



INFORME: JÓVENES EN DIFICULTAD

El acogimiento privado y la nueva Ley del menor

Pablo González Mirasol

Juez de menores, Albacete

A partir de la promulgación de la Constitución Española de 1978 y, desde entonces, a través de las sucesivas reformas legislativas, debido a las transformaciones sociales y culturales que se ha ido produciendo en nuestra sociedad y en la misma dirección que las legislaciones de los países desarrollados de nuestro entorno, nuestro Ordenamiento Jurídico adopta un nuevo enfoque en materia de protección jurídica del menor, otorgando a éste un mayor protagonismo social, puesto que, de un lado, se concibe al niño como persona titular de derechos que tiene una progresiva capacidad para ejercerlos y, de otro, se considera a la persona menor de 18 años

como miembro activo, participativo y creativo de nuestra sociedad. Tal idea se resalta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/96, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, última e importante reforma legislativa de un nuevo marco jurídico protector de la infancia, paulatinamente renovado por diversas leyes; así, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de patria potestad y filiación, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificadora del mismo código en materia de tutela y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reformó principalmente la regulación que hasta entonces contenía el Código Civil sobre adopción.

Quiso el Legislador en 1987, reiterando su voluntad en 1996, atribuir un mayor protagonismo a la Administración en la



«Tres con arco», de Ana Agudo.

acción protectora de los menores y que las medidas protectoras que hubieran de aplicarse a tal fin se adoptasen con la suficiente celeridad. Por tal razón, se introdujo la llamada Tutela por Ministerio de la Ley, también llamada Tutela automática, potestad jurídica de protección que asume la entidad pública competente en cada territorio en materia de protección de menores sobre aquellos niños que se encuentran en situación de desamparo cuando tiene conocimiento de la misma; tal situación tiene su causa en el incumplimiento de los deberes legales de protección que les corresponden a los padres o tutores —porque no quieren o puedan ejercerlos o ejercerlos correctamente— la cual

produce el efecto de que el menor quede, de hecho, privado de la necesaria asistencia moral o material (piénsese, por ejemplo, en los casos en que los padres o tutores maltratan física o psicológicamente a sus hijos o pupilos, o permiten que cometan infracciones penales, o se droguen o se prostituyan o les inducen a que realicen tales conductas o abusan sexualmente de ellos; en tales casos, como en otros casos similares, nuestra recién aprobada Ley del Menor de Castilla-La Mancha, considera que los menores se hallan en situación de desamparo).

Ahora bien, de nada serviría que la administración autonómica competente —en nuestro territorio es la Junta de Castilla-La Mancha que, a nivel central actúa a través de la Consejería de Bienestar Social y a nivel periférico a través de las respectivas Delegaciones Provinciales de la mencionada Consejería— asu-

RESUMEN:

El autor, que ejerce como Juez de menores en la Audiencia Provincial de Albacete, ofrece un detallado resumen de la normativa estatal y autonómica sobre los supuestos de guarda y tutela para menores en situación de desamparo. Detalla también la figura del acogimiento como fórmula que pone en marcha la Administración regional para determinados supuestos de incumplimiento por parte de los padres de sus funciones de atención a sus hijos.

miese en tales supuestos el poder legal de proteger al niño si el menor continuase conviviendo con la familia que ha creado, con su rechazable actitud, la situación de desprotección que se pretende eliminar. Por ello, y a diferencia de las situaciones de desamparo la actividad protectora que realiza la Administración al asumir automáticamente la Tutela y, por lo tanto, tener poder jurídico para hacerlo, consiste en romper esa perjudicial convivencia del menor con sus familiares, separándolo de ellos, y llevarlo a un hogar de protección —o colocarlo en una familia distinta de la suya propia, bien con carácter permanente si tal reunificación familiar es imposible, y, en este caso, tanto si esa familia extraña adopta al niño como si no lo hace. Esta actividad de la Administración recibe el nombre de guarda y se realiza en las modalidades descritas: ingreso de un niño en un lugar— llamado acogimiento residencial—, colocación, temporal o definitiva—, o impulsando la creación definitiva de una nueva familia para el niño —adopción—. Como bien puede deducirse, esta actividad de guarda parece exigir la idea de convivencia, de relación personal y directa entre el guardador y el menor guardado. Por esa misma razón, cuando los padres se separan o divorcian, tanto si lo acuerdan ellos como si lo decide el Juez, aunque ambos, normalmente, conserven el poder jurídico de protección —patria potestad—, sólo a uno de los dos corresponde la guarda de su hijo, pues, obviamente, un hijo no puede vivir, al mismo tiempo, con los progenitores que residen en lugares diferentes.

Resumiendo: si, por ejemplo, la Administración tiene conocimiento de que un niño ingresa en un hospital en grave estado de desnutrición, porque sus padres no se preocupan de alimentarlo, tiene el poder de acabar con esta situación, —declarando que está en situación de desamparo y asumiendo su Tutela; para ello, tendrá que hacer algo —asumir su guarda, rompiendo la nefasta convivencia familiar—; mas, como a nadie se le ocurriría decir que ese niño convivirá a partir de ese momento con la Consejería de Bienestar Social de la Junta, lo hará de un modo, ingresando al niño en un hogar o de otra forma, buscando una familia distinta con la que convivirá provisional o permanentemente.

Sentado todo lo anterior, deseo referirme ahora a ciertos supuestos, más frecuentes en la práctica de lo que podría parecer, en que pueden encontrarse ciertos niños cuya situación de desamparo no es declarada pacíficamente por la doctrina científica. Un primer grupo estaría integrado por aquellos casos en los que un niño convive con familiares distintos de sus padres naturales —conjunto de parientes denominado familia extensa (abuelos, tíos, primos, etc...)—. Un segundo grupo lo formarían aquellas situaciones en las que un niño convive con personas extrañas a su familia nuclear —padres— o extensa, consideradas jurídicamente— al no tener ninguna relación parental o tutelar con el menor— como guardadores de hecho. En todos los casos los infantes son correctamente atendidos por sus parientes o guardadores y la relación con sus padres es inexistente o muy deficiente. Tal situación no es analizada uniformemente por los autores (si tales situaciones constituyen o no una situación de guarda de hecho o de delegación —legalmente vedada— de facultades parentales por los padres, si la atención por los parientes alimentantes o por guardadores de hecho excluye la situación de desamparo, si la guarda de hecho es o no compatible con la declaración administrativa...), ni tampoco disponemos al respecto —salvo contadas excepciones— de soluciones jurisprudenciales.

Así las cosas, ante este confuso panorama, se han producido supuestos en que la Administración ha optado por considerar que los niños que se encuentran en las descritas situaciones no se encuentran desprotegidos— a pesar de faltarles la asistencia material de su padre y la relación afectiva con ellos— y, consecuentemente, ha rehusado declarar el desamparo. Se produce, de

esta forma, una inactividad administrativa que no consigue paliar la desprotección jurídica de unos niños y de sus guardadores que, curiosamente, tienen diversas obligaciones legales, más rígidas y expresadas en el caso de los parientes alimentantes, más escasos derechos para oponerse a las eventuales e injustas pretensiones de aquellos padres que después de haberse despreocupado de sus hijos pretendan, de forma más o menos caprichosa, recuperar su guarda, sin importarles el superior interés de aquellos.

Al no declarar la Administración que tales niños están desamparados y privarles, así, del importante efecto protector inherente a esta resolución administrativa— el ejercicio de la patria potestad queda suspendido— entendemos que tales situaciones pueden regularizarse mediante la constitución del acogimiento del menor por sus guardadores de hecho o sus parientes. Esta solución tendría, además, las ventajas de no excluir la posibilidad de inaugurar o reanudar la convivencia entre el niño y sus padres biológicos, al no ser el acogimiento irreversible, y la de alcanzarse con mayor celeridad procedimental, frente a la más lenta y compleja vía procesal de la patria potestad y subsiguiente constitución de la tutela ordinaria.

Por tales razones se estimaba conveniente que en nuestra nueva Ley del Menor de 31 de marzo de 1999 se introdujese algún artículo destinado a prever tales situaciones y a que la Administración contribuyese a su solución promoviendo la constitución de tales acogimientos. Sin embargo, no ha sido así, tal vez porque se haya considerado que, además de parecer atrevida la regulación que de tal cuestión pudiera hacer nuestro Legislador Autonómico y, consecuentemente, entenderse que podía vulnerar la Legislación Civil del Estado, la Administración debe, previa e ineluctablemente, declarar que un niño se encuentra en situación de desamparo, o asumir su guarda, y, después, proponer la constitución judicial de su acogimiento.

Aunque no se trata, en esta ocasión, de examinar minuciosamente la cuestión, ni de redargüir tan respetable razonamiento, puede decirse que, a la vista de la regulación del Código Civil, no resulta muy convincente afirmar que la Administración tenga que asumir la tutela o la guarda de un niño antes de formular una propuesta para su acogimiento, pues, entonces, ningún sentido tiene que el artículo 173. 2. del Código Civil prevea que la Administración, que, debe prestar su consentimiento para el acogimiento, pueda tener o no la tutela o la guarda del menor, ni que el artículo 1828 de la Ley de Enjuiciamiento civil legitime al Ministerio Fiscal para promover la constitución del acogimiento. Igualmente, tampoco se entiende por qué puede haber niños que no estén bajo la patria potestad de sus padres, ni, tampoco, tengan nombrado tutor (es decir, que no convivan con sus padres —y esto ya implica cierta desatención— ni con un tutor porque todavía no se les ha nombrado) y, sin embargo, no estén desamparados — artículo 222. 1.º y 4.º del Código Civil—.

Resulta evidente que nuestras Cortes Regionales, al elaborar la Ley del Menor, no podían invadir competencias exclusivas del Estado, creando nuevas figuras de acogimiento, distintas de las contempladas en el Código Civil. Ahora bien, si podía, como así ha hecho, prever la versión profesionalizada del acogimiento familiar, no se comprende por qué no podía reconocer la facultad de la Administración de promover, teniendo en cuenta el superior interés del niño que se encuentra acogido de hecho, la constitución judicial de su acogimiento familiar por sus acogedores de hecho, parientes o guardadores de hecho, todo ello, sin perjuicio de que, si fuere legalmente posible y, además, beneficioso para el menor, se promoviese la adopción y se ejerciesen por los legitimados para ello, las acciones legales oportunas tendentes a la privación de la patria potestad y a la constitución de la tutela. ■