

**PROTECCION SOCIAL Y JURÍDICA DEL MENOR EN SITUACIÓN DE RIESGO O
DESAMPARO EN LA COMUNIDAD AUTONOMA VALENCIANA: LEY 12/2008, DE 3
DE JULIO**

Dra. M. Teresa Marín García de Leonardo

SUMARIO

I. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA POLÍTICA SOCIAL DEL MENOR EN LA
COMUNIDAD AUTONOMA VALENCIANA

- A) Introducción.
- B) El Pare D´Orfens, actual Comisionado del menor
- C) Programas y legislación autonómica de protección de menores.
- D) Principio de integración familiar.
- E) Principio del beneficio e interés del menor.
- F) Situación de las medidas en el interior de los sistemas de protección social y desjudicialización

II. SITUACIONES DE RIESGO, DESAMPARO E INADAPTACION

III. MEDIDAS LEGALES DE PROTECCION AL MENOR

A) *MEDIDAS PREVENTIVAS.*

- 1. Concepto.
- 2. Tipos.
- 3. Ventajas e inconvenientes.

B) *LA TUTELA EX LEGE POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA*

C) *LA GUARDA: TITULARIDAD Y EJERCICIO*

- 1. Tipos de guarda
- 2. Ejercicio de la potestad de guarda
- D) *EL ACOGIMIENTO DE MENORES.*

1. Concepto y tipos

- A) Acogimiento familiar
 - a) Acogimiento familiar simple
 - b) Acogimiento familiar permanente
 - c) Acogimiento familiar preadoptivo
- B) Acogimiento residencial
 - a) Presupuestos de aplicación
 - b) Contenido del acogimiento residencial
 - c) Ventajas e inconvenientes

2. Examen especial del acogimiento familiar con familia educadora

- a) Concepto.
- b) Caracteres de la familia educadora.

TEXTO

I. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA POLÍTICA SOCIAL DEL MENOR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA.

A) Introducción

Antes de llevar a cabo el análisis de la política de protección al menor en la Comunidad Autónoma Valenciana (en adelante CAV) conviene destacar que en esta materia nuestra Comunidad puede considerarse como pionera, ya que con anterioridad a la incorporación en el Código civil de la tutela "ex lege", la guarda y el acogimiento de menores por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la CAV ya tenía una regulación jurídica de las llamadas "Familias Educadoras" en la Orden de 20 de marzo de 1986, que es, en definitiva, lo que actualmente contempla la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la CAV (en adelante, Ley 12/2008) como "acogimiento familiar con familia educadora".

La política social de menor en la CAV siempre ha pretendido dar una importancia prioritaria al primer entorno del menor, que es la familia. De ahí la regulación detallada de las políticas de prevención (Ver Título III, capítulo II, Ley 12/2008).

Sin embargo, cuando esto no es posible se intentan soluciones transitorias que, sin arrancar al niño de su propio entorno social, permitan confiarlo a otro núcleo familiar, a fin de proporcionarle todo aquello que necesita y que, por las dificultades del caso concreto, no es posible encontrar en la familia de origen.

Las medidas de protección actuales pretenden sustituir a aquellas otras que provocaban la separación o aislamiento de su entorno social— orfanatos, reformatorios, instituciones de educación especial— y que no tenían en cuenta al menor en su global proceso evolutivo, sino que, por el contrario, le provocaban innumerables secuelas. Se trata de realizar un proyecto educativo a cargo de un núcleo familiar nuevo o de la familia extensa, en tanto en cuanto se reestructura el de origen.

B) El Pare D´Orfens, actual Comisionado del menor

En la CAV la protección del menor tiene una larga trayectoria histórica, concretamente en Valencia. El llamado "Jutge i Pare d´Orfens" es la institución más importante creada por Pedro IV "El Ceremonios" de Aragón, en Valencia. En efecto, el 6 de marzo de 1337 mediante el Privilegio "Aureum Opus" dado a Valencia se establece el oficio de curador de huérfanos. Con la creación de esta figura se pretendía que los "orfes" estuvieran protegidos y se procurase, en cierta medida, una forma de reinserción. Así, estableció el Rey:

"Hemos resuelto que a los dichos huérfanos y a los afligidos por la indigencia se les designe por Vos, el Justicia en lo civil, curadores idóneos que tengan especial cuidado de ellos, para que no rehuyan las faenas que le sean propias fiados en el hábito de mendicancia y los consuma miserablemente la infamia y la desidia".

En consecuencia, esta institución perseguía la extinción de la mendicidad, desempeñando el cargo dos personas que, nombradas por el "Justicia en lo civil" por un año, debían ocuparse, como consta en el Privilegio, de la esfera personal de los huérfanos "aún cuando tuviesen parientes y por más que éstos se opongan". En concreto, debían velar por ellos colocándolos del modo más conveniente, buscándoles una ocupación y defendiéndolos de las ofensas e injurias. Es de destacar que dentro de la acepción "orfes" se incluían tanto los huérfanos en sentido estricto como los abandonados, callejeros, ladrones, vagos etc. Para llevar a cabo su labor, un encargado recorrería las calles de la ciudad recogiendo a los "orfes" y llevándolos a la "casa

común". Si tenían padres y se veía conveniente, se les devolvía, advirtiendo a los progenitores que de no cumplir bien su misión educativa perderían la patria potestad de los hijos y serían expulsados del Reino.

El "Pare d'Orfens" a partir de 1383 se va a ocupar también de los bienes de los huérfanos. Finalmente, sería en 1447 cuando definitivamente queda constituido el Tribunal del Curador, Padre y Juez de Huérfanos de la ciudad de Valencia, produciendo notables beneficios a los acogidos.

Esta figura subsistió pese a las transformaciones políticas que se sucedieron en los siglos siguientes, siendo confirmada a través de los distintos Privilegios. Incluso llegó a pasar por algunas etapas en las que se pierde un cierto prestigio, debido a la especulación y comercio del cargo .

Cuando en Valencia se suprimen en tiempos de Felipe V, por D. de 29 de junio de 1707, las fuentes de producción de normas y se ciegan las fuentes del derecho — quedando sometidos a las Leyes de Castilla por haberse opuesto a las pretensiones de la Casa de Borbón en la Guerra de Sucesión— se planteó si quedaría suprimido el "Juez y Padre de Huérfanos", por no ser conforme a las Leyes de Castilla, ya que aunque existía el "Padre General de Menores" su organización era distinta.

Es interesante el pleito que en 1714 sostuvo el entonces Padre de huérfanos, Francisco Perigallo, contra el alcalde de Valencia, Diego Vallés y Arce, porque éste impedía tanto que usase el título de Juez como que ejerciese la jurisdicción propia de su oficio. La Sentencia de 18 de Enero de 1716 falló a favor del Juez y Padre de Huérfanos en base a que su título había sido expedido por el mismo Felipe V, (eran nombrados por el Rey, el Justicia en lo civil) es decir, después de la supresión de los Fueros, quedando demostrado que había sido cumulativa la jurisdicción del Gobernador del Reino con la del Padre de Huérfanos.

La Ley 12/2008 inspirándose en esta figura de nuestro Derecho Foral y manteniendo su esencia, regula el denominado "Comisionado del menor-Pare D'Orfens" para promocionar, defender y proteger los derechos e intereses del menor (ver arts 162 y ss. Ley 12/2008)

C) Programas y legislación autonómica de protección de menores.

En 1987 la Generalidad Valenciana publica el denominado "Libro Blanco del menor" que recoge los principios inspiradores de su política social en el ámbito de la infancia y de la juventud y marca las pautas a seguir en los distintos programas de prevención, defensa y, en su caso, reinserción del menor. En este sentido cabe destacar que la tarea a desarrollar por parte de los poderes públicos no sólo ha de ser meramente subsidiaria sino que, por el mandato constitucional, también ha de complementar la labor llevada a cabo en el seno de la familia, respetando siempre la autonomía de la misma. Todo ello concretado al supuesto de hecho y aplicando el principio del supremo interés del menor. Desde este punto de vista las medidas a adoptar por parte de los poderes públicos deben ser, en primer lugar, complementarias de la familia, dirigiéndose a consolidar los vínculos afectivos del menor en el seno de aquélla. Cuando estas medidas se agoten cabrá un planteamiento sustitutivo de la familia, con el fin de crear al menor, de forma transitoria, un ambiente familiar apropiado. Finalmente, el acogimiento residencial sólo deberá tener sentido cuando sean inviables los recursos de ayudas familiares, el acogimiento familiar o, en su caso, se revele como el recurso más adecuado, pese a la preferencia de la que gozan las medidas anteriores (art. 109 L 12/2008).

La primera normativa en la que se plasman estos principios es la O. de 20 de marzo de 1986 que estableció el recurso de familias educadoras, previsto cuando el trastorno familiar responda a circunstancias de estricta transitoriedad, en tanto en cuanto se abordan las circunstancias que generaron la separación.

Posteriormente, el D. 23/1988, de 8 de Febrero sobre medidas de protección de menores en situación de desamparo, señala como principios inspiradores de su regulación los siguientes:

1) El principio de integración familiar proyectado sobre la concepción de las medidas tutelares.

2) El beneficio e interés del niño.

3) La situación de las medidas en el interior de los sistemas de protección social.

Años más tarde la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, denominada Ley de la Infancia apunta en el Preámbulo que su finalidad es la defensa, protección y prevención de la infancia. Esta Ley tiene un ámbito de aplicación más amplio, en el sentido de que abarca dos niveles fundamentales: el nivel primario de carácter general, que se dirige a toda la población infantil y el nivel especializado de alto contenido técnico y profesional que se dirige a los niños con necesidades sociales y familiares específicas. De ahí que el mismo art. 1 de la Ley establezca como finalidad de la Ley "regular de forma integral la actuación de las instituciones públicas valencianas, los agentes sociales y los ciudadanos, en orden a procurar la integración de los menores en todos los ámbitos de convivencia". Finalmente, en cuanto a los principios rectores de la actuación de los poderes públicos y de las relaciones del adulto con el menor, el art. 3 de la LI señala: la protección integral de la infancia, la prevención de los riesgos y la defensa y garantía de sus derechos reconocidos por la CE y por los acuerdos internacionales.

En abril de 1996 se lleva a cabo un segundo programa de protección denominado PROMEN en el que se reiteran los principios de interés del menor, se incide en la prevención para las situaciones de riesgo, la seguridad jurídica en la acción protectora etc. con la finalidad de conseguir un sistema de protección integral. Dentro de esta línea se encuentra el Decreto 93/2001, de 22 de mayo del Gobierno valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del menor en la CAV.

Tras posteriores programas de protección, finalmente, se ha llevado a cabo una actualización de la normativa de menores en la Comunidad Autónoma Valenciana con la intención de adaptar nuestro derecho a la normativa estatal e internacional, a través de la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección integral de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad Autónoma Valenciana. Dicha Ley deroga la normativa anterior, siendo su pretensión no sólo actualizadora y armonizadora, sino que aspira a plasmar en la misma la dilatada experiencia existente en nuestra Comunidad en materia de Protección al Menor.

La política de protección al menor se concreta en la denominada "Carta de Derechos del menor" (arts 7 y ss) con la que se pretende no sólo enumerar sus derechos y garantías sino incorporar a las políticas y a la acción de Gobierno de la Generalidad los derechos individuales y colectivos de los menores.

D) Principio de integración familiar

Este principio ha sido una constante en el desarrollo legislativo de la protección de menores en nuestra Comunidad y viene nuevamente resaltado tanto en el Preámbulo como en el art. 3 de la Ley 12/2008. En concreto, se hace referencia a "la integración social del menor en todas las medidas de prevención y protección que se adopten en

relación con él, las cuales deberán contar con la colaboración del menor, su familia y las instituciones públicas y privadas”.

Cuando las necesidades del menor no han podido ser satisfechas en el orden natural, el principio de integración familiar en la CAV se materializa en la respuesta jurídico social a las necesidades primarias de éste. La familia es la que debe proporcionar al menor el ambiente y los recursos idóneos para el desarrollo de su personalidad, ya que se considera que es el núcleo primordial de actuación, a través del que se le proporciona una seguridad afectiva, cuidados, educación, protección y defensa. Pero puede suceder que, de modo transitorio, se produzca una desestructuración del núcleo familiar u otro tipo de problema el cual exija que se arbitren una serie de medidas, ya sean de apoyo a la familia o, en su caso, la colocación del menor en una familia específica, lo que se lleva a cabo a través del acogimiento familiar en sus diversas modalidades, para intentar que se integre en una vida normalizada. Al mismo tiempo, se trabaja con la familia de origen para que desaparezca la causa que motivó esta medida de protección en un intento de reestructurar sus relaciones familiares. Como señala la Ley 12/2008 en el art. 4 apartado e) se pretende “la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la formación y el desarrollo integral de los menores”.

Este planteamiento viene reflejado en la enumeración de los principios rectores de actuación en materia de protección del menor que lleva a cabo el art. 84 Ley 12/2008 entre los que se encuentran :

- el carácter preventivo de las actuaciones
- la intervención en el ámbito familiar
- el mantenimiento del menor en su medio familiar siempre que ello no atente o ponga en peligro la integridad física o psíquica del menor
- el carácter educativo de las medidas.

En líneas generales, las principales causas que suelen afectar a la autonomía familiar son: la falta de recursos económicos, la falta de formación adecuada y la violencia intrafamiliar que puede tener un origen muy diverso. Para solucionar estos problemas se establecen prioritariamente una serie de políticas de prevención en diversas materias:

- apoyo a la familia (art. 87 Ley 12/2008)
- educación (art. 88 Ley 12/2008)
- salud (art. 89 Ley 12/2008)
- formación y empleo (art. 90 Ley 12/2008)
- relaciones sociales (art. 91 Ley 12/2008)

En definitiva, los problemas de los menores no se contemplan como un hecho aislado de su entorno familiar, ya que es la normalización personal y la integración social de la familia la que permite que se haga efectiva la protección del menor. En este sentido, la familia también constituye un núcleo esencial de actuación.

Como se puede apreciar la CAV es partidaria de potenciar, en primer lugar, las medidas preventivas, para evitar la desestructuración familiar. Las soluciones de integrar al menor en otra familia, aunque sólo sea con carácter temporal, deben aplicarse en aquellos supuestos en que se hayan agotado los apoyos a la familia de origen y permanezca la citada desestructuración.

E) Principio del beneficio e interés del menor.

El interés del menor preside tanto la legislación de protección del menor como de sus distintas políticas de asistencia. Además, debe servir como criterio de interpretación

de las normas ante posibles conflictos de intereses, ya sean con los padres, con los acogedores o con los futuros adoptantes. Al respecto resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de marzo de 1995 (Aranzadi Civil/402) que pone de relieve cómo "en materia de protección de menores en general y de acogimiento familiar, en particular, los Tribunales han de velar prioritariamente por los intereses de aquéllos en situación de conflicto o incompatibilidad con la de los progenitores, pues la infancia, sin duda, merece máxima protección, y el interés superior de los hijos menores debe presidir cualquier resolución al respecto con concordancia con el derecho tradicional y actual, tanto en la reforma operada por Ley 7/1990, de 4 de julio, como por la vigente Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en la que se ha acentuado ese principio fundamental de «favor minoris», consagrado solemnemente en el art. 39 de la Constitución Española y sancionada en Convenios internacionales en que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada". En este supuesto de hecho se trataba de un menor que había sido dejado por la madre cuando tenía cuatro meses al cuidado de otra persona, espaciando cada vez más las visitas hasta quedar prácticamente interrumpidas. La persona a cuya custodia se había dejado el menor pone en conocimiento de la entidad pública la citada situación y ésta declara la situación legal de desamparo. Posteriormente el menor es ingresado en el centro infantil «Nuevo Futuro», donde permaneció hasta la situación de acogimiento familiar judicial por un matrimonio que reunía las mejores condiciones y garantías. Las visitas de la madre cuando estaba en el centro infantil fueron además de esporádicas, bastante perjudiciales. La oposición de la madre al acogimiento, pretendiendo que su hijo permaneciera en un Centro dependiente de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y que se le asignase un régimen de visitas fue rechazada por la Audiencia con base, tal y como hemos expuesto, en el principio fundamental del «favor minoris».

El interés del menor, en abstracto, es el que le compete como tal, con independencia de su vinculación o no a una situación familiar. Ahora bien hay que tener en cuenta que la superioridad de este interés tiene un valor subjetivo, ya que debe analizarse en función de las diversas circunstancias relacionadas con la posición que ocupa en la familia. Así, no es lo mismo el interés de un menor que carece de familia que el que se encuentra inmerso en la misma; y dentro de esta última situación habrá que valorar la estabilidad o desestructuración familiar que exista. Por otro lado, este interés ha de ser primordial, pero no exclusivo. Esto significa que aunque se considera al menor como un ser individual, sujeto de derechos y obligaciones, independiente de sus padres o de las personas de quienes depende, con necesidades propias, no hay que perder de vista las personas involucradas en el entorno del menor. Si primordial y preferente es el interés del menor no hay que olvidar la importancia que revisten otros intereses en juego como el de los padres biológicos, siendo necesario buscar un equilibrio entre el beneficio del menor y sus relaciones paterno-filiales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 21 de noviembre de 2006, AC 2006/2255).

El interés del menor así entendido no conculca el mandato de la Ley de que la acción protectora del menor esté presidida por criterios de objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica, porque dichos principios se refieren a la acción y no a la valoración del interés de cada menor en concreto.

En consecuencia, ante un posible conflicto de intereses, aunque el aplicador de la norma deberá inclinarse por el supremo interés del menor, deberá buscar también su confluencia con el interés social y con las posibilidades de cada Comunidad Autónoma.

La materialización de las ideas expuestas aparece en los arts 3, c) y 84 de la Ley 12/2008. En este sentido, se establece "la primacía del interés del menor sobre cualquier

otro interés legítimo concurrente. Para la determinación del interés superior del menor se tendrá en cuenta la condición del menor como sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales y socioeconómicas en que se desenvuelve, buscando siempre la confluencia entre el interés del menor y el interés social”.

Todas las medidas previstas en la legislación autonómica valenciana tienden, en última instancia, al beneficio e interés del menor, abordando una actuación global de protección social a través de los distintos mecanismos y de la potenciación de los recursos personales y familiares. Por tanto, esta actuación incluye también la terapia familiar como medio de afrontar los conflictos relacionales y la desestructuración familiar.

Finalmente, conviene destacar el derecho que contempla la Ley 12/2008 en el art. 84 a que el menor sea oído, cuestión que deberá ponerse en relación con el grado de madurez del mismo, su capacidad de discernimiento y demás condiciones personales en que se desenvuelve.

F) Situación de las medidas en el interior de los sistemas de protección social y desjudicialización

Como consecuencia de la desjudicialización que se aprecia en la regulación jurídica de los menores en situación de riesgo en la CAV, la tutela de éstos se integra en el interior del sistema público de los servicios sociales. De tal manera que las situaciones de riesgo son competencia de las Administraciones Locales y la situación de desamparo y su declaración es competencia exclusiva de la Generalidad que asume además la tutela ex lege del menor.

El papel de la autoridad judicial queda reservado a su intervención a través de la guarda y del acogimiento judicial (art. 107 Ley 12/2008 y 173 CC) cuando se plantean conflictos de intereses y a la notificación que se le debe llevar a cabo a la misma o al Ministerio Fiscal, en los supuestos de retención del menor en centro sanitario o escolar en casos de urgencia, cuando surjan hechos que puedan suponer la existencia de riesgo o desprotección (arts. 26 y 45 Ley 12/2008).

En términos generales, lo que contempla la Ley 12/2008 es la colaboración de las Administraciones públicas con los órganos judiciales y con el Ministerio Fiscal. La primera se justifica (art. 153 Ley 12/2008) en la necesidad de garantizar la mejor eficacia en la observancia y cumplimiento de la Ley 12/2008 y de las normas de protección y defensa de los derechos del menor. En la misma línea se prevé la colaboración con el Ministerio Fiscal (art. 154 Ley 12/2008) cuya función es la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores. A tal efecto se establece que los órganos competentes de la Generalidad deberán comunicar ingresos de menores en centros, variaciones y cesaciones de tutelas, guardas y acogimientos y cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. Además deben facilitar al Ministerio Fiscal el acceso a los centros y la consulta de los archivos.

II. SITUACIONES DE RIESGO, DESAMPARO E INADAPTACIÓN

La actuación de la CAV con respecto a las medidas de protección al menor se centra fundamentalmente en tres situaciones: el riesgo, el desamparo y la inadaptación.

Se considera situación de riesgo, "aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o

persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción por la Generalidad de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de las Administraciones competentes, a través de los distintos servicios de apoyo a la familia y al menor”(art. 93 Ley 12/2008).

En cuanto al desamparo viene definido en el art. 99 Ley 12/2008 (en los mismos términos que el art. 172 CC) como "el 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 menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral y material".

Finalmente, se consideran menores con conductas inadaptadas aquellos que, sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, presentan una conducta que altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas o que provocan un riesgo evidente para sí o para terceras personas. Para estas situaciones el art. 58 Ley 12/2008 prevé diversas medidas tanto preventivas como de carácter socioeducativo a desarrollar sin que el menor salga de su entorno y, en su caso, el régimen de internado en centros educativos.

III. MEDIDAS LEGALES DE PROTECCION AL MENOR

A) *MEDIDAS PREVENTIVAS.*

1. Concepto

Tal y como se ha venido destacando, la política de protección al menor en la Comunidad Autónoma Valenciana se orienta en primer lugar a prevenir situaciones de potencial riesgo, desamparo o indaptación.

En estos casos la Generalidad Valenciana no asume ni la tutela ex lege ni la guarda del menor, siendo los padres los que tienen la titularidad y ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, se realiza una valoración de la situación de riesgo y se establece un plan de intervención familiar (art. 96 Ley 12/2008).

Las medidas preventivas sirven para contribuir a mantener el equilibrio familiar cuando todavía existen posibilidades de evitar la desestructuración de aquél, eliminando las causas que la originan y que inciden negativamente en el desarrollo de la personalidad del menor. Se debe apoyar tanto a la familia como al menor, debiendo colaborar activamente los padres para poder hacer efectivo el plan de intervención trazado por las Entidades Locales.

2. Tipos

El medio de conseguir de forma más eficaz el beneficio del menor es potenciando las medidas preventivas, siendo éstas las más respetuosas con su entorno y con su realidad social. La CAV tiene establecido el desarrollo normativo de estas medidas, tanto a nivel de ayudas individuales como apoyos económicos y domiciliarios o incluso, en su caso, las intervenciones psicológicas.

Existen cuatro tipos de medidas (arts. 86 y ss. Ley 12/2008):

—Apoyo a la familia tanto a nivel educacional y de intervención familiar, como a nivel económico si existen carencias económicas y materiales, para atender las necesidades básicas.

— Educación para conseguir evitar el absentismo y el fracaso escolar

- Salud, que incluye la prevención del consumo de alcohol, tabaco, drogas y otras sustancias nocivas
- Formación y empleo con especial apoyo a los menores que presenten dificultades para su inserción en el mercado laboral
- Relaciones sociales para que el menor aprenda a hacer un uso adecuado del tiempo libre y se evite la violencia y los posibles abusos sexuales entre menores

Sólo cuando se han agotado este tipo de medidas y perdura la desestructuración de la familia con grave riesgo para el menor es cuando deberán plantearse soluciones alternativas a la familia de origen.

3. Ventajas e inconvenientes

Las medidas preventivas acabadas de exponer, en principio, resultan el medio más beneficioso para el menor porque permanece en su entorno familiar. Pero a la vez presentan un riesgo, porque podrían los progenitores mantener consigo al menor sólo con la intención de recibir las ayudas económicas, sin pretender que redunden en el máximo beneficio para éste y en el desarrollo de su personalidad. Por eso, la efectividad de este tipo de medidas no sólo depende de los padres sino también de los medios humanos que las entidades públicas destinen. En muchos casos el problema no es tan sólo económico, sino que algunas familias, por ignorancia o por el entorno social en que se desenvuelven no saben ni gestionar, ni llevar a cabo una educación integral del menor. De ahí la necesidad de que el apoyo se haga efectivo en diferentes ámbitos. Todo esto supone un seguimiento individual de los beneficiarios de las prestaciones para poder apreciar la evolución y la efectividad de la medida.

Se trata de intentar que el hijo esté con la familia de origen, sin perder de vista la adopción —en algunos casos— de otras medidas en beneficio del mismo. En este sentido es de destacar que, como señala el Preámbulo de la Ley, se otorga un carácter prioritario a las actuaciones de prevención, entendiendo que evitar las causas que originan cualquier desprotección debe ser considerada acción prioritaria por todas las Administraciones y entidades públicas y privadas implicadas en la protección de menores". Sin embargo, hay que tener en cuenta que no siempre la solución idónea será que permanezca con los padres de origen, aplicándose para estos supuestos otras medidas de protección.

B) LA TUTELA "EX LEGE" POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA.

La tutela "ex lege" es una medida provisional y transitoria que, sin necesidad de acudir al juez, adopta la entidad pública mediante una resolución administrativa motivada cuando aprecia que el menor se encuentra en situación de desamparo.

La Ley 12/2008 define en su art. 99 la situación de desamparo en los mismos términos que el Código civil como "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".

Se establecen dos procedimientos administrativos de declaración de desamparo, según la urgencia del caso. Para situaciones que no requieran una intervención rápida se prevé (art. 100) la instrucción de un procedimiento administrativo, con audiencia de los padres y del menor si es mayor de 12 años o siendo menor si tuviere suficiente juicio, que terminará en una resolución motivada.

Para las situaciones urgentes se establece un procedimiento (art. 101 Ley 12/2008) más rápido para declarar el desamparo y asumir la tutela ex lege del menor. Este supuesto es el que la resolución se dicta incluso sin esperar a que se complete la instrucción del procedimiento solamente deberá emplearse cuando exista peligro para la integridad física o psíquica del menor.

También es de destacar la posibilidad que establece el art. 104 Ley 12/2008, en consonancia con el art. 239 del CC, de que la Generalidad ante la situación de desamparo trate de promover en primer lugar, la tutela ordinaria cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumirla en interés de éste.

La resolución que se dicte debe notificarse a los titulares de la patria potestad en el plazo de 48 horas. Además deberá notificarse al Ministerio Fiscal, ya que a éste le incumbe, por expresa dicción del art. 154 de la Ley 12/2008, la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores. Dicha resolución se hará efectiva en el mismo momento de la notificación. Contra ella cabe recurrir ante la jurisdicción civil (art. 172,6 CC), sin necesidad de reclamación administrativa previa. En este punto conviene destacar que, como señala la Sentencia del TC núm. 58/2008 de 28 de abril, "el procedimiento de oposición a la declaración de desamparo no se configura como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto mas de Derecho privado se tratara, sino que se amplían ex lege las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor".

Además, en algún supuesto de hecho en concreto se ha posibilitado que un abuelo se oponga a la tutela constituida sobre su nieta en base a que de acuerdo con el art. 158 CC "se encuentra legitimada para autoproponerse como guardadora o acogedora de su nieta, ya que el expresado precepto legal debe entenderse en un sentido más amplio que favorezca el interés de parte «strictu» procesal, al permitir que el Juez de oficio a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal puedan intervenir en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda, para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria". (Auto de la AP de Álava de 12 de diciembre de 1997, AC/2433).

La declaración de desamparo trae como consecuencia la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, si bien serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres en beneficio del menor (art. 99). No queda claro en la Ley 12/2008 a qué tipo de actos se refiere, por cuanto la tutela ex lege supone que la Generalidad, tal y como señala el art. 103.2 administrará los bienes del menor. Parece pensar en actos a título gratuito como, por ejemplo, donaciones que lleven a cabo los padres en beneficio del patrimonio de los hijos. Si se trata del actos a título oneroso, aunque beneficien el patrimonio del menor, no parece lógico que tengan el poder de disposición no teniendo el de administración. En estos casos, será la Generalidad la que, de acuerdo con el art. 166 CC recabará la autorización judicial cuando se trate de una disposición contenida en dicho precepto.

Respecto de la mera falta de asistencia material que aparece como presupuesto del desamparo hay que valorarla en sus justos términos ya que deberán intentarse otros medios de protección de tipo preventivo antes de decantarse por la tutela ex lege. En este sentido, resulta esclarecedor el Auto de la AP de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC/2277) que viene a resolver la situación de un menor cuya familia padecía unas circunstancias económicas precarias: falta de trabajo del padre, falta de capacidad económica y de vivienda para cobijarse, indiferencia e incluso hostilidad de la familia de la madre, la cual padecía una minusvalía psíquica. La Sala considera que el menor debe

ser atendido en principio en su propia familia, señalando "que siempre será un problema de difícil solución, decidir si cuando la situación de desamparo del menor es debida a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor, arrebatarlo de su familia biológica y entregarlo a otra, que sin duda tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre y, con base en ellos, el cariño, tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos. Por ellos se entiende que la primera medida debe ser aplicada, mediante la atención y cuidado en la propia familia del menor, con aporte psico-social, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar, y de su entorno familiar natural, si conviene al interés del menor, todo ello sin perjuicio de que si las medidas adoptadas no dieran el resultado apetecido en un tiempo prudencial, tenga que tomarse por dolorosa y traumática que resulte la medida, hoy rechazada, de acogimiento familiar preadoptivo".

Lo acabado de exponer pone de relieve que, en principio, el mayor o menor bienestar económico no debe ser determinante de la adopción de esta medida, salvo que hayan fallado otras soluciones. Es necesario también que se constate una falta de cuidado, asistencia, guarda del menor etc. En definitiva, debe tratarse de un incumplimiento de los deberes de atención, valorándose el interés del menor desde la necesidad de una atención global. Como señala la Sentencia de la AP de Toledo de 21 de noviembre de 2006 (AC 2006/2255) "ni la pobreza ni la incultura ni la poca inteligencia son en si mismas causas que impliquen desatención y desamparo; y en tales casos cuando la situación se basa en las mismas, cuando los padres pueden recibir ayudas para adquirir las habilidades de las que carecen es obligación de los poderes públicos prestarlas". Estos casos deben ir seguidos de un resultado de desatención material que justifique la adopción de la medida (En este sentido Sentencia de la Audiencia de Valencia de 20 de abril de 2005 AC 2005/505). Ahora bien, si como sucedió en el supuesto de hecho de la Sentencia de la AP de Valencia de 12 de febrero de 1996 (Aranzadi civil 1996/375) el menor está atendido por los abuelos, no cabe acudir a la tutela "ex lege, sino a otras medidas como la tutela ordinaria.

Ello nos lleva a determinar que el desamparo es una situación de hecho que para que constituya el presupuesto de la tutela ex lege debe reunir dos características: en primer lugar la falta de asistencia moral o material del menor que se valora de acuerdo con el resultado producido; y en segundo lugar, una característica causal, cual es, el incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección establecidos en el art. 154 CC.

Además, tal y como contempla la Ley 12/2008 habrá que tener en cuenta la urgencia del caso, porque se trata de supuestos en los que, por su gravedad, no se acude al procedimiento ordinario para que el juez dicte sentencia de suspensión de la patria potestad (art. 170 CC), ya que ello iría en contra del interés del menor. Según la inminencia del caso se acudirá a un procedimiento u otro teniendo en cuenta que el desamparo es una situación objetiva o de hecho que funciona con independencia de valoraciones culpabilísticas. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de febrero de 2000 (AC 2000/512) señala que la declaración de desamparo ha de obedecer a circunstancias objetivas sean o no maliciosas o intencionadas.

La nueva Ley Valenciana permite, a diferencia de la normativa autonómica anterior, que la desasistencia se centre o en el plano moral o en el material y no necesariamente en ambos. Este es un paso importante tal y como se deduce del análisis de la solución dada por la Audiencia de Palencia en el Auto dictado el 13 de julio de 1995 (AC/1302).

Se trataba de la constitución de un acogimiento judicial en el que se determinó que el ejercicio de los deberes asistenciales propios de la patria potestad era inadecuado conforme al concepto de desamparo que ofrece el art. 172 del CC, en la medida en que este precepto comprende además del absoluto abandono del menor, aquellos status de inasistencia moral o material derivados de un inadecuado ejercicio, voluntario o no, de los deberes tuitivos que incumben a los padres o guardadores. En este caso en concreto, el examen del material probatorio en autos desveló que el padre gozaba de una estabilidad económica que sobraría para la asistencia material de los menores, pero el clima familiar no era el adecuado para la formación y desarrollo de su moral y personalidad, dado que los progenitores mantenían una convivencia no continuada, esporádica, desapareciendo la madre a temporadas del domicilio, y además conflictiva, de frecuentes malos tratos y denuncias que desembocaron en numerosas denuncias. A ello se añadía que el padre pasaba bastante tiempo fuera de casa y que la madre sufría problemas emocionales y de personalidad. Ante este clima de conflicto se determinó, entre otras medidas, el acogimiento en otra familia con una evolución favorable en todos los sentidos de los menores.

Finalmente, esta medida debe contemplarse como transitoria, provisional y en tanto en cuanto no exista otra solución.

Concretando los diferentes casos en los que de hecho se puede producir, se trata de situaciones en las que no hay colaboración efectiva por parte de los padres o de los tutores y ello repercute en un resultado negativo para la adecuada promoción y desenvolvimiento de la personalidad del menor. Los supuestos en los que entra en juego la tutela "ex lege" giran en torno a:

1. Existencia de un menor sin tutores, o bien por ser huérfano o por tratarse de una situación de abandono.

2. Maltrato y/o negligencia de los padres. Estos casos deben referirse a daños al niño o riesgo de que se produzcan que sean demostrables, debidos a la conducta de los padres, es decir que exista relación de causalidad entre la conducta parental y el maltrato.

3. Imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección. La imposibilidad, que es debida a causas involuntarias —carencia de recursos materiales para mantener el hogar, carencia de vivienda— como ya hemos señalado anteriormente, sólo debe ser considerada como presupuesto de la tutela "ex lege" cuando derive en un abandono y no funcionen otro tipo de medidas dirigidas a solucionar el problema económico. En cuanto al inadecuado ejercicio se refiere a los cumplimientos patológicos, por ejemplo, en el campo de la corrección a los hijos, que derivan en malos tratos, so pretexto de un aparente ejercicio de determinados derechos. También entrarían dentro de esta situación los supuestos de inadecuada atención sanitaria, escolar, higiénica o de problemas de orden público. Todos estos casos deben desembocar en una desasistencia del menor. Además, se parte de que las medidas preventivas han fallado o resultan insuficientes.

C) LA GUARDA: TITULARIDAD Y EJERCICIO.

1) Tipos de guarda

La guarda es una medida de protección al menor regulada en los arts. 105 y ss de la Ley 12/2008. La titularidad de la potestad de guarda en la CAV la asume la Generalidad Valenciana como medida de carácter temporal.

Existen tres supuestos de guarda:

1. La Guarda Voluntaria. Se trata de una medida que los padres o tutores solicitan formalmente a la entidad pública cuando por causas graves justificadas no pueden atenderlo. La Generalidad Valenciana, tras la apertura del correspondiente expediente y alegando los padres los motivos que les impiden ejercer las funciones de guarda, recabará los informes necesarios y puede asumir ésta, informando a los padres de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de los hijos. La resolución que dicta, de acuerdo con el art. 106 Ley 12/2008, debe ser motivada. Por ello, entendemos que la negativa a asumir la guarda por parte de los servicios territoriales del órgano competente de la Generalidad debe ser también motivada, señalando las razones que justifican la asunción de esta medida..

Por tanto, la entidad pública es la que debe resolver, valoradas las circunstancias, oídos los padres y el menor si fuera mayor de 12 años, cual es la solución más adecuada al interés del menor y establecer la forma de ejercicio de la misma y su duración.

Esta medida asegura al menor una asistencia temporal en espera de una solución que le garantice la relación familiar apropiada. La fuente constitutiva está en el procedimiento de la entidad pública local y ello pese a la petición de las personas que tienen la potestad del menor, siendo aquélla la que resuelve.

Este tipo de guarda puede cesar por:

- petición de los padres o tutores
- cumplimiento del plazo establecido en la resolución estimatoria
- desaparición de las causas que lo motivaron
- asunción de la tutela ex lege cuando concurra causa de desamparo del menor

En todo caso, el cese deberá acordarse en resolución administrativa.

2. La Guarda por acuerdo judicial. En estos casos el menor ingresa en un centro de recepción, sin perjuicio de incoar el procedimiento para adoptar la medida de protección más idónea. Los supuestos en que habrá una intervención judicial van precedidos de conflictos de intereses y en líneas generales serían: en primer lugar, si los padres sin voluntad de abandono, pero con unas circunstancias graves, por ejemplo, de enfermedad que impiden el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad, no solicitan la guarda cabe que el juez adopte la medida. Pensemos que el art. 158.3 CC establece que "el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de un pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios".

Otro supuesto que podemos considerar es el de la negativa de la entidad pública a asumir la guarda ante la petición de los sujetos legitimados. En esta situación pensamos que puede acudir al juez para que acuerde la guarda, teniendo en cuenta que el art. 154 in fine del CC establece que "los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad".

También podría pensarse en otros supuestos, aunque ello no pase de ser meras conjeturas, dispersos a lo largo del Código civil: la situación prevista en los art. 211 y 271.1 CC, en donde una institución de asistencia especial acoge a un menor o incapaz en régimen de internamiento relativamente estable, por decisión judicial previa o, en su caso, inmediatamente posterior al mismo; los supuestos de los arts. 92, 103.1, 128, 299 bis, 224, 237 in fine del CC.

3. La Guarda Administrativa. Se produce en los casos en que la entidad pública asume a través de una resolución administrativa la tutela "ex lege" del menor, cuando declare la situación de desamparo del mismo.

2) Ejercicio de la potestad de guarda

Tal y como establece el art. 108 de la Ley 12/2008 “la guarda asumida por la Generalidad se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determinen los Servicios Territoriales del órgano competente de la Generalidad en materia de protección de menores. El acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor”.

D) EL ACOGIMIENTO DE MENORES.

1. Concepto y tipos.

El acogimiento es una forma de guarda que se adopta cuando se le va a integrar en una unidad de convivencia distinta de la formada por sus padres, con la finalidad de abordar mientras tanto la desestructuración familiar, los conflictos relacionales y conseguir finalmente la reinserción del menor en la familia de origen o, en su caso, la adopción de aquél. Por lo tanto, se parte de que las medidas preventivas no tienen un campo de aplicación o se han aplicado y no han resultado suficientes.

Se trata de una medida de carácter temporal y revocable en beneficio del menor y por ello tiene una doble orientación, que ha tenido muy en cuenta la CV: por un lado, proporcionar al menor un ambiente familiar idóneo; y, por otro, intentar reparar la situación de la familia de origen hasta que desaparezcan los motivos de desestructuración.

No se adopta la medida sólo porque la familia de origen, por los motivos que sean, no han ejercido sus deberes como tales. Tampoco se adopta sólo porque el menor se encuentre en una situación de desprotección. El acogimiento familiar tiene su sentido como respuesta a una familia en situación de riesgo o que no ha podido superar una determinada crisis.

En los casos de acogimiento, según las circunstancias del supuesto de hecho concreto, la entidad pública tendrá la simple guarda, conservando la patria potestad los padres o se habrá ejercitado por parte de la entidad pública la tutela “ex lege” (art. 173 CC).

El tipo de acogimiento que se determina para el menor está en función de las mayores o menores posibilidades de reinserción en la familia de origen.

En la Comunidad Valenciana están previstas en la misma línea del Código civil, aunque con especificidades propias, diversas modalidades según la finalidad que persigue y la gravedad de la situación (arts. 115 y ss. Ley 12/2008):

A) **Acogimiento familiar**: se concibe como la medida por excelencia a aplicar cuando sea necesario separar al niño de su familia. Se ejercerá por una persona o familia que asumirá las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo educarlo y procurarle una formación integral. Es un medio de aplicación preferente cuanto menor sea la edad del menor y que favorece que permanezca en un ambiente y entorno familiar.

Existen tres modalidades de acogimiento familiar:

a) *Acogimiento familiar simple* que puede llevarse a cabo en familia extensa o en familia educadora que no tiene vinculación familiar.

b) *Acogimiento familiar permanente* que igualmente se lleva a cabo en familia extensa o educadora y por resolución administrativa.

Ambos tipos de acogimiento se formalizan por escrito, con los consentimientos y de acuerdo con las prescripciones del art. 173 CC. Si los padres no consienten o se oponen a este tipo de acogimientos deberá ser acordado por la autoridad judicial. Mientras el juez decide, la entidad pública puede acordar un acogimiento familiar provisional que subsistirá hasta la resolución judicial. En este sentido, como señala la Sentencia de la AP de Palencia de 13 de julio de 1995 (AC/1302) "la razón de ser de la constitución judicial está en la oposición de los padres que hace inviable la prosecución del expediente administrativo. El asentimiento de los padres se encuentra limitado por la Ley a la adopción y no así al acogimiento, instituto de menor trascendencia jurídica que aquélla pues no crea vínculos paterno-filiales entre los acogedores y el menor, por lo que la voluntad contraria de los padres no constituye sino un elemento más a valorar por el Juez en la resolución que dicte en interés del menor".

La existencia de una familia extensa dispuesta al acogimiento, en principio, provoca que la autoridad administrativa se decante por la misma —aun incluso en contra de la voluntad de los progenitores— como medio de hacer efectivo el beneficio del menor (Sentencia de la AP de Granada de 9 de febrero de 2002, AC 2002/ 124). De esta manera se intentan diversas vías para que el menor y los progenitores, en la medida de lo posible, puedan seguir relacionándose, con la finalidad de conseguir, en su caso, la reinserción. Tal es el supuesto de la Sentencia de la AP de Valencia de 22 de septiembre de 1995 (AC/1575) en el que se determinó en un caso de acogimiento en familia extensa con sus abuelos maternos y con su madre, la conveniencia proteger las relaciones paterno-filiales, a través de un régimen de visitas para que los menores y el progenitor pudieran relacionarse, aún reconociendo que las circunstancias del padre estaban lejos de considerarse dentro de la normalidad, pero se apreciaba en él un interés manifiesto en poder relacionarse con sus cuatro hijos y un intento de abandonar la dependencia de las sustancias psicotrópicas, con buenas expectativas.

Ahora bien, esto no supone que la familia extensa tenga en todo momento un derecho preferente, ya que las decisiones dependen del interés prevalente del menor. Ello puede verse en el Auto de la AP de Madrid de 14 de enero de 1997 (AC/216), que resolvió el caso de una menor cuyo padre era drogadicto y su madre se encontraba en prisión. Se declaró la situación de desamparo de la niña, al amparo de lo prevenido en el art. 172 del CC, por la Conserjería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid. En su momento ninguna persona se responsabilizó de ella, acordándose oír en el expediente a los tíos de la menor, hoy recurrentes, quienes en comparecencia realizada ante la Comisión de Tutela del Menor en abril de 1991 manifestaron que no tenían nada que ver con el tema y que no querían acoger a la sobrina, ni que se les molestase más, actitud que reiteraron ante los Servicios Sociales. No existiendo familiar alguno que quisiera hacerse cargo de ella, la entidad pública optó por otros entornos ajenos a los vínculos de sangre. A este efecto, la menor convivió desde 1992 con un matrimonio seleccionado por la Comunidad Autónoma, en cuyo ámbito se fue produciendo una progresiva y satisfactoria adaptación de aquélla, ofreciendo incluso perspectivas de, en un futuro inmediato, integrarse legalmente en tal círculo familiar. Se acordó por el Juez rechazar la pretensión de los tíos maternos que recurrieron el acogimiento de la menor. La negativa precisamente se basó en que en su momento los familiares no habían querido hacerse cargo del menor, razón por la que la Comunidad Autónoma de Madrid optó por la otra solución. El prevalente principio del "favor minoris", ya que en ese momento supondría un grave retroceso para la menor el tener que ir con los tíos, es lo determinante de la adopción de la medida, por encima del interés legítimo de aquéllos. Así, el Fundamento de Derecho tercero señala:

"no habiendo asumido por unas y otras razones, las responsabilidades que sobre el cuidado cotidiano de la menor le fueron ofrecidas desde la entidad pública, no puede ahora retomarse, por más que su interés sea legítimo, un cometido, cual el que propugnan, que supondría un grave retroceso para la menor, sin claras perspectivas, según los informes sociales unidos al expediente, para quien ha encontrado un entorno como el que ofrecen los acogedores, de suficiente solidez para su desarrollo y formación en todos los órdenes; por lo cual y bajo el prevalente principio del «favor minoris», que debe superponerse necesariamente a cualquier otro interés, aun perfectamente legítimo, subyacente en la litis, esta Sala entiende que la solución adoptada por el Juzgado «a quo» es perfectamente ajustada a derecho, sin que se hayan ofrecido por los recurrentes motivos de entidad suficiente, para acceder a la pretensión revocatoria deducida".

c) *Acogimiento familiar preadoptivo* que se llevará a cabo entre los solicitantes de adopción nacional declarados idóneos y en función del interés del menor. Tiene por objeto la integración de un niño o una niña en un núcleo de convivencia como paso previo a la formalización de la adopción, con el fin de garantizar la idoneidad de la medida. El acogimiento preadoptivo constituye, en definitiva, una medida para garantizar el interés del menor ya que posibilita que la entidad pública pueda verificar si el menor se integra o no en una familia y, en consecuencia, si resultará conveniente su adopción. Para la aplicación de esta solución lo determinante es que no exista posibilidad de reinserción en la familia de origen.

En definitiva la solución que se adopte no está sólo en función de la gravedad de la situación, sino de la posibilidad o no de reinserción en la familia de origen. De tal manera que aunque, en principio, se ha de buscar la reinserción del menor en la familia biológica con prioridad al acogimiento preadoptivo, no es menos cierto que esta prioridad sólo se mantiene en tanto en cuanto los derechos e intereses de los menores queden suficientemente protegidos. Esta idea viene puesta de relieve con acierto en el Auto de la Audiencia de Sevilla de 1 de julio de 1997 (Aranzadi Civil/1532) cuando señala: "en materia de acogimiento de un menor, los Tribunales han de velar prioritariamente, por los intereses de aquél, que son, sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto...El principio de prioridad de la propia familia, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales indirectamente recogido en el art. 172 del CC es vinculante para la autoridad judicial en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del menor o la constitución del vínculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde en su interés...".

B) ***Acogimiento residencial***: se concibe como una medida de aplicación subsidiaria salvo mayor interés del menor, procurando que la duración de esta medida sea lo más corta posible, así como una intervención individualizada y personalizada de contenido socioeducativo y terapéutico.

a) Presupuestos de aplicación.

Se ejercita por el director del centro donde sea acogido el menor. En efecto, su campo de aplicación queda reducido a aquellas situaciones en las que por las circunstancias del caso no sea aconsejable adoptar ninguna de las medidas expuestas anteriormente. Por tanto, salvo que el interés del menor lo requiera se establecerá antes un acogimiento familiar.

Este tipo de acogimiento debe tener la menor duración posible, siendo una intervención individualizada y personalizada de contenido socioeducativo y terapéutico. Se concreta en la prestación de servicios de alojamiento, manutención, apoyo educativo y atención integral del menor en un centro abierto de carácter residencial, que pertenezca a la red pública de centros de protección de menores de la CAV.

b) Contenido del acogimiento residencial

El art. 110 de la Ley 12/2008 señala que a través del acogimiento residencial se ejercen las funciones inherentes a la guarda, debiendo procurar al menor un centro que se adapte a las necesidades del menor y que se encuentre próximo a su entorno familiar y social.

Se facilitará el acceso a los sistemas ordinarios de carácter educativo, laboral, sanitario y a cualquier equipamiento o servicio público o privado de su entorno social o del entorno del centro, salvo en los casos en que por las circunstancias del menor se requiera se le atienda en el interior del centro.

A cada menor se le realiza un programa de intervención personalizado, fijando objetivos y trabajando a la vez con la familia del menor, ya que esta medida de protección se prevé como transitoria.

Finalmente, cabe que el acogimiento se lleve a cabo a través de instituciones colaboradoras (art. 158 Ley 12/2008) que ejercerán las funciones inherentes a la guarda de menores acogidos e internados en los centros.

c) Ventajas e inconvenientes

Aunque esta medida actúa como último recurso, en la práctica son muchos los menores que, por falta de familias acogedoras de cualquier tipo o por las circunstancias personales o familiares del menor, tienen que permanecer en residencias comarcales.

Su aplicación plantea además de los problemas derivados de la falta de un ambiente familiar, los que proceden de la situación de los padres, puesto que al seguir en muchos casos siendo titulares de la patria potestad, tienen derecho a participar en las decisiones que afectan al hijo, con lo que la función de las residencias se torna en ocasiones muy dificultosa.

Actualmente, el art. 172 párrafo 2 del CC señala con respecto a este punto que "la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración". Con esta solución quizás se clarifique de antemano el papel que deben desempeñar los padres, así como el Director del Centro que es el que ejerce la guarda, bajo la vigilancia de la Dirección General de Servicios Sociales.

2) Examen especial del acogimiento familiar con familia educadora

a) Concepto

Cuando por las circunstancias del caso concreto no han funcionado las medidas preventivas, permaneciendo la familia desestructurada, se intenta lo que en la Comunidad Valenciana se denomina recurso a las familias educadoras (arts. 119 y ss. Ley 12/2008). Incluso, en ocasiones, previamente se habrá intentado el recurso a la guarda en familia extensa o en el vecindario. Esta medida puede aplicarse tanto en los

supuestos de acogimiento simple como en los casos de acogimientos permanentes, existiendo un Registro de Familias Educadoras en el que se inscriben las personas declaradas aptas para formalizar cualquiera de los dos tipos de acogimiento.

Se parte de que este recurso sólo se va a aplicar como medida temporal, cuando sea posible realizar un proyecto educativo entre la familia biológica y la familia acogedora, facilitando la reinserción del menor en su familia de origen, y removiendo los obstáculos que lo impiden.

En la CAV, ya antes de la reforma llevada a cabo en el CC por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, comenzó a funcionar a partir de la O. de 20 de marzo de 1986 el recurso de familias educadoras. Su art.1 establecía :

"Se entiende por familia educadora el recurso por el cual un menor, sometido a unas condiciones específicas en su primer entorno familiar que influyen negativamente en su desarrollo, se confía temporalmente a un núcleo familiar que no es el suyo, en función de un interés educativo ".

Se trata, por tanto, de una medida de larga tradición en la CAV que se aplica cuando el núcleo familiar de origen se ha desestructurado, pero responde a circunstancias de estricta transitoriedad, confiándose a otra familia de su propio entorno social, sólo mientras se abordan las dificultades que generaron la separación. Para hacerla efectiva, el art. 121 Ley 12/2008 prevé una serie de medidas de apoyo de carácter técnico, jurídico, social o, en su caso, económico, con la finalidad de que se cumplan los objetivos propios del acogimiento familiar. Dichas medidas van orientadas tanto a la familia de origen como a la familia educadora porque la finalidad fundamental es que el menor pueda regresar con su familia de origen.

Otro presupuesto fundamental es el consentimiento expreso de los padres naturales o tutores del menor que no hayan sido privados de la patria potestad. Sólo cuando no sea posible lograr su consentimiento o cuando se opongan los padres interviene preceptivamente el juez (art. 173.3 CC).

Por tanto, independientemente de que haya o no consentimiento de los padres, lo que determina la adopción del recurso de familias educadoras es la posibilidad de reinserción de la familia de origen.

En tercer lugar, se exige el consentimiento del menor si es mayor de 12 años. Finalmente, la entidad pública, después de realizar una investigación previa para ver si la entrega del menor tiene fundamento y si la familia educadora ofrece garantías en punto al desarrollo de la personalidad del menor, otorgará su consentimiento.

b) Caracteres de la familia educadora

Como su nombre lo indica esta familia deberá tener una perspectiva educadora en su más amplio sentido. De ahí que deberá ofrecer al menor educación, manutención, habitación, vestidos, asistencia médica e instrucción. En definitiva, se ocupará de lo relativo a la esfera personal del menor, apoyado por la ayuda económica que otorga la entidad pública. En este sentido conviene resaltar que los acogedores tienen los mismos deberes y facultades establecidos en el art. 154 CC para los padres. Ello no deja de plantear ciertos problemas en la práctica. Pensemos, por ejemplo, la compatibilidad con el deber de velar que tienen los padres, incluso aunque no ostenten la patria potestad (art. 110 CC), en situaciones en las que sea urgente llevar a cabo una operación o un tratamiento que comporte un cierto riesgo etc.

Una segunda característica es la transitoriedad. En este recurso prima el servicio temporal a un niño sin perspectivas de adopción, puesto que la finalidad es que pueda volver con la familia de origen. Las familias educadoras generalmente suelen tener hijos

y son conscientes de que el menor no se lo quedan para siempre. De todas formas en la actualidad algunos acogimientos en familias educadoras vienen siendo bastante largos, porque los procesos de reestructuración del núcleo familiar de origen son lentos. Sobre este punto, el Gobierno Valenciano desarrolla un programa de terapia familiar a través de diversas prestaciones, con la finalidad de abordar los conflictos relacionales y la desestructuración familiar.

Otra característica que aparece como consecuencia de la anterior es el establecimiento de las relaciones periódicas con la familia de origen, así como la participación por parte de ésta en las decisiones que afecten al hijo y su colaboración en todo momento. Esta medida es lógica, por un lado, porque, normalmente, los padres siguen siendo titulares de la patria potestad, aunque no en todos los casos; y, por otro, porque su razón de ser se encuentra en la transitoriedad.

Cuando el acogimiento en familia educadora es de carácter permanente previsiblemente tendrá una mayor duración, para remover los obstáculos existentes y facilitar así la reinserción. En estos casos cabe aplicar la medida que establece el art. 173 bis. CC para los acogimientos permanentes: "solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquéllas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor".

El acogimiento en familias educadoras cesará por cualquiera de las causas establecidas en el art. 173.4 CC.

Valencia, 15 de octubre de 2008.