DESAMPARO Y ACOGIMIENTO FAMILIAR

Alberto **Peláez Morales**
Abogado, Presidente de Hogar Abierto

La Ley de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía entiende como *protección* "el conjunto de actuaciones para la atención de las necesidades del menor tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada" (art. 17).

Establece luego -art. 19- unos **criterios de actuación**, en consonancia con los **principios rectores de la acción administrativa** del artículo 11 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, entre ellos el principal de la supremacía del derecho del menor, el mantenimiento de éste en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, su integración familiar y social y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. Entre los "criterios de actuación" de la ley andaluza se insiste en la prevención: a) "Se fomentarán las medidas preventivas a fin de evitar situaciones de desprotección y riesgo para los menores". A continuación se establece un orden de prelación entre las distintas posibilidades de la intervención protectora:

- permanencia del menor en su propio entorno familiar,
- prioridad de las medidas de alternativa familiar si el menor debe salir de su grupo familiar propio.
- acogida en un centro de protección, con carácter provisional y por el periodo más breve posible.

Por otro lado, la Ley Orgánica en su artículo 12 determina cuáles son las **actuaciones de protección** a realizar por los poderes públicos:

- prevención y reparación de situaciones de riesgo,
- ejercicio de la guarda,
- asunción de la tutela por ministerio de la ley en los casos de desamparo.

Hemos de completar el marco de la protección de los menores, con las **situaciones de desprotección**, entre las que hay que incluir la situación de riesgo y la situación de desamparo.

Contando con los citados elementos, es decir:

a) principios rectores de la actuación de los poderes públicos o criterios de actuación,

b) actuaciones de protección por parte de los poderes públicos y

c) situaciones de desprotección.

Debemos determinar cuál de las **actuaciones de protección** es adecuada atendiendo a los **principios o criterios de actuación**, ante una concreta situación de desprotección de un menor, según sea valorada como situación de riesgo o como situación de desamparo. Y todo ello teniendo en cuenta la necesidad de concreción del interés del menor atendiendo a las circunstancias del caso y el principio de gradualismo o proporcionalidad que debe regir el sistema de protección.

La situación de desamparo, que define el artículo 172.1 del Código Civil y que concreta en nueve supuestos la Ley Andaluza, implica la asunción de la tutela por parte de la entidad pública y la separación del menor de su núcleo familiar.

La situación de riesgo, en cambio, **no requiere** la separación del menor de su medio familiar. Sin embargo debe hacer saltar las alarmas del sistema de protección y poner en marcha la actuación preventiva, es decir, "las actuaciones pertinentes para reducirla" y "el seguimiento de la evolución del menor en la familia" (art. 17.2 de la Ley Orgánica), actuaciones que se concretan en la "elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social individual y temporalizado" (art. 22.2 de la Ley Andaluza).

El cuadro del sistema de protección -si obviamos otras instituciones y actuaciones protectoras solamente realizables en sede judicial- quedará por fin cerrado con las **medidas de protección**. El artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor determina las "actuaciones en situaciones de riesgo", anteriormente señalada. El artículo 18 se refiere a las "actuaciones en situación de desamparo": "Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas **medidas de protección** y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal". Los dos siguientes artículos, el 19 y el 20, tratan sobre la guarda de menores y el acogimiento familiar, con remisión a los correspondientes artículos del Código Civil que la propia ley modifica en sus disposiciones finales. En cuanto a la guarda, su "ejercicio por la Administración" (art. 172.2, pfo 2º del C.c.) está configurado en el artículo 12 de la Ley Orgánica como una **actuación de protección.**

Las **medidas de protección** mediante las que se realizará la guarda (art. 172.3 del Código Civil) son el acogimiento familiar y el acogimiento residencial.

Es decir, el acogimiento es un medio o un instrumento de realización de la guarda que, a la luz del artículo 172 del Código Civil, es asumida y ejercida por la Administración.

A partir de aquí, deseo abordar dos cuestiones: el ineludible carácter instrumental del acogimiento familiar, o por el contrario su posible carácter autónomo como medida de protección y la posible consideración del acogimiento familiar como una actuación o medida preventiva.

Al planteamiento de la primera cuestión me ha llevado la lectura de "El acogimiento convencional de menores", de la profesora María del Mar Heras Hernández. Su argumentación principal para defender la existencia del acogimiento convencional, como modalidad autónoma de acogimiento familiar no ligada a la declaración administrativa de desamparo o de la guarda legal, es la propia literalidad del artículo 173.2 del Código Civil: "El acogimiento se formalizará por escrito con el **consentimiento** de la entidad pública, **tenga o no la tutela o la guarda**, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos". Dice la autora que "de la ubicación sistemática de este precepto se colige que nuestro Código Civil se dedica en primer lugar al acogimiento dependiente de la guarda en general de los menores (art. 172.3 C.c.), y en segundo lugar, a un acogimiento de sustantividad propia (art. 173 y 173 bis C.c). La legalización por esta vía de muchas situaciones de guarda de hecho o el carácter preventivo de este tipo de acogimiento, asunto del que trataré más adelante, son otros argumentos esgrimidos por la profesora Heras Hernández.

En la misma línea argumental, si bien con mayor claridad, se pronuncia el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción, que en su artículo 48, titulado "Consentimiento previo a la formalización del acogimiento", dice: "En los casos en que la Administración de la Junta de Andalucía no tenga asumida la tutela o la guarda del menor, la Comisión Provincial de Medidas de Protección prestará, en su caso, el consentimiento previo a la formalización del acogimiento, recabando para ello la información necesaria de los Servicios correspondientes de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de protección de menores".

Esta modalidad puede ser especialmente útil para el acogimiento de menores inmigrantes y evitaría numerosos supuestos de guardas de hecho sin control que es conocido se producen en zonas de gran afluencia de inmigración. El desconocimiento y el natural recelo del extranjero hacia la Administración y la larga tramitación de un acogimiento familiar una vez asumida la guarda por la Administración a petición de la madre harán que el inmigrante se aleje de los eventuales beneficios que nuestro sistema de protección podría ofrecer a sus hijos.

"Se fomentarán las medidas preventivas a fin de evitar situaciones de desprotección y riesgo para los menores"

Téngase en cuenta además que ante una situación urgente, de grave desprotección, el niño habría de ser necesariamente ingresado en un centro de protección, ya que el llamado "acogimiento de urgencia" no ha sido regulado expresamente en el Decreto de Acogimiento Familiar y Adopción, que únicamente prevé se acuerde el acogimiento temporal al inicio o durante la instrucción del procedimiento por miembros de la familia extensa (art. 40.3).

En cuanto a la segunda cuestión, la posible consideración del acogimiento familiar como una actuación o medida preventiva, resulta claro que esta modalidad de acogimiento cumpliría tal misión, a saber, que la situación de riesgo no derive en desamparo. Por otro lado, aunque ni en la legislación estatal ni autonómica está contemplado el acogimiento familiar como actuación o medida preventiva en situaciones de riesgo, entiendo que tal carácter se deduce del propio funcionamiento del sistema. Si la Administración asume la guarda a solicitud de los padres, podemos entender que existe una voluntad de protección por parte de éstos ante causas graves que les llevan a tomar esta decisión; esta guarda se realizará preferentemente a través del acogimiento familiar, de manera que ésta no deja de ser una medida que evita el deterioro de la situación familiar y la eventual declaración de desamparo. Más aún, si tenemos en cuenta que el acogimiento residencial normalmente inhibe cualquier impulso de superación de los padres por recuperar a sus hijos, con el acogimiento familiar, la gran alternativa al internamiento en centros de protección, ocurre lo contrario. El que una familia totalmente ajena a ellos se haga cargo de su hijo, lo cuide y lo eduque con cariño puede hacerles replantearse su propia capacidad como padres y constituir un incentivo para superar sus problemas y recuperarlo.

La cada vez mayor aceptación por parte de las familias biológicas del acogimiento familiar y el porcentaje de reintegraciones en el acogimiento simple, debe hacernos pensar que el acogimiento no tendría que formalizarse preferentemente respecto de niños desamparados, sino precisamente como una de las posibles medidas para evitar el desamparo en situaciones de riesgo.