

El acogimiento familiar como recurso de protección de menores

Leticia GARCIA VILLALUENGA

La protección de los derechos de la infancia, preocupa cada vez más a los legisladores de los distintos países. No cabe duda que el menor que crece en un medio que no corresponde a sus necesidades físicas, afectivas, intelectuales y sociales, corre el riesgo de "sufrir" toda su vida.

En España, la Ley 21/87 de 11 de noviembre, da un gran paso en pro del menor, regulándose como figura esencialmente civil el "acogimiento familiar", que ya tenía precedentes en nuestras normas administrativas.

En el acogimiento del menor desamparado o desatendido previsto en el Código Civil, interviene desde el primer momento y para su mayor garantía la entidad administrativa correspondiente, actuando bajo la superior vigilancia del Ministerio Fiscal.

La intervención judicial se reserva para el caso en que los padres que tengan la patria potestad sobre el menor se opongan a este acogimiento, o no comparezcan, y siempre en interés del menor.

Está claro que el apoyo a la familia de origen es la primera medida de protección al menor, y si no le perjudica, permanecerá éste en su núcleo familiar. De lo contrario, se constituirá el acogimiento que no deja de ser una forma más de ayudar a la familia a través del hijo.

Para los casos en los que la reinserción del menor en su propia familia no sea posible o conveniente para él, la ley regula la "adopción", que puede tener como paso previo el acogimiento preadoptivo.

SUMARIO: I.- Introducción, II.- Antecedentes legislativos, III.- Configuración legal del acogimiento: A. Características, B. Concepto, C. Clases, D. Constitución, IV.- Ampliación del recurso de acogimiento familiar a otros grupos de población.

I. Introducción

A lo largo de la historia las formas de familia, sus integrantes y los lazos afectivos y legales establecidos entre ellos, han sido tan cambiantes que es difícil establecer una clara definición que abarque todas sus características y funciones.

Sin embargo hay elementos comunes a todas las familias que han existido en cualquier formación social, a saber: se trata de una institución universal y asume la principal labor socializadora en los primeros años de vida del individuo.

Esta función socializadora cabe entenderla como proceso de absor-

ción y aprendizaje de conducta mediante la adaptación a un grupo y, en términos freudianos, a sus normas, imágenes y valores. Este proceso de socialización inicial se realiza mediante la interiorización emocional que quedará reflejada indeleblemente en la conducta del futuro adulto.

La psicología define la función de crianza como la relación recíproca entre la persona que proporciona los cuidados y la que los recibe, que progresa a través de una secuencia normativa de fases hasta llegar a la formación de un vínculo positivo. Es la suma de acciones de alimentación física, vestido, protección y ayuda.

Esto es así incluso en sociedades tecnológicamente avanzadas donde aparecen por primera vez grandes agentes impersonales de socialización, fundamentalmente los medios de comunicación de masas.

Por otra parte parece bastante evidente el cambio en las causas de "desamparo" del menor, incluso en la historia más reciente.

Hace apenas unos años existían numerosas circunstancias relacionadas con el honor y la presión social contra la procreación fuera del matrimonio, como causas importantes de abandono del menor.

Hoy podemos hablar de otros factores distintos, cuyo análisis es imposible en el presente artículo.

En este contexto parece evidente que cualquier niño abandonado o desatendido por sus progenitores puede recibir una mejor "educación y crianza" en el seno de una familia que internado en instituciones que no pue-

den nunca suplir los roles familiares. Como se ha dicho, aunque la familia no es la única institución que facilita al niño un marco para su vinculación y desarrollo afectivo, a menudo es el centro y principal referente.

II. Antecedentes legislativos

La Ley 21/87, de 11 de noviembre (B.O.E. del 17 de noviembre), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, contempla en su Preámbulo la introducción en el Código Civil de una institución que ya había tenido cumplida respuesta tanto en la sociedad como en disposiciones principalmente administrativas.

Se consideró por el legislador que esta figura poseía sustantividad suficiente para ser digna de incluirse en dicho cuerpo legal, confiando con ello en unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación.

Los primeros textos españoles que versan sobre el moderno acogimiento familiar no utilizan el término "acogida" o "acogimiento", sino otros tales como "alojamiento", "albergue en familia" o "colocación familiar" (Ripol-Millet, A. y Rubiol, G., 1990, 125).

Así la Orden de 30 de diciembre de 1936, llevaba por título "Beneficencia, agotamiento de niños huérfanos y abandonados. Juntas Locales de colocación familiar". En esta Orden debe verse (Llebaría Samper, 1990, 116), el primer precedente jurídico de la más

directa regulación legal del acogimiento.

La orden se refería básicamente a niños abandonados y huérfanos de guerra.

"Preocupa al Gobierno... la rápida y adecuada asistencia que ha de prestarse al considerable número de niños huérfanos o abandonados que sumados a los que ya tenemos en las regiones que han sufrido los horrores de las hordas salvajes del marxismo, de los sin Dios y los sin patria, hemos encontrado al ocupar Madrid..." (Preámbulo de la Orden de 30 de diciembre de 1936).

Establecía como primera medida las residencias infantiles, para colocar posteriormente a los niños en familias.

"La primera medida... es la recogida de niños desvalidos... atendiendo en los primeros momentos a su alimentación, cuidados sanitarios y alojamiento y seguidamente su desplazamiento a provincias del territorio ocupado para su distribución en los pueblos en donde ya se tienen preparados alojamientos con arreglo a las ofertas hechas a este Gobierno Central..."

El procedimiento para encontrar familias (Ripol-Millet, A., 1990, 125), era el siguiente:

- En cada localidad, se creaban Juntas que elaboraban una relación de "familiares" que se encontrasen en condiciones de "imponerse el sacrificio" de dar asilo a huérfanos o abandonados y se ofrecieran voluntariamente para dar albergue en su hogar a uno o dos niños.
- Las Juntas tenían en cuenta la moralidad y la religión de los oferentes

para que puedan ser para los niños escuela y asilo ejemplar al mismo tiempo que SATISFACCION de su necesidad MATERIAL y cuidado de EDUCACION CRISTIANA y de santo AMOR A LA PATRIA".

- La lista de acogedores se enviaba al Gobierno Central con indicación de las plazas que quedarían para acoger niños fuera de la provincia, una vez que las necesidades de ésta se hubieran cubierto.

En el mismo sentido de la Orden anteriormente señalada, pero presentando notables avances jurídicos, la Orden de 1 de abril de 1937, da un paso más en pro del menor "desamparado".

Esta disposición normativa, que es presentada en su Preámbulo como instrumento de "implantación de un importantísimo servicio de colocación familiar", define ésta como una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, lo que se materializaba a través de la vigilancia que el Estado ejercía mediante las Juntas Locales de Beneficencia. Por esta razón los autores le han atribuido a este acogimiento el carácter de público. "Es un instituto que satisface un interés público a través de un intervencionismo público también" (Pintó Ruiz, 1950, 269).

Destaca además su "flexibilidad", ya que podía tener un carácter permanente, compitiendo deslealmente con la adopción, o bien se permitía acoger al menor temporalmente y "si en cualquier momento apareciese el padre o tutor legal de alguno de los niños

abandonados... podrá reclamarle..." (art. 12). No se cortaban por tanto los lazos con la familia de sangre.

Hemos de aludir también a la sencillez procedimental que presentaba para agilizar y facilitar su constitución, pero su exclusivo carácter administrativo excluía la intervención judicial, con lo que esto pudiera suponer de falta de garantías.

En cuanto a las obligaciones de los "acogedores", la Orden de 1 de abril de 1937 seguía contemplando, en la línea de la Orden de 1936, el deber de atender tanto a las necesidades materiales del menor como a las espirituales, inspirándose básicamente en principios católicos y patrióticos. "Las Juntas Locales de Colocación Familiar quedan obligadas a vigilar si las personas que tienen a los menores cumplen con los deberes contraídos de alimentarles, vestirlos y educarlos, dentro de los sanos principios de religión y moral cristiana, amor patrio, etc." (art. 10); y en su artículo 8 les impone la obligación de "darles instrucción escolar hasta los 12 años como *mínimum*, no pudiendo bajo ninguna causa ni pretexto hacer de los niños objeto de explotación alguna, debiendo prestarles cuidados propios de un buen padre de familia".

En esta normativa (Méndez Pérez, 1991, 71), "con el estilo gramatical al uso, late la preocupación de que los menores encuentren, en las personas que los extraen o en las familias que los acogen, las confirmaciones necesarias a fin de que aquéllos encuentren en definitiva el medio apto y el ambiente idóneo para su nor-

mal desarrollo físico, psíquico y moral".

Posteriormente el Decreto de 23 de noviembre de 1940 centró su política de protección en favor de huérfanos y desamparados "por causa directamente derivada" de la guerra civil, declarando que las personas que asumieran la encomienda de los menores ostentarán el carácter de tutor legal de los mismos. Establecía un interesante orden de prelación en cuanto a las medidas a adoptar en relación a los menores referidos: "en defecto de su propia familia, serán encomendados a personas dispuestas a encender en ellos el fuego del afecto familiar y, no siendo posible la aplicación de este sistema, se confiarán a la Organización benéfico social que el Estado y el Movimiento prestigien como órgano militante de la idea de hermandad nacional. Sólo en último término pasarán a las Entidades de Beneficencia..." (Exposición de motivos, *pf.* 7).

Todas estas disposiciones normativas fueron fiel espejo de la realidad histórica y política del momento, y en ellas quedó reflejada una "moral" en que las garantías de los huérfanos pasaban conjuntamente por lo religioso, lo ético y lo patriótico.

En superación de esta etapa, los Decretos de 2 de junio de 1944 y 2 de julio de 1948 dan entrada a la figura del "protector social", sin concretar las obligaciones de éste para con el menor (hijos de padre y madre desconocidos), facultando a la autoridad correspondiente para que en cada caso determinase su contenido.

Por último, hay que destacar por su significado y trascendencia el texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

Estos Tribunales podían adoptar en el ejercicio de su facultad "reformadora", entre otras medidas, la de "colocar al menor bajo la custodia de otra persona, familia o de una sociedad tutelar", considerándose en este caso implícitamente suspendido el derecho de los padres o tutores a su guarda y educación.

También tenían potestad, como consecuencia de su facultad "protectora", de confiar al menor a una persona, familia, Sociedad o Establecimiento, pero no se recoge expresamente cuál haya de ser el contenido de las obligaciones de los acogedores, sino que se refiere ambiguamente a los derechos de "guarda y educación".

Con afán más recopilador que innovador, el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948, sigue recogiendo la figura del "protector de menores", con escasas modificaciones y en la línea de "amparar" a los necesitados.

Esta legislación tutelar del menor, ha sido criticada (Lledó Yagüe, 1986, 1196, ss.) por su "incapacidad de dar respuesta efectiva a las necesidades socio-familiares imperantes en el momento presente, así como por el excesivo paternalismo del Estado, imponiéndose una refacción de la legislación tutelar de menores en la que se estableciese la protección

esencial del desarrollo de su personalidad y, por ende, de su inserción real en la sociedad, compitiendo a los poderes públicos la protección integral de los menores y la guarda efectiva de sus derechos".

Con la reforma del Código Civil en materia de tutela, producida por la Ley 13/1983 de 24 de octubre (B.O.E. nº 256 del 26), se introduce en dicho cuerpo legal la figura del "acogimiento" del menor en establecimiento público y la guarda de hecho. La actuación de los guardadores en relación a la persona o bienes del menor o presunto incapaz estaba sometida al control y vigilancia de la autoridad judicial; sin embargo ésta era una intervención "a posteriori", y la guarda no dejaba de tener un carácter esencialmente transitorio, debiendo canalizarse hacia otras figuras (tutela, curatela).

"El acogimiento familiar" como tal figura legal aparece por primera vez recogido en el Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 21/87 de 11 de noviembre, y se regula en el capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica "De la adopción y otras formas de protección de menores".

III. Configuración legal del acogimiento

A. Características

- La primacía del INTERÉS DEL MENOR es el principio informador

de toda la regulación de la Ley 21/87.

- Dado que no es una institución familiar, en tanto que no crea parentesco alguno entre acogedores y acogidos y preserva los derechos de la familia de origen, se ha considerado (Llebaría Samper, 1990, 113 y ss.), como ALTERNATIVA PARAFAMILIAR ⁽¹⁾. "Precisamente una de las ventajas más trascendentales con que cuenta el acogimiento, es la reproducción del ambiente familiar del que, transitoria o indefinidamente, el menor carece". En este sentido se ha manifestado algún autor más (Alvarez Caperochipi, J.A., 1986, 162), considerando lo más característico del acogimiento la convivencia familiar: "se enmarca en una filosofía nueva de situar al menor en un ambiente familiar mientras no se resuelve definitivamente su situación de desamparo por la inserción familiar, o por la adopción".

Por otro lado (Feliú Rey, 1989, 57) el acogimiento supone ese elemento de "familiaridad" que desapareció de las instituciones de guarda con la Ley del 24 de octubre de 1983 (de tutela de familia se pasó a tutela de Autoridad), puesto que su función se lleva a cabo precisamente mediante la inserción del menor en la familia del acogedor ⁽²⁾.

- A diferencia de la Ley Italiana de la "Disciplina de la adopción y del acogimiento" (Ley Nº 184 de 4 de mayo de 1983), que ha influido de manera tan notable en nuestra legislación, no se contempla en nuestro articula-

do la necesidad de que el acuerdo de acogimiento familiar especifique el período de duración presumible de éste, pero aún así queda claro el carácter TEMPORAL que se le atribuye, y ello porque de un lado, al dirigirse a menores, el límite máximo estará en la mayor edad (o en la emancipación), y de otro porque en interés del menor, y siempre que sea factible, habrá de dársele "salidas" lo menos transitorias posibles, como la adopción. Con ello no atacamos la sustantividad del acogimiento, como institución independiente, pero sí se puede hablar de su carácter "relativamente subsidiario y accesorio" ⁽³⁾.

El acogimiento familiar tal vez sea la mejor alternativa para el menor desamparado o desatendido, pero no es la "solución" definitiva para él. Sin embargo, y aunque hay que atender a las circunstancias de cada caso, no le falta razón a algún autor (Rubio Larrosa, 1985, 53) al considerar que tratamiento "totalmente eficaz sólo hay uno, ante la falta de familia hay que proporcionar otra".

- Tiene también el acogimiento carácter FORMAL tanto en la constitución como en la cesación, punto éste al que nos referiremos más adelante dada la importancia que para la protección de menores tiene la exigencia de ciertos consentimientos, la superior vigilancia del ministerio fiscal y la actuación de la autoridad judicial.
- El carácter REMUNERADO o no del acogimiento se hará constar al for-

malizarlo. Parece ser (Feliú Rey, 1989, 76) que la retribución dependerá además de la "suficiencia patrimonial", de la existencia de acuerdo al respecto y de la conformidad por parte de la Entidad Pública a la que le incumbe realizar una función de control, teniendo como norte el interés del menor. Así se evitarán supuestos acogimientos que persigan en realidad, bajo la forma de esta institución, la explotación de menores. Si el acuerdo no llegara a producirse respecto a esta cuestión, pero se mantuvieran las voluntades de llevar a cabo el acogimiento por parte de los sujetos, será el Juez (en el acogimiento "judicial") quien resuelva esta cuestión (4).

El hecho de que el acogimiento pueda ser remunerado no parece que pueda ser el "reclamo" para las familias que acuden a ofrecerse para su ejercicio ni, como algún autor entiende, pueda llevar a la familia subvencionada a resistirse a adoptar al menor acogido, para así no perder "esos ingresos". Los valores que se exigen a los acogedores son distintos, y si su interés pecuniario fuera "notable" se desvelaría, descalificándoles en el proceso de selección o en el seguimiento que el equipo técnico correspondiente hiciera.

Por último señalaremos el derecho que tendrá también el acogente a que se le indemnice por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la guarda sobre el menor, sin culpa por su parte. Esta indemnización, que por aplicación analógica

de los preceptos de la tutela se podría pedir con cargo a los bienes del acogido de no poder obtener por otro medio su resarcimiento, no deja de ser falaz, ya que en la práctica totalidad de los acogimientos el menor acogido carece de bienes a los que recurrir. Sin embargo al acogedor tampoco se le puede exigir que haga frente con su propio pecunio a tales detrimentos, por eso en la práctica se contempla este extremo en los contratos de acogimiento, exonerando a aquél de toda responsabilidad respecto a los daños que pudiera ocasionar o sufrir el acogido, siempre que no sea por delito cometido por el acogedor (expresiones como éstas suelen recogerse en las cláusulas de los contratos). Así mismo la entidad administrativa correspondiente suele suscribir con una compañía de seguros una póliza de responsabilidad civil contra terceras personas para cubrir al menor durante el período de acogida.

- Respecto a la NATURALEZA de esta institución —civil o administrativa—, algún autor (Cerdá Gimeno, 1987, 739, 764) ha considerado la figura de "escaso soporte civil". Sin embargo entiendo que ésta es claramente su naturaleza, al afectar el acogimiento precisamente a su esencia, la persona. "El Derecho civil, es el derecho privado general que regula la personalidad, la familia, las relaciones patrimoniales y la sucesión hereditaria" (Albaladejo, 1987, 12).

Tampoco hay acuerdo respecto a si estamos o no ante un negocio jurídi-

co. Considero que así debe entenderse, ya que al acogimiento de menores se le puede aplicar válidamente la definición que se ha dado del negocio jurídico (De Castro, 1971, 34), como "declaración de voluntad o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado por otros hechos o actos".

B. Concepto de acogimiento

"Consiste el acogimiento (Albala-dejo M., 1991, 284) en la incorporación a una familia del menor sin, como en la adopción, pasar a ser miembro de ella jurídicamente ni cesar de serlo de la suya, pero sí integrándose de forma plena en la vida de aquélla como miembro suyo más, debiendo quien lo acoge velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral" (art. 173-1 C.c.)⁽⁵⁾.

Parte el acogimiento de la situación de "desamparo" o "desatención" en que pueda encontrarse un menor. Pero el concepto de desamparo es ambiguo; el Código civil, en su artículo 172-1, dispone que "se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

La clave del desamparo parece ser que el menor esté PRIVADO de la necesaria asistencia moral o material. Algún autor (Serrano García, l., 1991, 579) exige que esa privación lo sea con sentido de totalidad de "aquello sin lo que la persona del menor pueda quedar comprometida en su desarrollo"; en su opinión sólo para este supuesto actuará la TUTELA de la Entidad pública⁽⁶⁾.

La situación legal de desamparo (Lacruz Berdejo, 1989, 59), desemboca como remedio inmediato y automático en la TUTELA LEGAL de la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección del menor (art. 172-1, C.c.), o bien en la mera GUARDA, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el Juez (172-2, C.c.). Más como remedio mediato y estable, la ley tiende a la REINSERCIÓN del menor en la propia familia (art. 172-4), o a su inserción en otra familia mediante el ACOGIMIENTO (art. 173-1).

El Acogimiento atribuye a una institución (acogimiento institucional) o a una familia o persona (acogimiento familiar), la GUARDA sobre los menores "desamparados" (sometidos a la TUTELA de la Entidad Pública) o de los "desatendidos" (sometidos a la GUARDA de la Entidad).

En el primer supuesto, la TUTELA de la Entidad pública sobre el menor supondría, si efectivamente se trata de esa figura, la privación previa de la patria potestad a los que la ejer-

cen. Sin embargo el Juez no tiene por qué intervenir en la constatación de una situación de desamparo, ni en la consiguiente tutela del artículo 172; de ahí que, como señala la doctrina, puede darse el caso de existir una contradictoria, curiosa y peligrosa compatibilidad entre la figura tutelar y la patria potestad, al requerir ésta para su privación de una sentencia fundada (art. 170 C.c.). Tal engranaje no deja de ser una "ficción" jurídica. En este supuesto la entidad sigue teniendo por ministerio de la ley la tutela del menor desamparado, atribuyéndose al acogedor exclusivamente la guarda de aquél. Guarda será también la que se otorgue a los acogedores cuando sea sólo ésta la que ostente la entidad.

El contenido, en cualquier caso, será esencialmente personal, quedando mermado por tanto el de la patria potestad o tutela que pudiera existir.

De la relación entre acogedor-acogido está excluido el contenido patrimonial; y el contenido personal que en el articulado se recoge no deja de ser copia, buscada intencionadamente por el legislador, del establecido principalmente para la patria potestad.

Velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Éstos son los deberes que la ley "impone" al que recibe al menor en acogimiento, pero nada se dice sobre sus derechos, aunque parece lógico por analogía exigir del menor respeto y obediencia al acogedor. Parece que éste tendrá también la facultad de corregir y castigar razonable y moderadamen-

te al menor, puesto que la integración de éste en la familia implica que se le "trate" como a un hijo más.

Por último haremos referencia al deber de vigilancia que el acogedor tiene respecto al menor. Su incumplimiento determinará la responsabilidad, de acuerdo con la conducta dañosa del menor que esté bajo su custodia (culpa in vigilando) ⁽⁷⁾.

Deberá también permitir las visitas y procurar la reinserción del menor acogido en su familia de origen.

Algún autor (Feliú Rey, 1989, 72) se ha preguntado si la lista de obligaciones es cerrada o es posible aumentarlas por vía de acuerdo negocial; pero ¿cuáles más podrían haberse impuesto, por encima de aquéllas a las que se somete al titular de la patria potestad y al tutor?...

C. Clases de acogimiento

Como ya hemos visto, el acogimiento no es una institución unívoca, ya que debe ofrecer respuestas a las múltiples situaciones conflictivas que puedan caracterizar el desamparo o desatención del menor.

Se pueden considerar como causas de aquéllos (Alvarez Caperochipi, 1988, 162) "el abandono del menor, el abuso de autoridad de sus padres o tutores, la imposibilidad de prestarles asistencia material o afectiva, la carencia de padres o tutores, otras causas particulares psicológicas, sanitarias o educativas que aconsejen el apartamiento temporal, transitorio o permanente de los padres, o como modo de justificar y controlar situaciones de hecho" ⁽⁸⁾.

El legislador, al regular la figura del acogimiento, parece querer reconducir a ella todas las situaciones fácticas de desamparo del menor, pero aún así debemos distinguir entre el acogimiento LEGALMENTE constituido, por resolución administrativa o judicial, y el acogimiento DE HECHO, en el que esencialmente falta la intervención de la Autoridad constituyente.

El acogimiento se ha clasificado, por razón de la condición del acogente (García y García, I., 1988, 4), en acogimiento INSTITUCIONAL Y FAMILIAR. En el primer caso hay que distinguir entre el acogimiento prestado por una institución o entidad pública y el realizado por una asociación o fundación (benéfica) privada, a las que la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/87 denomina "entidades colaboradoras".

La medida de acogimiento en institución se adoptará principalmente cuando el interés del menor lo haga aconsejable; por ejemplo, cuando se prevea que la necesidad de separación de su propia familia será breve, o cuando el acogimiento familiar no sea posible.

Sin embargo aunque la acogida institucional suele estar organizada de modo que se le procure al menor una "vida cotidiana personalizada", entendemos que en la mayoría de los casos el acogimiento familiar es el que mejor responde a las necesidades del niño, facilitando el desarrollo integral de su personalidad; por eso nos centraremos en él.

El acogimiento familiar, según se ha dicho, procurará como primera

medida de protección del menor su reinserción en la familia de origen, ya que está claro que lo mejor para él es su propia familia funcionando idóneamente⁽⁹⁾.

En la acogida simple u ORDINARIA el retorno del niño a su familia es presumible, pero el tiempo necesario para que se produzca puede variar según las circunstancias.

Se habla de acogimiento de CORTA DURACION cuando no supera los seis meses (algunos autores establecen el límite en tres), los de LARGA DURACION superiores a seis meses, y, por último, los impropia-mente llamados INDEFINIDOS O PERMANENTES para aquellos niños que seguramente no volverán nunca a su propio hogar, pero tampoco pueden quedar libres para la adopción.

Esta clasificación es de gran trascendencia como veremos, pues los profesionales de esta materia tendrán que dar un tratamiento muy diferente a la selección de familias y al seguimiento del proceso, según el tipo de acogimiento del que se trate.

Los acogimientos de corta duración pretenden ser una ayuda para las familias que tienen dificultades temporales para hacerse cargo de alguno de sus miembros. Se busca que la duración de la acogida sea lo más breve posible, para que el menor pueda volver a su hogar, así como que las relaciones de éste con su familia de origen se mantengan mientras viva con los acogedores.

Es imprescindible que, paralelamente, se lleve por los profesionales

un programa específico con la familia del menor, para subsanar las dificultades que motivaron el acogimiento.

También se enmarcan en este caso los "acogimientos familiares a intervalos", en los que el niño, por ejemplo, vive con la madre en una institución penitenciaria y sale los fines de semana o las vacaciones con una familia ⁽¹⁰⁾. En cuanto a los acogimientos de larga duración suelen darse en los casos en que existe vínculo afectivo importante entre el menor y "su" familia, demostrando ésta voluntad de querer hacerse cargo del niño, aunque demuestren incapacidad manifiesta.

Se ha criticado este acogimiento porque el niño mantiene dos familias a la vez, sin vínculos suficientemente estables, dependiendo el éxito de la manera en que todas las partes actúen.

Cuando el retorno a la familia sea imposible, y por la edad o circunstancias del menor tampoco quepa la adopción, la protección del menor pasará por garantizarle un lugar adecuado. Con la mayoría de edad o la emancipación cesa la protección que supone el acogimiento y entonces, como se ha dicho, "vuelven a quedar desamparados" ⁽¹¹⁾.

Por último, en relación con el Acogimiento PREADOPTIVO, hay que destacar el hecho de que se establece principalmente con motivo de facilitar el seguimiento y apoyo a la familia acogedora y al menor, y como período de garantía previo a la adopción.

Muchos autores consideran imprescindible el acogimiento como antesala de la adopción, y en realidad

numerosas familias buscan a través del acogimiento de un menor acceder a su adopción, lo que no siempre ocurre.

D. Constitución del acogimiento

Como señalamos anteriormente el acogimiento familiar contemplado en el Código Civil tiene un carácter esencialmente formal, y ello parece deberse al "afán" del legislador por proteger idóneamente al menor durante todo el procedimiento. Destaca el abanico de facultades que normativamente se atribuyen a la autoridad administrativa, recogándose así en el Preámbulo de la Ley 21/87 el carácter de "pieza clave de las instituciones públicas o las privadas que colaboren con ellas y a las que se encomienda, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción y, en todo caso, la colocación de niños en régimen de acogimiento familiar". Efectivamente, en la práctica dichas instituciones gozan de la relevancia apuntada. Así la constitución administrativa del acogimiento se considera la regla, mientras que la judicial se configura como excepción.

Se formaliza el acogimiento administrativo por escrito y, aunque el procedimiento no se especifique en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí se encuentra ampliamente regulado en disposiciones autonómicas.

Exige la ley para tal constitución "el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela, de las personas que reciban al menor y de éste, si tuviere doce años cumplidos... Cuan-

do fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario además que consientan el acogimiento" (Art. 173-2 C.c.). Todo estos consentimientos son imprescindibles para la formalización administrativa, por lo que si los padres o el tutor del menor "se opusieran" al acogimiento o no "comparecieran", se constituirá de forma judicial.

Se tramitará el acogimiento judicial según el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1825 al 1828), en expediente de jurisdicción voluntaria; siendo facultativa la intervención de abogado y obligatoria la del ministerio fiscal. Se promoverá así mismo esta constitución por la entidad pública correspondiente o por el ministerio fiscal, sin que en este supuesto pierda protagonismo la entidad, ya que en todo caso el Juez tiene que recabar su consentimiento.

Han de consentir también las personas que reciban al menor y éste, cuando tuviera doce años cumplidos; sin embargo, en cuanto a los padres que no estuvieran privados de la patria potestad ni suspendidos en su ejercicio, o al tutor en su caso, no se les exige su consentimiento, sino que basta que el Juez les "oiga".

Con la función de no paralizar el procedimiento en detrimento del menor, y para el caso de no poder conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutores, o si citados no compareciesen, se prescindirá del trámite de "oirlos" y el Juez podrá acordar el acogimiento.

El expediente termina mediante

auto que el Juez dictará en el término de cinco días, resolviendo lo procedente en interés del menor.

Como se desprende de lo expuesto, la entidad pública tiene gran protagonismo en todo el procedimiento de acogimiento. El hecho de su mayor intervención, propiciada por la ley, parece derivarse de la necesidad de una protección más "efectiva" del menor desamparado o desatendido. El legislador trata de evitar el posible retraso que en la actuación sobre menor pudieran tener los Tribunales, debido entre múltiples factores a su volumen de trabajo. Sin embargo hay que tener presente que, para evitar la actuación indiscriminada de la entidad pública, toda ella estará bajo el control judicial y la superior vigilancia del ministerio fiscal. A tal fin dice la ley (art. 174-2 C.c.), "la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de los escritos de formalización de los acogimientos. El fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias".

El ministerio fiscal por tanto "deberá controlar (Gil Martínez, 1990, 17) la conveniencia del acogimiento y su desarrollo, con la vista puesta en el interés del menor y, para cumplir adecuadamente, será necesario que se lleve a cabo un efectivo seguimiento de cada caso". La vigilancia del ministerio fiscal sin embargo no exime a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor, ni de su obligación de poner en conocimiento de aquél las

anomalías que observe. Es decir, que en pro del menor se establece un amplio campo de actuación para la Administración, pero... controlada.

Por último en cuanto al CESE del acogimiento dice la ley que tendrá lugar (art. 173-3 C.c.) por decisión judicial, por la de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstos a la entidad pública, y a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad o reclamen su compañía.

Para el caso que el Juez sea el que haya dispuesto el acogimiento, precisará para su cese resolución judicial, iniciándose tal expediente bien de oficio, o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del ministerio fiscal o de las personas que lo tengan acogido. El Juez podrá acordar la cesación del acogimiento tras oírles.

Hay que hacer notar por último que contra el auto que acuerde la constitución o el cese del acogimiento cabe recurso de apelación, en un solo efecto.

IV. Ampliación del recurso de acogimiento familiar a otros grupos de población

No quisiera terminar sin hacer referencia a la importancia de ampliar "los beneficios" del acogimiento familiar a otros grupos: ancianos, adolescentes con problemas de adaptación o de conducta, drogodependientes, etc. La puesta en práctica de los distintos programas de acogida por las Comu-

nidades Autónomas está demostrando la conveniencia de abundar en esta medida que, como alternativa a la institucionalización, puede favorecer la reinserción de determinados colectivos.

NOTAS

- (1) Efectivamente, como señala el autor, el acogimiento familiar no crea parentesco alguno entre acogedores y acogidos; sin embargo hay que tener en cuenta los efectos que en distintos ámbitos se producen a consecuencia de esta relación. Así por ejemplo haremos referencia al derecho que tiene el acogido a utilizar la cartilla de la Seguridad Social del acogedor, cuando éste sea "beneficiario del derecho de asistencia sanitaria en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social" y mientras dure el acogimiento, tal como se establece en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 21/87. En lo fiscal, la posibilidad que tiene el acogedor para desgravarse del I.R.P.F. por dicho acogimiento cuando éste no sea remunerado.

En el ámbito penal hay que señalar que el Anteproyecto de Código Penal, en su artículo 174 al tipificar el delito de amenazas, prevé el hecho de que éstas se puedan cometer contra un individuo, su familia u "otras personas que estén íntimamente vinculadas con aquél...".

En relación a esta materia véase en "Comentarios a la última reforma del Código Civil" (trabajo aún no publicado), las referencias que al respecto hace Silvia Díaz Alabart.

- (2) Cabe matizar la afirmación que hace el autor de que el elemento de "familiaridad" desapareció de las instituciones de guarda con la Ley 13/1983 de 24 de octubre.

La estructura de dicha institución ya no es predominantemente familiar, sin embargo este carácter no se ha suprimido. Esto lo demuestra por ejemplo el hecho de que en el orden de prelación para ejercer el cargo de tutor se encuentren los parientes más cercanos, como son el cónyuge que conviva con el menor, los padres, las personas/a, designadas/a por éstos en sus disposiciones de última voluntad, o los descendientes, ascendientes o hermanos que designe el Juez.

Este orden sólo se podrá alterar o prescindir

- de él en "resolución motivada" de la autoridad judicial y siempre que sea en beneficio del menor.
- (3) Aquí hay que tener presente que aunque el Código Civil no exija en la formalización del acogimiento la duración posible de éste, las disposiciones autonómicas sí lo contemplan. En este sentido, la Ley 37/1991 de 30 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre medidas de la protección de los menores desamparados y de la adopción, en su artículo 11-1 dispone, en relación con la acogida simple en familia, que en la resolución del organismo competente constituyendo el acogimiento se tiene que especificar el tiempo de duración de éste. En relación con el acogimiento institucional, dispone el art. 12-4 que la acogida "se constituye según las mismas reglas y duración de la acogida simple por una persona o familia". En la práctica también queda claro, y los contratos de acogimiento recogen expresamente este extremo.
- (4) Esta cuestión está contemplada específicamente en las disposiciones de las Comunidades Autónomas y así, en la Orden de la Comunidad de Madrid, (Orden 75/1991 de 18 de marzo, de desarrollo del Decreto 121/1988 de 23 de noviembre, en materia de promoción del acogimiento de menores y la adopción) señala que en el contrato de acogimiento se hará constar "el carácter remunerado o no del acogimiento y la determinación de las cantidades en que deban ser compensados los acogedores, por los gastos derivados de las obligaciones que les impone el artículo 173-1 del Código Civil, así como, en su caso, las contribuciones que a tal fin deban realizar los padres o tutores del menor" (art. 18-1-c).
- Sin embargo, en la mayoría de los casos, la familia de origen del acogido suele estar en situación precaria y recibiendo ayuda técnica y económica de los servicios sociales, por lo que su aportación en este sentido suele ser poca o nula; de ahí que sea la entidad administrativa correspondiente la que en el contrato de acogimiento se comprometa a realizar las aportaciones necesarias a los acogedores, para sufragar los gastos ocasionados por el menor, estableciendo la cantidad en que consisten, sin perjuicio de que en el mismo contrato también se fije la aportación de la familia de origen (para el caso que sea posible).
- (5) Debe entenderse por acogimiento, acogimiento familiar.
- (6) La Ley 37/1991 de protección de menores desamparados y de la adopción, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, establece en su Preámbulo que "se considera desamparado el menor que se halla en una situación de hecho en la cual le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, prescindiendo de la causa de esta situación". El artículo 2º de esta Ley, prevé, ampliando conceptualmente el sujeto de protección, la posibilidad de actuar preventivamente sobre el futuro bebé, cuando se prevea claramente su situación de desamparo.
- (7) Véase lo dicho sobre la forma de eximir de responsabilidad al acogedor en los contratos, salvo en determinadas circunstancias, y el acuerdo que suscribe la Entidad con las compañías de seguros.
- (8) En el caso de que el desamparo sea imputable a los padres o tutores del menor, tendrá lugar la suspensión o privación de la patria potestad o tutela respectivamente.
- (9) En estos últimos años se ha venido pasando de una política de internamiento a una política de ayuda a la familia, procurando que el niño no salga de su medio, siempre que ello no le perjudique, y devolver la autonomía a la familia lo más rápidamente posible, pres-tándoles ayuda.
- (10) En este acogimiento la expectativa de adoptar a esos menores es prácticamente nula, y las familias que se prestan a ellos deben asumirlo.
- (11) En la actualidad algunas Comunidades Autónomas amplían dicha protección, hasta que las personas tienen 22 ó 25 años a través de los "pisos tutelados".

REFERENCIAS

- ALBALADEJO, M. (1991), *Curso de Derecho Civil*. IV Tomo de Derecho de Familia. Barcelona, Bosch. / (1987) *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch.
- ALVAREZ CAPEÑOCHIPI, J.A. (1988), *Curso de Derecho de Familia*. Madrid. Civitas.
- CERDA GIMENO, (1987). *Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de reforma de la Adopción*, en RCDI (nº 580).
- DE CASTRO, F. (1971). *El negocio Jurídico*. Madrid. Ed. Civitas.

El acogimiento familiar como recurso de protección de menores

- FELIU REY, M.I. (1989). *Comentarios a la Ley de adopción*. Madrid. Tecnos.
- GARCIA Y GARCIA, I. (1988). *Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español*, en La Ley (nº 2128).
- GIL MARTINEZ, A. (1990). *La reforma de la adopción*. Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1989). *El nuevo régimen de la familia*. Civitas.
- LOPEZ HERNANDEZ, M. (1987). *La defensa del menor*. Madrid. Tecnos.
- LLEDO YAGÜE (1986). *Comentarios al Proyecto de Ley de Adopción*. ADC.
- LLEBARIA SAMPER, S. (1990). *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Barcelona. Bosch.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. (1991). *El Acogimiento de menores*. Barcelona. Bosch.
- PINTO RUIZ, J. (1950). *Acogimiento familiar*, en Nueva Enciclopedia jurídica. Barcelona. Bosch.
- RIPOL-MILLET, A.-RUBIOL, G. (1990). *El acogimiento familiar*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales.
- RUBIO LARROSA (1985). *Los efectos psicopatológicos sobre la salud mental en los niños abandonados*, en Revista de Menores nº 6.
- SERRANO GARCIA, I. (1991). *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia.

Leticia GARCIA VILLALUENGA
Escuela Universitaria de Trabajo Social
Universidad Complutense de Madrid