

Trabajo Fin de Grado

La protección de menores mediante acogimiento
The protection of minors through foster care

Autora
Sandra Baldonado González

Director
Miguel Luis Lacruz Mantecón

Facultad de Derecho
2021/2022

ÍNDICE

- I. ABREVIATURAS
- II. INTRODUCCIÓN
- III. SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR
 - 1. INTRODUCCIÓN
 - 2. ÁMBITO INTERNACIONAL
 - 3. ÁMBITO AUTONÓMICO
 - 4. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES
 - 4.1 Prioridad al sistema de prevención
 - 4.2 Interés superior del menor como principio rector de la actuación de los poderes públicos
 - 4.3 Tutela administrativa
 - A. Definición
 - B. Situación de desamparo
- IV. GUARDA ADMINISTRATIVA
- V. ACOGIMIENTO COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DEL MENOR
 - 1 ORIGEN
 - 2 SUJETOS IMPLICADOS
 - 3 ACOGIMIENTO FAMILIAR
 - 3.1 Concepto y contenido
 - 3.2 Constitución
 - 3.3 Idoneidad para ser acogedor
 - 3.4 Estatuto Jurídico de los acogedores
 - 3.5 Derechos del menor acogido
 - 3.6 Tipología
 - 3.7 Ruptura convivencia de los acogedores
 - 3.8 Remoción y cese del acogimiento familiar
 - 4 ACOGIMIENTO RESIDENCIAL
 - 4.1 Concepto
 - 4.2 Obligaciones Entidad Pública

4.3 Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores
con problemas de conducta

5. POTESTAD REGULADORA Y SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL
DERECHO DE RELACIÓN DEL MENOR ACOGIDO POR LA ENTIDAD
PÚBLICA

6. VIGILANCIA SUPERIOR DEL MINISTERIO FISCAL

VI. CONCLUSIONES

VII. REFERENCIAS NORMATIVAS

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CCAA: Comunidades Autónomas

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989

CE: Constitución Española

Decreto 190/2008: Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

Ley 21/1987: Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción

Ley 26/2015: Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 8/2021: Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

LO 8/2015: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

LO 8/2021: Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

IASS: Instituto Aragonés de Servicios Sociales

NNA: Niños, Niñas y Adolescentes

V.g.: verbi gratia

II. INTRODUCCIÓN

La importancia del tema de la protección de la infancia ha sido puesta de relieve en instancias internacionales: “No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”¹.

El presente trabajo versa sobre algunos aspectos de nuestro actual sistema de protección de menores, concediendo un tratamiento especial al acogimiento frente a otras figuras de protección.

En cuanto a la elección del tema, durante estos años en el Grado, el Derecho de familia ha sido una de las ramas del Derecho que más ha captado mi atención y, en concreto, la protección que se le concede al menor desde este ámbito. Cuando estudié Derecho de Familia y Sucesiones éste fue uno de los temas que más me interesó, no obstante, por cuestión de tiempo no se trata lo suficientemente en profundidad como a mí me hubiese gustado. Por esta razón, decidí hacer el trabajo sobre ello con el fin de poder conocer más a fondo nuestro actual sistema de protección jurídica al menor.

Además, entre todas las instituciones de protección que regula nuestro Ordenamiento Jurídico, el acogimiento me suscitaba un interés especial, pues quería conocer cómo actuaba la Administración Pública en aquellos supuestos en que, por ciertas circunstancias familiares, el menor quedaba desprotegido, siendo necesaria la intervención pública. Los menores constituyen un colectivo social que, por sus características y necesidades particulares, se caracteriza por su vulnerabilidad, por eso es necesario garantizarle un entorno estable y una protección especial, de ahí el motivo de introducir en el trabajo un pequeño análisis sobre el concepto de interés superior del menor, pues es el principio que legitima toda actuación de los poderes públicos sobre el menor.

Por último, en relación con la metodología que he empleado para la realización del trabajo, tras la elección del tema recopilé todos aquellos libros, revistas jurídicas y otros documentos de interés que trataban sobre esta materia y procedí a la lectura de una monografía que estudiaba la protección que se le había otorgado al menor desde hace

¹ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

siglos hasta la actualidad, a la par que realizaba un análisis pormenorizado de todas las modificaciones que se habían introducido en nuestro ordenamiento hasta llegar a la más reciente regulación sobre el acogimiento. A continuación, realicé un índice para ubicar todos aquellos aspectos que iba a tratar y continúe leyendo todos los documentos recopilados, así como jurisprudencia a cerca de menores que habían sido declarados en desamparo o distintas problemáticas que se planteaban en la familia de acogida del menor, dado que considero que es la mejor forma para conocer el tema desde una perspectiva más real. Por último, apoyándome en dichos materiales procedí al desarrollo del tema.

III. SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección y el cuidado de los menores recae normalmente en sus progenitores como titulares de la patria potestad, sin embargo, en aquellos supuestos en que esto no es posible -v.g., los padres han fallecido, o se hallan suspendidos o privados de la patria potestad- la ley prevé distintas instituciones supletorias de la patria potestad, tales como la tutela ordinaria, con el fin de asegurar la adecuada protección del menor. No obstante, cuando estas instituciones tutelivas primarias no resultan eficaces por no asegurar las necesidades del menor en su esfera personal y material, el sistema de protección de menores prevé mecanismos como la tutela *ex lege* o administrativa y la guarda administrativa, que son asumidas por la Entidad Pública que en cada territorio tenga asumida la competencia en materia de protección de menores². En la actualidad, el marco jurídico de este sistema viene definido por el Código Civil Libro I, Título VII «De las relaciones paterno- filiales» y el Título IX «de la tutela y de la guarda de los menores», y por la LO 1/1996, de 15 de enero, «de Protección Jurídica del Menor». Así mismo, es necesario poner de relieve la modificación que se ha llevado a cabo recientemente en los citados textos legales por la LO 8/2021³ y la Ley 8/2021⁴.

En España, el artículo 39 de nuestra Constitución incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección de la familia y, en especial, de los hijos, considerándolos a todos iguales con independencia de su filiación. Además, establece el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos mientras éstos sean menores de edad -sin perjuicio de aquellos casos en los que, no siendo menores de edad, también estén legalmente obligados a ello-. Por último, el mencionado precepto dispone que los menores gozan de la protección otorgada por los acuerdos internacionales, siendo este mandato constitucional el origen de todas las normas que se han venido aprobando

² DE ROMÁN PÉREZ, R, « La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2018, p. 329.

³ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

en materia de protección de menores desde la entrada en vigor de la CE en 1978 hasta la actualidad⁵, tanto nacionales como autonómicas.

Por otro lado, al estar refiriéndome continuamente a los “menores de edad”, considero conveniente determinar lo que entendemos por tal concepto. Así, en el Derecho español, la mayoría de edad se sitúa en los dieciocho tal y como disponen los arts. 12CE y 240 CC, por ende, son menores de edad todos aquellos cuya edad se sitúa por debajo de dicha cifra. Sin embargo, a lo largo de los años, la doctrina civilista ha venido discutiendo si el colectivo de los emancipados o habilitados de edad se sitúa o no dentro de este régimen protector, pues cierta doctrina considera que la protección se otorga a los menores en general, en cuanto que preceptos como el artículo 172.1 o el 222.4 Cc se refieren a los “menores” o a los “menores en situación de desamparo”, es decir, se hace uso de una terminología que no excluye a este colectivo. Mientras que, el otro sector de la doctrina defiende que el emancipado o habilitado de edad se capacita para regir su persona y sus bienes, por lo que serían supuestos que, al no dar lugar a la tutela, sino a la curatela, quedan excluidos por tanto de la tutela *ex lege* y de otras medidas como el acogimiento⁶. En mi opinión, los emancipados o habilitados de edad continúan siendo menores por lo que son susceptibles de necesitar en algún momento la protección que brinda el artículo 39CE, en relación con el 12 del mismo texto legal, pues si bien es cierto que en nuestro país el emancipado goza de un sistema de protección particular, conviene señalar que en el supuesto del emancipado de hecho por vida independiente con el consentimiento de sus padres, éste puede llegar a hallarse en una situación de necesidad, por ejemplo si pierde el trabajo. En tal situación, y teniendo presente que dicho consentimiento es revocable, puede desaparecer por tanto la emancipación, quedando el menor en situación de desprotección.

⁵ IRAGUAS PRADA, G, *Protección jurídica del menor. Especial referencia al acogimiento familia de menores*, Universidad de Vigo, Vigo, 2021,p.23.

⁶ IRAGUAS PRADA, G, *Protección jurídica del menor*, cit., ,p. 59.

2. PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL PLANO INTERNACIONAL Y EUROPEO

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 de Naciones Unidas , en su artículo 1, determina que se entiende por niño a aquellos que son menores de dieciocho años, salvo que les sea de aplicación una ley conforme a la cual ya hayan adquirido la mayoría de edad con anterioridad.

Proporcionar a los menores una protección especial era una necesidad que ya se plasmó en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, reconociéndoles por primera vez una serie de derechos específicos. Sin embargo, el reconocimiento del menor como sujeto de derecho no llegó hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, pues hasta ese momento el menor era considerado simplemente como un objeto de protección⁷. La citada Convención presenta la familia como el medio más idóneo para el pleno y correcto desarrollo del menor, si bien es cierto que, en su artículo 9, prevé que éste pueda ser separado de sus padres cuando así sea necesario conforme a su interés y así lo determine la autoridad competente conforme a la ley y a los mecanismos que la misma establece⁸.

Por último, en el ámbito europeo, cabe destacar la Resolución A3- 0172/92 del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del niño⁹, la cual establece en su apartado 8.12 el derecho que poseen los niños a gozar de unos padres y, en caso de no ser ello posible, a gozar de personas o instituciones que sustituyan a éstos.

3. PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

La competencia sobre protección de menores no se recogió de forma individualizada en el artículo 148 CE, sino que se incluyó dentro de la expresión «asistencia social» en el punto veinte del apartado primero del mencionado precepto. La CE concedió a las CCAA la posibilidad de asumir competencias en esta materia, siendo necesario que las mismas

⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I, «Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general) », *Revista de Derecho Uned*, núm.2, 2007, p. 83.

⁸ CAPARRÓS CIVERA, N Y JIMÉNEZ – AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid,2001, p. 50.

⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», en *Curso de Derecho Civil(IV) Derecho de familia*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.), vol. IV,6ªedición, Edisofer, Madrid, 2021, p. 456.

la integraran en sus Estatutos de Autonomía, pues de lo contrario, tal y como dispone el artículo 149.3 CE, sería asumida por el Estado¹⁰. Conviene destacar que la práctica totalidad de las CCAA han asumido dicha competencia y cuentan con normativa propia de protección de menores.

Aragón fue la primera Comunidad Autónoma en aprobar una norma con rango legal en materia de protección de menores tras la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1987, dotando al menor de un marco jurídico de protección a través de la Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores.

En la actualidad, el marco jurídico del sistema de protección de menores de Aragón se encuentra constituido por la Ley 12/2001, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y por el Decreto 190/2008, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo. En el Preámbulo de la citada Ley se expone que nuestra Comunidad Autónoma tiene competencia para llevar a cabo todas aquellas actuaciones que deben realizarse en situación de riesgo y desamparo, incardinando toda esta actividad en el Instituto Aragonés de Servicios Sociales¹¹.

4. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

4.1. Prioridad al sistema de prevención

El régimen de protección de menores ha evolucionado hacia un sistema de prevención, pues el artículo 11.2 d) LOPJM establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos el de la «prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal». Lo que se pretende es detectar y reparar las situaciones de desprotección en las que se pueda hallar un menor con el objeto de

¹⁰ CAPARRÓS CIVERA, N y JIMÉNEZ – AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, cit., p. 54.

¹¹ Preámbulo de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

evitar un futuro desamparo, lo cual conlleva que otras actuaciones, como el desamparo o la tutela administrativa, adquieran un carácter subsidiario¹².

Como fundamento de este sistema de prevención la Ley 26/2015 introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico la situación de riesgo y los indicadores de éste¹³. Se entiende por situación de riesgo aquella en la que el menor se ve perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo como consecuencia de determinadas carencias o circunstancias que no alcanzan la entidad suficiente como para que se declare la situación de desamparo y la asunción de la tutela administrativa por la Entidad Pública, pero sí son supuestos que requieren la intervención de la Administración con el fin de reducir o eliminar estas dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo, sin tener que separarlo de su ámbito familiar.

4.2. Interés superior del menor como principio rector de la actuación de los poderes públicos

El interés superior del menor es el principio sobre el que se sustenta nuestro régimen de protección del menor, sin embargo, la doctrina ha venido afirmando que se trata de un concepto jurídico indeterminado en cuanto que hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015 no se contemplaba ningún criterio para su valoración, razón por la cual debía ser interpretado en cada caso concreto. Como afirma VERDERA IZQUIERDO¹⁴, por primera vez, el legislador introduce con esta reforma una serie de elementos y criterios que permiten concretar el contenido y la extensión de este principio, pues tal y como establece REVETLLAT BALLESTÉ¹⁵ esta nueva redacción del artículo 2 LOPJM

¹² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en *El nuevo régimen jurídico del menor, la reforma legislativa de 2015*, MAYOR DEL HOYO, M.V(dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.103

¹³ Artículo 17LOPJM: «Serán considerados como indicadores de riesgo, entre otros: A) La falta de atención física o psíquica del niño [...] que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño [...]. B) La negligencia en el cuidado de las personas menores de edad y la falta de seguimiento médico [...]. C)La existencia de un hermano o hermana declarado en situación de riesgo o desamparo [...]».

¹⁴ VERDERA IZQUIERDO, B, «El interés del menor versus interés particular de los progenitores», en MAYOR DEL HOYO, M.V, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Mayor (Navarra), 2017,p. 525.

¹⁵ VÁZQUEZ PASTOR JIMÉNEZ, L, «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, tomo LXXIII, núm. 2.221 2019, p.13.

llevada a cabo por la reforma permite considerar a este concepto jurídico indeterminado desde una triple dimensión¹⁶, la cual será objeto de exposición en los siguientes apartados.

A. Interés superior del menor como derecho sustantivo

El interés superior del menor es un derecho sustantivo en cuanto que éste tiene derecho a que dicho interés sea valorado y considerado como primordial a la hora de adoptar cualquier decisión que pueda afectarle, de tal forma que se antepone a cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir¹⁷. Por consiguiente, el mencionado precepto contiene una obligación dirigida a instituciones, tribunales y órganos legislativos¹⁸, que de ser obviada por éstos podrá invocarse ante los tribunales, pues la misma es de aplicación directa. SANCHEZ MARTÍNEZ explica que el interés del menor tiene como fin garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del menor, así como de su desarrollo integral¹⁹.

B. Interés superior del menor como principio jurídico interpretativo

En el supuesto de que una disposición jurídica pueda ser objeto de diversas interpretaciones, habrá de hacerse de la forma que menos perjudique al menor²⁰. Por ello, el artículo 2 LOPJM contiene en su apartado segundo una serie de criterios generales²¹ que se han de tener en cuenta a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor.

¹⁶ La Observación General núm.14 del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, recoge esta triple dimensión del interés superior del menor.

¹⁷ Artículo 2 LOPJM.

¹⁸ Este mandato ya se incluyó en el artículo 3 CDN, el cual establece que todas las medidas adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos se atenderá como consideración primordial al interés superior del menor.

¹⁹ VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L, «El interés superior del menor de edad ...» cit., , p.14.

²⁰ *Ibidem*, p. 15.

²¹ Artículo 2.2 LOPJM: «[...] se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales [...]: a) la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas [...]. B) La consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones del menor [...]. C) la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia [...] En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial [...]. D) La preservación de la identidad, cultura, religión [...]».

C. Interés superior del menor como norma de procedimiento

Toda decisión llevada a cabo conforme al interés superior del menor ha de respetar las correspondientes garantías procesales²².

4.3. Tutela administrativa

A. Concepto

La tutela administrativa o *ex lege* es, en palabras de TENA PIAZUELO, la puesta en marcha de la actividad administrativa a partir de una situación de desamparo, que conducirá a la adopción de una medida de protección como lo es el acogimiento. Se hace uso del término « *ex lege* » o « automática » para distinguirla de la tutela ordinaria, la cual tiene por fin proteger a los menores no emancipados no sometidos a la patria potestad, mientras que la tutela objeto de estudio en este epígrafe parte de la idea de desamparo, independientemente del tipo de guarda a la que esté sometido el menor (patria potestad, tutela ordinaria, curatela, defensor judicial o guarda de hecho)²³. La tutela administrativa conlleva la suspensión del contenido personal de la patria potestad o de la tutela ordinaria a la que estuviera sometido el menor declarado en desamparo, pues de conformidad con el artículo 172.1 Cc, los actos de contenido patrimonial realizados por los progenitores o tutores en representación del menor continuarán siendo válidos, siempre que sean en interés de éste.

Por otro lado, conviene señalar que, a pesar de ser una institución de titularidad pública, ello no impide que la Administración pueda delegar el ejercicio de la guarda del menor en particulares a través del acogimiento familiar²⁴.

La tutela administrativa cesará por revocación de la declaración de desamparo, por la adopción del menor o la constitución de una tutela ordinaria, por el fallecimiento del menor o por haber alcanzado éste la mayoría de edad y, por último, en aquellos casos en que la tutela obedece a una situación en la que el progenitor fue suspendido o privado en

²² Artículo 2.5 LOPJM: «[...] en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y participar en el proceso [...]. B) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos [...]».

²³ TENA PIAZUELO, I, «El sistema de protección de menores en el derecho español», *Ius et veritas*, núm. 43, 2011, p. 22.

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit., p. 459.

el ejercicio de la misma, cuando éste la recupere²⁵. Además, el artículo 172.5 Cc recoge otras tres causas que originan el cese de la tutela administrativa, que son el traslado voluntario del menor a otro país, el transcurso de doce meses desde que el menor abandonara voluntariamente el centro de protección y el hecho de que el menor se encuentre en el territorio de otra Comunidad Autónoma.

B. Situación de desamparo

La obligación que recae sobre las Entidades Públicas de asumir la tutela del menor de edad viene motivada por la situación de desamparo en la que éste se halla. Por ello, en el presente apartado abordaré lo que entendemos por tal concepto. La situación de desamparo, de conformidad con el artículo 172.1 Cc es aquella que se produce a raíz de la falta de ejercicio o el ejercicio deficiente de los deberes de protección que dispone la normativa en relación con la guarda de los menores, de manera que se produce un concreto resultado, que es la desatención moral o material del menor. El desamparo también puede apreciarse en aquellos supuestos en que acontece una determinada circunstancia que, sin mediar culpa del guardador, le imposibilita para el ejercicio de dichos deberes - una enfermedad de aquel que ejerce la guarda v.g.-²⁶.

El artículo 18 LOPJM, en su apartado segundo, define este concepto de forma similar e incluye una serie de circunstancias que pueden ser indicadoras de desamparo²⁷, como son el abandono del menor, el transcurso del plazo de la guarda voluntaria o la existencia de un riesgo para la vida, salud o integridad física del menor. Así mismo, la citada

²⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit., p. 470.

²⁶ *Ibidem* p.460.

²⁷ Artículo 18.2 LOPJM: «En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla. b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo [...] c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud [...] El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad [...] e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda [...] f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución [...] g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo [...] h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda [...]».

disposición advierte que la situación de pobreza de los progenitores tutores o guardadores no ha de ser tomada en cuenta a la hora de valorar esta situación. Además, resulta relevante señalar que, en aquellos supuestos en que existe una guarda de hecho²⁸ sobre el menor y éste no se halle privado de la necesaria asistencia moral o material, esta guarda excluye la posibilidad de apreciar situación de desamparo²⁹, sin perjuicio de que pueda constituirse otra medida de protección adecuada o proceda la declaración de situación de desamparo³⁰ por concurrir, además de esta circunstancia, algún presupuesto objetivo de falta de asistencia contemplados en el artículo 172 Cc³¹.

Por otra parte, conviene señalar que, con anterioridad a la declaración de desamparo ha de existir una resolución administrativa de la situación de riesgo, así como una intervención por parte de la Administración competente con el objeto de adoptar una serie de medidas dirigidas a eliminar dicha situación. Por ende, únicamente se podrá proceder a la declaración de desamparo si, una vez declarada y vigente la situación de riesgo, no se han producido cambios en la forma de ejercer la guarda que puedan garantizar una adecuada asistencia moral y material al menor³².

En el momento en que se aprecie que un menor se halla en esta situación se procederá a la declaración de desamparo a través de una resolución administrativa, en la cual constará la asunción de la tutela automática por parte de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección de menores en ese territorio. A partir de este momento, el menor será separado de su ámbito familiar, asumiendo su guarda la Entidad Pública.

En ocasiones, por razones de gravedad o urgencia, la tramitación del expediente previo a la resolución administrativa que declara la situación de desamparo no es posible. Por ello, el artículo 172.4 Cc prevé la posibilidad de que la Entidad Pública asuma la guarda

²⁸ ARCE FERNÁNDEZ define la guarda de hecho como «[...] un mecanismo protector que se produce cuando un menor vive con una familia distinta a la de origen, y se hace cargo de él sin intervención administrativa ni judicial». MARTINEZ CALVO, J, «La preservación del favor filii en supuestos de ruptura de la convivencia de los acogedores, tutores o guardadores del menor», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 159.

²⁹ DE ROMÁN PÉREZ, R, «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», p. 342.

³⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit., p. 460.

³¹ Artículo 237.1 Cc.

³² PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit., p. 459.

provisional del menor mediante resolución administrativa sin que, por el momento, llegue a suspender la patria potestad o tutela ordinaria a la que esté sometido el menor. La finalidad de esta figura es evitar que el menor permanezca en un entorno desfavorable en tanto que se tramita dicho expediente³³.

IV. GUARDA ADMINISTRATIVA

La guarda administrativa es una figura jurídica de protección del menor que es asumida por la Entidad Pública bien a solicitud de los progenitores del menor, o bien como consecuencia de una resolución judicial. Este mecanismo de protección se caracteriza por su transitoriedad, pues estamos ante supuestos en que concurren ciertas circunstancias graves que impiden a los padres prestar el adecuado cuidado al menor, sin embargo, son circunstancias transitorias, de modo que, cuando las mismas sean superadas el menor podrá regresar con sus padres.

Otra de las notas características de esta figura es su temporalidad, dado que en virtud del artículo 172bis CC en relación con el 19.2 LOPJM, la misma no podrá tener una duración superior a dos años, salvo que, en interés del menor, se acuerde una prórroga. Transcurrido este plazo el menor ha de regresar con sus padres o tutores o, de no ser ello posible, será declarado en situación de desamparo³⁴.

Por añadidura, cabe resaltar que la finalidad de esta figura es evitar que las circunstancias mencionadas supra motiven una situación de desamparo, lo cual es más desfavorable para el menor.

³³ DE ROMÁN PÉREZ, R, « La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit. p. 348.

³⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, « El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit.,p. 466.

V. EL ACOGIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL MENOR

1. ORIGEN

El precedente de la regulación legal de la figura del acogimiento lo hallamos en la Orden de 30 de diciembre de 1936, sobre acogimiento de niños huérfanos y abandonados y constitución de Juntas Locales de Colocación Familiar, a través de la cual se designaba a determinadas personas con el fin de que éstas recogiesen a aquellos niños que se encontraban abandonados con el objeto de proceder a su colocación en familias. Este régimen de colocación familiar se llevó a cabo a través de la Orden de 1 de abril de 1937³⁵, que fijaba esta figura como una forma que poseía el Estado para ejercer la tutela de los niños que estuviesen abandonados³⁶.

No obstante, cabe destacar que la figura legal del acogimiento familiar no se regula adecuadamente en España hasta la aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción³⁷, pues hasta ese momento únicamente había sido regulada por normas administrativas, pero no en el ámbito civil³⁸. Esta disposición normativa introdujo por primera vez la figura del desamparo, la cual fue objeto de traslado al artículo 172.1 del Código Civil³⁹. En torno a esta figura se crearon dos mecanismos para hacer frente a la desprotección sufrida por el menor: la guarda administrativa, cuya constitución tiene lugar con el fin de evitar la futura situación de desamparo que se prevé; y la tutela administrativa o *ex lege*, la cual es asumida por ministerio de la ley en aquellos supuestos en que ya se ha producido la declaración de desamparo. La Administración, a través de estos dos mecanismos, asume la guarda del menor. El acogimiento es precisamente el modo de ejercer esta guarda.

³⁵ CAPARRÓS CIVERA, N Y JIMÉNEZ AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, cit, p. 32.

³⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L, « El acogimiento familiar como recurso de protección de menores», *Cuadernos de Trabajo Social* nº4-5, 1993, p.91.

³⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit, p.455.

³⁸ ABAD ARENAS, E. «El acogedor y el guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal», *Revista Estudios Institucionales*, tomo V, nº9, 2018, p. 134.

³⁹ Artículo 172.1Cc: «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».

Si bien es cierto que la Ley 21/1987 otorgó una especial importancia al acogimiento familiar, no proporcionó una definición de éste, pues únicamente se limitó a definir esta figura haciendo referencia al efecto que la misma producía en la familia de acogida, esto es, «la plena participación del menor en la vida de la familia»⁴⁰.

Esta regulación a la que se ha venido haciendo referencia fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, «de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil», que incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre Derechos del niño de 1989⁴¹. La razón por la que se aprobó la presente norma fue la consideración de que varias figuras relativas a la protección del menor habían quedado obsoletas⁴². Por otro lado, esta norma no solo distinguía entre acogimiento residencial y familiar como distintas formas de ejercer la guarda, sino que, dentro de este último diferenció entre varias modalidades en función de las finalidades que amparan la adopción de dicha figura. De esta manera, el artículo 173bis Cc distinguía entre acogimiento familiar simple, preadoptivo y permanente.

Así mismo, la LOPJM también hacía referencia a otros dos tipos de acogimiento familiar, los cuales no podían ser objeto de equiparación con los regulados en el mencionado precepto por concurrir únicamente en situaciones excepcionales⁴³. Estos dos tipos de acogimiento eran, en primer lugar, el acogimiento provisional, el cual tenía lugar en aquellos supuestos en los que los padres o tutores del menor no otorgan su consentimiento o se oponían a la constitución del acogimiento, razón por la cual la entidad pública procedía a acordar el acogimiento provisional del menor en una familia hasta que el juez emita la correspondiente resolución y, en segundo lugar, el acogimiento judicial.

Con el paso de los años se fueron produciendo cambios sociales y normativos que, de cierta manera, incidían en la situación de los menores y hacían necesaria una mejora de

⁴⁰ CAPARRÓS CIVERA, N Y JIMÉNEZ AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, cit, p.60.

⁴¹ADROHER BIOSCA, S, «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Mayor del Hoyo(dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 35.

⁴² CAPARRÓS CIVERA, N Y JIMÉNEZ AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, cit, p.64

⁴³ *Ibidem*, p.76.

los instrumentos de protección jurídica del menor, siendo uno de ellos el acogimiento, de manera que se pudiera cumplir con las obligaciones dispuestas en el artículo 39 CE. Ello impulsó la reforma operada por la LO 8/2015⁴⁴ y la Ley 26/2015⁴⁵, con el objetivo de introducir aquellos cambios que fuesen necesarios en nuestra legislación de protección a la infancia y a la adolescencia con el fin de lograr la uniformidad en esta materia en todo el territorio español, además, cabe señalar la intención del legislador de que estas disposiciones legales sirviesen de referencia a las CCAA a la hora de desarrollar su correspondiente legislación⁴⁶. El principal objetivo de esta reforma fue realizar una modificación de nuestro sistema de protección de menores tanto en lo referente al acceso a éste (a través de la declaración de riesgo o desamparo o mediante la guarda voluntaria) como en las medidas que se adoptaban una vez que nos encontramos dentro de él (acogimiento).

En la actualidad, la figura del acogimiento se halla regulada en los artículos 172 ter a 174 Cc y 20 a 22 quinquies LOPJM.

2. CONCEPTO Y SUJETOS IMPLICADOS

El acogimiento es un instrumento de protección del que dispone la Entidad Pública que asume la tutela o guarda del menor, cuya pretensión última es procurar que el menor reciba la adecuada atención en un entorno idóneo, ya bien sea familiar o de convivencia y que comprende también la idea de cobijar a alguien⁴⁷. El ejercicio de la guarda podrá ser delegado por parte de la Entidad Pública en favor de particulares, pertenecientes a la familia extensa del menor o a una familia ajena, o podrá llevarse a cabo en centros específicos para menores, acreditados por la entidad pública competente.

⁴⁴ LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴⁶ HUETE NOGUERAS, J.J., «Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, MAYOR DEL HOYO(dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.89.

⁴⁷ TENA PIAZUELO, I., «El sistema de protección de menores en el derecho español», cit. , 24.

2.1 Sujetos pasivos

Las personas susceptibles de acogimiento son aquellas menores de dieciocho años, no emancipadas o habilitadas de edad, puesto que estos últimos al hallarse habilitados para regir su persona no necesitan la protección proporcionada por la presente figura. El menor puede ser nacional o extranjero, no siendo necesario que resida en España puesto que lo relevante es que éste se encuentre en nuestro territorio (MAYOR DEL HOYO)⁴⁸.

2.2 Sujetos activos

En el acogimiento familiar el ejercicio de la guarda será llevado a cabo por aquella persona que determine la Entidad Pública, que podrá pertenecer a la familia extensa del menor o a una familia ajena, siendo posible en este último caso que el acogedor sea una persona especializada o un profesional. Sin embargo, si el acogimiento es residencial, éste será ejercido por el director del centro donde se halle acogido el menor⁴⁹.

3. ACOGIMIENTO FAMILIAR

3.1 Concepto y contenido

El acogimiento familiar es el medio por el que la Entidad Pública procede a integrar al menor, que se halla separado de su familia, en un ámbito familiar idóneo. De esta manera, se produce la plena participación del menor en la vida de familia.

El artículo 172 ter CC, en su apartado primero, otorga preferencia al acogimiento familiar frente al residencial, lo cual según LÓPEZ AZCONA⁵⁰ merece una valoración positiva, no solo por adecuarse al artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sino porque se ampara en la opinión de la mayoría de los expertos que conciben al primero

⁴⁸MAYOR DEL HOYO, M.V, «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», en *El nuevo régimen jurídico del menor*, MAYOR DEL HOYO, M.V (dir), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.221.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 222.

⁵⁰LÓPEZ AZCONA, A, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, tomo LXX, núm.2185, 2016, p. 17.

como el más beneficioso para garantizar el derecho del menor a una convivencia familiar, evitando su institucionalización.

En cuanto al contenido del acogimiento, el artículo 173 Cc se refiere al mismo reproduciendo el contenido relativo al aspecto personal de la patria potestad, pues impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo.

El deber de velar por el menor es un deber inherente a la guarda que consiste en prestar la necesaria asistencia moral y material al menor. Por otro lado, en relación con el deber de alimentar, conviene señalar que dicha obligación al ser inherente a la paternidad no desaparece a pesar de que la guarda haya sido asumida por la Administración, razón por la cual, ésta podrá establecer la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores en concepto de alimentos y otros gastos que puedan derivarse del cuidado del menor⁵¹.

Por último, en cuanto a la obligación de educar al menor y procurarle una formación integral, es imprescindible que en el cumplimiento de la misma se respete el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, por lo que, dependiendo del tipo de acogimiento que se constituya y teniendo presente la posible reinserción del menor en su familia de origen, la Administración ha de intentar seleccionar a aquella persona que pueda procurar al menor una educación en la misma línea que la de su familia de origen⁵².

3.2 Constitución

La Entidad Pública que haya asumido la tutela o guarda del menor emitirá una resolución de formalización del acogimiento familiar por escrito, la cual será notificada a los progenitores o tutores de éste siempre que no estén privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal. Además, será necesario el consentimiento expreso de los acogedores y del menor acogido si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Tales consentimientos deberán figurar en el documento anexo que acompañará a la resolución dictada por la Entidad Pública. Por tanto, no es necesario que

⁵¹ Artículo 172 ter, apartado 4, Código Civil.

⁵² MAYOR DEL HOYO, M.V, «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», cit., p.224.

los padres o tutores otorguen su consentimiento para que tenga lugar la constitución del acogimiento familiar⁵³.

3.3 Idoneidad para ser acogedores

La ley no menciona si es necesaria una especial capacidad para ser acogedor, sin embargo, podemos suponer que se requiere capacidad de obrar suficiente puesto que para que tenga lugar la constitución del acogimiento es necesario que el acogedor preste su consentimiento en relación con el mismo⁵⁴.

El artículo 172 ter Cc, en su apartado 2, dispone la inhabilidad para ser acogedores de aquellos que, conforme a las causas legales reguladas en los artículos 216⁵⁵ y 217 Cc, sean inhábiles para ser tutores. Una vez constatada la no concurrencia acreditada de alguna de las causas legales de inhabilidad, se procede a valorar la adecuación de la familia conforme a los criterios dispuestos en el artículo 20.2 LOPJM⁵⁶. En concreto, la Administración deberá tener en cuenta aspectos como la situación familiar y aptitud educadora o la capacidad para atender las necesidades del menor. Además, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad del acogedor con la del menor y la relación previa entre ellos, pues normalmente suele otorgarse prioridad a aquellas personas que pertenecen a la familia extensa del menor⁵⁷. No obstante, es necesario destacar que la competencia para legislar en esta materia está delegada a las

⁵³DE ROMÁN PÉREZ, R, «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit. p. 359.

⁵⁴ BOCCIO SERRANO, M.J, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 459

⁵⁵ De la lectura conjunta de los artículos 216 y 217 CC, conviene señalar que son causas de inhabilidad para ser tutor: A) Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. B) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. C) Aquel que haya sido excluido por los progenitores del tutelado. D) Quien haya sido condenado por sentencia firme por un delito que haga suponer que no desempeñará correctamente la tutela. E) El administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación de un procedimiento concursal. F) Aquel que haya sido declarado como culpable en un concurso, salvo que la tutela sea solo de la persona. G) quien tenga un conflicto de intereses con el tutelado.

⁵⁶ Artículo 20.2LOPJM: «[...] se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor [...]».

⁵⁷ ABAD ARENAS, E, «El acogedor y el guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal», cit., p. 151.

CCAA, por lo que para conocer los criterios de valoración que rigen en cada una deberemos acudir a la normativa autonómica⁵⁸.

3.4 Estatuto Jurídico de los acogedores

El estatuto jurídico del acogedor se halla regulado en el artículo 20 bis LOPJM, el cual contiene todo un conjunto de deberes y derechos referidos tanto a la Administración como al menor acogido.

En lo que respecta a los derechos que les son atribuidos a los acogedores en relación con la Administración cabe mencionar, entre otros:

- Recibir información acerca de los efectos del acogimiento, del plan individual de protección y de las medidas de protección que se adopten respecto al menor acogido. Así mismo, tienen derecho a recibir apoyo técnico especializado.
- Derecho de audiencia con anterioridad a que la Entidad Pública adopte una resolución que pueda afectar al menor acogido.
- Derecho a ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección en relación con el menor.
- El derecho a percibir una compensación económica cuando así se haya estipulado y, en cualquier caso, cuando estamos ante un acogimiento especializado.

Por otro lado, los acogedores también gozan de una serie de derechos frente al menor acogido, tales como el derecho a ejercer todos los derechos inherentes a la guarda; a ser respetado por el menor acogido y, a relacionarse con éste tras el cese del acogimiento, no obstante, este último derecho se halla limitado por el interés superior del menor y el consentimiento por parte del menor – con suficiente madurez o, en todo caso, mayor de doce años-, su familia de origen o, por la adoptiva, si es ese el caso⁵⁹.

⁵⁸ En Aragón estos criterios se hallan regulados en el artículo 81 del Anexo del Reglamento de protección de menores en riesgo de Aragón, el cual incluye entre otros: «A) Preferencia de los solicitantes que pertenezcan al contexto próximo al menor. B) Prioridad de los solicitantes que, por su formación, profesión experiencias estén especialmente cualificados para la adecuada atención del menor. C) Adecuación de edad entre los solicitantes y los menores [...]».

⁵⁹ LÓPEZ AZCONA, A, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores... », cit., p.33.

Los acogedores tienen una serie de deberes frente a la Administración en cuanto que ésta continúa siendo titular de la guarda del menor, en concreto, tienen el deber de informar a la Entidad Pública de cualquier hecho o circunstancia relevante referido al menor y colaborar con ésta en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y en el tránsito a la reintegración familiar del menor.

3.4 Derechos y deberes del menor

La LOPJM, en sus artículos 4 a 10, reconoce un amplio abanico de derechos a los menores simplemente por el mero hecho de serlo – derecho al honor, a la intimidad, a la libertad de expresión, a ser oído y escuchado v.g.-. Al margen de estos derechos que poseen todos los menores, al menor acogido se le reconocen, adicionalmente, una serie de derechos regulados en el artículo 21 bis de la ya citada norma, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre. Algunos de los derechos que se le reconocen al menor son los que se exponen a continuación:

- «Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo».

Para disfrutar de este derecho será necesario que la Administración haya asumido la tutela del menor, en tanto que cuando ésta asume la guarda administrativa todavía no existe situación de desamparo⁶⁰.

- «Derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública».

Este derecho debemos entenderlo en relación con el artículo 161 Cc, que autoriza a la Entidad Pública a regular las visitas y comunicaciones del menor con sus progenitores, abuelos y demás parientes.

- «Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario».

A fortiori, en los supuestos de acogimiento familiar, el menor disfrutará de los siguientes derechos:

- A participar plenamente en la vida familiar del acogedor.
- Mantener relación con su familia de acogida cuando cese el acogimiento, como ya se ha indicado supra.

⁶⁰ ABAD ARENAS, E, «El acogedor y el guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal», cit., p.160

- Solicitar información o, si tuviere suficiente madurez, pedir el cese del acogimiento familiar.

En cuanto a los deberes del menor, la LOPJM regula en sus artículos 9 bis a 9 quinquies una serie de deberes que deben cumplir la generalidad de los menores – respetar a los progenitores y hermanos, participar en el cuidado del hogar v.g.-, pero no fija unos concretos para el menor acogido. Este aspecto sería una posible mejora que debe afrontar el legislador, pues lo coherente es que si se le conceden al menor acogido una serie de derechos se le exija el cumplimiento de una serie de deberes.

3.5 Tipos de acogimiento familiar

En la actualidad, la figura del acogimiento gira en torno a dos clasificaciones. La primera de ellas toma como referencia el elemento subjetivo activo, es decir, el vínculo existente entre el menor y la familia acogedora, de manera que, distinguimos entre acogimiento familiar en la familia extensa del menor y acogimiento familiar en familia ajena. Además, dentro de este último, aparece como subtipo el acogimiento familiar especializado, que podrá ser o no de dedicación exclusiva. Por otro lado, la segunda de las clasificaciones se basa en la duración y el objetivo del acogimiento, distinguiendo entre: acogimiento familiar de urgencia, acogimiento familiar temporal y acogimiento familiar permanente⁶¹.

- **Modalidades de acogimiento en función del vínculo entre la familia acogedora y el menor:**

El Código no otorga preferencia a una u otra modalidad, no obstante, el artículo 20 LOPJM, en su apartado segundo, advierte que, salvo que el interés del menor aconseje lo contrario, se priorizará a aquellas personas que pertenezcan a la familia extensa del menor, siempre que sean idóneos para ello. En esta línea, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 213/2003⁶² establece que «debe darse preferencia a la familia biológica como lugar de normal desarrollo del menor, que deben agotarse los

⁶¹MAYOR DEL HOYO, M.V, «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», cit., 235.

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 213/2003, Sección 10ª, de 16 de abril de 2003 [Roj:SAP V 2502/2003].

recursos existentes en ayudas a la familia biológica, y que debe razonarse debidamente por la Administración por qué se excluye el acogimiento en la familia extensa».

En lo que respecta al acogimiento en familia extensa, no se ha fijado una noción legal de “familia extensa”, lo cual ha originado que no exista un concepto unitario sobre ésta en la legislación autonómica⁶³.

El acogimiento especializado es aquel que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros se encuentra cualificado para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales. Esta modalidad de acogimiento podrá ser de dedicación exclusiva en aquellos supuestos en que la Entidad Pública así lo determine por razón de las circunstancias especiales del menor acogido, percibiendo por ello una compensación económica⁶⁴, la cual se incorporará en el documento anexo que debe acompañar a la resolución de formalización del acogimiento. Una aplicación concreta de esta idea la tenemos en la regulación aragonesa, en concreto, en el artículo 75 del Decreto 190/2008⁶⁵, que hace alusión a la intervención o experiencia de carácter especializada que pueden necesitar algunos menores con características, circunstancias o necesidades especiales.

En cuanto a los medios económicos, la citada Comunidad Autónoma, los regula en la Orden CDS/751/2017⁶⁶, con el fin de asegurar que las necesidades del menor acogido sean cubiertas de forma total y adecuada. Así mismo el artículo 3 de la citada Orden establece que cuando nos encontremos ante menores con necesidades especiales, ya sean físicas o psíquicas, éstas deberán ser atendidas por los servicios profesionales especializados que requieran.

⁶³ El Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de menores con trastorno de conducta y en situación de dificultad social*, de 1 de enero de 2009, p. 92, aconsejó al legislador estatal establecer una noción legal de familia extensa, en defecto de un concepto unitario sobre ésta en la legislación autonómica, dado que, mientras las normas de algunas CCAA la restringen hasta el tercer grado (artículo 3.2 Decreto andaluz 282/2002, de Acogimiento Familiar y Adopción), otras como Cataluña la refieren a parientes sin límite de grado (artículo 127.2 Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia).

⁶⁴ Artículo 20 LOPJM.

⁶⁵ Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

⁶⁶ Orden CDS/751/2017, de 29 de mayo, por la que se regulan las compensaciones económicas para acogimientos familiares de menores en Aragón.

Por último, conviene señalar la peculiaridad existente en esta materia en Aragón, pues en dicha Comunidad Autónoma se regula el acogimiento en familia vinculada, que se refiere a aquel en el que la guarda es ejercida por personas vinculadas con el NNA o con su familia por una especial y cualificada relación, la cual deberá ser apreciada por el Servicio especializado de menores⁶⁷.

En nuestra Comunidad Autónoma, en el año 2021, un total de 27 menores se encontraban bajo la modalidad de acogimiento en familia extensa y 82 menores se encontraban acogidos por una familia ajena (MAYOR DEL HOYO)⁶⁸.

- **Modalidades de acogimiento familiar en función de la duración y el objetivo:**

a) Acogimiento familiar de urgencia

Este tipo de acogimiento se aplica principalmente a menores de seis años mientras se decide la medida de protección que corresponda y su duración no puede ser superior a seis meses. La finalidad es evitar que los menores de la citada edad, mientras se adopte la medida que proceda, no tengan que ser llevados a un centro de protección. Ello, viene fundamentado en el artículo 21.3 LOPJM, el cual subraya la prevalencia del acogimiento familiar sobre el residencial especialmente cuando estamos ante menores de seis años. Además, el mencionado artículo establece que, salvo en supuestos de imposibilidad acreditada, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años.

b) Acogimiento familiar temporal

Tiene carácter transitorio, pues pretende proporcionar una protección al menor en tanto se pone fin a la situación provisional que motivó su constitución, esto podrá ser, bien por la reinserción del menor en su familia de origen o, bien por la adopción de una medida de protección más establecida – acogimiento familiar permanente o adopción v.g.-.

La Administración ejerce la guarda del menor en los supuestos de guarda administrativa previstos en el artículo 172 bis Cc (voluntaria y por resolución judicial) a través de este

⁶⁷ Materiales para la formación obtenidos por: Teresa Gil en Aula Virtual del IASS.

⁶⁸ Materiales para la formación obtenidos por: Teresa Gil en Aula Virtual del IASS.

tipo de acogimiento. Así mismo, la Entidad Pública también recurre a este tipo de acogimiento cuando asume la tutela del menor desamparado⁶⁹.

La duración no podrá ser superior a dos años, salvo que se acuerde una prórroga de la medida de conformidad con el interés superior del menor.

La doctrina considera que los acogedores que vayan a llevar a cabo este tipo de acogimiento deben seguir un modo de vida y unos criterios educativos similares a los de la familia de origen del menor, con el fin de evitar futuros problemas de reinserción del menor en su familia. Además, la transitoriedad que caracteriza a este tipo de acogimiento, así como la posibilidad de reinserción del menor en su familia, hacen que el derecho de visita se vincule a este tipo concreto, razón por la cual, se requiere que los acogedores tengan su residencia en un lugar no muy lejano al de la familia de origen del menor⁷⁰.

c) Acogimiento familiar permanente

La constitución de este tipo de acogimiento tendrá lugar bien al concluir el plazo máximo de dos años que se prevé para el acogimiento temporal por no haber sido posible reintegrar al menor en su familia, o bien directamente cuando estamos ante menores con necesidades especiales o así lo aconsejen sus circunstancias o las de su familia.

En cuanto al carácter permanente de este tipo de acogimiento, conviene resaltar que ello no significa que estemos ante una medida definitiva e irreversible, pues la misma cesa al cumplir el acogido la mayoría de edad e, incluso, puede cesar con anterioridad si así lo demanda el interés del menor. Por ello, en estos casos permanencia es sinónimo de estabilidad, en tanto que la finalidad de esta medida es lograr la protección del menor de forma estable, sin hacer depender su duración de la concurrencia de ciertas circunstancias.

El acogimiento familiar permanente no produce una relación de filiación entre acogedor y acogido, ni tampoco se produce una asunción de la patria potestad por parte del acogedor. No obstante, el legislador sí que ha previsto la posibilidad de que les sean atribuidas a los acogedores permanentes las facultades de la tutela que faciliten el

⁶⁹ MAYOR DEL HOYO, M.V, «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», cit.,p.242.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 243.

desempeño de sus responsabilidades. Para ello, la Entidad Pública deberá solicitárselo al juez, atendiendo al interés superior del menor.

Por último, es preciso señalar que este tipo de acogimiento no es incompatible con el régimen de visitas de los padres y demás parientes del menor, pues a pesar de que no se prevea la reintegración del menor en su familia, ello no implica que el contacto del menor con su familia no le pueda ser beneficioso⁷¹.

3.7 Ruptura convivencia de los acogedores

El ejercicio del acogimiento familiar puede recaer sobre dos personas convivientes, sin embargo, el problema se plantea cuando, una vez constituido ese acogimiento, se produce el cese de la convivencia entre los acogedores. Ante la ausencia de normativa a cerca de la presente cuestión, el Tribunal Supremo⁷² se ha pronunciado al respecto, manifestando que, en caso de separación o divorcio de los acogedores, será la Entidad Pública que haya autorizado el acogimiento la que deberá adoptar las medidas que correspondan conforme a interés del menor, pues no puede modificarse o dejarse sin efecto un acogimiento a través de un proceso matrimonial. Ahora bien, el Tribunal Supremo señala que, en cuanto se pronuncie la autoridad administrativa competente, se han de establecer medidas provisionales con el fin de fijar cómo van a cumplir los acogedores con las obligaciones inherentes al ejercicio de la guarda, tales como el deber de alimentarlo, procurarle una formación integral o tenerlo en su compañía. Estas medidas no son adoptadas como efectivo del divorcio, sino como medidas de protección cautelar en favor del menor en tanto que la Entidad Pública competente adopte una decisión sobre la modificación o el cese del acogimiento⁷³.

⁷¹ MAYOR DEL HOYO, M.V, «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio», cit., p. 248.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015[RJ 2015,2786], la cual versa sobre un supuesto en el que la Comunidad de Madrid había asumido la tutela administrativa de una menor, siendo sus abuelos maternos los que ejercían el acogimiento familiar permanente. En un momento dado los abuelos de la menor deciden poner fin a su matrimonio, solicitando en el proceso de disolución que se adoptasen medidas en relación con la forma de ejercer la guarda de la menor. El Tribunal Supremo consideró que tales medidas no se podían adoptar en la sentencia que declaraba el divorcio, sino que las mismas habían de adoptarse por la Entidad Pública competente.

⁷³ MARTINEZ CALVO, J, «La preservación del *favor filii* en supuestos de ruptura de la convivencia de los acogedores, tutores o guardadores del menor», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 158.

3.8 Remoción y cese del acogimiento familiar

La remoción del acogedor está prevista en el artículo 173.3 Cc y tiene como origen los problemas graves de convivencia existente entre éste y el menor. La Entidad Pública será la competente para valorar la gravedad de esos problemas y quien decrete la remoción, la cual podrá ser solicitada por el menor, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o el tutor no privados de la patria potestad o la tutela, y cualquier otra persona interesada.

El acogimiento familiar del menor podrá cesar por:

- Resolución judicial

La distinción entre cese judicial y administrativo no tiene sentido en la actualidad, en cuanto que el acogimiento judicial ha sido suprimido. Razón por la cual considero que el legislador ha de concretar en qué supuestos procede el cese judicial.

- Resolución de la Entidad Pública

Esta resolución podrá ser dictada de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor, si tiene suficiente madurez.

- Muerte o declaración de fallecimiento de los acogedores.
- Mayoría de edad del menor.

A pesar de no incluirse en el apartado 4 del artículo 173 Cc, otra de las causas que da lugar al cese del acogimiento familiar es la finalización del plazo establecido para el acogimiento temporal (dos años, sin perjuicio de prórroga) y de urgencia (seis meses)⁷⁴.

4. ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

4.1 Concepto

El acogimiento residencial se halla regulado en el artículo 21 LOPJM y tiene como fin el ingreso del menor en un centro de protección que sea adecuado a sus características y circunstancias, con el fin de proporcionarle una adecuada atención, formación y educación. Esta modalidad de acogimiento tiene carácter subsidiario tal y como dispone

⁷⁴ LÓPEZ AZCONA, A, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit., p. 42.

el apartado 3 del artículo citado supra en relación con el artículo 172 ter Cc pues lo que se busca preferentemente es que el menor pueda desarrollarse dentro de un entorno familiar por considerarse lo más beneficioso para él. Por otro lado, conviene señalar que, se consideran asimilados a los centros, a estos efectos, los pisos tutelados, los hogares funcionales, mini residencias etc., ya sean de titularidad de la Entidad Pública o de centros colaboradores⁷⁵.

Según el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en el año 2020, los acogimientos residenciales representaban un 47,35% de las medidas de acogimiento, lo cual supuso una reducción respecto del año anterior, en el que esta modalidad de acogimiento representaba el 54,47%. La citada reducción no tuvo su origen en el crecimiento de los acogimientos familiares, que de hecho también se redujeron, sino a la drástica disminución de acogimientos residenciales, que pasaron de 23.209 en 2019 a 16.991 en 2020 – es decir, una reducción del 26,79%-. Así las cosas, a 31 de diciembre de 2020, 16.991 menores se encontraban bajo la modalidad de acogimiento residencial y 18.892 bajo la modalidad de acogimiento familiar. Por otro lado, conviene señalar que, en la Comunidad Autónoma de Aragón, en el año 2021, un total de 466 menores se hallaban bajo la modalidad de acogimiento residencial frente a los 220 menores que se encontraban acogidos en familias.

En suma, nos encontramos ante una medida caracterizada por su carácter residual, en cuanto que la misma se adopta cuando el resto de las medidas han fracasado o, en aquellos casos en que el interés del menor así lo aconseja. Si bien conviene señalar que en muchas ocasiones las CCAA se ven obligadas a recurrir a esta medida de protección ante la dificultad que supone el encontrar familias suficientemente capacitadas para atender a un menor con necesidades especiales o a adolescentes⁷⁶. Es el caso en particular de los Menores Extranjeros No Acompañados, como pone relieve FLORES GONZÁLEZ⁷⁷.

⁷⁵ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, Boletín núm. 23, datos 2020, p.18.

⁷⁶ ABAD ARENAS, E, «El acogimiento residencial de menores», *Revista de l'Institut d'Estudis Superior de la Família*, nº4, p.31.

⁷⁷ FLORES GONZÁLEZ, B, «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm 2, 2018, p.350.

4.2 Obligaciones de los centros de menores

Los centros de menores deben cumplir con una serie de obligaciones reguladas en el artículo 21 LOPJM, entre las que podemos diferenciar las siguientes:

- La Entidad Pública ha de elaborar un proyecto socioeducativo individual para cada uno de los menores que se encuentren en el centro, pues el mismo ha de adaptarse a las características personales de cada menor de tal forma que éste pueda desarrollarse en todos los ámbitos – físico, psicológico, educativo, v.g-. También contarán con un plan individual de protección, en el que se plasmarán los objetivos que se quieren conseguir y el plazo para ello, y que será revisado periódicamente para adecuarlo las circunstancias propias del menor.
- Han de intentar que el menor mantenga relación con su familia de origen, siempre que ello sea aconsejable conforme al interés superior del menor. De hecho, se prevé la posibilidad de que los menores puedan realizar salidas con sus familias de origen los fines de semana y algunas semanas en periodos de vacaciones. Por último, deben fomentar la relación entre los hermanos e intentar que el menor pueda volver con su familia, pues como se ha venido explicando a lo largo del presente trabajo, uno de los principios que rige este sistema de protección es el referido al mantenimiento del menor en su familia de origen.
- La Administración ha de potenciar la educación integral de los menores, prestando especial atención a aquéllos con discapacidad. Además, cuando los menores tienen entre dieciséis y dieciocho años, en vistas al futuro cese del acogimiento, se debe preparar al menor para la vida independiente⁷⁸, para ello el artículo 22 bis LOPJM prevé la oferta por parte de las Entidades Públicas de programas que garanticen dicha preparación, lo cual facilitará el hecho de que el menor pueda desarrollar su vida sin esa protección que anteriormente le otorgaba la Administración a través del acogimiento.
- Con el fin de garantizar algunos de los derechos fundamentales del menor – derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la intimidad y a la propia imagen, v.g.-, se prevé que la Entidad Pública administre los medicamentos al menor, cuando ello sea necesario y siempre bajo prescripción médica. Por otro

⁷⁸ El artículo 11, apartado 4, LOPJM ya insta a las Entidades Públicas a que dispongan de programas y recursos de apoyo y orientación dirigidos a aquellos jóvenes que, al cumplir la mayoría de edad, dejarán de estar acogidos y, además, quedaran fuera de este sistema de protección del que gozan los menores. El fin de estos programas es prepararles para la vida independiente.

lado, debemos tener en cuenta que estos menores tienen acceso a tecnologías de la información y redes sociales, lo cual puede poner en riesgo sus datos personales, razón por la cual la Entidad Pública ha de adoptar todas aquellas medidas educativas y de supervisión que garanticen su protección.

- En relación con la propia organización del centro, se prevé que los modelos de acogimiento residencial posean núcleos reducidos de menores para que puedan convivir en unas condiciones similares a las familiares.

4.3 Control administrativo de los centros de menores

Los centros encargados de llevar a cabo esta modalidad de acogimiento están sujetos a un intenso control administrativo, pues como ya bien se ha advertido a lo largo de este trabajo la titularidad de la guarda del menor continúa siendo la Entidad Pública. Por ende, la Administración es la encargada efectuar las siguientes funciones:

- Otorgar la correspondiente habilitación administrativa para que puedan prestar sus servicios⁷⁹.
- Establecer un régimen de funcionamiento, prestando especial atención a los discapacitados⁸⁰.
- Inscribir a estos centros en el correspondiente registro administrativo.
- Realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios cada semestre y siempre que así lo exijan las circunstancias, con el fin de asegurar la protección de los derechos de los menores⁸¹.

4.4 Derechos del menor acogido

El menor que se encuentra bajo esta modalidad de acogimiento tiene reconocidos un conjunto de derechos en el apartado 3 del artículo 21 bis LOPJM. En concreto, tiene derecho a que se respete su privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que las mismas no sean inadecuadas para el contexto educativo. Por otro lado, el menor tiene derecho a participar en la elaboración de la programación y el desarrollo de las actividades que se vayan a realizar en el centro y, por último, tiene derecho a ser

⁷⁹ Artículo 21.2 LOPJM.

⁸⁰ LÓPEZ AZCONA, A, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit., p.48.

⁸¹ Artículo 21.4 LOPJM.

escuchado en caso de queja y a ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación que estén a su disposición.

4.5 Acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta

El acogimiento que se lleva a cabo en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta se encuentra regulado en los artículos 25 a 35 LOPJM y constituye un instrumento de protección que fue introducido por la LO 8/2015.

Los sujetos destinatarios de esta medida son aquellos menores con problemas o trastornos de conducta, que son acogidos en estos centros específicos como consecuencia de sus problemas de adaptación al entorno familiar y social por tener comportamientos disruptivos que imposibilitan el cumplimiento de las normas básicas de convivencia. Hablamos de menores que agreden verbal o físicamente a sus padres, compañeros...⁸²

Este fenómeno no surge necesariamente como consecuencia de familias desestructuradas o que no presten la adecuada atención a sus hijos, por lo que, a diferencia de las anteriores modalidades de acogimiento, en la que se analiza en el presente apartado el hecho motivador no es necesariamente la situación de desamparo del menor o la concurrencia de ciertas circunstancias en los progenitores o tutores que les impidan el ejercicio de la guarda del menor.

Este acogimiento se lleva a cabo en centros que están reservados excepcional y exclusivamente para menores con estas características, si bien es cierto que revisten ciertas singularidades al estar autorizados para aplicar medidas que pueden ser restrictivas de derechos fundamentales. Sin embargo, es necesario señalar que se trata de centros de protección y no centros en los que se lleva a cabo la ejecución de medidas privativas de libertad que se han impuesto a menores que han cometido ciertos delitos o infracciones, pues si bien es cierto que en estos centros específicos para menores con problemas de conducta se pueden adoptar, como decía con anterioridad, ciertas medidas restrictivas de

⁸² LÓPEZ AZCONA, A, «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», *Derecho Privado y Constitución*, núm.32, p. 136.

derechos fundamentales, lo cierto es que la principal finalidad de estos centros es asistencial y educativa⁸³.

Por tanto, como bien se viene diciendo la finalidad de esta medida es poder ofrecer al menor un marco socio- educativo más adecuado a través de un programa específico, es decir, tiene un carácter educativo. A parte de esta función educativa, el acogimiento residencial en estos centros, de conformidad con el apartado 2 del artículo 25 LOPJM, también tiene por objeto proporcionar al menor un marco adecuado para la futura reintegración en su familia, pues como se ha venido exponiendo a lo largo del trabajo siempre se ha de intentar que el menor permanezca con su familia.

De acuerdo con LÓPEZ AZCONA⁸⁴, este recurso de protección tiene como principios rectores la proporcionalidad, en tanto que el menor debe permanecer en el centro el tiempo que estrictamente sea necesario para que sus necesidades sean atendidas y, la especialización, dado que son las necesidades concretas del menor las que motivan la adopción de esta medida, pues debemos tener en cuenta que nos encontramos ante menores que, al sufrir trastornos de conducta, necesitan ser tratados en centros que estén especializados en ello. Además, también cabe destacar su carácter subsidiario puesto que esta medida solo se adoptará en aquellos supuestos en los que la Administración no pueda intervenir a través del resto de medidas de protección que se han abordado a lo largo del trabajo.

El ingreso de un menor en estos centros requiere la previa autorización judicial⁸⁵, la cual podrá ser solicitada bien por la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, bien por el Ministerio Fiscal, no obstante, en cualquier caso, deberá garantizarse el derecho del menor a ser oído. La solicitud tiene que estar motivada y deben tener su fundamento en informes psicosociales emitidos por profesionales en esta materia⁸⁶. Por consiguiente, podemos afirmar que los menores destinatarios de esta medida deberán estar bajo la guarda de la Entidad Pública.

⁸³ *Ibidem*, p. 146.

⁸⁴ LÓPEZ AZCONA, A, «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», cit., p.147.

⁸⁵ En casos de urgencia, el apartado 3, del artículo 26 LOPJM prevé la posibilidad de adoptar el ingreso del menor en el centro previamente a la autoridad judicial, pero comunicándolo al juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, en un plazo de veinticuatro horas.

⁸⁶ Artículo 26 LOPJM.

Como se ha venido diciendo con anterioridad, estos centros pueden utilizar medidas que restrinjan los derechos fundamentales de los menores acogidos, en concreto, la LOPJM regula, por un lado, la adopción de medidas de seguridad y, por otro lado, las relativas a la restricción en el régimen de visitas. Las primeras pueden consistir en contener al menor, aislarlo provisionalmente o llevar a cabo registros sobre su persona o sus pertenencias⁸⁷. Con respecto a las segundas, solo podrán ser restringidas o suspendidas cuando así lo aconseje el interés del menor o su tratamiento educativo⁸⁸.

5. POTESTAD REGULADORA Y SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE RELACIÓN DEL MENOR ACOGIDO POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Como ya venía diciendo en el apartado relativo a los derechos que ostenta el menor acogido, éste tiene derecho a relacionarse personalmente con sus familiares y con aquellas personas con las que mantenga un vínculo afectivo, siempre que ello sea beneficioso para el menor, pues lo que se busca es que el menor continúe teniendo esa vinculación con su familia en vistas a un posible retorno con su familia. Sin embargo, el artículo 160, en su apartado 1, prevé la posibilidad de que dicho derecho sea modificado por resolución judicial o por la Entidad Pública.

El artículo 161 Cc establece que será la Entidad Pública que en el territorio tenga encomendada la protección de menores la que regulará este régimen de visitas y comunicaciones que corresponde a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes respecto a aquellos menores que se encuentran en situación de desamparo. Esta misma idea fue fijada como doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 286/2016⁸⁹, en la que establecía que la Entidad Pública estaba legitimada para decidir a cerca de la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores que estuvieran bajo su tutela por ministerio de la ley y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, con el fin de garantizar el buen fin de la medida acordada, sin

⁸⁷ Artículo 27, apartado 1, LOPJM.

⁸⁸ Artículo 34 LOPJM.

⁸⁹ Sentencia núm. 286/2016 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 3 de mayo de 2016, RJ\2016\2221.

perjuicio de la función supervisora que ostenta el Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada.

El contenido de este derecho es variado puesto que comprende la comunicación realizada por cualquier vía – teléfono, internet etc.-, las visitas, que permiten el contacto del menor con su familia durante una serie de horas en el lugar que se señale y las estancias, que posibilitan que el menor pueda estar con su familia durante más de un día – fines de semana, periodos vacacionales-.

Conviene señalar que las relaciones personales del menor con los titulares del derecho de relación pueden suspendidas temporalmente cuando, excepcionalmente, así lo aconseje el interés del menor o éstas son un claro perjuicio para el menor⁹⁰. Entre las causas que motivan dicha suspensión podemos destacar el incumplimiento reiterado del régimen de visitas y comunicaciones, el mal estado físico de los menores tras haber estado con sus progenitores, situaciones de malos tratos, dependencia al alcohol o a las drogas de los progenitores o el propio rechazo del menor a mantener relación con sus progenitores.

Uno de los motivos desencadenantes de esta suspensión temporal puede ser que el Director del centro de acogimiento residencial, la familia acogedora o cualquier otro profesional implicado informen a la Entidad Pública sobre indicios que hacen pensar que esas visitas tienen efectos nocivos sobre el menor. Se impone un deber de información a cargo de las personas que asisten a estos menores, pues debemos tener en cuenta que serán ellas quienes más fácilmente puedan detectar el perjuicio que dicha comunicación provoca en el menor⁹¹.

El menor tiene derecho a ser oído, puesto que en ningún caso se le puede imponer, en este aspecto resulta relevante la SAP Orense de 11 de octubre de 2016⁹² que sostuvo la suspensión en un supuesto en el que el menor de dieciséis años manifestó que no deseaba

⁹⁰ GONZÁLEZ VALVERDE, A, «Potestad reguladora y suspensión temporal del derecho de relación del menor acogido por la entidad pública», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, COBACHO GÓMEZ, J.A, (et al), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018,p. 286.

⁹¹ GONZÁLEZ VALVERDE, A, «Potestad reguladora y suspensión temporal del derecho de relación del menor acogido por la entidad pública», cit., p. 294.

⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª), núm. 343/2016 de 11 de octubre, JUR 2016\234698.

tener visitas con su padre, pues se consideró que, teniendo en cuenta la edad del menor, debía ser tomada en cuenta su opinión teniendo en cuenta lo difícil que sería imponer a un menor una medida de contacto que no desea⁹³. Además, en esta misma sentencia se confirmó la suspensión de las visitas del otro hermano de 3 años de edad, la cual se fundamentaba en un informe emitido por el centro escolar, que ponía de manifiesto el empeoramiento de la actitud del menor al recibir las visitas de su padre, pues dicho menor lloraba, se sentía inseguro, llegándose a mostrar irascible y agresivo, lo cual repercutía en su comportamiento en el centro escolar.

6.SUPERIOR VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL

El Ministerio Fiscal tiene atribuida la superior vigilancia de la tutela, el acogimiento y guarda de los menores por el artículo 174 Cc. Por ello, impone a la Entidad Pública una serie de obligaciones:

- Informarle de los nuevos ingresos y remitirse copia de las resoluciones administrativas, escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de tutelas, guardas y acogimientos.
- Darle noticia de cualquier novedad que pueda ser de interés en las circunstancias del menor.

Por otro lado, tiene la obligación de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promover todas aquellas medidas de protección que estime oportunas. Para llevar a cabo todas estas funciones, podrá recabar informes de los servicios de las administraciones públicas que sean competentes⁹⁴.

⁹³ GONZÁLEZ VALVERDE, A, «Potestad reguladora y suspensión temporal del derecho de relación del menor acogido por la entidad pública», cit., p. 292.

⁹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, «El sistema público de protección de los menores y de las personas con discapacidad», cit., p. 470.

VI. CONCLUSIONES

Los menores de edad pertenecen a un colectivo que, por sus características especiales, presentan una mayor vulnerabilidad, razón por la cual necesitan un tratamiento especial. Los padres o tutores constituyen el primer nivel de responsabilidad, en tanto que están obligados a cubrir todas aquellas necesidades que tenga el menor, pudiendo recibir el apoyo de su entorno familiar cuando sea necesario, pues normalmente será el que se encargue de sustituirles en aquellos casos en que éstos no puedan garantizar al menor una adecuada asistencia moral y material. Por tanto, la responsabilidad de los poderes públicos es subsidiaria, es decir, actúan cuando los anteriores niveles de protección no garantizan el cumplimiento de los derechos que posee el menor. Por ello, es especialmente importante que la Administración tenga previstos mecanismos que le permitan intervenir de forma rápida y eficaz en aquellos casos en los que el bienestar del menor está en riesgo.

Del análisis que he realizado a lo largo de este trabajo, considero que la familia es sin duda el lugar más idóneo para el desarrollo del menor, puesto que cuando un ser humano nace es ésta la que le enseña cómo debe actuar y es la que le transmite sus valores. La familia ha de crear un ambiente que asegure el bienestar del menor, proporcionándole una estabilidad y satisfaciendo sus necesidades materiales, educativas, sociales... Por esta razón considero que, los poderes públicos han de ser capaces de detectar y prevenir aquellas situaciones que puedan poner en riesgo el correcto desarrollo del menor, de manera que intervengan adoptando una serie de medidas con aras a evitar situaciones más graves para el menor como el desamparo, pues de esta forma se puede intentar que se produzcan cambios en los deberes de guarda que mejoren esta situación sin tener que llegar a separar al menor de su familia.

Por ello, me parece que debemos valorar positivamente la preferencia que el legislador otorga al acogimiento familiar frente al residencial, pues nos encontramos ante menores que se hallan en situaciones muy difíciles y delicadas, razón por la que se ha de tratar de proporcionarles un entorno familiar que pueda permitirle desarrollarse correctamente, y todavía más cuando hablamos de menores con edades muy bajas ya que, como bien decía con anterioridad, el primer referente del menor en todos los aspectos es su familia.

Por otro lado, me gustaría subrayar la importancia del interés superior del menor como principio que ha de regir la actuación de los poderes públicos, dado que ello garantiza que a la hora de adoptar una decisión sobre el menor primen los intereses de éste sobre cualesquiera otros que pudiesen concurrir en el procedimiento, de manera que se elija la medida que más beneficio cause al menor. Por eso, considero que es imprescindible que el menor sea escuchado cuando tenga suficiente madurez con el fin de poder conocer cuáles son sus pensamientos y preferencias, lo cual facilitará la labor de la Administración.

En cuanto a los derechos y deberes que asisten al menor, creo que es conveniente señalar que, como ya he mencionado a lo largo del trabajo, sí que se reconocen unos derechos al menor, por el menor hecho de serlo, pero también por el hecho de hallarse acogido. Sin embargo, si bien es cierto que el legislador regula una serie de deberes con respecto a los menores, no especifica que al menor acogido le sean exigibles una serie de deberes determinados, lo cual podría ser objeto de modificación en reformas futuras.

Además, creo que es oportuno denunciar la dispersión normativa existente en materia de protección de menores ya que nos encontramos ante un sistema cuya regulación se encuentra dividida en diversas leyes – Código Civil, LOPJM v.g.-, lo cual valoro negativamente al considerar que en una materia de tal calibre como lo es la protección del menor debería existir una regulación más unificada.

En cuanto a la regulación actual sobre el acogimiento, pese a tratarse de una figura consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, todavía no está suficientemente regulada en algunos aspectos. Esto podemos percibirlo en la regulación del acogimiento residencial, la cual no hace mención a la constitución y el cese de dicha modalidad.

VII. REFERENCIAS NORMATIVAS

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.
- Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.
- LO 8/2015: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Orden CDS/751/2017, de 29 de mayo, por la que se regulan las compensaciones económicas para acogimientos familiares de menores en Aragón.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD ARENAS, E, «El acogedor y el guardador hacia una refundición de funciones del acogimiento temporal», *Revista Estudios Institucionales*, tomo V, nº9, 2018, pp. 125- 172, disponible en : <https://doi.org/10.5944/eeii.vol.5.n.9.2018.23229>, última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.
- ABAD ARENAS, E, «El acogimiento residencial de menores», *Revista de l'Institut d'Estudis Superior de la Família*, nº4, p. 29-35, disponible en: <http://repositori.uic.es/handle/20.500.12328/957>, última visita en fecha 15 de mayo de 2022.
- BOCCIO SERRANO, M.J, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, pp.710, disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/25429>, última visita en fecha 5 mayo de 2022.
- CAPARRÓS CIVERA, N y JIMÉNEZ – AYBAR, I, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Rialp, Madrid,2001, PP.222.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. (Coord.), *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 335.
- DE ROMÁN PÉREZ, R, «La tutela legal y la guarda administrativa de menores tras las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia », *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm 3, 2018, pp. 327-363, disponible en : <https://investigacion.ubu.es/documentos/5db18069299952477238b11d>, última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.
- FLORES GONZÁLEZ, B, «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm 2, 2018, pp. 321-362, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6485168>, última consulta en fecha 16 de mayo de 2022.
- GARCÍA VILLALUENGA, L, «El acogimiento familiar como recurso de protección de menores», *Cuadernos de Trabajo Social* nº4-5 , 1993, pp. 89 – 103, disponible en:

- <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS9192110089A> , última consulta en fecha 27 de abril de 2022.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A, «Potestad reguladora y suspensión temporal del derecho de relación del menor acogido por la entidad pública», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, COBACHO GÓMEZ, J.A, (et al), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp.273-299, disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/65839> , última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.
 - IRAGUAS PRADA, G, *Protección jurídica del menor. Especial referencia al acogimiento familia de menores*, Universidad de Vigo, Vigo, 2021,pp. 593, disponible en: http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/1665/IraguasPrada_Guillermo_TD_2020_AA.pdf?sequence=4&isAllowed=y , última visita en fecha 10 de mayo de 2022..
 - LÓPEZ AZCONA, A, «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, pp.133-186, disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.04> , última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.
 - LÓPEZ AZCONA, A, «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, tomo LXX, núm.2185, 2016, pp. 1-89, disponible en: <https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/6247> , última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.
 - MARTÍNEZ CALVO, J. «La preservación del favor filii en supuestos de ruptura de la convivencia de los acogedores, tutores o guardadores del menor», *Revista Boliviana de Derecho*, nº32, 2021, pp. 150- 169, disponible en: <https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2021/09/06.-Javier-Martínez-pp.-150-169-1.pdf> , última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C , DE PABLO CONTRERAS, P y PÉREZ ÁLVAREZ M.A , *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de familia*, vol. IV, 6ª edición, Edisofer SL, Madrid, 2021, pp.490.
- MAYOR DEL HOYO, M.V, *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) , 2017, pp. 644.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia, Boletín núm. 23, datos 2020, pp. 190, disponible en: https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/PDF/Boletin_Proteccion_23_Provisional.pdf , última consulta: 15 de mayo de 2022.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J, *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.352.
- MÚRTULA LAFUENTE, V, *El interés superior del menor y las medidas civiles de adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, pp.294.
- SERRANO GARCÍA, J.A Y BAYOD LÓPEZ, M.C, *Lecciones de Derecho Civil: Familia*, 2ª edición, Kronos, Zaragoza, 2019, pp.542.
- TENA PIAZUELO, I, «El sistema de protección de menores en el derecho español», *Ius et veritas*, núm. 43, 2011, pp. 16-26. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12080> , última consulta en fecha 10 de mayo de 2022.
- TENA PIAZUELO, I. «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996», *Revista jurídica de Navarra*, nº24, 1997, pp. 243-266, disponible en : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=112862> , última consulta en fecha 1 de mayo de 2022.
- VÁZQUEZ- PASTOR JIMÉNEZ, L, «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, tomo LXXIII, nº2221, 2019, pp 1-78, disponible en : <https://doi.org/10.53054/bmj.v73i2221.2837> , última consulta en fecha 15 de mayo de 2022.