

## La nueva ley de protección a la infancia: el acogimiento familiar ante el garantismo institucional\*

**María Luisa Santamaría**

Facultad de Derecho UIC Barcelona

*La nueva ley de protección a la infancia propone, como bien reconoce el apartado segundo de la exposición de motivos del proyecto, una reforma derivada de “una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia” (SPI) que engloba todo el conjunto de legislación y protocolos administrativos para proteger correctamente a la infancia. El citado sistema está formado por entidades públicas de ámbito local (diputaciones, consejos insulares o cabildos) que son responsables de que los niños de su territorio se encuentren debidamente protegidos y atendidos y de que sus derechos sean respetados en todo momento. En las garantías de los derechos infantiles intervienen también la Fiscalía y los juzgados especializados en Derecho de Familia que, por tanto, forman parte del sistema.*

La reforma ha obrado a favor de resolver todos aquellos problemas con los que las entidades públicas se han encontrado durante los 18 años de aplicación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM en adelante), pero no ha analizado con suficiente seriedad las garantías, tanto procesales como de seguridad jurídica, que ello ofrece a los usuarios, tanto a los niños como a sus padres, familiares y allegados. Por ello, en el intento de favorecer la actuación de las entidades públicas, la reforma puede obrar en contra de los intereses y derechos de los niños susceptibles de entrar en contacto con el SPI, haciendo cómplices de ello a quienes altruistamente se ofrecen a ayudar al sistema: los acogedores.

Entre las reformas concretas que propone el proyecto está la de garantizar la actuación administrativa sin encontrar ningún obstáculo a la retirada de un niño de su entorno familiar. Esta reforma se plantea en dos aspectos esenciales. Por un lado, en los aspectos sustantivos que pueden dar lugar a la separación de un niño de su familia y a los derechos de relación entre los miembros. Por otro lado, en los aspectos procesales que permiten facilitar al máximo la intervención administrativa. Por ello, analizaré si con estas reformas se protegen adecuadamente los derechos de los niños y sus familias, así como el papel de los acogedores.

Otra de las cuestiones a destacar en la nueva ley es la apuesta que realiza del acogimiento familiar frente al residencial, enumerando, a su vez, una pormenorizada relación de los derechos de los acogedores. En relación con esta cuestión, se realiza una distinción entre acogimiento y guarda con fines de adopción. Efectuadas estas modificaciones, este artículo pretende estudiar si con ellas se protegen adecuadamente los derechos fundamentales y constitucionales, en el ámbito del derecho de familia, adquiridos por los acogedores en la relación con el niño acogido. Derechos que también afectan de forma decisiva al propio niño.

\* Este artículo está basado en el análisis de la jurisprudencia citada y el proyecto de ley se encuentra en [www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/.../A/BOCG-10-A-131-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/.../A/BOCG-10-A-131-1.PDF)

Por último, pongo el acento en la ausencia de una referencia explícita en el texto de la ley a aquellas actuaciones que las entidades públicas tienen autorizadas y aquellas que tienen prohibidas pues, dado que su actuación queda al margen del control judicial, es importante que su ámbito de intervención en las familias quede delimitado con el fin de ofrecer la máxima seguridad jurídica a las partes implicadas.

### **Aspectos sustantivos de la intervención administrativa**

La declaración de desamparo de un niño le priva de la convivencia con sus padres y, en ocasiones, de sus hermanos, en beneficio de proporcionarle la debida protección. Por ello, resulta imprescindible analizar cómo se conjugan los derechos contrapuestos del propio niño. Por un lado, el derecho a su integridad física y moral y, por otro lado, el derecho a permanecer en su familia.

El contenido del artículo 172 CC, que define lo que se entiende por “situación de desamparo”, está íntimamente ligado al del artículo 18 LOPJM, que expone aquellas situaciones que considera de desamparo para un niño. Con meridiana claridad, este artículo recoge, por un lado, los problemas a los que se han enfrentado las entidades públicas a la hora de declarar niños en desamparo y, por otro lado, destaca la situación abusiva de las entidades públicas, consistente en separar padres e hijos en situación de pobreza, cuya denuncia ha quedado plasmada en algunas sentencias.

En concreto, el artículo 18.2 LOPJM recoge el siguiente texto:

La situación de pobreza” de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo.

No es ocioso recordar que la situación de pobreza puede conllevar otros problemas como la alimentación insuficiente, falta de higiene o inestabilidad de vivienda, pues estas funciones requieren medios económicos para ser desarrolladas con dignidad. Por ello, sería imprescindible que detectada una situación de pobreza, la entidad pública le pusiese fin. De este modo, se podría observar si subsisten indicadores de riesgo o desamparo una vez eliminada la principal causa que puede producirlos, como es la pobreza.

En este sentido, debería ser obligatorio para la entidad pública que la denuncia de toda situación de riesgo o desamparo que pudiese ir ligada a la escasez de medios económicos se hiciese una vez resuelto el problema económico, es decir, en ausencia de situación de pobreza, evaluando, a su vez, si las causas de la pobreza son imputables a una total despreocupación de los padres, sin que la denuncia de cronicidad de los servicios sociales pudiese por sí sola prosperar como causa de desamparo.

Ello concuerda con la obligación primordial de las entidades públicas, recogida en el artículo 11.2 LOPJM, de “mantener al niño en su familia de origen”. Sin embargo, debería precisarse que las dotaciones presupuestarias deberían ir destinadas, en primer lugar y en proporción considerable, a resolver situaciones de pobreza de familias con hijos menores de edad.

Sigue diciendo el artículo 18.2 LOPJM que:

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

Considero este fragmento de la ley un grave retroceso que incide negativamente en los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia.

Con carácter previo al análisis de impacto de esa nueva medida destacada en la ley, hay que recordar que las resoluciones judiciales que tratan asuntos sobre protección de la infancia tienen en cuenta la presunción *iuris tantum* en las declaraciones de los técnicos del SPI. Algunas sentencias lo destacan explícitamente, tal como la 240/2013 de la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial (AP) de Tarragona, de 4 de julio; la 69/2012 de la sección 1.<sup>a</sup> de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de febrero, y muchas otras de esta misma sección y audiencia provincial. Por ello, los padres cuyos hijos han sido declarados en desamparo deben aportar pruebas para contradecir dichas declaraciones. De por sí, supone una grave dificultad mostrar el error de las valoraciones administrativas, dándose la circunstancia de que cuanto más abstracta es la denuncia más difícil es demostrar lo contrario. Por poner un ejemplo, es habitual que los técnicos del SPI denuncien “carencia de habilidades parentales” en las resoluciones que declaran desamparo de los hijos, sin especificar el hecho concreto que motiva esa denuncia ni las consecuencias sobre el niño, por lo que resulta prácticamente imposible contradecirla.

Por ello, si ya resulta difícil contradecir una decisión técnica del SPI con presunción *iuris tantum*, la nueva ley permite que el segundo hijo y los siguientes de una familia con un hijo en desamparo sean también tutelados, con la diferencia de que lo serán por presunción *iuris et de iure* sin necesidad de denunciar ninguna situación de desprotección sobre ellos. Las sentencias de la sección 2.<sup>a</sup> de la AP de Castellón 85/2008, de 11 de junio, y de la sección 4.<sup>a</sup> de la AP de Zaragoza, de 19 de abril de 1999, muestran casos de niños que se consideraron ajenos a la situación de desamparo que, con la nueva ley, serían declarados en desamparo al tener hermanos en esa situación. La sentencia del Tribunal Supremo (TS) 84/2011, de 21 de febrero, dictamina que un niño no puede declararse en desamparo por peligros “potenciales”, sino que la situación de desamparo debe ser real para el niño en cuestión, por lo que los hermanos de un niño declarado en desamparo no estarán sujetos a la aplicación de esta sentencia, a pesar de estar plenamente fundamentada en la doctrina sentada en la sentencia TS 565/2009, de 31 de julio, utilizada como referencia en la elaboración del proyecto de ley recientemente aprobado.

El artículo 18.2 realiza una relación pormenorizada de lo que considera situaciones de desamparo, entre las que se encuentra:

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.

Cualquiera puede pensar que el abandono de un niño es una situación grave para él, sin embargo el matiz de lo que la nueva ley considera abandono no se ajusta a lo que la sociedad entiende por aquel concepto. Como es sabido, las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda de un niño son sus padres. Por ello, según el citado texto, un niño bajo el cuidado de personas distintas de los padres, bien por orfandad o por decisión de los padres, será declarado en desamparo al amparo de la nueva ley. Ello se opone a la sentencia del TS 582/2014, de 27 de octubre, que se ha pronunciado recientemente sobre el caso de un niño bajo la “guarda de hecho” de su abuelo dictaminando que el niño no se encontraba en situación de desamparo. Con la nueva ley el citado niño sería declarado en desamparo, a pesar de tener todas sus necesidades cubiertas.

Además de ello, este fragmento de la ley es claramente contradictorio con la nueva redacción del artículo 303.2 CC, lo cual ofrece una situación antagónica que sería necesario resolver. El citado artículo expresa lo siguiente:

Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores [...] en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de

asistencia moral y material, contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

El artículo 18.2 LOPJM termina diciendo que una circunstancia que determina el desamparo es:

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, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

A este apartado de la ley se puede ajustar cualquier situación que un técnico del SPI pueda considerar con su presunción *iuris tantum* sin que la ley imponga unos límites a su decisión, salvo aquellos que de forma abstracta les exige una valoración y ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad. Puesto que no se define lo que es una “situación gravemente perjudicial”, esta queda al arbitrio de la decisión técnica.

El artículo 161 CC, que regula los derechos de relaciones personales entre el niño acogido y sus familiares, sufre una modificación en la nueva ley:

Cuando el menor se encuentre en situación de tutela o guarda administrativa, el derecho que a sus padres, hermanos, abuelos y demás parientes corresponda para visitarle y relacionarse con él, se establecerá, regulará o suspenderá por la Entidad Pública, en virtud de resolución motivada, atendidas las circunstancias y el interés del menor.

Con dicha modificación, el derecho de relaciones personales entre un niño acogido y sus familiares ya no es un derecho con carácter imperativo, pues lo establece, o no, la entidad pública. Ello marca una diferencia respecto de la ley actual, en que ese derecho existe, aunque debe ser regulado o suspendido por un juez.

De nuevo, en el derecho de relaciones personales de un niño bajo tutela administrativa la nueva ley establece un ordenamiento ajeno a la jurisprudencia de las sentencias del TS 663/2013, de 4 de noviembre, y de la Sala de Conflictos de Jurisdicción, 6/2014, de 10 de julio.

Como conclusión, se observa que la nueva ley obra en contra de lo dictaminado por el Tribunal Supremo en casos recientes. Ello no debe reputarse incorrecto con carácter general, sino que debe analizarse si las nuevas realidades sociales conducen a ello.

En el caso de la nueva redacción del artículo 161 CC, la ley no hace sino plasmar una práctica que venía siendo habitual por las entidades públicas, pues muy pocos casos de regulación de visitas de niños bajo tutela administrativa llegaban a los tribunales. No por ello debe dejar de apuntarse a la pérdida de seguridad jurídica por parte de los usuarios del SPI, en que las visitas se establecerán por una decisión con presunción *iuris tantum* con las dificultades de contradicción ya apuntadas y sin un criterio objetivo de referencia sobre la periodicidad y el modo de realizar esas visitas. En efecto, la ley no articula un mínimo derecho de frecuencia establecido en función de las circunstancias del niño, quedando las condiciones para mantener ese derecho en una mera subjetividad de un técnico, por lo que la oposición judicial tendrá escasas opciones de prosperar.

En cuanto al hecho de que la nueva ley permita que pueda haber más niños declarados en desamparo y separados de sus familias, debemos preguntarnos si eso es lo que demanda nuestra sociedad. Mi opinión

es negativa y crítica al respecto, pues lo que una sociedad civilizada debe perseguir es que sean los ciudadanos dentro de su núcleo familiar quienes se ocupen responsablemente del bienestar y el desarrollo de sus miembros más pequeños, debiendo quedar el Estado, en virtud del principio de subsidiariedad, relegado a resolver aquellos casos más graves en que se demuestra una evidente incapacidad de las familias para abordar la protección de sus niños.

Se puede observar con claridad que el proyecto ha dado cobertura legal a todos aquellos casos en que el Tribunal Supremo ha fallado en contra de las decisiones administrativas, de manera que esto no pueda ocurrir en el futuro. Si bien existen sentencias del Tribunal Supremo dictadas con posterioridad a la fecha del anteproyecto, es un dato conocido que el principal problema al que se ha enfrentado el SPI es el de aquellos casos en que la familia extensa de un niño tutelado (abuelos y tíos principalmente) ha querido hacerse cargo de él, habiéndose encontrado con la negativa de los técnicos del SPI.

Esta reforma legislativa afecta de forma adversa a la medida de acogimiento familiar, pues las familias que consideran que sus niños han sido tutelados injustamente ven en las familias de acogida una amenaza, mientras que estas últimas pueden apreciar, según el conocimiento que tengan del caso, que se les hace cómplices de una separación familiar innecesaria.

### **Aspectos procesales de la intervención administrativa**

En cuanto a los aspectos procesales, tanto la medida urgente de entrada a un domicilio en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de la infancia como la “no ejecución provisional” de las resoluciones judiciales sobre protección de la infancia obran a favor de satisfacer las pretensiones administrativas, dejando en evidente indefensión a los particulares que se oponen a dichas pretensiones. La cuestión es averiguar cómo incide en el interés de un niño tutelado.

La necesidad de la medida de entrada domiciliaria resulta ser sumamente subjetiva, pues entendemos que es muy diferente entrar a un domicilio a por un niño cuya vida corre peligro que entrar a por uno cuya higiene es deficiente. En cualquier caso, el juez decidirá si otorgar el permiso solicitado.

La medida de “no ejecución provisional” de una resolución judicial sobre protección de la infancia facilitará la prolongación de aquellos procesos en que el niño esté bajo tutela administrativa con medida temporal. En efecto, las entidades públicas tienen permiso para la intervención sobre cualquier niño sin control judicial y con plenas garantías de éxito, por lo que cualquier oposición judicial a una decisión administrativa se sustentará mientras el niño ya esté en poder de la administración. En realidad son escasos los casos documentados en que ha ocurrido lo contrario, por ejemplo, el de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, de 24 de febrero de 2011, y la del TS 582/2014, de 27 de octubre, en que quienes protegían al niño fueron acusados de desobediencia civil al oponerse a las decisiones de la entidad pública, cuestión que pocos ciudadanos están dispuestos a asumir. De este modo, la no ejecución provisional mantendrá al niño bajo la decisión administrativa hasta obtener sentencia firme en el Tribunal Supremo, es decir, durante muchos años. A esta situación se ajusta el caso de la sentencia TS 565/2009, de 31 de julio.

Por otro lado, existen casos en que la ejecución provisional ha permitido el retorno de diversos niños a sus familias de origen, como ponen de manifiesto las sentencias del TS 84/2011, de 21 de febrero, y TS 800/2011, de 14 de noviembre, habiéndose considerado una decisión respetuosa con el interés de los niños implicados. Por ello, se concluye que la “no ejecución provisional” de las resoluciones judiciales que afectan a un niño no ha sido siempre la opción más respetuosa con su interés superior, por lo que no encuentro justificación por la que deba imponerse por ley.

Con ello puede ocurrir que un niño permanezca en una situación convivencial más por hechos consumados que por respeto a sus derechos fundamentales, ya que hasta la fecha el Tribunal Supremo nunca ha fallado a favor de modificar el estatus de convivencia que el niño tenía en el momento de dictar sentencia.

La acumulación de procesos judiciales sobre un mismo niño nos parece una decisión correcta, sin embargo la ley omite hacer referencia a un caso frecuente cuando se trata de medidas de protección de un niño, lo que da lugar a una situación anómala. En el caso en que los padres hayan recurrido la declaración de desamparo de un niño, esta puede sustanciarse transcurridos varios meses desde que tal situación ocurrió. En este caso, las resoluciones judiciales se centran en discernir si el desamparo fue ajustado a derecho en el momento en que se decidió, lo cual es correcto, pero no analizan si las circunstancias familiares han cambiado durante esos meses y el niño puede retornar junto a sus padres. Si la sentencia reconoce que el desamparo fue conforme a derecho, los padres se ven obligados a abrir un nuevo procedimiento en aplicación del artículo 172.7 CC, en el que debe analizarse si las circunstancias familiares han cambiado y son idóneas para el retorno del niño a su familia de origen. Ello comporta un nuevo retraso de varios meses, durante el cual el niño permanece separado de su familia. Además de ello, la ley no determina la acción procesal por la que debe sustanciarse el derecho sustantivo de revocación del desamparo recogido en el artículo 172.7 CC. En efecto, se observa que el artículo 748 LEC no prevé un procedimiento específico para accionar la recuperación de la patria potestad suspendida, no siendo tampoco ajustable a ninguna de las acciones especificadas en dicho artículo. Tal situación fue detectada por la Fiscalía General del Estado, que trató esta cuestión en la Circular 1/2008, de 22 de diciembre. A pesar de ello, los juzgados están inadmitiendo procesos en los que se pretende ejercitar esta acción mediante la oposición a la resolución administrativa de desamparo (artículo 748.6 LEC). Por ello, la oposición al desamparo, sin omitir el estudio sobre si este fue ajustado a derecho o no, debería analizar, además, las nuevas circunstancias familiares del niño, en aplicación del artículo 172.7 CC, en el momento en que tiene lugar el juicio, con independencia de que se haya solicitado por las partes.

La nueva ley tampoco expresa acción procesal alguna para oponerse a una decisión administrativa de la que no se ha dictado resolución recurrible. Por ello, todos aquellos cambios que los técnicos del SPI imponen de forma verbal o mediante escrito no oficial no son susceptibles de impugnación en vía judicial, lo que causa una enorme indefensión a quienes no están de acuerdo con aquella nueva decisión.

Por último, en cuestiones procesales, la nueva ley ha omitido hacer referencia a los problemas con los que se encuentran los familiares de un niño tutelado por la entidad pública a la hora de accionar una revisión judicial. En la nueva ley no se desprende con claridad que un familiar, distinto de los padres, pueda oponerse a una resolución administrativa en cuestión de protección a la infancia, aunque sí prevé que los guardadores puedan hacerlo, pero no los acogedores (véase artículo 780 LEC). Por ello, cabe preguntarse si un acogedor se considera guardador del niño. Si bien es cierto que cualquier familiar o persona que tiene una relación con el niño puede solicitar la tutela ordinaria (véase normativa legal al respecto y la sentencia TS 582/2014, de 27 de octubre), no es menos cierto que este es un dato desconocido por la mayoría de usuarios y que no se informa de ello a los padres cuando sus hijos son declarados en desamparo, ni a los acogedores o guardadores, además de que tampoco las fiscalías suelen accionar este tipo de procesos.

En definitiva, la nueva ley actúa en beneficio de incrementar los retrasos procesales mientras el niño bajo tutela administrativa se encuentra viviendo una medida de acogimiento familiar temporal, creciendo en entendimiento, pero no en conocimiento de su situación, estableciendo unos vínculos afectivos sanos, pero no duraderos, y adquiriendo una estabilidad familiar, pero no jurídica.

## Los derechos de los acogedores

Todo ciudadano que se presta a acoger a un niño, lo hace por un motivo altruista y espera que el interés superior del niño al que acoge sea respetado por encima de todo.

Por ello, resulta imprescindible que un niño alcance la convivencia con una familia de acogida por un motivo objetivo y real de desamparo en su familia de origen. Ello comporta que el acogimiento sea una opción, desde el punto de vista familiar y social, plenamente respetuosa con las normas que rigen el buen desarrollo de nuestra sociedad, el interés público y general, la paz social, el bien común y el respeto a las reglas constitucionales que regulan la convivencia ciudadana. De forma muy especial, el acogimiento debe respetar los derechos fundamentales del niño acogido. Puede decirse que, en virtud del artículo 20 bis 1.c LOPJM, el acogedor obtendrá los motivos que han provocado el desamparo del niño acogido, lo cual le permitirá conocer la ponderación de tal decisión.

En este sentido, los derechos de un acogedor están supeditados a los del niño acogido, y el primero adquiere derechos únicamente en tanto se respeten los del segundo. Por ello, todo acogedor debe tener en cuenta que el principal derecho de un niño en acogimiento es el de retorno a su entorno familiar de origen. Además, el acogedor debería conocer los criterios que determinan ese retorno y, en su caso, los que determinan la inviabilidad del retorno. Puede entenderse que los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 20 bis 1 LOPJM le permitirán conocer y opinar acerca de dichos criterios.

La nueva ley recoge, en el artículo 19 bis 3 LOPJM, los criterios que la sentencia TS 565/2009, de 31 de julio, ha establecido para decidir si procede la reintegración familiar en interés del niño, entre los que afectan negativamente el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida. Sin embargo, el proyecto omite apuntar que esos criterios son únicamente relevantes cuando la decisión de desamparo fue cierta, real y objetiva (la propia sentencia 565/2009, de 31 de julio, lo destaca y fue plenamente aplicado en sentencia TS 84/2011, de 21 de febrero). Por otro lado, un criterio que afecta positivamente a la reintegración del niño en su entorno familiar de origen es el hecho de que mantenga “referencias parentales” con la familia de origen, pero se omite indicar que debe analizarse si la ausencia de ese criterio es única y exclusivamente responsabilidad de la entidad pública (o las instancias judiciales) o bien si responde a la despreocupación y desinterés de la familia. De lo contrario, el paso del tiempo, la integración de un niño en una familia ajena y la ausencia de relación del niño con su familia de origen por decisión administrativa permitirá, por ley, el robo institucional de niños, del que se hará partícipes a los acogedores sin ninguna opción de réplica. Todo parece indicar que la ley apunta en esta dirección.

El proyecto menciona que la introducción de los derechos de los acogedores en la ley ha surgido fruto de las comparecencias de expertos en la “Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines”. En dicha comisión, los acogedores reclamaron derechos de familia respecto al niño acogido. En efecto, una de las cuestiones principales tratadas en la comisión no fue otra que la posibilidad de estabilidad jurídica del niño en su familia de acogida, cuando se considera inviable el retorno a su entorno familiar de origen, con independencia de la modalidad de acogimiento. Sin embargo, este derecho de ámbito constitucional se omite por completo en la ley a pesar de que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 27 de abril de 2010, en un caso contra Italia, reconoce que la permanencia de un niño adoptable en su familia de acogida provisional, si así lo solicitan los acogedores, forma parte del derecho a la vida personal y familiar del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cubierta por los artículos 18 y 39.4 de la Constitución Española.

Así, los derechos del acogedor recopilados en una pormenorizada enumeración en el artículo 20 bis 1 LOPJM, están básicamente destinados a definir aquello que el acogedor puede exigir a la entidad pública

para llevar a término la función que ambas partes han pactado. El hecho de que los acogedores dispongan de la máxima información no puede sino ser algo positivo que favorece la transparencia. Además, el apartado *e* del citado artículo 20 bis 1 LOPJM destaca como un derecho del acogedor el “cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento”, es decir, se establece aquel derecho que protege al acogedor de asumir responsabilidad alguna sobre las posibles decisiones injustas o arbitrarias de la entidad pública que afecten negativamente al niño acogido y a su familia de origen. En cierto modo, se incurre en contradicción cuando, por un lado, la nueva ley permite al acogedor tener la máxima información y, por otro lado, le exime de responsabilidad de actuar en función de su propio criterio sobre aquello que sabe. Con ello, la ley proclama que el acogedor mantenga una relación de “servilismo” respecto de la entidad pública. Ello queda especialmente claro en el artículo 172 ter 3 CC, que establece una acción impositiva de la entidad pública sobre un niño en acogimiento sin que, en ningún caso, tenga en cuenta la opinión del acogedor ni los planes familiares de los acogedores en que el niño acogido pudiera estar incluido como corresponde a la obligación del acogedor.

Cabe preguntarse qué ocurrirá cuando el acogedor no se acoja al derecho de cooperación con la entidad pública si, en el desarrollo de su propia autonomía y personalidad, considera que alguna decisión administrativa no responde al interés del niño acogido. Cabe preguntarse si en el ejercicio de “todos los derechos inherentes a la guarda” (artículo 20 bis 1 g LOPJM) cualquier acogedor podrá oponerse judicialmente a una decisión administrativa sobre la que no adquiere obligación ni compromiso, como la de acoplar al niño a una familia ajena, bien otra familia acogedora, bien una familia de la lista de adoptantes, o llevar al niño a un internamiento, cuestiones ambas que vulneran derechos fundamentales del niño y de la propia familia acogedora. El apartado *d* del artículo 20 bis 1 LOPJM responde a esta pregunta, pues solo ciertos acogedores permanentes tendrán ese derecho. Por tanto, la ley establece derechos distintos a acogedores de las diferentes modalidades.

El derecho a la protección de los datos personales del acogedor respecto de la familia de origen es también un derecho al que algún acogedor preferiría no acogerse, pues la mayoría de acogedores estarían de acuerdo en mantener alguna relación con la familia de origen del niño. Cabe preguntarse si las entidades públicas verán esta opción como algo positivo, o bien lo considerarán motivo de represalias hacia el acogedor.

### **La apuesta por la eliminación del acogimiento residencial**

Consideramos importante la apuesta que realiza la nueva ley por el acogimiento familiar frente al residencial. Sin embargo, la ley de 1996 también consideraba el acogimiento residencial una medida que debía durar el menor tiempo posible (artículo 21 de la antigua LOPJM) primando el acogimiento familiar. Esto no ha sido obstáculo, en el pasado reciente, para que el acogimiento residencial se impusiese, pues incluso las instancias judiciales se han rendido ante las decisiones administrativas permitiendo el cese de un acogimiento satisfactorio para un internamiento. Así lo muestran sentencias como las de la sección 3.<sup>a</sup> de la AP de Las Palmas 169/2007, de 30 de abril; la de la sección 4.<sup>a</sup> de la AP de las Islas Baleares 223/2009, de 19 de junio, y la 55/2012, de 8 de febrero, sin que, de momento, ninguno de los casos haya sido admitido por el Tribunal Supremo para su estudio. Incluso el Tribunal Constitucional consideró correcto el internamiento del niño de El Royo conociendo la posibilidad de mantener el acogimiento (Auto TC 28/2001, de 1 de febrero).

Por ello, no existe ninguna garantía sobre el éxito de esta medida, que no es nueva, pues la ley deja abierta la posibilidad de internamiento cuando convenga al interés del niño. Así, cuando un niño quiera mantenerse bajo internamiento, siempre existirá una decisión administrativa con presunción *iuris tantum* que resolverá que esa es la mejor opción para el niño, con total imposibilidad de que alguien pueda destruir dicha presunción.

Es probable que la ventaja sea que todas las comunidades autónomas tendrán que desarrollar con mayor amplitud el programa de acogimientos familiares, aunque su uso seguirá siendo limitado. Salvo que la fiscalía se proponga terminar con el internamiento, ejerciendo un control sobre las entidades públicas, o que exista una dotación presupuestaria limitada para el acogimiento residencial, no se terminará con esta práctica.

Por último, es necesario destacar que para niños mayores de seis años es difícil encontrar una opción familiar, de ahí que la ley solo establezca cierta obligación de acogimiento familiar para niños por debajo de los seis años. Por ello, para niños mayores de seis años sin opción familiar de protección, debería examinarse con rigurosidad si la opción de retorno a la familia de origen es una opción plausible a pesar de las deficiencias de los padres, dado que la opción de internamiento es, a todas luces, perjudicial para ese niño.

### **La guarda con fines de adopción**

La nueva ley ha transformado lo que antes era el acogimiento preadoptivo en la “guarda con fines de adopción”. Cabe preguntarse a qué responde esta distinción.

Por un lado, el artículo 20 bis 1 g LOPJM proclama que el acogedor tiene derecho a “ejercer todos los derechos inherentes a la guarda” y, por otro lado, el artículo 176 bis 1 CC proclama que “los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares”. Si tomamos en cuenta esta información todo parece indicar que los derechos de ambos son idénticos. Sin embargo, se observan diferencias entre ellos en otros puntos de la ley.

Una diferencia entre acogedores y guardadores se encuentra en el artículo 780 LEC, en que al guardador se le permite formular y ser parte de un proceso de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores, mientras que no se le permite al acogedor. La otra diferencia entre ambos se encuentra en el artículo 176.2 CC, en que a los guardadores se les reconoce capacidad para solicitar la adopción del niño bajo su guarda, mientras que no así a los acogedores. Precisamente, la diferencia entre ambos se encuentra en los derechos que se les reconocen, de tal modo que la nueva ley niega a los acogedores los derechos constitucionales que las sentencias TC 124/2002, de 20 de mayo, y TC 221/2002, de 25 de noviembre, habían proclamado. Si bien la sentencia TC 124/2002, de 20 de mayo, se refiere a unos acogedores preadoptivos, los derechos que se les reconoce lo son en tanto que acogedores y no por la modalidad del acogimiento. Por otro lado, la falta de reconocimiento de estos derechos a los acogedores es contraria a lo dictado en la sentencia del TEDH de 27 de abril de 2010.

Desde un punto de vista semántico, cuando un niño en acogimiento pasa a ser adoptable, no cabe sino reconocer que la guarda en acogimiento se convierte automáticamente en “guarda con fines de adopción”, por más que se pretenda lo contrario.

## **Las omisiones de la nueva ley**

Algunas cuestiones que se echan en falta en la nueva ley son el reconocimiento a los acogedores de la función de responsabilidad parental igual que se reconoce a los padres. En relación con esto, debería precisarse con claridad que un niño bajo acogimiento se encuentra tutelado por la entidad pública, pero no en situación de desamparo. Esta es una apreciación importante, pues la entidad pública tiene permiso para actuar de forma inminente cuando un niño se encuentra en situación de desamparo, en la que procede la separación familiar, pero no debería tener permiso para actuar en modo alguno si el niño tutelado no se encuentra en desamparo.

Considero un grave retroceso que, en lugar de eliminar las modalidades de acogimiento, se introduzcan nuevas modalidades, no tanto porque considere incorrecto que existan modalidades sino porque a lo largo de la existencia de la LOPJM de 1996 se desvirtuó el objetivo del uso de las modalidades. En efecto, las modalidades de acogimiento se establecieron con el fin de escoger aquella familia de acogida que mejor se ajustase a las necesidades del niño en el momento del desamparo. Sin embargo, durante los 18 años de aplicación de la LOPJM de 1996 las modalidades de acogimiento han servido para que el niño tutelado con imposibilidad de retorno a su familia de origen vaya circulando por distintas familias de acogida, cada una de ellas con distinta modalidad, antes de alcanzar estabilidad jurídica. Ello es absolutamente contrario al espíritu de la ley, pero ha sido posible mediante una interpretación totalmente tergiversada de la misma que, por algún motivo, parece convenir a los intereses de ciertos colectivos.

Las funciones de la entidad pública sobre un niño tutelado deberían quedar restringidas a la decisión de la periodicidad y supervisión de visitas con la familia de origen y a la decisión de retorno al entorno de origen y supervisión del proceso de reunificación familiar, o la decisión de no retorno y establecimiento de estabilidad jurídica en función de las posibilidades y deseos de la familia acogedora y el niño acogido, si tiene suficiente juicio.

Las funciones que la entidad pública debería tener vetadas son el cese de un acogimiento satisfactorio para internamiento en centro y el cambio de familia de un niño cuando no ha sufrido situación de desamparo. Es decir, debería impedirse por ley el cambio de un niño de una familia de acogida a otra familia de acogida de distinta modalidad, como los ocurridos en sentencias de la sección 18.<sup>a</sup> de Barcelona 295/2010, de 10 de mayo; auto de la sección 1.<sup>a</sup> de la AP de Albacete 22/2011, de 4 de abril, y sentencia de la sección 6.<sup>a</sup> de la AP de Alicante 203/2014, de 24 de septiembre, salvo que la familia acogedora consintiese ese cambio. Estos impedimentos no son caprichosos, sino que tienen su fundamento en los estudios psicosociales que denotan el daño psicológico que tales cambios producen al niño, lo que supone que un cambio de esa índole sea anticonstitucional al vulnerar derechos fundamentales del niño.

En conclusión, la nueva ley no favorece la protección de los niños españoles, sino que más bien incide en la posible vulneración de sus derechos fundamentales, además de perjudicar la medida del acogimiento familiar al no reconocer a los acogedores los derechos que reclaman.