogares funcionales designarán la persona o personas que ejercerán como responsable o responsables de los mismos y estableciendo como requisito previo que para que dichas personas puedan desempeñar sus labores como responsables en cualquier hogar funcional titularidad de una entidad colaboradora, previamente habrán de ser declaradas idóneas por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

D) Atendiendo a su finalidad y ámbito temporal: simples, permanentes, preadoptivos y provisionales.

— Acogimiento familiar simple. Señala el art. 173 bis del CC: *“el acogimiento familiar simple (...) tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable”.*

Lo define Ignacio IGLESIAS REDONDO como “aquella clase de acogimiento familiar en que la respectiva Entidad pública procede al ejercicio de la guarda asistencial constituida (convencional o judicialmente) en función del padecimiento por parte de un menor de una situación de privación de la necesaria asistencia moral y/o material cuya temporalidad o reversibilidad pudo preverse razonablemente”.

La finalidad fundamental del acogimiento simple puede ser por tanto:

— Dar un entorno familiar a aquellos menores a los que sus padres, por razones transitorias, en virtud de la guarda administrativa, no pueden tener bajo su cuidado.

— Procurar a los menores, en los casos de desamparo en que no está clara cuál será la respuesta de los padres ante esta medida, no permanezcan institucionalizados. La situación más frecuente es la de menores declarados en situación de desamparo, en que los padres o bien han recurrido la resolución administrativa en vía judicial o bien están cooperando con la Entidad pública y los servicios sociales de cara al retorno de los menores.

— Existe igualmente la posibilidad de este tipo de acogimiento cuando se ha dictado una resolución provisional cautelar de desamparo, en tanto se dicta resolución definitiva, o en el marco de una guarda judicial, atendiendo a las circunstancias peculiares de la edad del menor, bien en familia propia o ajena.

Respecto a la duración de este tipo de acogimiento, el Código Civil se limita a decir en su artículo 173 bis 1.º que tendrá carácter transitorio. Algunas legislaciones autonómicas, como la catalana y la extremeña, establecen el límite de un año, a no ser que se produzca una prórroga. Si bien en la práctica estos acogimientos se constituyen con un plazo determinado, en circunstancias excepcionales pueden ser prorrogados. Por ejemplo en el caso del acogimiento, constituido por un año, de un menor hijo de madre toxicómana que responde adecuadamente a un tratamiento de deshabituación a drogas y necesita seis meses más para rehacer su vida y poder convivir con su hijo. El período por el que se establece un acogimiento es máximo, ya que en cualquier momento se puede interrumpir según varíen las circunstancias.

Acogimiento permanente. El artículo 173 bis del CC dispone: *“El acogimiento familiar, podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad: (...) 2. Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”*.

El calificativo de permanente a este tipo de acogimientos puede dar lugar a equívocos, ya que todos los acogimientos se supone que deben tener la nota de la transitoriedad. La realidad es que hay acogimientos permanentes que se constituyen y continúan hasta la mayoría de edad de los menores y otros, por cambio de las circunstancias, duran sólo unos meses.

Eulalia MORENO TRUJILLO⁽⁸⁾ señala que la tutela *ex lege* “puede ser ejercitada a través del acogimiento permanente (...) el supuesto de hecho que da lugar a este acogimiento es la ausencia de candidatos a la adopción, intentando soslayar los efectos negativos del internamiento o el acogimiento residencial a través de la integración del menor en el núcleo familiar del acogedor”. No parece adecuado vincular el acogimiento a la falta de candidatos para la adop-

(8) “Actuaciones de protección del menor”, en *Protección Jurídica del Menor*, Asociación de letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

ción, ya que en muchos casos puede ser el mantenimiento de la relación del menor con su familia biológica, por su propia voluntad, o la no concurrencia de los requisitos necesarios para proponer una adopción, por ejemplo el acogimiento con los abuelos o los hermanos, los que den lugar al acogimiento.

Acogimiento preadoptivo. Señala el art. 173 bis del Código Civil: *“El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad: (...) 3. Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.*

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia.

Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año”.

Este tipo de acogimiento igualmente se puede constituir de forma administrativa o judicial, dependiendo de la existencia de consentimiento de los padres. Así se regula expresamente en el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña), que en el artículo 67.1 dispone: *“...Una vez se haya instruido el procedimiento, con audiencia del menor de 12 años si tiene suficiente conocimiento y habiendo obtenido el consentimiento del mayor de 12 años, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá en conocimiento de los padres o tutores que no estén privados de la patria potestad o removidos del cargo tutelar para que, en el plazo de 30 días, presten su asentimiento a la medida de acogimiento preadoptivo. 2. En el caso de que los padres o tutores que no estén privados de potestad o removidos de su cargo titular disintieran, los citados no comparecieran en el plazo previsto o no se hubiera podido conocer su paradero, la Dirección General de Atención a la Infancia solicitará al juez que acuerde la medida de acogimiento”.* Un caso común de acogimiento preadoptivo administrativo es el que se plantea cuando la madre renuncia a su hijo en el momento de nacer. En este caso hay consentimiento y no hay motivo para acudir a la instancia judicial para la constitución del acogimiento.

Señala Félix PANTOJA GARCÍA⁽⁹⁾ que "...el acogimiento preadoptivo participa más de la naturaleza jurídica de la adopción, como paso previo a ésta, que de la propia del acogimiento, (...) su finalidad es preparar la adopción y en muchos casos no se constituye, ni cesa del mismo modo, ni produce los mismos efectos, ni se requieren los mismos requisitos para su tramitación...", opinión que comparto, por lo que no me voy a extender en su estudio, ya que considero que ésta debe tratarse al estudiar la adopción.

El acogimiento provisional. El artículo 173.3 párrafo 2.º del CC dispone: *"No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial"*.

Félix PANTOJA GARCÍA señala que tiene por objeto facilitar la incorporación del menor a la familia acogedora, o al hogar funcional en tanto se sustancia el procedimiento de jurisdicción voluntaria de acogimiento, en los casos en que no hay consentimiento de los padres o tutor.

Este tipo de acogimiento se puede usar también como vía para evitar la institucionalización del menor en aquellos casos en que habiéndose declarado el desamparo provisional, como medida cautelar, sea necesario tramitar el acogimiento judicial, con independencia de que posteriormente sea o no ratificado el desamparo. Hay que tomar en consideración que el acogimiento no ha de estar necesariamente vinculado al desamparo, por lo que es posible, en tanto se resuelve el expediente de desamparo, formular propuesta de acogimiento al juzgado, constituir el acogimiento provisional y posteriormente no ratificar el desamparo. El juez puede constituir el acogimiento en aplicación de los artículos 158 y 172 del Código Civil, siempre que sea beneficioso para el menor, aunque no se declare el desamparo.

Tal como señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe, "La inexistencia de un control judicial en esta nueva figura ha sido criticada por muchos autores, estimando que debieron articularse los mecanismos necesarios para que, manteniendo la agilidad y eficacia de este procedimiento, se diese entrada a la intervención del Juez. Entienden, además, que éste podrá verse forzado a reconocer una situación de hecho creada por la entidad pública cuando, a la hora de dictar resolución, el menor ya se encuentre plenamente integrado en la familia de acogida, haciendo imposible la reinserción en su familia biológica". Sin embargo, hay que tomar en consideración que el hecho de dar esta potestad a la administración viene fundamentado en la necesidad de agilizar la toma de

(9) *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor*, Colex, Madrid, 1997.

decisiones en base al principio del interés del menor, al igual que ha ocurrido al administrativizar la toma de decisión del desamparo, a causa de la lentitud del funcionamiento de la justicia. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996 se refiere a los perjuicios psicológicos y emocionales que a los niños produce la ausencia de un ambiente familiar, por la aplicación de la normativa que obligaba a las entidades públicas a internar a los menores en un centro, incluso en aquellos casos que la familia extensa había manifestado su intención de acoger al menor, por no contar con la voluntad de los padres, y en tanto no existiese pronunciamiento judicial.

E) Atendiendo al modo de formalización, se puede distinguir entre acogimiento administrativo o convencional y judicial.

La regulación del acogimiento administrativo se recoge en el art. 173.2 del Código Civil, que dispone: *“El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento...”*.

El apartado 3 del mismo artículo recoge la siguiente disposición: *“Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 1997 señala que “la figura del acogimiento de menores que regulan los artículos 172 y siguientes del Código Civil, en sus aspectos sustantivos, y artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus facetas procedimentales judiciales, no es, al contrario de lo que acaece con la adopción, de obligada, en cualquier caso, constitución judicial, al bastar, en principio, su formalización administrativa, con el consentimiento de la Entidad pública, así como el de las personas que reciban al menor y de éste si fuera mayor de doce años; dicho requisito se hace extensivo igualmente a los padres que no estuviesen privados de la patria potestad, y sólo en defecto de tal consentimiento o caso de oposición al acogimiento es cuando se precisa, de conformidad con el artículo 173.2 del referido Texto Legal, la intervención judicial para acordar, en su caso, tal instrumento de protección del menor, bajo la directriz de su prioritario interés, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El mayor problema en la formalización de los acogimientos administrativos se plantea respecto al consentimiento de los progenitores. Sólo se podría prescindir de él en el caso de la existencia de sentencia privativa de patria

potestad o cuando los padres sean desconocidos. Si bien el Código Civil es claro en su dicción, al establecer que en los demás casos será necesario el consentimiento de los padres, suele suceder que uno de los dos comparece y consiente expresamente, pero ¿qué ocurre cuando el otro cónyuge no comparece, se debe formalizar el acogimiento?

María LINACERO de la FUENTE sostiene que "respecto del consentimiento de los padres hubiera sido más acertado prescindir del mismo, no sólo cuando estuvieren privados de la patria potestad sino también cuando estuvieren incurso en causa legal de privación o suspendidos de la misma".

Destaca María LINACERO cómo REBOLLEDO VALERA ("Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción") señala: "...ha de tenerse en cuenta que el artículo 1828 de la LEC, dentro del acogimiento acordado judicialmente, es el único que prevé que si los padres debidamente citados no compareciesen, el juez podrá prescindir del trámite de audiencia, pero la dicción del art. 173.3 en el acogimiento acordado en vía administrativa es tajante: basta que los padres conocidos o el tutor no estuviesen privados de patria potestad o removidos de la tutela se opongan o no consientan para que haya que acudir al acogimiento judicial y, en mi opinión, no consiente quien no comparece".

En opinión de María LINACERO, una interpretación coherente del artículo 173.2 CC en relación con los arts. 172.1 último párrafo 1.ª parte, 177.2.2.ª CC y 1828 LEC, permitiría entender que en los acogimientos convencionales es preceptivo el consentimiento de los padres que fueran conocidos y no hayan sido privados de la patria potestad por sentencia firme o estuviesen incurso en causa de privación o suspendidos en ella.

Pongamos los siguientes casos:

— Hay que tomar en consideración que en muchos supuestos se trata de madres que no ven a su pareja en años e incluso desconocen el paradero del padre del menor o que, a pesar de no haber tramitado un régimen de guarda, la vienen ejerciendo de hecho de forma unilateral, o teniendo un régimen de visitas el otro no lo realiza. ¿Se debe exigir en este supuesto el consentimiento de los dos cónyuges? Entiendo que si el progenitor que comparece prueba los extremos expuestos en principio, la legislación aplicable a la justicia y la administración debía ser más coherente y no habría por qué exigir al otro el consentimiento, en caso de que citado formalmente no comparezca. Pongamos el caso de una madre inmigrante, cuya pareja está en el extranjero, que se va a hospitalizar y solicita un acogimiento por unos meses; es ella la que siempre ha ejercido la guarda y simplemente quiere que se le sustituya en su labor por un tiempo.

— Parejas separadas, a veces con causa en malos tratos, en que la madre acepta el acogimiento, pero no puede pedirse el consentimiento al padre, ya que

se desconoce su paradero o la madre no quiere incluso que sepa en qué ciudad está residiendo...

En mi opinión habría que estudiar caso por caso la posibilidad de prescindir del consentimiento del cónyuge que no comparece. Sin embargo en los casos en que los progenitores se oponen de plano al acogimiento éste se debe formalizar judicialmente, aunque se presuma que puede existir causa de privación. No obstante siempre se plantearán situaciones en que, iniciado el procedimiento administrativo, ambos o un solo progenitor niegue el consentimiento, en cuyo caso simplemente habrá que formalizar propuesta al juzgado. En principio no debe derivar de ello mayor perjuicio para el menor, puesto que desde que se formula la propuesta puede pasar a convivir con la familia de acogida, mediante la figura del acogimiento provisional.

En contra de este criterio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 13 de marzo de 1996 relata la siguiente situación: la Entidad Pública competente había procedido a constituir administrativamente un acogimiento prescindiendo del consentimiento de la madre biológica del menor que no se encontraba privada de la patria potestad. A juicio del Tribunal, las resoluciones administrativas "que acordaban el acogimiento familiar y que carecerían de fundamentación son contrarias al ordenamiento jurídico, ya que el artículo 173 del Código Civil exige para la formalización del acogimiento familiar el consentimiento de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad y en caso contrario sólo el Juez lo puede acordar. En efecto en los supuestos en los que los padres fuesen conocidos, como es el caso presente, y no estuviesen privados de la patria potestad, como también lo es, si éstos no comparecen a prestar el consentimiento al acogimiento o si compareciendo se oponen a su constitución, la entidad pública sólo puede formular propuesta de constitución judicial de acogimiento ante el Juzgado de Primera Instancia competente". Por ello, el Tribunal señala que "en el caso estudiado no consta en el expediente, ni tampoco en la resolución administrativa aportada que se contara con el consentimiento de la madre biológica y por ello los acogimientos acordados no son ajustados a derecho y que se debió acudir a los trámites de la jurisdicción voluntaria regulados en los artículos 1825 al 1828 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Así, según entiende el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de julio de 1995, "la oposición de los padres en el expediente judicial de acogimiento es precisamente una de las razones de ser de la constitución judicial del mismo, pues tal negativa hace inviable la prosecución del expediente administrativo". Se hace por tanto inviable el expediente administrativo ante la falta de comparecencia, pero en sede judicial, ante la misma circunstancia, se procede a la constitución del acogimiento. Quizás sería conveniente hacer una distinción entre falta de comparecencia y falta de consentimiento, de cara a tramitar los

expedientes en la vía judicial o administrativa, admitiendo que el expediente se puede tramitar administrativamente cuando citados formalmente no comparecen.

F) Acogimientos remunerados y no remunerados.

El artículo 173 del CC dispone: “*El documento de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el párrafo anterior, incluirá los siguientes extremos: (...) 5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores*”.

El artículo 26.2 del Decreto 282/2002 dispone que “*los acogimientos familiares simple y permanente podrán ser retribuidos, rigiéndose los requisitos, condiciones y procedimiento para el establecimiento de la remuneración por la correspondiente normativa*”. La Orden de 9 de mayo de 1997, sobre compensaciones económicas de los acogimientos familiares remunerados, regula esta previsión en Andalucía. “*Las compensaciones se concederán, bien a la persona o personas que figuren como acogedoras de un menor y carezcan de recursos suficientes para prestar la necesaria atención al menor acogido, bien a las que por su especial disponibilidad y/o formación específica acojan a un menor en situación de urgencia, con necesidades especiales o sujeto a medida de acogimiento dictada por los Jueces de Menores*”.

Señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe que la remuneración del acogimiento “tiene su razón de ser en que el acogimiento familiar como medida de protección de menores que tiende a prevenir o sustituir el acogimiento residencial en una institución, se encuentra con la dificultad para su constitución de la carencia, por parte de los acogedores, de los recursos suficientes para prestar la adecuada atención de las necesidades básicas del menor”. Esto es así en el caso de acogimientos con familia extensa, no en los casos en que se usa para compensar por ejemplo la disponibilidad de familias que actúan en caso de acogimiento de urgencia, cuando las circunstancias del caso, o la necesidad de que el menor no pase a acogimiento residencial, implica contar con familias dispuestas a recibir en cualquier momento a un menor en su casa.

G) Acogimientos legales y de hecho.

El acogimiento de hecho, matiza el informe del Defensor del Pueblo, “se identifica con la figura de la guarda de hecho del artículo 303 del Código Civil, situación que suele darse frecuentemente en la práctica cuando los padres delegan en otra persona o entidad, que no está obligada legalmente a ello, el cuidado y atención de sus hijos”. En el acogimiento legal se han cumplido los requisitos

del Código Civil sobre constitución, mientras que el acogimiento de hecho es una situación creada entre los particulares en que ni la administración ni los juzgados han tenido participación. De los problemas que plantea y su relación con el acogimiento familiar de derecho trataré más adelante.

H) Acogimientos de menores con necesidades especiales-acogimiento normalizado.

La ley canaria recoge específicamente la modalidad del acogimiento profesionalizado, en que *“la valoración de la idoneidad de los solicitantes tendrá en cuenta, especialmente, su especial aptitud educadora, la disponibilidad de tiempo para la educación del menor y la dedicación habitual al cuidado de los menores que van a recibir en acogimiento, así como la experiencia en la educación, cuidado y atención de menores”*. El art. 6 del Decreto andaluz 282/2002 contempla la valoración de las solicitudes de acogimiento familiar y adopción de menores con necesidades especiales con carácter preferente, adaptándose los criterios de asignación a las circunstancias específicas de los menores.

Tomás MERÍN CAÑADA plantea cómo “superada en gran medida la fase de desinstitucionalización de acogidos en centro por meras razones económicas, el número más importante de niños y niñas que permanecen en los centros residenciales sin salidas familiares, se aglutina entre los que tienen problemas de salud, padecen alguna deficiencia o minusvalía, o los que han alcanzado una edad adolescente, en las que las posibilidades de acogimiento se ven muy limitadas. Ello hace que aparezcan programas específicamente dirigidos a promover la acogida de esos grupos de población”.

I) El acogimiento ecológico.

Hace referencia a él Tomás MERÍN CAÑADA, tras el estudio de la actividad de los Servicios Sociales catalanes. Este nuevo modelo se autodefine como ecológico y señala como ejes de su diseño:

- Economía: no suplir más de lo necesario.
- Proximidad: no separar al acogido de su medio.
- Temporalidad: acotar la acogida en el tiempo.
- Voluntariedad: sin intervención de ninguna instancia judicial y aceptación de todos los participantes en la acogida.

Se trata de un modelo diferenciado de lo que suponía la guarda y custodia. Si ésta se configura como una medida de protección jurídica, la figura puesta en

marcha por el Ayuntamiento de Barcelona forma parte de las medidas de protección social.

En esta línea, al exponer los criterios de preferencia en la selección de los acogedores, el Decreto andaluz 282/2002 menciona en primer lugar la relación sociocultural: "*tendrán preferencia los solicitantes que pertenezcan al contexto próximo al menor*".

5. RELACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Cuando se trabaja con un menor y hay que realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, es fácil que nos encontremos en muchas ocasiones con disyuntivas difíciles de solucionar, ya que las figuras jurídicas a veces se yuxtaponen, no siendo unánimes ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre la solución más adecuada en un caso concreto. Un problema muy frecuente que se plantea es el de los menores que se encuentran conviviendo en el seno de una familia, propia o ajena, sin que se haya formalizado ningún trámite y no quede clara la posición jurídica de esas personas que de hecho están ejerciendo la guarda de los mismos.

La situación es muy distinta cuando se trata de menores que tienen un vínculo familiar con los acogedores, que cuando se trata de personas completamente ajenas a ellos. En todo caso las decisiones que se adoptan tienen una gran trascendencia, tanto para los menores como para las personas que convivan con ellos.

Cuando nos encontramos con menores en cualquiera de estas situaciones, en realidad estamos ante figuras de desamparo, guarda de hecho o delegación de la patria potestad, y que una vez en conocimiento de los servicios sociales lo que procede es buscarles una salida estable, a través de las distintas alternativas jurídicas articuladas en la legislación.

Paso por tanto a estudiar la relación entre el acogimiento, el desamparo, la tutela, la delegación de la patria potestad, la adopción y la privación de la patria potestad.

A) Acogimiento y desamparo.

El artículo 172 del Código Civil, regulador del desamparo, dispone que "*La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y*

marcha por el Ayuntamiento de Barcelona forma parte de las medidas de protección social.

En esta línea, al exponer los criterios de preferencia en la selección de los acogedores, el Decreto andaluz 282/2002 menciona en primer lugar la relación sociocultural: "*tendrán preferencia los solicitantes que pertenezcan al contexto próximo al menor*".

5. RELACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Cuando se trabaja con un menor y hay que realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, es fácil que nos encontremos en muchas ocasiones con disyuntivas difíciles de solucionar, ya que las figuras jurídicas a veces se yuxtaponen, no siendo unánimes ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre la solución más adecuada en un caso concreto. Un problema muy frecuente que se plantea es el de los menores que se encuentran conviviendo en el seno de una familia, propia o ajena, sin que se haya formalizado ningún trámite y no quede clara la posición jurídica de esas personas que de hecho están ejerciendo la guarda de los mismos.

La situación es muy distinta cuando se trata de menores que tienen un vínculo familiar con los acogedores, que cuando se trata de personas completamente ajenas a ellos. En todo caso las decisiones que se adoptan tienen una gran trascendencia, tanto para los menores como para las personas que convivan con ellos.

Cuando nos encontramos con menores en cualquiera de estas situaciones, en realidad estamos ante figuras de desamparo, guarda de hecho o delegación de la patria potestad, y que una vez en conocimiento de los servicios sociales lo que procede es buscarles una salida estable, a través de las distintas alternativas jurídicas articuladas en la legislación.

Paso por tanto a estudiar la relación entre el acogimiento, el desamparo, la tutela, la delegación de la patria potestad, la adopción y la privación de la patria potestad.

A) Acogimiento y desamparo.

El artículo 172 del Código Civil, regulador del desamparo, dispone que "*La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y*

deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda". El acogimiento familiar puede ser por tanto una de las vías de las que se sirva la entidad pública para ejercer dicha guarda. Si bien la declaración de desamparo puede ser una forma de llegar al acogimiento, no es en absoluto necesario la existencia de esta medida de protección para la constitución de la guarda.

• Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO define el acogimiento permanente como acogimiento de socialización, en los siguientes términos: "es aquella clase de acogimiento familiar en cuya virtud la respectiva Entidad pública procede al ejercicio del contenido personal inherente a la tutela *ex lege* y proporciona una vida familiar a un menor adoptable en virtud de la resolución firme de haber lugar a la declaración de su situación de desamparo con la finalidad inmediata de soslayar los efectos negativos propios del acogimiento residencial o internamiento debido a que de momento no se encuentran personas que quieran adoptarlo (vertiente socializante), y la mediata de posibilitar su integración en una nueva familiar a través de la tutela ordinaria y, a ser posible, de una posterior adopción (vertiente integradora)". Este autor vincula la figura del acogimiento permanente de forma inexorable al desamparo. Si aceptamos que en los casos de familiares que acogen a menores la figura a la que hay que acudir es la tutela, conforme a lo dispuesto en el artículo 239 del Código Civil, podríamos estar de acuerdo con esta teoría. No obstante, la legislación no vincula necesariamente el acogimiento permanente al desamparo.

Bartolomé VARGAS CABRERA señala cómo el legislador "...al regular específicamente ambas figuras en los arts. 173 y siguientes, lo hace dándoles sustantividad propia, desconectándolos de la definición legal de desamparo del art. 172". En cualquier caso su autonomía respecto del desamparo se colige de la propia Exposición de Motivos, que habla de dotar a la figura de autonomía... La expresión contenida en el art. 173.2 del CC, "tenga o no la tutela del menor", es indicativa al respecto. Señala asimismo este autor que "...no habiendo previa declaración de desamparo, el acogimiento puede asimismo desempeñar las mismas funciones de auxiliar temporalmente en el ejercicio de la patria potestad o tutela...".

Hay que tomar en consideración que esta medida se toma a largo plazo. ¿Qué ocurriría si, constituido el acogimiento permanente sin desamparo por el juez, los padres plantean que quieren recuperar la guarda de su hijo? En este caso, si no procede el retorno, ¿habría que declarar en desamparo, para poder mantener el acogimiento? La realidad es que en ese momento el menor no estaría privado de asistencia moral ni material. Parece que el menor debe volver con sus padres, ya que no hay ni privación ni suspensión de la patria potestad, una vez cese el acogimiento, y, en su caso, proceder a desamparar.

Se ha planteado la necesidad de que antes de proponer un acogimiento judicial el menor debe estar desamparado. Si bien es cierto que el desamparo

previo a la constitución del acogimiento suele ser el camino normal, también lo es que existen situaciones en que no se dan los presupuestos de desasistencia moral y material del menor, pero sí las condiciones idóneas para la constitución del acogimiento permanente. Supongamos que un menor lleva viviendo años con sus abuelos, siendo visitado esporádicamente por los padres. No ha sufrido en ningún momento desasistencia y por tanto no procede declarar el desamparo. Puesta esta situación en conocimiento de la Entidad Pública, se decide que la medida más estable para el menor es el acogimiento permanente con sus abuelos. En tanto se tramita judicialmente el acogimiento se constituye un acogimiento provisional, por lo que los padres, a pesar de no tener suspendida la patria potestad, tendrán que respetar tanto lo dispuesto en el acogimiento provisional como en el acogimiento permanente que constituya el juez. (Hay que tomar en consideración que el acogimiento puede cesar a petición de los padres, pero será el juez el que tome la decisión). En caso de que el menor no esté desamparado, y los padres pidan el cese y el juez no esté de acuerdo con él, siempre puede ordenar una guarda judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, con lo que siempre estará cubierta la situación de un menor no desamparado en acogimiento. Además siempre se puede acudir a la vía de privar a los padres de la patria potestad, en los casos en que proceda.

Una situación parecida se plantea con el acogimiento que se constituye, en tanto se sustancia el procedimiento de desamparo, en los casos en que ha dictado una medida cautelar de desamparo provisional (artículo 32 del Decreto 42/2002 de Desamparo, Tutela y Guarda del menor de Andalucía; artículo 11 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, que regula las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Canaria; artículo 24 de la Ley de la Comunidad Murciana...). La secuencia temporal sería la siguiente:

1. Se dicta resolución de desamparo provisional.
2. En tanto se resuelve el mismo, se dicta resolución de acogimiento provisional y se presenta propuesta de acogimiento al juzgado.
3. En la resolución definitiva del procedimiento de desamparo se acuerda el no desamparo.
4. El juez puede constituir el acogimiento antes o después de dicha resolución: en cualquier caso el juez puede dictar auto constituyendo el acogimiento, ya que como se ha expuesto más arriba, éste es independiente de la resolución de desamparo.

B) Acogimiento permanente y adopción.

Refiere Julio I. IGLESIAS que las personas acogedoras tienen que tener capacidad para ser adoptantes. Esta afirmación no casa con el actual sistema de

selección de familias. Actualmente, existen listas de espera de varios años para formalizar la adopción nacional de menores a través de las Comunidades Autónomas. Sin embargo no son tantas las familias que aceptan el acogimiento permanente, ya que lleva intrínseco un régimen de visitas con la familia biológica. En teoría cuando un menor sale en acogimiento permanente es porque no hay expectativas de adopción. En la práctica, sin embargo, hay menores que con el tiempo deben ser adoptados por esas familias. Es el caso de una menor de 13 años de edad, que llevaba años confiando en que su madre la recogiera, porque así se lo prometió, y no quería que le cambiaran de apellidos, pero que transcurrido un año de acogimiento permanente cambió de parecer, por lo que consultados los acogedores, y a pesar de que su intención inicial no era la adopción, se presentó propuesta al juzgado. Otro caso muy común es el de menores que se encuentran en acogimiento y durante un tiempo los padres mantienen las relaciones de visitas normales en esta institución, pero con el tiempo dejan de tener relación con él, encontrándonos en una situación idónea para la adopción.

La solución a este conflicto puede ser, en los casos en que se duda entre el acogimiento permanente y la adopción, escoger familias que sean solicitantes tanto de adopción como de acogimiento. Pero siempre habrá casos de familias que sólo tengan perfil de acogedores y que con el tiempo puedan devenir adoptantes del menor que tienen acogido.

En todo caso hay que tomar siempre en consideración los beneficios que aporta al menor la adopción (alimentos futuros, herencia...), de cara a no perpetuar situaciones que de hecho tienen más el cariz de adopción que de acogimiento, esto es, no debemos olvidar nunca el principio del interés superior del menor.

C) Acogimiento de hecho, tutela y privación de la patria potestad.

Pasamos seguidamente a examinar la situación de los menores que se encuentran en acogimiento de hecho en el ámbito de su familia extensa.

El artículo 239 del Código Civil dispone: "*La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste*". Este artículo, en apariencia de fácil aplicación, plantea sin embargo muchos problemas en la práctica.

Cuando se solicita la tutela, no se resuelve por juzgados especializados en temas de familia, sino que será resuelto por el juzgado de primera instancia de

la capital de provincia o primera instancia e instrucción del partido judicial correspondiente, con lo que nos encontraremos con criterios de lo más variados en función del juez que resuelva.

Cuando se plantea una situación en que se puede proponer la tutela, en algunas legislaciones autonómicas se hace mención a la posibilidad de usar la vía de la tutela y en otras no se alude a este tema específicamente, con lo que se suele acudir a la figura del acogimiento, cuando lo que en realidad procede es la tutela.

Podemos distinguir los casos en que el menor no ha sido desamparado, por encontrarse de hecho viviendo con familia extensa, de los casos en que existe un desamparo previo.

Cuando el menor convive de hecho con los acogedores y está bien atendido, no existe el presupuesto de desasistencia moral o material que la declaración de desamparo requiere. La realidad es que en muchas de estas situaciones, cuando un menor se encuentra acogido de hecho por un familiar, normalmente éste solicita el acogimiento a la entidad pública, sin plantearse la tutela, porque normalmente hasta desconoce la existencia de esta figura jurídica. Una alternativa ante esta situación es proponer bien el acogimiento judicial o administrativo en función de que haya o no consentimiento de los padres. Pero hay que preguntarse si no sería más práctico, cuando los padres no ejercen siquiera el derecho de visitas y no mantienen relación alguna con el menor (ya que no habría que solicitar facultades de tutela), la aplicación del artículo 239 del Código Civil. Dado que el menor no ha sido declarado en situación de desamparo, y por tanto sus padres no han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, habría que cuestionar si efectivamente sería necesario, previamente a la constitución de la tutela, privarlos de la patria potestad. En estos casos los tribunales pueden proceder a privar a los padres de la patria potestad para inmediatamente nombrar tutor, aunque no sea preceptivo tomar esta medida, conforme a lo dispuesto en la legislación.

Así, en auto de la AP de Cáceres de 25 de octubre de 1999, núm. 71/1999, en un caso en que un familiar se está haciendo cargo de un menor, ante una falta total de ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores, declara la Audiencia que este menor está en situación de desamparo. De no haber decidido este familiar hacerse cargo del menor, desplegaría sus efectos la tutela automática, por la entidad pública correspondiente. Sin embargo el auto estima la constitución de la tutela, con base en la legislación correspondiente, sin necesidad de declaración previa de desamparo.

Cuando el menor ha sido previamente desamparado existe ya de hecho una suspensión de la patria potestad.

Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 1998 considera que es posible proceder a la constitución de la tutela ordinaria de un

menor declarado en situación de desamparo sin que sus padres hayan sido privados de la patria potestad. En ese sentido señala que, "si bien la regla general es que la Administración Pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tutora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria. Siendo así que en el presente caso se encuentra en marcha un procedimiento de esta naturaleza, que de lo actuado resulta la idoneidad de los demandantes para desempeñar la tutela de sus sobrinos, que el padre de éstos ha sido oído mostrando su conformidad y que se les ha declarado en desamparo, procede nombrarles tutores".

Un supuesto similar se contempla en el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de julio de 1998. En este caso, se trataba de un menor al que se declaró en situación de desamparo al encontrarse el padre en prisión y la madre en paradero desconocido. Ante tal situación, la Entidad pública procedió a instar la constitución judicial de un acogimiento a favor de su abuela paterna, quien decidió oponerse promoviendo, a su vez, la constitución de la tutela ordinaria. El Tribunal, después de analizar la situación del menor en relación con sus padres biológicos, sostiene que, "en definitiva, puesto que el nombramiento de tutor en la forma ordinaria no es incompatible con las situaciones de desamparo y acogimiento, según se deduce del tenor del artículo 239 del Código Civil (...) y puesto que la persona a designar es la abuela paterna, quien ha venido atendiendo al menor durante los últimos años y con la que éste se halla plena y satisfactoriamente integrado, según resulta de los informes de seguimiento procedentes de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Principado de Asturias, ha de accederse a lo solicitado". Para fundar jurídicamente su decisión señala que, "ante la discordancia entre la situación legal indicada y la situación legal concurrente, caracterizada por un continuado y total incumplimiento por parte de la madre de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el artículo 154, la Sala estima que debe atender al preferente beneficio e interés del menor y dentro de las amplias facultades que el artículo 158 atribuye a los Tribunales, entiende que procede la adopción de las medidas cautelares adecuadas para atender a las necesidades del menor, y acceder al nombramiento de tutor, en la medida que tal designación habrá de redundar en beneficio del menor referido, poniéndolo bajo el cuidado de quien velará por su persona y bienes en los términos previstos por la Ley; conclusión que ha de conducir al rechazo del criterio de la resolución recurrida, que sobre la base de la teórica subsistencia de la patria potestad materna, denegó el nombramiento de tutor solicitado".

Destaca en este auto la importancia del artículo 158 del Código Civil, a cuyo tenor "*El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4. En general, las demás disposi-*

ciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria". En el trabajo con menores este artículo tiene una importancia esencial, al permitir que en cualquier proceso civil o penal se adopten medidas judiciales a favor del menor. La realidad es que normalmente se emplea como vía para ordenar la guarda judicial, cuando se observa que el menor puede estar en cualquier situación de peligro, pero su aplicación puede ser mucho más amplia, como se muestra en el auto arriba reseñado.

En el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de enero de 1999 una menor se encontraba acogida por sus abuelos maternos tras la previa declaración de desamparo. Posteriormente, los abuelos decidieron ejercitar la acción de privación de la patria potestad de su hija y madre de la menor con el objeto de ser nombrados ulteriormente tutores de su nieta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda "por entender que pese al inicial estado de la madre, adicta a sustancias estupefacientes que se subvenía ejerciendo la prostitución, su conducta en ningún momento supuso un riesgo o perjuicio para la menor, en su educación y formación, al haber acudido a la ayuda de los abuelos maternos y a la situación provisoria de la suspensión de la patria potestad y acogimiento familiar previsto en los artículos 5.º, 10 y ss. de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre Mesures de Protecció dels Menors Desamparts i de l'Adopció, por lo que precisamente ahora que el tratamiento al que la madre ha sido sometida de deshabitación a sustancias estupefacientes ha comenzado a dar sus frutos, y ha mejorado hallándose en un proceso de normalización, en orden a una eventual recuperación de la patria potestad sobre su hija Erika, no existen razones que justifiquen la privación definitiva de la patria potestad propugnada".

Contra la decisión de instancia mostró su disconformidad la parte actora alegando que lo único que pretendía era adecuar la situación jurídica a la realidad fáctica poniendo fin a una situación interina por medio de la constitución de la tutela ordinaria, para lo cual consideraba preciso la obtención de la privación de la patria potestad.

En opinión del Tribunal, "no le falta razón a la parte actora en los argumentos que expone, pero éstos no constituyen una novedad, puesto que el estado de la madre provocó que la menor fuese sometida a acogimiento familiar simple y sometida al cuidado y guarda y custodia de sus abuelos paternos bajo la supervisión de la Generalitat, tras la previa declaración de desamparo. Por lo tanto, la carencia de condiciones, dado el estado de la madre, para asumir los deberes inherentes a la patria potestad de su hija, constituyó la causa de la declaración de desamparo y la suspensión temporal de la patria potestad, medida que por su carácter provisional sólo se justifica en la previsión de que la madre pueda

asumir sus derechos y deberes con respecto a su hija, para lo cual ha sido objeto de tratamiento con resultados positivos en tanto que se halla en proceso de normalizar sus situación. Por tanto si los abuelos maternos ahora recurrentes aceptaron la situación de acogimiento familiar simple, mientras su hija se sometía al tratamiento oportuno, con la lógica esperanza de que en el futuro pudiera hacerse cargo de los compromisos que comporta la potestad de su hija, no se entiende que ahora, cuando la situación de la hija tiende a la normalidad, y por lo tanto se vislumbra que pueda quedar sin efecto la suspensión de la potestad de la madre respecto de su hija Erika, se alegue por los abuelos el incumplimiento de los deberes que conlleva el ejercicio de la potestad, para que se prive de la misma a su hija, en base a unos motivos que como supuesto de desprotección dieron lugar a la declaración de desamparo, pero que precisamente propiciaron una posición provisional e interina, por ellos admitida, que habría de desembocar en la recuperación de la madre para hacerse cargo de la hija asumiendo su potestad, o, en caso de que ello no fuese posible y los tratamientos resultasen frustrados, sustituir la medida y situación interina por otra definitiva, que sería la adopción o la constitución de la tutela". En consecuencia, sostiene que "no puede obtener amparo jurisdiccional la privación de la potestad solicitada, cuando la madre está haciendo lo posible por reintegrarse a la sociedad, sometiéndose positivamente a los tratamientos necesarios para superar su adicción a la droga y volver a la normalidad, poniendo fin al estado que motivó la declaración de desamparo de su hija, la suspensión de la patria potestad y el acogimiento familiar simple".

Existen sin embargo alusiones claras a la constitución de la tutela en los casos en que existan personas que puedan asumirla en algunas legislaciones autonómicas.

Así el artículo 26 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, que aboga por la constitución de la tutela en los casos de los que hemos tratado, al disponer que "*la tutela ordinaria habrá de ser promovida por el organismo competente en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el niño o por otras circunstancias, puedan asumirla en beneficio de éste*". Se puede observar que este artículo copia casi literalmente la dicción del artículo 239 del Código Civil. Hace la Ley sin embargo una restricción en su aplicación al disponer que "*la promoción de la tutela ordinaria se llevará especialmente a cabo en aquellos casos en los que el menor se halle próximo a la mayoría de edad o emancipación*".

La Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Cataluña, en su artículo 55 titulado "Promoción de la tutela ordinaria", dispone que "*...el órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este*

efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan”.

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, en su artículo 63, denominado “De la promoción del nombramiento de tutor”, articula que “...la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, y cuando no haya designación de autoridad familiar, promoverá el nombramiento de tutor cuando existan personas que puedan asumir la tutela en beneficio del menor en situación legal de desamparo, conforme a las normas civiles aplicables.

Igualmente la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, en su artículo 55, dispone que “El órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan”. En este caso, como en el catalán, la norma va más allá de la simple constitución de la tutela, ya que insta a que se solicite la privación de la patria potestad. Esta alusión a la privación de la patria potestad, al decir “a este efecto”, parece que supedita la constitución de la tutela a la previa privación de la patria potestad, lo cual, como hemos podido ver a través de la jurisprudencia, no es requisito *sine qua non*.

D) Acogimiento de hecho y delegación de la patria potestad.

José Manuel RUIZ RICO⁽¹⁰⁾ destaca que “ha sido y sigue siendo bastante frecuente en las relaciones familiares y sociales encargar a terceros, de manera más o menos transitoria, la vigilancia, la instrucción e incluso la alimentación de menores. Hechos tan dispares y habituales, empezando por la guarda de la simple empleada de hogar o de las conocidas guarderías, cuya función de custodia se limita a escasos momentos o a un horario laboral diario más o menos detallado, y terminando por los supuestos más complejos y duraderos en el tiempo, de entrega por los padres de un hijo menor a un establecimiento o centro público o privado de asistencia o beneficencia como consecuencia de una difícil situación personal o económica, sin olvidar las hipótesis de internamiento temporal en un centro educativo, sanitario o correccional, o el acogimiento del mismo por los familiares o amigos de los progenitores en las más variadas circunstancias (viajes, emigración, etc.), ponen de manifiesto la amplitud con que la sociedad acoge este fenómeno”. Este autor explica cómo la admisibilidad de la delegación paterna encuentra un obstáculo legal de bastante

(10) *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Editorial Comares, Granada.

entidad en el contenido del artículo 154.1 del Código Civil, según el cual la patria potestad de los progenitores comprende el deber de "tenerlos en su compañía". Sin embargo un amplio sector doctrinal ha venido tradicionalmente interpretando ese deber de convivencia de una manera flexible y relativizada, dando cabida en su seno a aquellos supuestos en donde los progenitores, sin perder el control sobre la persona de sus hijos, los llevan al domicilio de otras personas o familias o instituciones, por las más variadas motivaciones.

Señala RUIZ RICO la semejanza y la proximidad que hay entre la guarda de hecho y la delegación paterna de la patria potestad. En ambos casos, nos encontramos con situaciones de asunción por terceros de roles y tareas paternas o tutelares, con un claro componente personal, manifestados en una relación de convivencia (normalmente) estable y permanente. Pero señala cómo la mayoría de la doctrina no está de acuerdo en la asimilación de ambas figuras. El delegado dejará de serlo y se convertirá en guardador de hecho cuando, con posterioridad a la celebración del convenio delegatorio, cese la patria potestad de los padres (por fallecimiento, por privación de patria potestad judicial o por revocación del acuerdo aun cuando el delegado siga ejerciendo sus funciones).

La diferencia esencial está en que en las guardas de hecho de los menores de modo espontáneo y por diversas circunstancias se asume por terceros, sin título constitutivo legal o convencional.

ROGEL VIDE⁽¹¹⁾, sin embargo, partiendo de una concepción amplísima de la guarda de hecho, muestra su postura favorable a esta asimilación. Según este autor la delegación de la patria potestad es ilegal. Aquellas personas en quienes lo tutores o titulares de la patria potestad deleguen sus funciones, son guardadores de hecho. No lo son, en cambio las personas que auxilien, en determinados casos y circunstancias, a los padres o a los tutores.

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁽¹²⁾ distingue igualmente la guarda de hecho de los pactos privados de delegación de las facultades de guarda, que define como negocios jurídicos de Derecho de familia, de carácter autónomo, ya que no se identifican con ninguna de las instituciones de guarda actualmente reguladas. El guardador, en el ejercicio de la función de guarda sobre el menor, deberá atenerse a lo dispuesto en el convenio, dentro de los límites que señalamos más abajo, y actuará bajo la supervisión de los progenitores.

(11) *La guarda de hecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1986.

(12) *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, editorial Tecnos, Madrid, 1997.

Si bien en los casos de delegación de la patria potestad no se entiende que deba existir ninguna intervención ni judicial ni administrativa, la situación varía cuando el menor se encuentra en guarda de hecho.

Respecto de las características que el pacto delegatorio debe reunir son las siguientes:

- estar justificada por la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio;
- temporalidad de la entrega;
- que los padres no se desentiendan de sus deberes de protección.

María BALLESTEROS señala que la doctrina se pronuncia a favor de la delegación de la función de guarda, es decir, a favor de la licitud de la entrega temporal del menor a terceras personas, pero dentro de unos límites, añadiendo a los señalados que la delegación debe hacerse en beneficio del menor. Señala la necesidad de establecer unos límites porque, tras un aparente supuesto de delegación, puede encontrarse un caso de abandono cuando los progenitores se desentiendan del menor, bien al iniciarse la delegación, al manifestar que esa es su voluntad, bien con posterioridad, al no mantener ningún tipo de contacto con aquél. Por consiguiente debe evitarse la abdicación encubierta de la patria potestad. Idéntica situación se plantea cuando la delegación se produce por parte del tutor. Si se traspasan estos límites, nos encontraríamos ante la guarda de hecho. Y si los padres se desentienden con posterioridad, se les podría privar de la patria potestad.

José Manuel RUIZ RICO destaca estos límites, desde un punto de vista negativo, en la imposibilidad de desentenderse del cuidado, aunque sea indirecto o mediato, del hijo; y desde un punto de vista positivo, en la exigencia de control o dirección efectiva, real, suprema de los progenitores sobre el modo de ejercitar la guarda y custodia por el tercero encargado de ella. Según este autor en tanto los guardadores actúen dentro de los límites que se han señalado, estaremos ante guardas legales, jurídicas o de derecho.

Otro límite que considero se debe establecer es el de la buena o mala fe con que actúen los acogedores. Pongamos el caso de una madre inmigrante, que ante la situación de penuria económica que atraviesa entrega temporalmente su hijo a una pareja, habiendo ésta tenido contacto con los servicios de atención al menor, y conociendo por tanto los cauces formales necesarios para la acogida o la adopción de un menor. Si la madre del menor desaparece durante un tiempo mayor del razonable, y no da noticias de su paradero, esa familia debe acudir al servicio de atención al menor y comunicar su situación, a fin de que se adopten las medidas adecuadas. Si por el contrario mantiene consigo al menor, creando

un vínculo afectivo difícil de romper, para cuando acuda a los servicios sociales la decisión a tomar será mucho más complicada.

Cuando se atraviesan los límites planteados más arriba, nos encontramos ante la guarda de hecho. Destaca RUIZ RICO las conclusiones del grupo de trabajo dirigido por el profesor DÍEZ-PICAZO, en una postura en que limita la guarda de hecho únicamente a los supuestos previos a la incapacitación y nombramiento de tutor. Comparto esta opinión pero pienso que debe ser objeto de matización. Cuando un menor ha sido abandonado por sus padres en el hogar de su familia extensa, puede proceder nombrar tutor o bien constituir el acogimiento familiar. Considero que, en aplicación del artículo 239 del Código Civil, lo correcto, como expongo más abajo, es nombrar tutores directamente a los familiares, en lugar de constituir el acogimiento. En caso de que sea abandonado con familia alternativa, no se debe considerar *a priori* que estas personas pueden ser nombradas tutores, por lo que se puede aceptar como válida la figura del acogimiento de hecho, en tanto se le busca al menor la alternativa familiar más adecuada.

Bartolomé VARGAS propone estas alternativas:

— Comunicación al Juez o al Ministerio Fiscal para que se proceda, en su caso, en los términos del art. 228, a la constitución de la tutela.

Esta alternativa será válida cuando se trate de personas a las que les corresponda asumir la tutela según las normas del CC. Sin embargo hay ocasiones en que detrás de la guarda de hecho se esconden intenciones adoptivas, especialmente cuando se trata de familias alternativas, sin vínculos biológicos con el menor. En estos casos, si se constituye la tutela conforme a lo dispuesto en el art. 234, en su penúltimo párrafo, se está abriendo la vía a la adopción por el cauce del artículo 176.2.3. Habrá que tomar en consideración el superior interés del menor y el tiempo transcurrido en el seno de la familia a fin de valorar la oportunidad de proponer una tutela en estos casos, ya que puede convertirse en una puerta abierta para las adopciones en casos en que no está clara la procedencia del menor. Se han dado casos, en la línea de lo mencionado más arriba, en que comparecen familias que declaran que una mujer les dejó un niño y no han sabido nada más de ella. El menor está bien atendido y tiene todas sus necesidades cubiertas, pero planteando la tutela se está dando pie a que otras familias se queden con menores de familias desfavorecidas (incluso a cambio de una contraprestación económica), y puedan legalizar su situación.

— Adopción de genéricas medidas de protección del art. 158 del Código Civil.

En caso de que, estando el menor en guarda de hecho, se estime por la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal o el Juez, que al menor debe buscársele

otro núcleo familiar más estable, de cara a su acogimiento o adopción, bien porque el que lo tenga en guarda de hecho no sea idóneo o porque no haya cumplido con los trámites administrativos necesarios para entrar en las listas de familias susceptibles de adoptar, y habiéndose realizado una valoración psicosocial del interés del menor, procederá dictar medida provisional de guarda en centro de protección o la permanencia en acogimiento con los guardadores de hecho, en tanto el menor sale con su familia definitiva.

Ejemplo de este último caso, en aplicación del artículo 158, es el comentado por Helena DÍEZ GARCÍA ⁽¹³⁾, en relación al Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de enero de 1999. En este supuesto, la madre biológica de una menor, ante las dificultades para atenderla debidamente (por cuanto que padecía una discapacidad mental calificada minusvalía orgánica y funcional de un 59%), y tras reiterados intentos por los servicios sociales de prestarle ayuda domiciliaria, decidió confiar la guarda de hecho a su hermana. El Tribunal comienza analizando la relación entre la menor y sus padres biológicos, comparándola con la que se desarrolla entre ésta y su guardadora de hecho: "de los precedentes hechos se revela cómo efectivamente la atención de la menor por parte de su madre ha sido deficiente y problemática, incluso reticente a las ayudas que en su día se prestaron, tanto por los servicios sociales dependientes del Ayuntamiento como por su propia hermana doña Rosa con la que la menor progresa razonablemente en el último período que se extiende ya por más de dos años. Con ello ha de entenderse que efectivamente la madre presenta deficiencias en su actitud y habilidades para la educación y cuidado de la menor, representando tales deficiencias un potencial riesgo de retroceso y perjuicio en la educación de la menor si se reintegrara al domicilio familiar. De otra parte, respecto al demandado, padre de la menor, con independencia de sus habilidades (poco cualificadas según el informe que obra en autos) o deseos, es de destacar que no ha vivido nunca con la menor, por lo que no es posible calificar su aptitud, sin embargo el solo hecho de esa falta de convivencia es un factor ciertamente limitador de una eventual convivencia inmediata y plena. En cualquier caso debe resaltarse que la menor en la actualidad se encuentra correctamente atendida por su tía, por tanto no se da una situación de riesgo o deficiencia educativa; sin embargo sí se detecta una efectiva oposición de los padres naturales que reclaman la custodia y el ejercicio de la patria potestad, por lo que ha de entenderse que ha cesado esa aparente entrega voluntaria que la madre, por razones de trabajo, hizo de la menor a su hermana, para que ésta atendiera su cuidado. Además se alega que los demandados viven juntos, poseen una

(13) Helena DÍEZ GARCÍA, profesora Titular de EU de Derecho Civil de la Universidad de León, "Desamparo y acogimiento de menores", *Aranzadi Civil*, vol. III, 1999, pp. 2239-2270.

vivienda y medios económicos suficientes. La situación de custodia de hecho que ejerce la actora desde el año 1996 con claro beneficio para la menor, se ve ahora cuestionada por el deseo de los padres de ejercer el derecho a tenerla en su compañía. Sin embargo, pese al derecho de los padres y de la menor a que se eduque y viva en el propio ambiente familiar, los antecedentes expuestos denotan una evidente situación de riesgo y desamparo para la menor si se produjera la reincorporación inmediata al domicilio de sus padres, pues la madre ya mostró sus carencias y el padre no ha tenido contacto con la menor". De ahí que concluya señalando que, "por ello, conforme a lo dispuesto en los arts. 158 y 170 del Código Civil, es adecuado adoptar la medida de privación de la patria potestad y el otorgamiento de la custodia a la actora establecidas en la sentencia de instancia, si bien con la precisión de que la situación de autos debe reconducirse al control de la institución pública competente en el territorio (...) en cuyo seno (...) ha de valorarse la situación y establecerse los mecanismos jurídicos y materiales necesarios para procurar la asistencia y cuidado adecuados a la menor, así como adoptar las medidas oportunas para procurar la reincorporación de la menor a su familia natural. Entre tanto es adecuada la medida de suspensión de la patria potestad y el otorgamiento a la actora de la guarda y custodia de la misma, si bien con la precisión de que ha de entenderse que el Consejo del Menor asume la tutela automática, *ex* artículo 172 del Código Civil, en cuyo ejercicio cabe reconducir la situación por medio de la institución del acogimiento familiar simple, artículo 173 bis del Código Civil, en la persona de la actora, con sometimiento a la tutela del Consejo del Menor, entidad que asimismo resolverá y decidirá sobre la forma del ejercicio del derecho de los padres a visitar a la hija estableciendo el correspondiente horario que servirá asimismo para restablecer la relación de la hija con sus padres y así preparar la futura reincorporación de ésta al seno familiar de origen".

En este caso, se adoptó la solución del acogimiento familiar como medida provisional partiendo del hecho del desamparo de la menor que, a juicio del Tribunal, se producía si ésta retornaba a su núcleo familiar originario. Sin embargo, aunque la solución pudiera parecer adecuada desde el punto de vista de la justicia material, lo cierto es que técnicamente no puede decirse que la menor, sujeta a la guarda de hecho de su tía, se encontraba en tal situación en cuanto no se hallaba privada de la necesaria asistencia moral y material.

No comparto el criterio la audiencia al considerar que la menor se encuentra en situación de desamparo, ya que no existía en ese momento desasistencia de la misma. Considero que hubiera sido suficiente aplicar el artículo 158 del CC, en el sentido de ordenar que la menor se quedara en acogimiento con la guardadora, en tanto los servicios sociales actúan en el proceso de retorno con sus padres.

Es necesario añadir, como medida a adoptar conjuntamente a las dos mencionadas más arriba, la posibilidad de iniciar un procedimiento de privación de la patria potestad, dado que no es posible la suspensión de la patria potestad por la vía del desamparo, al no darse las condiciones para declarar éste.

Como conclusiones del *semanario permanente de APDHA*, celebrado en Córdoba el 14 de noviembre de 2002, el Juez José Luis UTRERA GUTIÉRREZ⁽¹⁴⁾ propone que debe excluirse como situación de desamparo un supuesto que la Entidad Pública viene considerando como tal frecuentemente: La guarda de hecho de menores que tienen cubiertas sus necesidades básicas por personas con quienes carecen de vínculos jurídicos; esa declaración, guiada por un principio de política de protección de la infancia que tiende a impedir cualquier práctica que favorezca el denominado tráfico de niños, sólo será procedente cuando además de una guarda de hecho concorra una situación desfavorable en los guardadores y ello sin perjuicio de que se establezcan las medidas de vigilancia y control a que hace referencia el artículo 303 del CC.

Como única solución a la situación de transitoriedad que vive el menor en esa guarda de hecho, se proponen medidas de vigilancia y control. Sin embargo a veces estas situaciones se detectan cuando el menor lleva meses en la familia y lo que hay que hacer es darle un núcleo familiar estable, bien mediante la tutela, bien mediante la adopción, ya que no se debe olvidar el principio del interés superior del menor. Dado que no se debe decretar la situación de desamparo y arrancar al menor de la familia por los servicios de atención al menor, ya que esto crea una situación de alarma social (el menor en teoría no tiene desasistencia moral o material, es querido y está integrado en la familia, en el barrio e incluso en el colegio), quizás lo correcto sea comunicar esta situación al Ministerio Fiscal, el cual a su vez lo comunicará al Juez, valorando éste la medida que se debe adoptar, e incluso la posibilidad de que exista una posible figura delictiva por parte de los acogedores (tráfico de menores). Si se decide que el menor debe salir del núcleo familiar en que se encuentra, bien pasa a un centro de protección o bien permanece con los acogedores de hecho, en tanto se selecciona la familia adoptiva, en función de las circunstancias del caso. Si se determina que el menor pase a un centro, el Juez debe ser el que adopte la medida de guarda judicial. De esta forma se evita dictar una resolución de desamparo en casos de abandono con familia no extensa, pasando el menor al acogimiento o a la adopción.

(14) "Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección", *semanario permanente de APDHA*, celebrado en Córdoba el 14 de noviembre de 2002 (<http://www.apdha.org/download/utreramenores.doc>).

En el supuesto de que los padres entreguen su hijo a una persona manifestando expresamente su abandono, es evidente que ésta habrá de acudir a los servicios sociales a comunicarlo. En caso de que no lo haga estamos ante la misma situación que en el caso anterior, e igualmente, atendiendo al principio del interés superior del menor, en función de la edad y atendiendo a la valoración psicosocial que se haga del menor, habrá que valorar la medida más adecuada para el menor.

Es destacable el lugar en que se ponen a los acogedores de hecho en el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, ya que en su artículo 23 dispone que *“La valoración de las solicitudes se realizará en función del interés primordial del menor, teniendo preferencia para ser acogedores los miembros de la familia extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos al menor o a su familia por una especial y cualificada relación”*. Se prescinde aquí de que haya o no parentesco del menor con los guardadores de hecho y se atiende al concepto jurídico indeterminado de la especial y cualificada relación, criterio que evidentemente habrá de ser valorado con especial cautela a fin de no legalizar situaciones que *a priori* pueden resultar más que dudosas. Es loable sin embargo este artículo, en el sentido de que da solución a los parentescos lejanos, que sin embargo pueden haber creado un vínculo importante con el menor.

Cuando la entrega del menor se hace en guarda o acogimiento familiar de los arts. 172 y 173, la situación, según VARGAS CABRERA, no pasa, en caso de desentendimiento de los padres o tutores, a guarda de hecho, sino que se debe declarar el desamparo. La finalidad del precepto, sostiene, es impedir los fraudes que puedan cometerse al utilizar las instituciones públicas y legales para desconectarse de los comportamientos de atención al menor. Defiende que sólo se impedirá el desamparo cuando los terceros a los que se entrega el menor y lo asisten debidamente son particulares, y no cuando se trata de las propias entidades públicas protectoras de menores.

María BALLESTEROS contempla el supuesto de guarda y acogimiento en que exista un progresivo desentendimiento de los hijos por parte de los progenitores, y sostiene que en un principio el menor no se encuentra en situación de desamparo, ya que se encuentra asistido. Sin embargo éste surge con posterioridad, ya que la falta de interés posterior de los progenitores da lugar a que el menor se encuentre en situación de desamparo. Si incumple el guardador no prestando asistencia adecuada, la Entidad Pública asumirá la tutela. También la asumirá cuando el guardador no pueda hacerse cargo del menor y no existan personas encargadas de desempeñar esa función. Esta situación, mantiene, es diferente a la guarda de hecho, ya que tanto el Fiscal como la Entidad Pública, conforme al art. 174 CC, tienen el deber de vigilar y controlar a los menores que

estén bajo su protección. En un principio, declara María BALLESTEROS, en estos supuestos no hay desamparo porque en virtud del artículo 172.1 del Código Civil, el menor está asistido. Declara seguidamente que en estos supuestos nada impide que la guarda se transforme en tutela.

En contra de lo expuesto más arriba, estimo que no procede declarar la resolución de desamparo en los casos contemplados de abdicación de la patria potestad cuando el menor está en un acogimiento legal. Procederá más bien privar de patria potestad a los padres, ya que han incumplido con sus deberes, no teniendo trascendencia si se suspende o no la patria potestad, ya que no es necesario para promover la tutela o el acogimiento preadoptivo o la adopción.

6. CONCLUSIONES

Cuando los distintos sectores profesionales se enfrentan cara a cara con la situación que vive un menor, y han de decidir su futuro, deben tomar en consideración el amplio abanico de posibilidades que se han estudiado en este trabajo, sin descartar ni destacar ninguna solución *a priori*.

Solamente el estudio del caso concreto, junto a la legislación existente y el estudio de la jurisprudencia y la doctrina, pueden dar las claves para encontrar la solución más adecuada en el caso concreto. De ninguna forma se puede pensar de entrada que el caso a que se enfrenta el profesional es igual a uno anterior ya tratado, ya que cada menor es un mundo diferente, con un pasado, unos padres, unos familiares o unas personas que lo han atendido o no lo han hecho, en unas circunstancias siempre variables.

Sería deseable que desde el ámbito la judicatura y especialmente de los servicios sociales, desde el estudio de las distintas figuras jurídicas, se tomaran decisiones sobre cada caso, sin tender a decidir "como se ha hecho siempre", sino estudiando todas las posibilidades que la norma nos ofrece, a fin de dar una mayor seguridad jurídica y estabilidad a los menores, y coordinando la actuación entre jueces, fiscales y la Administración, de forma que la decisión la adopte en cada momento quien le corresponda, por sí mismo o a instancias de los demás agentes implicados.