

# **BREVE APUNTE SOBRE EL ACOGIMIENTO FAMILIAR**

*Ángeles Martín Rodríguez.  
Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil.  
Universidad de Alcalá.*

## **A.- Nota histórica sobre el acogimiento familiar.**

Es la Ley de 11 de noviembre de 1987 la que otorgó al acogimiento la sustantividad necesaria para ser digno de incluirse en el Código civil, concretamente en el artículo 173 CC. Hasta este momento, se regulaban en disposiciones administrativas y en todo caso no codificadas dispersas figuras análogas, con el nombre de acogimiento o prohijamiento, de forma que, esta materia era tratada sin unidad y sin claridad, degradando su regulación a disposiciones de rango ínfimo<sup>1</sup>.

Parece estar muy acertada la Ley de 1987 al llevar al Código civil una institución de gran importancia para el ámbito de ciertos menores. Esta Ley ha vuelto a ser reformada por la Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que incide especialmente en la figura del acogimiento. Así se introduce el artículo 173 bis en el que se recogen las distintas modalidades del mismo.

## **B.- Concepto y Caracteres del acogimiento familiar.**

### **B.1.- CONCEPTO.**

El acogimiento se puede considerar un instrumento jurídico de protección de menores, que se encuentran privados, bien temporal bien permanentemente, de un ambiente familiar idóneo. De esta forma, un menor, sin ser tomado en adopción ni dejar de ser jurídicamente miembro de su familia, es recibido en otra en la que se integra como un miembro más, o pasa a ser acogido por un Centro que lo toma.

---

<sup>1</sup> En este sentido, PEÑA BERNARDO DE QUIROS, M. Derecho de Familia. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid 1989. pág. 616.

Decimos sin ser tomado en adopción, ya que el acogimiento es figura solicitada en ocasiones como situación previa para llevar a cabo la adopción del acogido por el acogiente, pero en otras es simplemente una forma de proteger a los menores, que por la causa que sea, lo necesitan.

Si consideramos el acogimiento desde un punto estrictamente jurídico, se considera como un negocio jurídico de Derecho de familia formalizándose por escrito entre la entidad pública correspondiente y el acogedor o acogedores y que precisa de la intervención judicial solo en el caso de que los titulares de la patria potestad o de la tutela siendo conocidos no den su consentimiento. Pero dejemos esto para el momento en el que tratemos su constitución, y subrayemos en este momento de inicio de la exposición, que el acogimiento es sobre y ante todo una medida de protección de menores y que esta es la interpretación más extendida en la doctrina<sup>2</sup>.

En esta línea de pensamiento el acogimiento, como institución jurídica, se fundamenta y tiene como finalidad, proporcionar al menor una protección técnica y asistencial, pero sobre todo, incorporar a este menor a una familia en la que pueda desarrollarse como persona y en la que consiga integrarse como un miembro más a todos los niveles. De forma que, a través del acogimiento, se pretende que lo que prevalezca sea el interés del menor, articulando un sistema de guarda que permita la integración familiar de aquellos menores cuyos padres mantienen la patria potestad, pero por diversas razones, no les pueden atender, o bien, de aquellos menores que se encuentren en una situación de desamparo.

## B.2.- CARACTERES.

Si de caracteres hablamos, debemos resaltar que se trata de una figura articulada en interés del menor, en consecuencia, todas sus características han de girar, lógica y obligatoriamente en este sentido:

---

<sup>2</sup> Esta es la opinión de JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Granada Comares 1989. págs. 149 y ss; y también de FERRANDIS ARLELLO cuando lo define como “*la situación temporal y revocable orientada a la protección de menores que se encuentren privados de una adecuada atención familiar. Consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido, y especialmente, una vida familiar conforme a los usos sociales*”. En “Nuevas perspectivas de la adopción”. Revista ICADE, núm. 4, 1985. pág. 76.

1.- El acogimiento, por beneficio del menor, es esencialmente temporal, es decir, termina con el cese de la situación de desamparo o bien por la adopción del propio menor.

2.- La relación que surge entre quien acoge y quien es acogido se encuentra regida por el Derecho Civil, tanto si el acto constitutivo es un convenio con la Administración, con el consentimiento de los padres, como si es por acto judicial.

3.- No se trata de un acto que modifique el estado civil, pero tiene importantes efectos civiles. De manera, que cabe anotación en el Registro Civil.

4.- Es revocable, si bien se exige la comunicación previa a la entidad pública para que articule las medidas oportunas.

5.- Se puede equiparar parcialmente con la patria potestad o la tutela, pero no es del todo asimilable con ninguna de las dos, ya que en el caso del acogimiento a los acogedores, como veremos, se les atribuye un contenido semejante en sus funciones a las de los padres, pero sólo en el aspecto personal. Quede constancia aquí de que en mi opinión lo que busca principalmente el acogimiento para con el menor es este contenido personal que implica la patria potestad, mucho más que la administración o gestión de los bienes del menor. Del mismo modo, también el acogimiento se aleja del tutor patrimonial, que no del personal.

### **C.- Clases de acogimiento.**

Las diferentes clases de acogimiento fueron introducidas por la Ley de Protección del Menor de 1996. Ésta incorpora una novedad en el artículo 173 bis del Código civil, que recoge las que parecen ser tres clases de acogimiento, denominadas acogimiento simple, permanente y preadoptivo.

1.- **El acogimiento familiar simple** dice el Código civil que es aquel que tendrá carácter transitorio, bien porque sea posible la reinserción del menor en su familia, o bien mientras se adopte una medida de carácter más estable. Puede ser que esta medida de carácter más estable sea un acogimiento permanente o tal vez la constitución de una tutela sobre el menor.

2.- **El acogimiento familiar permanente** cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En este supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor. Este sería el acogimiento entendido como institución que en sí misma sirve para atribuir una serie de facultades de tutela a los acogedores.<sup>3</sup>

3.- **El acogimiento familiar preadoptivo** en el que se diferencian dos modalidades: una que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

Y otra, cuando la entidad pública formalice, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuere necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Ese período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder de un año.

4.- También se podría considerar la existencia de una cuarta clase de acogimiento, fuera de este precepto, llamada **acogimiento familiar provisional**. Éste se formaliza en el caso de que los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo. En este caso, la entidad pública puede acordar siempre en interés del menor que se constituya el acogimiento hasta que el juez dicte la resolución correspondiente.

Esta clasificación nos demuestra entre otras cosas el carácter temporal del acogimiento familiar. Así se trata de una figura que permite: por un lado conseguir una

---

<sup>3</sup> Para DIEZ PICAZO “Es este acogimiento el que presenta una diferencia con el régimen general del acogimiento familiar. Dice el citado precepto que “la entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”. Lo único que queda claro en la norma es su falta de rigor conceptual, patente en la Ley de 1987 en la regulación del acogimiento, pero que aquí alcanza cimas espectaculares, pues las responsabilidades no se desempeñan sino las obligaciones. Por lo demás, la norma contradice la esencia del acogimiento, que se basa en un convenio, por lo que mal podría entonces obrar el juez sin consentimiento de los acogedores. En fin, queda en total nebulosa el tema de la atribución de las facultades de la tutela, pues no hay ningún dato que permita su concreción.”. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Novena Edición. Edit. Tecnos 2004. pág. 281.

protección más rápida para solucionar situaciones urgentes y, por otro alcanzar soluciones ante aquéllas de mayor estabilidad.

#### **D.- Constitución del acogimiento familiar.**

Por la Ley de Protección del Menor del 96 la tutela automática se produce si el menor se encuentra en situación de desamparo<sup>4</sup>, pues bien, al acogimiento se puede llegar por esta situación de tutela automática y, este acogimiento puede dar lugar a una adopción posterior.

O bien, por una situación previa de guarda del ente público o de una familia, guarda a la que se llega por la solicitud paterna o tutelar cuando por circunstancias graves no pueden cuidar del menor. En este caso, consideramos que, en principio, no podría dar lugar a una adopción posterior sino a un acogimiento permanente en una familia alternativa o en la familia del propio acogido, pero asumiéndolo otros parientes.

En este sentido del artículo 173 del Código civil podemos deducir que existen dos formas de acogimiento en función de su constitución, una convencional y otra judicial.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Artículo 18.1 de la ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: “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”.

El mencionado artículo 172 del Código Civil nos dice en su párrafo 1: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él”.

<sup>5</sup> De acuerdo con JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ.: “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores II. 44. Actualidad civil, 1988, pág. 137.

En el mismo sentido, M<sup>a</sup> BEGOÑA FERNANDEZ GONZALEZ.: “Visión general del acogimiento familiar” .46. Actualidad civil, 2000, pág. 1687.

La constitución convencional se considera la forma más corriente y habitual de realizar el acogimiento. Este acogimiento se formaliza por escrito y su aspecto más relevante es el de los consentimientos necesarios para su eficacia y validez. Así, a este acogimiento deben prestar su consentimiento, las siguientes personas:

1.- La entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda. El papel de la administración es fundamental ya que sin su consentimiento no puede constituirse el acogimiento, llegando a la conclusión de que su papel va más allá de una simple intermediaria entre el menor, su familia y la familia acogedora, puesto que realiza una labor claramente de control.

Cuando el artículo 173.2 del Código civil habla de que la entidad pública tenga o no la tutela o la guarda del menor, quiere significar que el acogimiento es una situación familiar propia y distinta de la tutela *ex lege* y de la guarda que tuviera la entidad pública.

Sin embargo, esto a juicio de DIEZ PICAZO es de difícil coordinación con el carácter irrenunciable que posee la patria potestad o con la obligación de desempeñar la tutela, por lo que considera que el acogimiento familiar se produzca siempre en relación con un menor cuya guarda ha sido solicitada por los padres o tutor a la entidad pública. No parece muy probable, puesto que el acogimiento también tiene su origen en una situación de desamparo del menor, y ahí la entidad pública sí tiene la tutela, o cuando los padres o tutores se oponen y es el juez el que decide.

Tal vez, lo que haya querido expresar DIEZ PICAZO, sea que cuando la entidad pública no tiene la tutela *ex lege* o la guarda, en este caso, el acogimiento solo se constituye en relación con un menor cuya guarda ha sido solicitada por los padres o tutor a la entidad misma.

2.- Los acogedores o personas que reciben al menor. No se contempla ningún requisito especial para poder prestar el consentimiento, en consecuencia, basta poseer capacidad plena de obrar. Pueden acoger tanto parejas casadas, como de hecho e igualmente personas solas. Si bien será la entidad pública la que se encarga de proponer a los posibles acogedores.

3.- El menor acogido si tiene más de doce años. Pueden ser acogidos los menores de edad siendo sólo necesario su consentimiento si son mayores de doce años. Ahora bien, si son menores pero tuvieren suficiente uso de razón, es necesaria

audiencia, ya que aunque la ley no lo disponga expresamente, así se recoge con carácter general en el artículo 9 de la Ley de Protección del Menor del 96:

El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

Dos supuestos llaman en este momento nuestra atención, ¿cabe un acogimiento de un menor emancipado? Y, en segundo lugar, ¿Qué ocurre con los menores incapacitados, respecto de los cuales, no se hace ninguna referencia? Por lo que respecta a la primera cuestión parece ser que si el acogimiento se estructura sobre la base de la protección del interés del menor, y siendo éste el principio que inspira las instituciones de patria potestad o tutela, no parece ser que el acogimiento vaya dirigido a los menores emancipados. En cuanto, a los incapacitados, podemos afirmar que la necesidad de un ambiente familiar en ellos es incluso mayor que en el resto de los menores por sus peculiares circunstancias. Puede ser que la ley no lo mencione por el carácter temporal que posee el acogimiento frente a la persistencia de la incapacidad.

4.- El tutor o los padres del menor, cuando fueren conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad. Lógicamente se precisa el consentimiento de los padres ya que éstos no pierden la patria potestad por la constitución del acogimiento sino que siguen ostentándola.

Mediante este consentimiento podemos entender que se hace una delegación del ejercicio de algunas de las funciones de carácter personal que integran la patria potestad y que a partir de la constitución del acogimiento pasan a ser desempeñadas por el acogedor o acogedores, de esta forma se defienden los intereses del menor sin que los padres pierdan por ello los derechos por el mero hecho de serlo. Si los padres siguen ostentando la patria potestad tienen derecho a visitar y relacionarse con sus hijos.

Por esta razón, el acogimiento constituido de forma convencional exige su constatación por escrito en un documento en el que se recoge un contenido fijado por ley que incluirá los siguientes extremos:

Artículo 172.3: ...

1. Los consentimientos necesarios.
2. Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
3. Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
  - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
  - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a tercero.
  - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
4. El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
6. Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
7. Informe de los servicios de atención a menores. Dicho documento se remitirá al Ministerio Fiscal.

Como afirma FERNANDEZ GONZALEZ<sup>6</sup> esta enumeración no puede ser cerrada ya que si tenemos en cuenta que el acogimiento se considera un negocio jurídico, admite cualquier otro tipo de pacto o acuerdo entre las partes, en virtud del juego de la autonomía privada, si bien nunca pueden ir en contra del interés del menor, es decir las partes tienen la obligación de procurar el mayor beneficio al menor.

Cuando los padres o el tutor no prestan o no consienten o se oponen a la constitución convencional del acogimiento se produce la intervención del Juez, se puede entender que el Juez en este supuesto sustituye con su valoración el consentimiento de los padres, si bien si no están privados de la patria potestad les concederá audiencia, si por el contrario están privados la ley no prevé ninguna actuación por su parte, aunque el juez en beneficio del menor puede pedirles que manifiesten su opinión.

---

<sup>6</sup> FERNANDEZ GONZALEZ, M<sup>a</sup> T., Op. Cit., nota n<sup>o</sup>6, pág 5.

En este caso estaremos ante la constitución judicial del acogimiento, también en este supuesto se parte de una propuesta de la entidad pública que debe recoger todos los extremos mencionados anteriormente. Antes de que exista resolución judicial la entidad pública puede, si lo considera conveniente, constituir un acogimiento familiar provisional si bien presentando la propuesta al Juez en el plazo de quince días.

Tal y como lo plantea el Código Civil podíamos entender que esta constitución judicial del acogimiento tendría un carácter subsidiario frente a la principal que sería la convencional, este planteamiento que mantiene la ley estatal es distinto en alguna legislación autonómica de protección al menor, por ejemplo, en la catalana el acogimiento se constituye por resolución judicial siempre. En mi opinión la presencia judicial en todo lo concerniente a la protección de menores es básica y fundamental, dando seguridad al procedimiento.

#### **E.- Contenido del acogimiento familiar.**

A tenor de los artículos 173 y 173 bis:

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo acoge las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Todas son obligaciones de contenido exclusivamente personal, ya que la representación del menor así como las facultades de administración y disposición de sus bienes siguen correspondiendo a los padres, no privados de la patria potestad, al tutor y, en último caso, a la entidad pública siempre que se haya constituido la tutela automática por situación de desamparo.

##### **1.- El deber de velar por el menor.**

Es exactamente igual que el que tiene el padre o el tutor, respecto al hijo o al pupilo respectivamente. Deben dispensar al menor todo tipo de cuidados materiales y morales.

## **2.- El deber de compañía.**

Se entiende por éste la necesaria relación personal de manera continua, es decir, la convivencia bajo un mismo techo. Esta relación interpersonal dentro de una familia constituida como tal en la que el menor es un miembro más es, precisamente, lo que diferencia al acogimiento del resto de las figuras articuladas para la guarda de menores.

## **3.- El deber de alimentar al menor acogido.**

Éste puede que sea el punto más complicado de todos. El planteamiento es el siguiente: los acogedores según el presente artículo tienen el deber de alimentar al menor, si bien, no se puede entender por éste el deber de alimentos recogido en el artículo 142 del mismo cuerpo legal, ya que no existe parentesco entre alimentista y alimentado. Por otro lado, los padres estén o no privados de la patria potestad siguen manteniendo un deber de alimentar al hijo menor.

Así las cosas ¿quién tiene la obligación? Pues creemos que la solución debe buscarse en la realidad de cada caso. La ley catalana, por ejemplo, considera que son los padres los que deben sufragar los gastos de alimentos. Pero si entendemos que en muchas ocasiones, si no en todas, el fundamento del acogimiento se encuentra en la falta de medios económicos por parte de los progenitores, cómo se les va a gravar con esta carga. En este caso serán los acogedores los que deben correr con los gastos. Si por el contrario, los progenitores disponen de medios económicos sería posible pactar una exclusión de los acogedores de este deber.

## **4.- El deber de educación y formación integral.**

Éste se puede entender como una ampliación de la obligación de velar por los hijos. En cuanto a la educación este deber se entiende que incluye la facultad de elección del centro escolar o de las distintas actividades para la educación y formación integral del menor.

Lo más importante en este punto es la existencia de una posible disparidad entre la opinión de los progenitores y los acogedores sobre la educación y la formación integral que se quiere para el menor. Formación que puede entenderse desde el punto de vista personal, social, religioso, etc.

En esta disparidad, creo que debe primar la decisión de los padres siempre que ostenten la patria potestad.

El contenido de cualquier negocio jurídico implica un conjunto de derechos y obligaciones, vistas las obligaciones del acogedor o acogedores, digamos algo brevemente sobre las obligaciones del acogido o, lo que es lo mismo, sobre los derechos de los acogedores.

Aunque la ley no dice nada de forma expresa sobre los derechos de los acogedores, entendemos que se pueden aplicar por analogía las normas sobre patria potestad o tutela, así:

- El acogedor o acogedores tienen derecho a ser obedecidos y respetados por el acogido, como correlativo al deber de educación. El juez puede intervenir para garantizar este derecho siempre que sea necesario.
- El acogedor o acogedores tienen la posibilidad de corregir razonable y moderadamente al menor acogido, como correlativo al deber de compañía.
- El acogedor o acogedores tienen la posibilidad de recibir una remuneración por el acogimiento, lo cual no es frecuente y está sujeto a la suficiencia del patrimonio del menor acogido.
- El acogedor o acogedores tienen derecho a percibir una indemnización durante el acogimiento han sufrido algún daño o perjuicio.
- El acogedor o acogedores tienen el derecho a cesar en el acogimiento, en cualquier momento, sin necesidad, de alegar o justificar los motivos.

#### **F.- Cese del acogimiento familiar.**

El artículo 173.4 del Código civil establece que el acogimiento del menor cesa por:

1. Decisión judicial.
2. Decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública.

3. A petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía.
4. Por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores.

Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el juez.

De las diferentes formas de cesación del acogimiento tal vez la que menos problemas plantee pero puede que la más polémica sea por decisión de los acogedores. Recordemos que éstos pueden poner fin al acogimiento sin necesidad de alegar ningún motivo fundado y razonable, basta con la comunicación a la entidad pública para que adopte las medidas oportunas de protección del menor.

Sin intención de profundizar en ella, se puede pensar que esta forma de cesación del acogimiento no se encuentra, en principio, muy en conformidad con el principio de interés superior del menor que es el que preside esta institución.

En cuanto a la cesación por petición del tutor o de los padres hay que distinguir si el acogimiento se constituyó con el consentimiento de los padres o del tutor, o si, por el contrario, se opusieron al mismo.

En el primer, supuesto, para su cese los padres o el tutor pedirán a la Entidad pública que será quien deberá sopesar si es beneficioso o no a los intereses del menor conceder la autorización. Por el contrario, en el segundo supuesto, el acogimiento ha necesitado de resolución judicial, con lo cual, en pura lógica, no basta la petición de los padres o el tutor sino que sería necesario también la resolución del juez acordando la cesación del mismo.

La cesación del acogimiento por decisión judicial no sólo se reserva para el caso en que aquél se constituyó por el propio órgano judicial, como así lo pone de manifiesto el propio artículo al establecer como una causa del cese la decisión judicial. También se puede aplicar a otros casos, como cuando el cese lo pide el menor, o el propio Fiscal e incluso otros familiares del propio menor que se encuentren en condiciones de acogerle en su propia familia.

Diferente de las causas de cese del acogimiento son las razones por las que aquel se extingue como institución en sí misma, estas son entre otras:

- Por muerte o declaración de fallecimiento del menor acogido.
- Por muerte o incapacitación del acogedor. Si se trata de un matrimonio o pareja de hecho acogedora, este subsiste lógicamente respecto del superviviente o al cónyuge capaz.
- Por la emancipación del menor acogido.
- Por la adopción del menor.

Visto el grosor de la ponencia, dedicaremos unas breves anotaciones al concepto de interés superior del menor así como al acogimiento de los menores extranjeros.

Si nos remitimos al concepto que la Real Academia nos ofrece sobre los términos que componen dicha expresión tendríamos que el interés superior del menor *es la conveniencia o necesidad preeminente en el orden moral o material del menor*. Ahora bien, desde el punto de vista del derecho positivo no aparece en principio un concepto, esto es porque es el juez el encargado de concretar en cada caso cuál y cómo se llega a alcanzar el interés superior del menor. Así en cada caso en virtud de los diferentes aspectos sociales, económicos, psicológicos, etc., se deberá determinar cuál es el interés superior del menor en cuestión.

Apoyándonos en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se entiende que la noción del interés del menor “debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención: derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a ser oído, derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, derecho a no ser separado de sus padres, salvo que sea necesario al interés del menor...”.

Aunque no exista una definición a priori de lo que es el interés superior del menor, lo que sí se tiene muy claro son las funciones que este principio desempeña dentro de la materia jurídica de protección de los menores, así: éste juega como garantía, de esta manera evitamos que al amparo de un pretendido bienestar del menor

se limiten sus derechos, también desempeña un importante papel como criterio de interpretación de la normativa que tiene que ver con el mismo.

Con las diferentes reformas que se han producido en el derecho de familia, nuestra legislación a partir de los años 80 se ha ido incorporando a la corriente internacional que contempla al menor como un ser individual con necesidades propias y características personales independientes de sus padres o de las personas de quienes depende.

Esta preocupación por dar al menor un marco jurídico de protección adecuado, lleva a nuestro derecho a un desarrollo normativo que culmina con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. Aunque, en todo caso, no hay que olvidar que otras leyes anteriores se habían venido ocupando de aspectos parciales de la regulación civil del menor.<sup>7</sup>

Junto a los cambios que ha sufrido nuestra legislación en materia de protección del menor, se está produciendo, cada vez en mayor medida, una presencia de menores extranjeros en nuestro país. Algunos de éstos necesitan de medidas de protección urgentes.

En materia de protección de menores, con independencia de la situación de legalidad o ilegalidad de los padres, hay que entender que los niños tienen unas necesidades que deben ser cubiertas, tanto a nivel asistencial, sanitarias, educacionales, que no entienden de ni distinguen entre la situación regular o irregular de los progenitores.

En consecuencia, la aplicación de la tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento como instituciones de protección del menor inmigrante debe partir necesariamente de:

- El interés superior del menor como principio que preside estas instituciones de protección del mismo.
- El artículo 9.6 del Código Civil como norma de Derecho Internacional Privado en esta materia<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Primero fue la Ley 11/1983 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Posteriormente se ha promulgado entre otras, las Leyes 13/1983, 24 de octubre, sobre tutela; la Ley 21/1987, 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

<sup>8</sup> El artículo 9.6 del Código Civil establece: "*La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de*

La Exposición de Motivos de la Ley de 1996 señala que se establece como principio general el que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y con interferir en su vida escolar, social o laboral.

Respecto al acogimiento de menores inmigrantes y en relación con los tres tipos de acogimientos que contempla nuestro Código Civil, podemos precisar lo siguiente:

- En cuanto al acogimiento simple, que se prevé con carácter temporal en estos casos la entidad pública tiene la titularidad de la guarda y la ejercita a través del acogimiento, con lo cual no hay ningún inconveniente en aplicarle el artículo 10 y concordantes de la Ley de Protección del Menor del 96 .
- En los casos del acogimiento preadoptivo, como se parte de una situación de abandono del menor podríamos reconducir a lo señalado con respecto a la tutela ex lege, por lo tanto, a la aplicación del artículo 9.6.3. del Código Civil, es decir, se aplica la ley española porque con independencia del carácter provisional de la medida o de su carácter preadoptivo, se trata de un menor abandonado que se encuentra en territorio español.
- Por último, el acogimiento permanente presenta mayores problemas, ya que se prevé como una situación que por las circunstancias del menor o de su familia se aconseja dotarla de mayor estabilidad, y ampliar la autonomía de la familia acogedora. El problema se plantea, por un lado, por su carácter de estabilidad en contra ciertamente de la temporalidad que caracteriza al acogimiento, y por otro lado, por su asimilación o no con la tutela ordinaria, ya que como establece el artículo 173 bis del Código Civil *“la entidad pública podrá solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”* . Desde este punto de vista se podría pensar en aplicar el artículo 9.6.1 del Código Civil que en materia de tutela se remite a la ley nacional del incapaz. Sin embargo, aquí no se trata de una tutela por razones de incapacidad sino por minoría de edad, y además en estas situaciones podríamos hablar de abandono, de

---

*protección se regirán por la ley de su residencial habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.”*

manera que consideramos aplicable a estos casos la ley española porque hay que pensar que la entidad pública o bien tendrá la tutela *ex lege* o la guarda del menor. Por cualquiera de las dos vías, se aplicará la ley española.