

LA PROTECCION DE LOS MENORES EN LA COMUNIDAD AUTONOMA VALENCIANA.

Dra M. Teresa Marín García de Leonardo

SUMARIO

**I. PRINCIPIOS EN LOS QUE SE INSPIRA LA POLITICA SOCIAL DEL MENOR
EN LA COMUNIDAD AUTONOMA VALENCIANA**

A) Introducción.

B) Precedentes históricos del sistema de protección de menores.

C) Programas autonómicos de protección de menores.

D) Principio de integración familiar.

E) Principio del beneficio e interés del menor.

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

II. MARCO JURIDICO DE PROTECCION AL MENOR

III. SITUACIONES DE RIESGO, DESAMPARO E INADAPTACION

IV. MEDIDAS LEGALES DE PROTECCION AL MENOR

A) MEDIDAS PREVENTIVAS.

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

B) LA GUARDA: TITULARIDAD Y EJERCICIO

C) LA TUTELA "EX LEGE" POR PARTE DE LA ENTIDAD PUBLICA

D) EL ACOGIMIENTO DE MENORES.

1. Concepto y tipos.
2. Examen especial del acogimiento familiar educativo.
 - a) Concepto.
 - b) Caracteres de la familia educadora.
 - c) Cesación del acogimiento en familias educadoras.
3. Acogimiento en familias preadoptivas.
 - a) Planteamiento.
 - b) Supuestos.
4. Acogimiento en Residencias.
 - a) Presupuestos de aplicación.
 - b) Ventajas e inconvenientes.

TEXTO

I . PRINCIPIOS EN LOS QUE SE INSPIRA LA POLITICA SOCIAL DEL MENOR EN LA COMUNIDAD AUTONOMA VALENCIANA.

A) Introducción

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

La política social de menor en la CAV pretende, partiendo de esta primera norma,

dar una importancia prioritaria al primer entorno del menor, que es la familia. Sin embargo, cuando esto no es posible se intentan soluciones transitorias que, sin arrancar al niño de su propio entorno social, permitan confiarlo a otro núcleo familiar, que esté en condiciones de proporcionarle todo aquello que necesita y que, por las dificultades del caso en concreto no es posible encontrar en el suyo. Estas soluciones pretenden sustituir a aquéllas otras que provocaban la separación o aislamiento de su entorno social— orfanatos, reformatorios, instituciones de educación especial— y que no tenían en cuenta al menor en su global proceso evolutivo, sino que por el contrario provocaban en el menor innumerables secuelas. Se trata de realizar un proyecto educativo a cargo de un núcleo familiar nuevo, en tanto en cuanto se reestructura el de origen a través de los trabajadores sociales.

B) Precedentes históricos del sistema de protección de menores

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

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

En consecuencia, esta institución perseguía la extinción de la mendicidad, desempeñando el cargo dos personas que, nombradas por el "Justicia en lo civil" por un año, debían ocuparse, como consta en el Privilegio, de la esfera personal de los huérfanos "aún cuando tuviesen parientes y por más que éstos se opongan". En concreto, debían velar por ellos colocándolos del modo más conveniente, buscándoles una ocupación y defendiéndolos de las ofensas e injurias. Es de destacar que dentro de la acepción "orfes" se incluían tanto los huérfanos en sentido estricto como los abandonados, callejeros, ladrones, vagos etc. Para llevar a cabo su labor, un encargado recorrería las calles de la ciudad recogiendo a los "orfes" y llevándolos a la "casa común". Si tenían padres y se veía conveniente, se les devolvía, advirtiéndoles a los progenitores que de no cumplir bien su misión educativa perderían la patria potestad de los hijos y serían expulsados del Reino.

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

Esta figura subsistió pese a las transformaciones políticas que se sucedieron en los siglos siguientes, siendo confirmada a través de los distintos Privilegios.

Incluso llegó a pasar por algunas etapas en las que se pierde un cierto prestigio, debido a la especulación y comercio del cargo .

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

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

Esta institución, auténtico primer Tribunal Tutelar conocido en toda la civilización occidental, perduró durante cuatro siglos, hasta que Carlos IV , el 11 de Diciembre de 1793 expide una Real Orden por la que se extingue el Tribunal del Padre de Huérfanos, transfiriendo sus competencias y entregando sus archivos al Director de la Real Casa de la Misericordia.

C) Programas autonómicos de protección de menores.

En 1987 la Generalidad Valenciana publica el denominado "Libro Blanco del menor" que recoge los principios inspiradores de su política social en el ámbito de la infancia y de la juventud y marca las pautas a seguir en los distintos programas de prevención, defensa y, en su caso, reinserción del menor. En este sentido cabe destacar que la labor a desarrollar por parte de los poderes públicos no sólo ha de ser meramente subsidiaria sino que, por el mandato constitucional, también ha de complementar la labor llevada a cabo en el seno de la familia, respetando siempre la autonomía de la misma. Todo ello concretado al supuesto de hecho y aplicando el principio del supremo interés del menor. Desde este punto de vista las medidas a adoptar por parte de los poderes públicos deben ser, en primer lugar, complementarias de la familia, dirigiéndose a consolidar los vínculos afectivos del menor en el seno de aquélla. Ello se traduce en un planteamiento prioritario de apoyo económico a la familia. Además, si fuera necesario, se procederá a la ayuda domiciliaria, con el fin de lograr cuanto antes la autonomía familiar. Sólo cuando estas medidas se agoten cabrá un planteamiento sustitutivo de la familia, con el fin de crear al menor, de forma transitoria, un ambiente familiar apropiado. El internamiento sólo tendrá sentido cuando sean inviables los recursos de ayudas familiares o el acogimiento familiar.

Por tanto, cualquier medida que se adopte con respecto al menor, ya sea de tipo judicial o administrativo debe perseguir, en primer lugar, complementar a la familia

y sólo en caso de imposibilidad se adoptarán medidas sustitutivas. Todas ellas a partir del principio del supremo interés del niño.

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

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

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

2) El beneficio e interés del niño.

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

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

El desarrollo de los principios de protección de menores en la CAV finaliza con la elaboración en abril de 1996 de un segundo programa de protección denominado PROMEN en el que se reiteran los principios de interés del menor, se incide en la prevención para las situaciones de riesgo, la seguridad jurídica en la acción protectora etc. con la finalidad de conseguir un sistema de protección integral.

d) Principio de integración familiar.

Cuando las necesidades del menor no han podido ser satisfechas en el orden natural, el principio de integración familiar en la CAV se materializa en la respuesta jurídico social a las necesidades primarias de éste. La familia es la que debe proporcionar al menor el ambiente y recursos idóneos para el desarrollo de su personalidad, ya que se considera que es el núcleo primordial de actuación, a través del que se le proporciona una seguridad afectiva, cuidados, educación, protección y defensa. Pero puede suceder que de modo transitorio se produzca una desestructuración del núcleo familiar u otro tipo de problema que exija que se arbitren una serie de medidas, ya sean de apoyo a la familia o, en su caso, la colocación del menor en una familia específica, lo que se lleva a cabo a través del

acogimiento familiar en sus diversas modalidades, para intentar que se integre en una vida normalizada. Al mismo tiempo, se trabaja con la familia de origen para que desaparezca la causa que motivó esta medida de protección en un intento de reestructurar sus relaciones familiares. En principio, las principales causas que suelen afectar a la autonomía familiar son: la falta de recursos económicos, la falta de formación adecuada y la violencia intrafamiliar. Ante estos problemas se prevén ayudas económicas, apoyo domiciliario (cuando exista un déficit cultural que incida en el tratamiento del niño) y la consolidación de la red de servicios sociales próximos al domicilio.

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

La CAV es partidaria de potenciar, prioritariamente, las medidas preventivas, para evitar la desestructuración familiar. Las soluciones de integrar al menor en otra familia, aunque sólo sea con carácter temporal, deben aplicarse sólo para aquellos supuestos en que se hayan agotado los apoyos a la familia de origen y permanezca esta desestructuración. En este sentido, el D. 23/1988, de 8 de Febrero establece que las medidas que se adopten con respecto al menor de acuerdo con este principio de integración han de tener una triple garantía: en primer lugar, que se agoten todas las medidas sociales que permitan mantener al niño en su medio familiar. En segundo lugar, que no se le separe innecesariamente de su medio social. Finalmente, que sea acogido o, en su caso, adoptado por personas idóneas. Las causas que suelen motivar la adopción de estas medidas de integración en otra familia suelen ser: abandono o fallecimiento del padre o de la madre, drogadicción, alcoholismo, enfermedades físicas o psíquicas, desidia asistencial, pobreza...

En estos casos se trata, como señala la O. de 20 de marzo de 1986 de familias educadoras, de arbitrar una respuesta sin aislar o arrancar en la medida de lo posible al niño de su entorno social, colocándolo en un medio análogo al suyo. No es una medida que vaya a sustituir a la familia, sino a implicarse en la resolución del problema que afecta a la familia de origen, para lo cual se mantienen los lazos del niño con ésta y se propicia su eventual retorno.

Para hacer efectiva la integración familiar se puede acudir también a las denominadas instituciones colaboradoras. De acuerdo con el art. 7 LI "tendrán la consideración de instituciones colaboradoras de integración familiar, las asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro constituidas conforme a las leyes aplicables que obtengan la correspondiente acreditación en los términos establecidos reglamentariamente y figuren inscritas en el Registro constituido al efecto, sin cuyos requisitos, no podrán ser consideradas como tales". Con respecto a estas entidades, pueden dedicarse a desarrollar o bien programas de atención a la familia o de promoción de la adopción, colaborando con la Generalidad Valenciana en políticas integrales, para favorecer la coordinación e integración de los centros, servicios, programas y actividades en el campo de la

familia y de la adopción.

E) Principio del beneficio e interés del menor.

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

El interés del menor, en principio, es el que le compete como tal, con independencia de su vinculación o no a una situación familiar. Ahora bien hay que tener en cuenta que la superioridad de este interés tiene un valor relativo, ya que debe analizarse en función de las diversas circunstancias relacionadas con la posición que ocupa en la familia. Así, no es lo mismo el interés de un menor que carece de familia que el que se encuentra inmerso en la misma; y dentro de esta última situación habrá que valorar la estabilidad o desestructuración familiar que exista. Por otro lado, este interés ha de ser primordial, pero no exclusivo. Esto significa que se considera al menor como un ser individual, independiente de sus padres o de las personas de quienes depende, con necesidades propias y características diferenciadas de las personas de quienes depende, pero también hay que tener en cuenta el interés del resto de las personas involucradas en el

entorno del menor. Ante un posible conflicto de intereses, el aplicador de la norma deberá inclinarse por el supremo interés del menor.

En la legislación protectora de menores este principio se materializa en una serie de medidas que intentan evitar el peregrinaje institucional del niño de un centro a otro con las consecuencias perjudiciales que tradicionalmente ello ha venido suponiendo. En la actualidad, la solución de estos problemas, orientada al interés del niño, implica que toda intervención sobre el menor se aborde como una realidad integrada en sus ambientes vitales y en consecuencia inseparable de aquello que constituye sus relaciones socio-familiares. La familia, comunidad natural del niño es el lugar prioritario de intervención.

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

En definitiva, el beneficio del menor comporta la adopción de medidas que van dirigidas tanto a la familia de origen como a él mismo, con la finalidad de que desaparezcan las causas que generan las situaciones de riesgo, desamparo e inadaptación.

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

Como consecuencia de la desjudicialización que se aprecia en la regulación jurídica de los menores en situación de riesgo en la CAV, la tutela de éstos se integra en el interior del sistema público de los servicios sociales. En este sentido, el papel del juez queda reservado para los supuestos de adopciones y aquéllos en los que se plantean conflictos de intereses. Por otro lado, la intervención del Ministerio Fiscal es fundamental en esta materia, porque puede contrastar las decisiones de la entidad pública. Para ello es necesario que las Fiscalías cuenten con un equipo de personal cualificado, como psicólogos, pedagogos o asistentes sociales para desempeñar su función.

En definitiva, como señala el Preámbulo de la LI 7/1994, de 5 de diciembre, "en la medida en que la inadaptación de la infancia y de la juventud es un proceso multicasual, ya no es posible judicializar las medidas. En su lugar se impone la colaboración de los órganos jurisdiccionales, la policía, las administraciones públicas y los agentes sociales". Los riesgos que afectan a la población infantil son tan amplios que ni siquiera es posible que la administración, por sí sola, pueda prevenirlos y aminorarlos.

La LI ante este panorama lo que contempla es la necesidad de una colaboración de las administraciones públicas con la Administración de Justicia en los siguientes términos:

"La Generalidad Valenciana informará al Ministerio Fiscal de la situación en que se encuentran los menores sujetos a tutela, guarda y acogimiento, los internamientos

que se produzcan y la evolución y cese de las medidas, en cada caso, adoptadas. Asimismo pondrá a disposición de los órganos jurisdiccionales sus equipos, centros y servicios para el desarrollo de sus funciones".

III . MARCO JURIDICO DE LA PROTECCION AL MENOR.

El panorama legislativo que ofrece la CAV con respecto a la protección jurídica del menor es el siguiente:

1. La O. de 20 de marzo de 1986, de la Consellería de Trabajo y Seguridad Social, por la que se establece el recurso de Familias Educadoras para circunstancias de estricta transitoriedad.
2. El D. 23/1988, de 8 de febrero, del Gobierno Valenciano, sobre medidas de protección de menores en situación de desamparo.
3. El D. 31/1991, de 18 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se modifica el Decreto anteriormente citado de medidas de protección de menores en situación de desamparo.
4. La Ley 7/1994, de 5 de diciembre de la Infancia, que tiene por objeto consolidar la política integradora, preventiva, compensadora y de sensibilización cívica y social, con respecto a la atención a la infancia en situación de riesgo, desamparo e inadaptación. Con ello no se trata de ampliar recursos sino de armonizar y coordinar los existentes. La clave de la presente Ley está en la armonización de las políticas de la infancia. El legislador, consciente del crecimiento de los riesgos y el aumento de la inadaptación de la infancia, pretende establecer mayores y diferentes mecanismos protectores, así como también potenciar los recursos personales y familiares. El amplio elenco de riesgos cristaliza en determinados fenómenos sociales como la violencia sobre los menores, el abandono escolar, la huida familiar, la explotación sexual, el uso indebido de drogas y la utilización de la imagen del menor .
5. El D. 130/1996, de 4 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se regula el Consejo de Adopción de Menores de la Generalidad Valenciana, sustituyendo la anterior composición de carácter provincial, por un Consejo único para toda la Comunidad Valenciana.
6. El D. 168/1996, de 10 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se regula la acreditación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, desarrollando la facultad de la Generalidad Valenciana en virtud de su competencia en materia de protección de menores para habilitar en su territorio como instituciones de integración familiar que puedan intervenir en funciones de mediación en adopciones, a Asociaciones o Fundaciones no lucrativas.
7. El D. 29/1998, de 10 de marzo de 1998, del Gobierno Valenciano, por el que se crea el Registro de Reclamaciones formuladas contra las entidades acreditadas para la realización de funciones de mediación en la adopción internacional.
8. El D. 127/1998, de 1 de septiembre del Gobierno Valenciano, por el que se modifica el D. 130/1996 de 4 de julio, del Gobierno Valenciano, que fue el que creó el Consejo de Adopción de Menores de la Generalidad Valenciana.
9. Finalmente, existe un Anteproyecto de Ley de protección de la familia,

considerada como institución natural, en la medida en que constituye una comunidad básica para la sociedad, fundamental en aspectos capitales de la misma, como la educación y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales y espirituales, el bienestar social y el desarrollo en general.

IV. SITUACIONES DE RIESGO, DESAMPARO E INADAPTACION

La actuación de la CAV con respecto a las medidas de protección al menor, se centra fundamentalmente en tres situaciones que vienen definidas en el art.2 de la LI: el riesgo, el desamparo y la inadaptación.

Se considera situación de riesgo, "aquella en la que por sus circunstancias personales o por influencias de su entorno o extrañas, exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación, para evitar situaciones de desamparo o de inadaptación".

En cuanto al desamparo, como presupuesto de la tutela "ex lege", viene definido en la Ley como "el que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las y los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia ética, moral y material, y sea necesaria la adopción de medidas de protección y defensa".

Finalmente, la inadaptación ha de ser declarada mediante resolución judicial (en los términos previstos en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores) y exige la adopción de medidas de resocialización y de inserción.

V. MEDIDAS LEGALES DE PROTECCION AL MENOR

A) MEDIDAS PREVENTIVAS.

1. Concepto

Las medidas preventivas son aquellas que se van a adoptar en las situaciones de riesgo de que se produzca desamparo o inadaptación. En estos casos la Generalidad Valenciana no asume ni la tutela ex lege ni la guarda del menor, siendo los padres los que tienen la titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Lo que la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor regula como situaciones de riesgo en el art. 17 es lo que ya teníamos regulado en la CAV como medidas preventivas, de acuerdo con el D. 23/1988, de 8 de febrero. Además, la LI en su art. 2 específicamente define la situación de riesgo como "aquella que por sus circunstancias personales o por influencias de su entorno o extrañas, exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o inadaptación".

Las medidas preventivas sirven para contribuir a mantener el equilibrio familiar cuando todavía existen posibilidades de evitar la desestructuración de aquél, eliminando las causas que originan esta desestructuración del entorno familiar del

menor y que inciden negativamente en el desarrollo de su personalidad.

2. Tipos.

El medio de conseguir de forma más eficaz el beneficio del menor es potenciando las medidas preventivas, siendo las más respetuosas con su entorno y con su realidad social, además de que pueden evitar el tener que acudir al acogimiento. La CAV tiene establecido el desarrollo normativo de estas medidas, tanto a nivel de ayudas individuales como apoyos económicos y domiciliarios o incluso, en su caso, las intervenciones psicológicas. Precisamente entre los recursos que debe desarrollar el sistema público de protección social, establecidos en el art. 2 del D. 23/1988, de 8 de febrero se sitúa en primer lugar "el apoyo a las familias tanto económico como educativo, para el mantenimiento del niño en su hogar". La finalidad que se persigue es que ningún niño tenga que salir de su domicilio por estas razones. Este apoyo a la familia viene desarrollado en los arts. 4 y ss. del citado Decreto, especificándose tres tipos de ayudas:

a) Económicas: a las familias de carácter polivalente cuando el problema de desprotección tiene su origen en la falta de recursos materiales. En estos casos debe velarse por el buen fin de las ayudas.

b) Domiciliarias: cuando se necesite un apoyo temporal de carácter higiénico o sustitutivo por imposibilidad física o mental, para complementar los servicios básicos del hogar.

c) Socio-educativas: cuando el responsable familiar necesite apoyo para gestionar la propia familia o a causa de la relación conflictiva de sus miembros. Estas ayudas se conceden para desarrollar las habilidades sociales y las competencias educativas.

Sólo cuando se han agotado los apoyos familiares y perdura la desestructuración de la familia con grave riesgo para el menor es cuando se plantearán soluciones alternativas a la familia de origen.

3. Ventajas e inconvenientes .

Las medidas preventivas acabadas de exponer tienen un riesgo, porque podrían los progenitores mantener consigo al menor sólo con la intención de recibir las ayudas económicas, sin pretender que redunden en el máximo beneficio para éste y en el desarrollo de su personalidad. Ahora bien, la efectividad de este tipo de medidas no sólo depende de los padres sino también de los medios humanos que las entidades públicas destinen. En muchos casos el problema no es tan sólo económico, sino que algunas familias, por ignorancia, no saben ni siquiera gestionar. De ahí la necesidad de que el apoyo, como establece el D. 23/1988, sea tanto económico como educativo. Todo esto supone un seguimiento individual de los beneficiarios de las prestaciones para poder apreciar la evolución y la efectividad de la medida.

Se trata de intentar que el hijo esté con la familia de origen, sin perder de vista la adopción en algunos casos de otras medidas en beneficio del menor. Hay que

tener en cuenta que no siempre la solución idónea será que permanezca con los padres de origen, aplicándose para estos supuestos otras medidas de protección. Completando el panorama acabado de exponer y para evitar algunos de los inconvenientes expuestos, la LI contempla una serie de programas de atención al niño entre los que destacan:

- a) Los programas de información en sentido amplio, que abarcan, no sólo lo referente a los menores en situación de riesgo, desamparo o inadaptación, sino también campañas específicas contra el uso de la violencia en el medio infantil y juvenil, campañas encaminadas a combatir actitudes racistas o sexistas etc.
- b) Los programas de prevención de los malos tratos y de integración escolar.
- c) Los programas de cooperación con el fin de fomentar las organizaciones solidarias y el voluntariado en el ámbito de atención a la infancia y juventud.
- d) El programa de convivencia, que como es sabido viene desarrollándose en nuestra Comunidad a través de los distintos medios de acogimiento.

Finalmente, es de destacar que, como señala el art. 23 de la LI, estas ayudas se aplicarán prioritariamente, porque la Comunidad Valenciana concede mucha importancia a las denominadas medidas preventivas. Con ellas se evita que se generen situaciones de desamparo.

Es curioso que la LI prevea también la adopción de estas medidas preventivas no sólo con la finalidad de evitar que se lleguen a producir las situaciones de desamparo, sino también en los supuestos en que "cualquiera de los progenitores incumpla los deberes impuestos normativa o judicialmente". A este efecto el art. 23 establece:

"Los ayuntamientos implantarán un programa de convivencia con el fin de favorecer la integración del niño en su propia familia y fomentar recursos de guarda, a través de modalidades que reglamentariamente se determinen.

La Generalidad Valenciana en colaboración con los ayuntamientos dará prioridad a las ayudas que tengan por objeto satisfacer necesidades básicas del niño y de la niña, a través del sistema público de servicios sociales, a fin de prevenir la generación de situaciones de desamparo, y en los casos en que cualquiera de los progenitores incumple los deberes impuestos normativa y judicialmente"

¿Quiere ello decir que, por ejemplo, en un caso de separación o de divorcio de los padres, se pueden solicitar estas medidas cuando uno de los progenitores obligado a la prestación de alimentos incumple su obligación?. Aunque no dudamos de la bondad de esta medida, quizás debiera haberse matizado si se trata de un mero incumplimiento o es necesario que sea así determinado en la esfera penal, acudiendo a los tipos delictivos previstos en los arts. 226 y 227 del C.P.

Otro problema que se plantea es el caso en el que el otro progenitor cubra el incumplimiento de la obligación ¿Cabe entonces un derecho de reembolso a su favor?. La LI debería haber matizado esta referencia normativa, ya que su imprecisión provoca que entren como supuestos de hecho algunos que, en definitiva, no había previsto el legislador. Parece que se han querido contemplar determinados casos en los que se produce una situación que podríamos denominar de desamparo por parte de uno de los progenitores y que tiene

solución acudiendo a las ayudas familiares, sin necesidad de que el niño salga de la familia de origen.

B) LA GUARDA: TITULARIDAD Y EJERCICIO.

La guarda es una medida de protección al menor. La titularidad de la potestad de guarda en la CAV la puede tener la Generalidad Valenciana en los siguientes supuestos (art. 22 LI):

1. Porque los padres o tutores lo solicitan a la entidad pública cuando por causas graves justificadas no pueden atenderlo. Suele referirse a los casos en los que temporalmente los padres no pueden ocuparse de los menores y voluntariamente la solicitan porque existe una situación de riesgo de desamparo. La Generalidad Valenciana, tras la apertura del correspondiente expediente y alegando los padres los motivos que les impiden ejercer las funciones de guarda, puede asumir ésta, informando a los padres de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de los hijos. La negativa a asumir la guarda por parte de la Administración debe ser siempre motivada. Por tanto, la entidad pública es la que debe resolver, valoradas las circunstancias, cual es la solución más adecuada al interés del menor. Asegura al menor una asistencia temporal en espera de una solución que le garantice la relación familiar apropiada. La fuente constitutiva está en el procedimiento de la entidad pública local y ello pese a la petición de las personas que tienen la potestad del menor, siendo aquélla la que resuelve.

Cuando finalice la causa que motivó la asunción de la guarda cesará la misma, bien de oficio o a instancia de parte.

2. Por acuerdo del juez, en los casos en que legalmente proceda. (art. 172.2 CC y art. 22.1 LI). La imprecisión del legislador en este punto resulta manifiesta. ¿Cuales son los casos en lo que legalmente procede la guarda? En primer lugar, si los padres sin voluntad de abandono, y no entrando dentro del supuesto de hecho del desamparo, pero con unas circunstancias graves, por ejemplo de enfermedad, que impiden el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad no solicitan la guarda cabe que el juez adopte la medida. Pensemos que el art. 158.3 CC establece que "el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de un pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios". Otro supuesto que podemos considerar es el de la negativa de la entidad pública a asumir la guarda ante la petición de los sujetos legitimados. En esta situación pensamos que puede acudir al juez para que acuerde la guarda, teniendo en cuenta que el art. 154 in fine del CC establece que "los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad". También podría pensarse en otros supuestos, aunque ello no pase de ser meras conjeturas, dispersos a lo largo del Código civil: la situación prevista en los art. 211 y 271.1 CC, en donde una institución de asistencia especial acoge a un menor o incapaz en régimen de internamiento relativamente estable, por decisión judicial previa o, en su caso, inmediatamente posterior al mismo; los supuestos de los arts. 92, 103.1, 128, 299 bis, 224, 237 in fine del CC...

3. Finalmente, en los supuestos en los que la entidad pública asume a través de una resolución administrativa la tutela "ex lege" del menor por decisión propia, apreciada de oficio o a instancia de parte, se tendrá que ocupar de la guarda del menor. Es lo que el CC denomina "guarda como función de la tutela por ministerio de la Ley" (art.172 CC).

Como se puede apreciar, la guarda o la solicitan los padres o la acuerda el juez; a diferencia de la tutela "ex lege" que puede decretarla por sí misma la entidad administrativa, aunque en este caso se ha de ocupar también de la guarda del menor.

En cuanto al ejercicio de la potestad de guarda puede ser delegado. Ello significa que o bien directamente ejercita la guarda la entidad pública, o bien a través de otras personas. En concreto, se puede llevar a cabo por la Generalidad Valenciana, por los ayuntamientos (siempre que hayan suscrito un convenio de colaboración con la Generalidad Valenciana) y por las instituciones de integración familiar en sus diversas modalidades, siempre que estén debidamente acreditadas y coordinadas (art. 22.1 in fine LI), a través de:

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

"no habiendo asumido por unas y otras razones, las responsabilidades que sobre el cuidado cotidiano de la menor le fueron ofrecidas desde la entidad pública, no

puede ahora retomarse, por más que su interés sea legítimo, un cometido, cual el que propugnan, que supondría un grave retroceso para la menor, sin claras perspectivas, según los informes sociales unidos al expediente, para quien ha encontrado un entorno como el que ofrecen los acogedores, de suficiente solidez para su desarrollo y formación en todos los órdenes; por lo cual y bajo el prevalente principio del «favor minoris», que debe superponerse necesariamente a cualquier otro interés, aun perfectamente legítimo, subyacente en la litis, esta Sala entiende que la solución adoptada por el Juzgado «a quo» es perfectamente ajustada a derecho, sin que se hayan ofrecido por los recurrentes motivos de entidad suficiente, para acceder a la pretensión revocatoria deducida".

2. A través de una familia educadora, cuyas características vienen examinadas seguidamente.

3. Acogimiento en residencias: supone la guarda del menor en un centro de protección.

4. Por medio de instituciones privadas colaboradoras de integración familiar, que estén debidamente acreditadas. Estas instituciones vienen definidas en el art. 7 de la LI : "tendrán la consideración de instituciones colaboradoras de integración familiar, las asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro constituidas conforme a las leyes aplicables que obtengan la correspondiente acreditación en los términos establecidos reglamentariamente y figuren inscritas en el Registro constituido al efecto, sin cuyos requisitos no podrán ser consideradas como tales". La posibilidad de que existiesen en las Comunidades Autónomas instituciones colaboradoras de integración familiar ya venía contemplada en la disposición adicional primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. En efecto, esta disposición concede a las Comunidades Autónomas la posibilidad de habilitar en su territorio como instituciones colaboradoras de integración familiar a aquellas asociaciones o fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos figure como fin la protección de los menores; y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas. Estas instituciones ejercen la guarda de los menores, estando sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilita y proporcionándoles lo más parecido a un ambiente familiar; por ejemplo, en un piso con unos cuidadores. El problema de las instituciones privadas es que actúan normalmente donde la administración no llega y su actuación viene sometida a las directrices de la autoridad que las habilita. Con lo cual lo que se les pide desborda con creces la ausencia de ánimo de lucro que se exige.

C) LA TUTELA "EX LEGE" POR PARTE DE LA ENTIDAD PUBLICA.

La tutela "ex lege" es una medida provisional y transitoria que, sin necesidad de acudir al juez, adopta la entidad pública mediante una resolución administrativa cuando aprecia que el menor se encuentra en situación de desamparo. Esta resolución tiene que notificarse a los titulares de la patria potestad y al Ministerio Fiscal.

En la Comunidad Valenciana, la LI define en su art. 2 la situación de desamparo como "la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia ética, moral y material, y sea necesaria la adopción de medidas de protección y defensa".

Llama la atención la referencia de la Ley Valenciana no sólo a la privación de la necesaria asistencia moral y material sino también ética, a diferencia de la Ley estatal que requiere que la privación sea o moral o material. En efecto, el art. 172.1 del CC establece que "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".

Esto parece importante, porque con la Ley estatal se podría suspender la patria potestad a los padres a través de la tutela "ex lege" tan sólo por una falta de asistencia material, cuando esta situación puede solucionarse en ocasiones con otras medidas, sin necesidad de que el menor salga del entorno familiar. La diferencia acabada de exponer y los inconvenientes que comporta ya ha sido puesta de relieve en nuestros Tribunales de Justicia. Así, el Auto de la AP de Tarragona de 23 de octubre de 1997 (AC/2277) viene a resolver la situación de un menor cuya familia padecía unas circunstancias económicas precarias: falta de trabajo del padre, falta de capacidad económica y de vivienda para cobijarse, indiferencia e incluso hostilidad de la familia de la madre, la cual padecía una minusvalía psíquica. La Sala considera que el menor debe ser atendido en principio en su propia familia, señalando "que siempre será un problema de difícil solución, decidir si cuando la situación de desamparo del menor es debida a carencias económicas, puede ser justo y humanamente aceptable, aunque pueda ser beneficioso para el menor, arrebatarlo de su familia biológica y entregarlo a otra, que sin duda tendrá mayor capacidad económica que los padres biológicos, pero que no quiere decir que los sentimientos y los lazos de sangre y, con base en ellos, el cariño, tenga inferior valoración que el bienestar económico, que al parecer es el único medio que queda en este mundo para medir los sentimientos. Por ellos se entiende que la primera medida debe ser aplicada, mediante la atención y cuidado en la propia familia del menor, con aporte psico-social, de aspecto personal o económico de la Administración, procurándose siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar, y de su entorno familiar natural, si conviene al interés del menor, todo ello sin perjuicio de que si las medidas adoptadas no dieran el resultado apetecido en un tiempo prudencial, tenga que tomarse por dolorosa y traumática que resulte la medida, hoy rechazada, de acogimiento familiar preadoptivo".

Lo acabado de exponer pone de relieve que, en principio, el mayor o menor bienestar económico no debe ser determinante de la adopción de esta medida, salvo que hayan fallado otras soluciones. Es necesario también que se constate una falta de cuidado, asistencia, guarda del menor etc. En definitiva, debe tratarse

de un incumplimiento de los deberes mínimos de atención. En este punto la Ley Valenciana merece por un lado, una valoración positiva, porque permite considerar el interés del menor desde la necesidad de una atención global, protegiéndolo ante la falta de asistencia producida por el incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el incumplimiento de los deberes por parte de los padres ha de provocar una situación en la que "de hecho" se produzca la desatención. Ello significa que si como sucedió en el supuesto de hecho de la Sentencia de la AP de Valencia de 12 de febrero de 1996 (Aranzadi civil 1996/375) el menor está atendido por los abuelos, no cabe acudir a la tutela "ex lege, sino a otras medidas como la tutela ordinaria. En definitiva, aunque la LI no lo cita textualmente habrá que tener en cuenta la urgencia del caso, porque se trata de supuestos en los que, por su gravedad, no se puede acudir al juez para que dicte sentencia de privación de patria potestad, ya que ello iría en contra del interés del menor. De ahí que la urgencia no se refiera a inminencia, sino a la protección del menor. El desamparo es una situación objetiva o de hecho que excluye toda idea o causación culpabilística.

La Ley Valenciana, sin embargo, ofrece un inconveniente respecto de la Ley estatal, en aquellos supuestos en los que se produce una asistencia material correcta, pero la desasistencia se centra en el plano moral. En efecto, la Ley estatal permitiría ejercitar la tutela «ex lege», a diferencia de la Ley Valenciana que requiere, además, la privación de la necesaria asistencia material. Este inconveniente se puede ver claramente si se analiza la solución dada por la Audiencia de Palencia en el Auto dictado el 13 de julio de 1995 (AC/1302). Se trataba de la constitución de un acogimiento judicial en el que se determinó que el ejercicio de los deberes asistenciales propios de la patria potestad era inadecuado conforme al concepto de desamparo que ofrece el art. 172 del CC, en la medida en que este precepto comprende además del absoluto abandono del menor, aquellos status de inasistencia moral o material derivados de un inadecuado ejercicio, voluntario o no, de los deberes tuitivos que incumben a los padres o guardadores. En este caso en concreto, el examen del material probatorio en autos desveló que el padre gozaba de una estabilidad económica que sobraría para la asistencia material de los menores, pero el clima familiar no era el adecuado para la formación y desarrollo de su moral y personalidad, dado que los progenitores mantenían una convivencia no continuada, esporádica, desapareciendo la madre a temporadas del domicilio, y además conflictiva, de frecuentes malos tratos y denuncias que desembocaron en numerosas denuncias. A ello se añadía que el padre pasaba bastante tiempo fuera de casa y que la madre sufría problemas emocionales y de personalidad. Ante este clima de conflicto se determinó, entre otras medidas, el acogimiento en otra familia con una evolución favorable en todos los sentidos de los menores.

Finalmente, esta medida debe contemplarse como transitoria, como situación provisional y en tanto en cuanto no existe otra solución. Supone la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, lo que afecta a la esfera personal, en la medida en que el art. 172.1 del CC declara en esta situación válidos los actos de

contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

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

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

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

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

La asunción de la tutela "ex lege" atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión (privación temporal) de la patria potestad o de la tutela ordinaria, afectando sólo a la esfera personal del menor. Esta medida se aplica cuando se plantee como urgente la protección al menor y no sea posible acudir al mecanismo ordinario de privación judicial de la patria potestad (art.170 del CC). En el Proyecto de la LI había un párrafo en el actual art. 22 que venía a señalar precisamente que la asunción de la tutela implica la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, durante el tiempo en que se aplique la citada medida. Este párrafo se suprimió por iniciativa del Grupo Popular ya que el art. 172 del CC contempla las consecuencias de la tutela ex lege. Llama la atención el que este precepto, reformado por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, haga referencia a la suspensión de la patria potestad, que afecta según el precepto sólo a la esfera personal y no requiere sentencia judicial y no haya reformado el art.170 del CC que contempla que la privación total o parcial de la patria potestad ha de ser siempre por sentencia judicial. Debería incluirse en las normas generales de la patria potestad la figura de la suspensión de la patria potestad, con consecuencias sólo en la esfera personal. En todo caso, como se puede apreciar, esta medida se presenta como una excepción a la privación de la patria potestad por sentencia judicial, regulada en el art.170 del CC, debido precisamente a la urgencia del caso. La apreciación de la situación de desamparo, bien de oficio o a instancia de parte

se hará por resolución administrativa que se notificará a los titulares de la patria potestad con indicación de la medida y al Ministerio Fiscal (art. 22 LI). Es evidente que en la medida en que la resolución que aprecia el desamparo y declara la asunción de la tutela «ex lege» afecta a los padres e incumbe al Ministerio Fiscal, debe notificarse a éstos. Y precisamente serán los padres o el Ministerio Fiscal los legitimados para impugnar la declaración de desamparo y asunción de la tutela automática. Los padres resultarán afectados por la declaración, viendo limitados sus derechos. Al Ministerio Fiscal, por expresa dicción del art. 174 del CC, le incumbe la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores. Por ello el art. 42 LI establece la obligación de que la Generalidad informe al Ministerio Fiscal de la situación en que se encuentran los menores sujetos a tutela, guarda y acogimiento, así como la evolución y cese de las medidas, en cada caso, adoptadas. Sin embargo, en algún supuesto de hecho en concreto se ha posibilitado que un abuelo se oponga a la tutela constituida sobre su nieta en base a que de acuerdo con el art. 158 CC "se encuentra legitimada para autoproposeerse como guardadora o acogedora de su nieta, ya que el expresado precepto legal debe entenderse en un sentido más amplio que favorezca el interés de parte «strictu» procesal, al permitir que el Juez de oficio a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal puedan intervenir en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda, para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria". (Auto de la AP de Alava de 12 de diciembre de 1997, AC/2433). Finalmente, el cese de esta tutela que se constituye por ministerio de la ley se producirá "por desaparición de las circunstancias que la motivaron, por la adopción del menor, por la emancipación o mayoría de edad del tutelado, por el fallecimiento del tutelado o por la constitución de la tutela ordinaria"(art. 22-2 LI).

D) EL ACOGIMIENTO DE MENORES.

1. Concepto y tipos.

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

Se trata de una medida temporal y revocable que se adopta en beneficio del menor y por ello tiene una doble orientación, que ha tenido muy en cuenta la CV: por un lado, proporcionar al menor un ambiente familiar idóneo y, por otro, intentar reparar la situación de la familia de origen hasta que desaparezcan los motivos de desestructuración. No se adopta la medida sólo porque la familia de origen, por los motivos que sean, no han ejercido sus deberes como tales. Tampoco se adopta sólo porque el menor se encuentre en una situación de desprotección. El

acogimiento familiar tiene su sentido como respuesta a una familia en situación de riesgo o que no ha podido superar la crisis y para que la supere. Sólo cuando se considera que la situación está abierta a la adopción es cuando se adoptará como solución el acogimiento preadoptivo.

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

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

En la Comunidad Valenciana están previstas diversas modalidades según la finalidad que persigue y la gravedad de la situación (arts. 24 y ss. LI):

1) Acogimiento primario (art. 24 LI). Esta previsto, por decisión administrativa, por tanto será la entidad pública la que formalizará el acogimiento, para una situación de dificultades socio-familiares meramente transitorias y suele ser solicitado por los padres o, al menos, presupone el consentimiento de éstos (art. 173 CC). Este se realiza a través de la simple guarda en familia extensa o en el vecindario o por medio de una familia educadora. Así lo dispone el art. 24 cuando establece: "el acogimiento familiar a nivel primario será desarrollado por los equipos sociales de base y podrá realizarse mediante la simple guarda en su familia extensa o en el vecindario, o a través de una familia educadora".

En estos casos se aplica un terapia familiar que permita abordar los conflictos relacionales transitorios y la desestructuración familiar. Como se puede apreciar este tipo de acogimiento implica tan sólo la guarda del menor. Se requerirá el consentimiento del menor si tiene doce años cumplidos o si es menor deberá ser oído siempre que tuviere suficiente grado de madurez a juicio del órgano competente.

2) Acogimiento especializado. (art. 26 LI) Se trata de situaciones que podríamos calificar de más graves que las anteriores. Está previsto, por decisión administrativa o judicial, respectivamente, para los supuestos en que concurren especiales dificultades en los menores o para los casos en los que no se cuenta con el consentimiento de la familia de origen. La LI señala al respecto que "el acogimiento familiar de carácter especializado produce la integración de un niño o una niña en otra unidad de convivencia por decisión administrativa o judicial cuando concurren especiales dificultades en el o la menor, o falta de consentimiento de la familia de origen. Si entre el niño o la niña y la unidad de convivencia en que se integra no existieren vínculo parentales, el acogimiento puede revestir una de estas dos formas: familia educadora y acogimiento preadoptivo".

La decisión por vía administrativa o judicial se adopta de acuerdo con los criterios generales previstos en el art. 173 del CC. En concreto, como señala la Sentencia de la AP de Palencia de 13 de julio de 1995 (AC/1302) "la razón de ser de la constitución judicial está en la oposición de los padres que hace inviable la prosecución del expediente administrativo. El asentimiento de los padres se encuentra limitado por la Ley a la adopción y no así al acogimiento, instituto de

menor trascendencia jurídica que aquélla pues no crea vínculos paterno-filiales entre los acogedores y el menor, por lo que la voluntad contraria de los padres no constituye sino un elemento más a valorar por el Juez en la resolución que dicte en interés del menor". En el mismo sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 1997 (Aranzadi civil/216) señala que "la oposición de los padres del sujeto infantil constituye precisamente uno de los posibles condicionantes de la intervención judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, a tenor de la ubicación sistemática de los arts. 1825 y ss. en el contexto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que en el expediente hayan de prestar su consentimiento aquéllos, debiendo simplemente ser oídos, sin que su negativa a la constitución del acogimiento, ya plasmada ante la autoridad administrativa, sea vinculante de la decisión judicial que ponga fin al expediente, ni determinante, lógicamente, de la transformación del mismo en contencioso (al respecto resulta interesante el Auto de la AP de Zaragoza de 19 de enero de 1998, Aranzadi civil/111, en el que se exponen los argumentos en base a los cuales la vía procedente en estos casos es la de jurisdicción voluntaria), conforme claramente previene el inciso inicial del art. 1827 de la expresada Ley Rituaria, habiendo únicamente de ser ponderada dicha oposición como un elemento más, no vinculante en sentido negativo, para la definitiva resolución judicial del expediente guiada siempre, exista o no tal oposición, por el interés del menor".

Este tipo de acogimiento se realiza:

a) cuando existen vínculos familiares, en familia extensa. En estos casos se parte de que aunque la situación es grave, a la vez también es transitoria y con posibilidades de reinserción en la familia de origen. De ahí que se intenten diversas vías para que el menor y los progenitores, en la medida de lo posible puedan seguir relacionándose, con la finalidad de conseguir, en su caso, la reinserción. Tal es el supuesto de la Sentencia de la AP de Valencia de 22 de septiembre de 1995 (AC/1575) en el que se determinó en un caso de acogimiento en familia extensa con sus abuelos maternos y con su madre, la conveniencia proteger las relaciones paterno-filiales, a través de un régimen de visitas para que los menores y el progenitor pudieran relacionarse, aún reconociendo que las circunstancias del padre no estaban lejos de considerarse dentro de la normalidad, pero se apreciaba en él un interés manifiesto en poder relacionarse con sus cuatro hijos y un intento de abandonar la dependencia de las sustancias psicotrópicas, con buenas expectativas.

b) cuando no existen vínculos parentales, en familia educadora, en acogimiento preadoptivo o en residencia. La adopción de una u otra medida depende de las circunstancias del caso, reservándose esta última para los supuestos en que no sea aconsejable la adopción de las medidas anteriores. Al respecto, el art. 26.2 LI establece:

"Se aplicará el recurso de la familia educadora cuando sea posible realizar un proyecto educativo entre la familia biológica y la acogedora, facilitando la reinserción del niño o la niña en su familia de origen, y removiendo los obstáculos que lo impiden.

El acogimiento preadoptivo tiene por objeto la integración de un niño o una niña en

un núcleo de convivencia como paso previo a la formalización de la adopción, con el fin de garantizar la idoneidad de la medida".

Como se puede apreciar el recurso a familias educadoras está previsto tanto en el acogimiento primario como especializado, pues lo fundamental es la posibilidad de realizar un proyecto educativo entre la familia de origen y la educadora.

Finalmente, la LI (art. 6) prevé de forma general para cualquiera de las unidades de convivencia que se adopten, de acuerdo con el interés del menor, que se cumplan por parte de las mismas los mismos deberes y funciones que prestan los padres. Esto afectará, por tanto, a las familias educadoras, las familias de acogida, y los centros de residencia del niño, sin perjuicio de que en cada tipo de medida vienen especificados los citados deberes. Quizás llama la atención el que se impongan los deberes de forma general en todas las unidades de convivencia, ya que en unos casos los padres conservan la patria potestad y en otros no. Esto debiera haberse matizado porque, por ejemplo, si se trata de una familia educadora, los padres participan en las decisiones que afectan al hijo y han de ofrecer la colaboración adecuada.

2. Examen especial del acogimiento familiar educativo.

a) Concepto.

Cuando por las circunstancias del caso concreto no han funcionado las medidas preventivas, permaneciendo la familia desestructurada, se intenta lo que en la Comunidad Valenciana se denomina recurso a las familias educadoras. Incluso, previamente se habrá intentado el recurso a la guarda en familia extensa o en el vecindario. Esta medida puede aplicarse tanto en los supuestos de acogimiento primario como en los casos de acogimientos especializados pero con posibilidades de reinserción en la familia de origen.

Se parte, como señala el art. 26 de la LI de que este recurso sólo se va a aplicar como medida temporal, "cuando sea posible realizar un proyecto educativo entre la familia biológica y la familia acogedora, facilitando la reinserción del menor en su familia de origen, y removiendo los obstáculos que lo impiden".

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

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

Se trata de una medida que se aplica cuando el núcleo familiar de origen se ha desestructurado, pero responde a circunstancias de estricta transitoriedad, confiándose a otra familia de su propio entorno social, sólo mientras se abordan las dificultades que generaron la separación.

Otro presupuesto fundamental es el consentimiento expreso de los padres naturales o tutores del menor. Sólo cuando no sea posible lograr su

consentimiento interviene preceptivamente el juez. En este sentido, el art. 2 de la citada Orden señala:

"Cuando no sea posible lograr el consentimiento de los padres a causa de ausencia, encarcelamiento, enfermedad física o mental transitoria, intervendrá preceptivamente el Tribunal Tutelar de Menores".

A estos supuestos hay que añadir la oposición de los padres y los de suspensión temporal de la patria potestad (privación temporal) en los que se insta el acogimiento judicial (art. 9 ap. b del D. 23/1988, de 8 de febrero). En todos estos casos procede el acogimiento judicial, aunque siempre que sea posible la reinserción en la familia de origen se canalizará a través de un recurso de carácter temporal, ya sea una familia educadora u otro tipo de acogimiento. Y ello pese a que el D. 23/1988, de 8 de febrero prevé en su art.2 ap. b que el apoyo a través de una familia educadora sea solicitado por la familia de origen, pues cabe ante la oposición de los padres o, en su caso, ante la privación temporal de la patria potestad, que se inste un acogimiento judicial de carácter temporal si la entidad pública considera que hay posibilidades de restablecer la situación anterior.

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

En tercer lugar, se exige el consentimiento del menor si es mayor de 12 años, siendo sólo aconsejable en los menores de esa edad (art. 2 de la O. de 20 de marzo de 1986).

Finalmente, la entidad pública, después de realizar una investigación previa para ver si la entrega del menor tiene fundamento y si la familia educadora ofrece garantías en punto al desarrollo de la personalidad del menor, otorgará su consentimiento.

b) Caracteres de la familia educadora.

Como su nombre lo indica esta familia deberá tener una perspectiva educadora en su más amplio sentido. De ahí que deberá ofrecer al menor educación, manutención, habitación, vestidos, asistencia médica e instrucción. En definitiva, se ocupará de lo relativo a la esfera personal del menor, apoyado por la ayuda económica que otorga la entidad pública.

Una segunda característica es la transitoriedad. En este recurso prima el servicio temporal a un niño sin perspectivas de adopción, puesto que la finalidad es que pueda volver con la familia de origen. Las familias educadoras generalmente suelen tener hijos y son conscientes de que el menor no se lo quedan para siempre. De todas formas en la actualidad algunos acogimientos en familias educadoras vienen siendo bastante largos, porque los procesos de reestructuración del núcleo familiar de origen son lentos. Sobre este punto, el Gobierno Valenciano desarrolla un programa de terapia familiar a través de diversas prestaciones, con la finalidad de abordar los conflictos relacionales y la desestructuración familiar.

Otra característica que aparece como consecuencia de la anterior es el

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

También, como consecuencia de la transitoriedad, esta situación se caracteriza porque, cuando el núcleo familiar se restablezca, se produce la reinserción del menor en la familia de origen, aunque esto no se lleva a cabo siempre con la rapidez que sería de desear. Cuando el acogimiento en familia educadora es de carácter especializado previsiblemente tendrá una mayor duración, para remover los obstáculos existentes y facilitar así la reinserción. En estos casos creemos que cabe aplicar la medida que establece el art. 173 bis. del CC: "solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquéllas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor".

El art. 6 de la O. de 20 de marzo de 1986 establece que "son obligaciones de la familia educadora ofrecer al menor:

- 1-Educación, manutención, habitación, vestidos, asistencia médica e instrucción.
- 2-Relaciones periódicas con la familia natural.
- 3- Reinserción del menor en la familia de origen".

Estas obligaciones vienen reafirmadas en la LI ya que en su art. 6 establece la obligación de las familias educadoras de prestar asistencia de todo orden a los menores.

Por su parte el art. 7 de la citada Orden establece que "son obligaciones de la familia natural el:

- 1- Participar en las decisiones que afecten al hijo.
- 2- Ofrecer la colaboración adecuada a este recurso".

c) Cesación del acogimiento en familias educadoras.

El acogimiento en familias educadoras puede cesar por dos causas. En primer lugar, de acuerdo con el art.9 de la O. de 20 de marzo de 1986, "el cese de este recurso vendrá fundamentado en la desaparición de las dificultades transitorias que provocaron la separación o cuando la prolongación de la estancia del menor con la familia educadora le suponga un riesgo". La apreciación de estas circunstancias la lleva a cabo, o bien el Servicio de Familia, Infancia y Juventud cuando se trata de supuestos normales de consentimiento de los padres, o el juez en los casos en que éste resuelva. Lógicamente, aunque el precepto no lo dice, serán los padres (si tienen la patria potestad) o la entidad pública (si tiene la tutela o guarda del menor) según los casos, los que solicitarán la cesación. Si el acogimiento hubiera sido judicial, será precisa una resolución judicial de cesación. En segundo lugar, el precepto también señala que "este recurso podrá concluir a instancias de la Familia Educadora, si ésta lo solicita con la debida antelación y exponiendo las causas racionales y demostrables que justifiquen dicha

conclusión". Llama la atención el que si la cesación la pide la familia educadora se exija que exponga las causas "racionales y demostrables" que justifiquen dicha petición. Hay que pensar que se trata de unas personas que, en la mayoría de los casos, por razones de solidaridad han decidido acoger a un menor. Además, si la familia educadora no tiene voluntad de continuar ocupándose del menor, difícilmente ello puede ser beneficioso para éste. La solución sería exigir, como lo hace el art.173 párr. 4-2º del CC para el acogimiento la mera comunicación de las personas que lo tienen acogido a la entidad pública. En efecto, este precepto dispone que "el acogimiento del menor cesará por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública".

3. Acogimiento en familias preadoptivas

a) Planteamiento .

En la CAV el acogimiento preadoptivo, que es un acogimiento especializado, suele reservarse para los supuestos en que aunque no procede inmediatamente la adopción, la situación está abierta a la misma. Es de destacar que este tipo de acogimiento se reguló en la Ley Valenciana antes de que se insertara la figura en el CC. Esta medida tiene por objeto, según establece el art. 26 de la LI "la integración de un menor en un núcleo de convivencia, como paso previo a la formalización de la adopción, con el fin de garantizar la idoneidad de la medida". En efecto, el art. 28 de la citada Ley exige que en estos tipos de acogimiento, con carácter previo a la formalización de la adopción ante el Juez, deberá existir un periodo de convivencia entre el menor y los posibles adoptantes, como garantía de idoneidad. El acogimiento preadoptivo constituye, en definitiva, una medida para garantizar el interés del menor ya que posibilita que la entidad pública pueda verificar si el menor se integra o no en una familia y, en consecuencia, si resultará conveniente su adopción. La aplicación de esta solución no depende de que los progenitores den o no su consentimiento, o estén suspendidos o en situación de privación de la patria potestad, sino que lo determinante es que no exista posibilidad de reinserción en la familia de origen.

Se trata generalmente de aquellos casos contemplados en el art. 9 ap. b) del D. 23/1988 de 8 de Febrero en los que existe "una suspensión del derecho de guarda y educación", es decir, una privación temporal de la patria potestad o una suspensión y están abiertos a la adopción. Por tanto, las situaciones que se pueden presentar son: la privación de la patria potestad procedente de una resolución judicial (art.170 del CC) o que la entidad pública ha asumido la tutela "ex lege" del menor con la consiguiente "suspensión" de la patria potestad o de la tutela ordinaria o incluso cabría que los padres aun no incurso en ninguna de estas situaciones pero conscientes de la imposibilidad de reinserción, otorgasen el consentimiento. En todos estos supuestos el acogimiento se informa por los servicios de atención al menor y se decide y acuerda por el Consejo de Adopción "con carácter previo a la formalización de la adopción ante el Juez, puesto que deberá existir un periodo de convivencia entre el o la menor y los posibles

adoptantes, como garantía de idoneidad de la medida"(art. 28 LI).

En definitiva, el acogimiento preadoptivo en la Comunidad Valenciana está previsto como una medida que adopta el Consejo de adopción, previa a la formalización ante el Juez de la adopción, para que durante ese periodo de convivencia se pueda garantizar la conveniencia de la medida.

b) Supuestos .

El D. 23/1988, de 8 de febrero en esta materia es muy impreciso. Parece que los supuestos en los que puede tener lugar este tipo de acogimiento son los que determina su art. 8:

- a) Los malos tratos físicos o psíquicos.
- b) Violaciones o abusos sexuales.
- c) Explotación económica.
- d) Abandono objeto de adopción.
- e) Graves carencias afectivas que no puedan acometerse con los apoyos familiares.

En todos estos supuestos, manifiestamente vejatorios para el menor, se requieren soluciones alternativas a la familia por haberse agotado los apoyos familiares. Ello no significa que procederá siempre la medida del acogimiento en familia preadoptiva. Esta sólo tendrá lugar cuando, además, no exista o sea muy difícil la posibilidad de reinserción del menor en la familia de origen. En la CAV el tipo de acogimiento viene determinado en función de la posibilidad de reinserción, siendo el preadoptivo el que abre la vía a la adopción.

En definitiva la solución que se adopte no está sólo en función de la gravedad de la situación, sino de la posibilidad o no de reinserción en la familia de origen. De tal manera que aunque, en principio, se ha de buscar la reinserción del menor en la familia biológica con prioridad al acogimiento preadoptivo, no es menos cierto que esta prioridad sólo se mantiene en tanto en cuanto los derechos e intereses de los menores queden suficientemente protegidos. Así, en un supuesto de hecho en el que subsistía en el padre la situación de drogodependencia y las nefastas prácticas de mendicidad inducidas por la madre a sus hijos menores, los tribunales decidieron que subsistiera la declaración de desamparo y las medidas pertinentes adoptadas. (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996, Aranzadi civil/519). Esta idea viene puesta también de relieve con acierto en el Auto de la Audiencia de Sevilla de 1 de julio de 1997 (Aranzadi Civil/1532) cuando señala: "en materia de acogimiento de un menor, los Tribunales han de velar prioritariamente, por los intereses de aquél, que son, sin duda, los más dignos de protección, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto...El principio de prioridad de la propia familia, sancionado en el ámbito del Derecho Internacional, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales indirectamente recogido en el art. 172 del CC es vinculante para la autoridad judicial en el sentido de que antes de acordar, en su caso, el acogimiento del menor o la constitución del vínculo adoptivo, ha de comprobar si se ha producido la integración de aquél en su propia familia, cuando ello redunde

en su interés...".

Finalmente, es de destacar que, por expresa disposición del art. 6 LI los acogedores deberán prestar asistencia de todo orden al menor y tienen los deberes y facultades establecidos en el art. 154 CC con respecto a los padres. Esto no deja de plantear ciertos problemas en la práctica. Pensemos, por ejemplo, la compatibilidad con el deber de velar que tienen los padres, incluso aunque no ostenten la patria potestad (art. 110 CC), en situaciones en las que sea urgente llevar a cabo una operación o un tratamiento que comporte un cierto riesgo etc.

4. Acogimiento en residencias.

a) Presupuestos de aplicación.

El acogimiento en residencias está previsto como un acogimiento especializado de carácter subsidiario. En efecto, su campo de aplicación queda reducido a aquellas situaciones en las que por las circunstancias del caso no sea aconsejable adoptar ninguna de las medidas expuestas anteriormente (art.26 LI). Esta característica ya venía señalada en el D. 31/1991, de 18 de febrero, al calificarlo de medida que se aplica cuando ha quedado "razonadamente probada la inviabilidad de los recursos de ayudas familiares o acogimiento familiar" (art.30). En el mismo sentido, el art.15 del D. 23/1988, de 8 de febrero establece el acogimiento en residencias para "cuando el apoyo familiar, el acogimiento y la adopción no resulten posibles o se manifiesten insuficientes o inadecuados".

Llama la atención la referencia que el art.15 del D. 23/1988 de 8 de febrero hace a que el acogimiento en residencias es un medio que arbitra la entidad pública para el ejercicio de la tutela. Aquí el término "tutela" está utilizado de una forma muy imprecisa, puesto que la medida se va a aplicar tanto en los supuestos en que la entidad pública tenga la tutela "ex lege", como en aquellos otros en que sólo asuma la guarda. Y ello porque el art. 29 del citado Decreto establece la posibilidad de que los padres o representantes legales del menor, que tienen la potestad sobre éste, soliciten que la entidad pública asuma la guarda durante el tiempo necesario, cuando no pueden atenderlo por razones de enfermedad u otras circunstancias graves. Realmente hubiera sido más correcto que se hiciera referencia al ejercicio de la guarda en lugar de al ejercicio de la tutela, tal y como aparece en el art.172 párrafo 2 del CC Parece que esta deficiencia queda salvada en la LI cuando en su art. 27 señala que "el acogimiento en residencia se realizará mediante la guarda del menor en un centro de protección".

Puede ser que no se tengan disponibles familias educadoras o, en su caso, familias de acogida o que por las circunstancias específicas de un determinado menor no convenga que se de a una familia. Actualmente hay menores, por ejemplo, con problemas físicos cuyos padres no han perdido la titularidad de la patria potestad y, por tanto, no se puede decir que la entidad pública tenga la tutela ex lege.

b) Ventajas e inconvenientes.

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

La aplicación de esta medida plantea, además de los problemas derivados de la falta de un ambiente familiar, los que proceden de la situación de los padres, puesto que al seguir en muchos casos siendo titulares de la patria potestad, tienen derecho a participar en las decisiones que afectan al hijo, con lo que la función de las residencias se torna en ocasiones muy dificultosa . Actualmente, el art. 172 párrafo 2 del CC señala con respecto a este punto que "la entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración". Con esta solución quizás se clarifique de antemano el papel que deben desempeñar los padres, así como el Director del Centro que es el que ejerce la guarda, bajo la vigilancia de la Dirección General de Servicios Sociales (art. 16 del D. 23/ 1988, de 8 de febrero).

Por otra parte, las funciones de estas Residencias también están inspiradas en los principios que presiden las normas de protección al menor: reinserción en la propia familia, integración en su entorno social. Sin embargo, pienso que esta medida es la que plantea mayores dificultades a la hora de conseguir las finalidades que se persiguen con respecto al menor.

Finalmente, sin perjuicio de un examen pormenorizado de lo relativo a la adopción, tan sólo queremos poner de relieve que la misma se plantea cuando las medidas examinadas de integración del menor en la propia familia han fallado. Esta solución, al igual que las examinadas anteriormente, en la CAV deberá aplicarse teniendo en cuenta el interés del menor. Son por tanto los derechos del adoptado los que hay que proteger. Mezclarlo con otros derechos o con reivindicaciones de los posibles adoptantes resulta, cuanto menos, confuso e impropio.

V. BIBLIOGRAFIA .

MARIN GARCIA DE LEONARDO, T.: La tutela "ex lege", la guarda y el acogimiento de menores en la Comunidad Valenciana, Ed. Generalitat Valenciana, Valencia 1991 .