

Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus* (1)

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. EL ACOGIMIENTO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE MENORES.
 2. PROYECCIÓN DEL ACOGIMIENTO MÁS ALLÁ DE LOS MENORES:
 - 2.1. INCAPACITADOS.
 - 2.2. TERCERA EDAD.
 - 2.3. *NASCITURUS*.
 3. CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.

1. EL ACOGIMIENTO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE MENORES

El acogimiento tiene su origen en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. El propio Preámbulo de la ley destacó: «es una novedad importante que tiene su parangón en diversos Dere-

(1) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación del MICINN, «La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario» (DER 2010-17383 JURI).

chos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución hasta hoy regulada por dispersas normas administrativas. Se ha estimado que la figura posee la sustantividad necesaria para ser digna de incluirse en el Código Civil...» (2). Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), amplió su regulación modificando el artículo 173 —al que dio su actual redacción— e incluyendo un nuevo precepto, el artículo 173 bis.

Los citados preceptos se ubican tras un artículo, el 172, en el que se regula la situación de desamparo del menor —introducida en 1987—: el menor es declarado en desamparo por la Administración cuando, aún estando sometido a instituciones de guarda (patria potestad o tutela), carezca de hecho de la necesaria asistencia material o moral (3). En torno al desamparo se configuran dos mecanismos: la guarda administrativa, que podrá constituirse cuando se prevea un desamparo futuro, precisamente, para evitarlo —art. 172.2—; y la tutela administrativa, que será asumida por ministerio de la ley cuando el desamparo haya sido ya declarado —art. 172.1—. En ambos casos, la Administración asume la guarda del menor. En el primer caso: solo la guarda; y en el segundo caso: la guarda entre otras cosas, como contenido de la tutela. El acogimiento se presenta como el modo de ejercer esa guarda (4). Y ese acogimiento puede ser, según el artículo 172.3, familiar o residencial. El Código centra su atención, en los artículos 173 y 173 bis, en el acogimiento familiar. En el artículo 173 regula su contenido, constitución y cese. En el artículo 173 bis establece las tres modalidades de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo. Si bien se ha señalado que el acogimiento se presenta como el modo de ejercer la guarda asumida por la Administración, hay que advertir que también es posible un acogimiento sin previa tutela o guarda administrativas, el llamado acogimiento convencional, constituido entre los acogedores y quienes tienen la potestad sobre el menor, aunque siempre con el consentimiento de la Administración.

Los artículos 173 y 173 bis citados, que regulan el acogimiento, no dan un concepto del mismo. Ciertamente, su definición es complicada, dado que acoge situaciones jurídicas muy variadas que, a su vez, es difícil redirigir a una única clasificación. Las clasificaciones son múltiples, según la óptica o criterio que

(2) Sobre los antecedentes del acogimiento, vid., por ejemplo, LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, págs. 106 y sigs., y CAPARRÓS CIVERA y JIMÉNEZ AYBAR, *El acogimiento familiar*, Madrid, 2001, págs. 19 y sigs.

(3) Acerca del desamparo de menores, vid., ampliamente, entre otros: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, y MORENO TORRES-SÁNCHEZ, *El desamparo de menores*, Navarra, 2005; PÉREZ ÁLVAREZ, «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, págs. 709 y sigs.

(4) Sobre todo ello, vid. MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999, págs. 61 y sigs.

se utilice, y, por tanto, se superponen. Así, en atención a la guarda de la que trae causa, podrá ser un acogimiento previa tutela o guarda administrativas o no. Teniendo en cuenta el modo en el que se llevará a cabo, podrá ser familiar o residencial. Atendiendo a su finalidad, podrá ser simple, permanente o pre-adoptivo. Según su constitución, podrá ser administrativo, judicial o convencional. Quizá lo que tiene el acogimiento en común en todos los casos es que es una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario.

Esa guarda del menor viene conformada por el aspecto personal de la patria potestad o, en su caso, de la tutela. Puede salir, en forma y por causas diversas, del ámbito de estas potestades, asumiendo su ejercicio los acogedores, bien con la asunción de su titularidad por la Administración —en caso de que haya tutela o guarda administrativas previas—, bien sin dicha asunción de titularidad por la Administración. Ello hace que el artículo 173 del Código Civil comience identificando el contenido del acogimiento familiar con el aspecto personal de la patria potestad, regulado en el artículo 154.1 del Código Civil, y —con las oportunas adaptaciones— con el de la tutela personal, prevista en el artículo 269 del Código Civil. Así, establece —en los mismos términos que el art. 154.1— que el acogimiento familiar «impone, a quien lo recibe, las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral» (5). Por otro lado, puesto que característica de este tipo de acogimiento es que la guarda que sale del ámbito de la patria potestad o tutela sea ejercida en un ámbito familiar que tienda a imitar al natural, el mismo precepto se encarga de establecer previamente, con cierta rotundidad, que «el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia».

En cuanto a la constitución del acogimiento familiar, hay que distinguir dos situaciones:

- a) La situación más normal de acogimiento precedido de tutela o guarda administrativas, en la que hay que resaltar un acto complejo de constitución prolongada en el tiempo, configurado, en primer lugar, por una resolución administrativa que disponga el acogimiento, y, en segundo lugar, por el escrito exigido por el artículo 173 con los consiguientes consentimientos: de la entidad pública, de las personas que reciban al menor, de este si tuviera doce años cumplidos y, cuando fueran conocidos, de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o

(5) Sobre estas obligaciones, vid., ampliamente, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991, págs. 159 y sigs.; GARCÍA CANTERO, «Notas sobre el acogimiento familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1992, págs. 313 y sigs.; VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, págs. 149 y sigs.; TEJEDOR MUÑOZ, «La guarda y el acogimiento de menores», en *Protección jurídica del menor* (VV.AA.), Madrid, 2009.

del tutor (6). Si los padres o tutores que deben prestar consentimiento no lo hacen (porque no comparecen) o se oponen al acogimiento, este solo podrá ser acordado por el Juez —art. 173.3 CC— (7). Para evitar que, mientras se tramita el acogimiento vía judicial, el menor deba ser internado en un centro por la entidad pública, el legislador ha previsto que la Administración pueda «acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial» —art. 173.3.2 CC—. Para la constitución de este acogimiento provisional no será preciso, obviamente, el consentimiento de los padres o tutores. Así lo establece expresamente el artículo 173.2.1 CC (8).

- b) Los acogimientos sin previa tutela o guarda administrativas (9), que ya no son una forma de ejercer la Administración la guarda, sino mecanismos autónomos de protección. No hay ya una resolución administrativa en la que la entidad pública establezca cómo ejerce su guarda, sino que esta únicamente debe dar su consentimiento al acogimiento planteado por las partes. Serán dichas partes implicadas quienes lleven a cabo directamente la constitución del acogimiento mediante el correspondiente escrito. La constitución del acogimiento estará, por tanto, en este caso, cercana al negocio jurídico, ahora bien con la peculiaridad de que deben contar con el beneplácito de la Administración.

El cese del acogimiento se halla regulado en el párrafo 4.º del artículo 173 del Código Civil, que dispone que cesará por decisión judicial, por decisión de los acogedores previa comunicación a la entidad pública, por petición de los padres

(6) Algún autor, centrándose solo en las declaraciones de voluntad, defiende el carácter negocial del acogimiento familiar: HERAS HERNÁNDEZ, *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, 2002.

(7) Es el único caso en el que se prevé una alternativa a la ausencia de consentimiento de las personas obligadas a prestarlo. Con ello se abre la puerta al acogimiento de menores cuyos padres impiden sistemáticamente la adopción de medidas favorables para ellos o que, simplemente, manifiestan desinterés; acogimiento que, de otro modo, quedaría obstaculizado.

(8) Sobre todo ello, vid., ampliamente: MAYOR DEL HOYO, «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 872 y sigs.

(9) Antes de la LOPJM de 1996 parecía que solo se podía llegar al acogimiento previa tutela o guarda administrativas, a la vista de la redacción de los artículos 172 y 173 del Código Civil dada por la Ley de 1987. La LOPJM estableció: «el acogimiento se formalizará por escrito con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda...» —art. 173.2 CC—. La expresión «tenga o no la tutela o la guarda» abrió la puerta a los acogimientos sin previa tutela o guarda administrativas. Para algún autor tampoco con la LOPJM cabe el acogimiento sin tutela o guarda administrativas previas, vid. IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, págs. 356 y sigs.

o tutor y por decisión de la entidad pública. En esta lista no figura ninguna referencia al cese motivado por el menor. Llama la atención la diferente valoración que hace el artículo 173 de la voluntad del menor en la constitución y en el cese del acogimiento: exige el consentimiento del menor que tenga doce años para constituir el acogimiento (además, sin forma alternativa de constitución en caso de negativa) y, sin embargo, no prevé que pueda hacerlo cesar extrajudicialmente. Al margen de lo anterior, habrá que tener en cuenta que también extinguirán el acogimiento el fallecimiento del menor o del acogedor, la mayoría de edad del menor, la adopción del menor, la constitución de la tutela ordinaria... (10).

El artículo 173 bis regula distintas modalidades de acogimiento familiar (11). Este artículo fue introducido —como ya se ha anticipado— en el Código Civil por la LOPJM de 1996. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, había concebido el acogimiento como una situación temporal sin más, de forma que no permitía distinciones según las diferentes circunstancias en que podía encontrarse el menor y daba siempre a la familia acogedora una autonomía limitada en relación con el cuidado de este. El legislador de 1996, consciente de ello y preocupado por diversificar las instituciones tuitivas del menor, en aras de una mejora cualitativa de la protección, optó por flexibilizar la acogida familiar y adecuar el marco de relaciones entre los acogedores y el menor en función de la estabilidad de la acogida (12). Para ello instauró, mediante la introducción de un nuevo precepto —el citado art. 173 bis—, tres modalidades de acogimiento familiar: simple, permanente y preadoptivo, subsanando las deficiencias que tenía el artículo 173 de 1987 (13).

Establece el artículo 173 bis 1.º que el acogimiento familiar simple «tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de este en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable» (14).

Por otro lado, dispone el párrafo 2.º, que se constituirá acogimiento familiar permanente «cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor».

(10) En relación con el cese, vid., con más amplitud, MAYOR DEL HOYO, *Comentario al artículo 173 del Código Civil*, cit., págs. 881 y sigs.

(11) Sobre este precepto, vid. MAYOR DEL HOYO, «Comentario al artículo 173 bis del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 884 y sigs.

(12) Vid. la Exposición de Motivos de la LOPJM.

(13) Curiosamente, el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia (del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), de 7 de julio de 2011, planteaba reordenar las modalidades de acogimiento familiar suprimiendo alguna de ellas: en concreto, el acogimiento preadoptivo.

(14) En relación con esta modalidad de acogimiento, vid., DÍEZ GARCÍA, *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, 2004, págs. 261 y sigs.

Por último, en relación con el acogimiento preadoptivo, establece el tercer párrafo que «se formalizará por la entidad pública cuando esta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un periodo de adaptación del menor a la familia. Este periodo será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año» (15).

El acogimiento familiar será ejercido por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por un hogar funcional, entendiendo por tal un núcleo de convivencia similar al familiar donde su responsable o responsables residen de modo habitual. Se trata, en ambos casos, de establecer un medio de guarda que recree la vida en familia para sustituir a la propia del menor. Puede ser acogedor una persona sola o varias. En este caso, habrá que entender, aplicando la misma lógica que subyace —en relación con la adopción— en el artículo 175.4 del Código Civil y en la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que deberán ser matrimonio o integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (16).

El sujeto pasivo del acogimiento es el *menor* no emancipado o habilitado de edad. El emancipado o habilitado de edad, al haber alcanzado la independencia jurídica en la esfera personal —art. 323 CC—, no necesita la protección que otorga el acogimiento familiar. Dicho menor puede ser tanto nacional como extranjero, lo único relevante es que se halle en territorio español (17), sin ser preciso siquiera que resida en España —arts. 1, 10.3 y 10.4 de la LOPJM—.

(15) Sobre el acogimiento preadoptivo, puede verse: VICENT LÓPEZ, «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, núm. 652-653, enero-febrero de 1999, págs. 85 y sigs., y VAQUER ALOY, «El acogimiento preadoptivo», en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (eds. ESPIAU y VAQUER), Madrid, 1999, págs. 117 y sigs.

(16) Sobre la selección de los acogedores, vid. GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, *Acogimiento y adopción*, Madrid, 2004, págs. 36 y 37, y AMORÓS y PALACIOS, *Acogimiento familiar*, Madrid, 2004, págs. 145 y sigs.

(17) Sobre ello, vid., más extensamente, ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000, págs. 246 y sigs.

2. PROYECCIÓN DEL ACOGIMIENTO MÁS ALLÁ DE LOS MENORES

El próximo año el acogimiento cumplirá veinticinco años de existencia. Su presencia en la sociedad española ha ido creciendo paulatinamente. Las cifras así lo demuestran. Según los últimos datos de que se dispone del Instituto Nacional de Estadística, se pasó de 8.546 nuevos acogimientos en 1997 a 14.090 en 2008, que suponen una tasa de incidencia de 187 sobre 100.000 (es decir: por cada 100.000 habitantes menores de dieciocho años en 2008, se constituyeron 187 nuevos acogimientos) (18).

Consolidado, por tanto, el acogimiento, y especialmente el familiar (19), como el mecanismo óptimo para hacer frente a las necesidades de guarda de los menores en situación de riesgo o desprotección efectiva (20), es el momento de pensar en su proyección más allá de los menores. Los menores no son el único sector de la sociedad que presenta vulnerabilidad y que precisa, en consecuencia, una especial atención. Una sociedad tendente al progreso e inserta en un Estado social debe tener la misma sensibilidad hacia otras personas con necesidades tuitivas. Esta sensibilidad se ha puesto de manifiesto en la actualidad en relación con los incapacitados, la tercera edad y el *nasciturus*. El debate sobre el modo de tratar a estos sectores por el Derecho, la búsqueda de su redefinición jurídica y la indagación y ensayos sobre su protección son buena prueba de ello. Esto hace que, dado el éxito del acogimiento en relación con los menores, resulte sumamente oportuno plantearnos su posible aplicación o extensión a estos otros ámbitos. Por ello, subidos a la atalaya del acogimiento contemplaremos, a continuación, su posible proyección a otros horizontes más allá de los actuales.

2.1. INCAPACITADOS

La actual preocupación por la discapacidad, en un sentido amplio, queda patente con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. La apuesta por la autonomía de las personas con discapacidad que hace la Convención no está reñida con la protección, cuando ello sea

(18) Cfr. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t25/a072/a02/10/&file=c70002.px&type=pcaxis&L=0> (última consulta el 10 de enero de 2012).

(19) Vid. el trabajo de seguimiento de la figura del acogimiento familiar, evaluando su trayectoria en España, realizado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, en VV.AA., «El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados», en *Observatorio de la Infancia*, núm. 6, 2008.

(20) En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de las Familias y la Infancia del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, cfr. *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, cit., pág. 15.

preciso, en especial cuando la discapacidad salga del ámbito meramente físico y afecte a las facultades de querer y entender y, por tanto, al autogobierno (21). Podemos aplicar el símil que usa MARTÍNEZ DE AGUIRRE en relación con los niños, al ámbito de la discapacidad y decir que la contraposición entre familia y persona con discapacidad sería tan artificiosa como contraponer pez y agua, o como pretender que para que el pez pueda ser autónomo lo que hay que hacer es sacarle del agua, cuando es el agua lo que necesita para vivir (22). La propia Convención, en el artículo 23.5, reconoce que la familia o el entorno familiar es esa agua para la persona con discapacidad.

Con este marco, y centrándonos, en concreto, en las personas que han visto modificada su capacidad de obrar por una sentencia judicial, en atención a problemas con su capacidad de autogobierno, debemos comenzar por plantear si es posible, con la actual regulación del Código Civil, el acogimiento familiar de los incapacitados. Los artículos 173 y 173 bis regulan el acogimiento del *menor*. A él se refieren expresamente a lo largo de su extensa redacción y el contenido de sus regulaciones va encaminado en esa dirección. Por otro lado, la ubicación de estos preceptos y la técnica que adopta el Código Civil, en lo que a la protección de menores e incapacitados se refiere, corroboran este extremo. Recuérdese que están ubicados en el Capítulo V del Título VII del Libro I: «De la adopción y otras formas de protección de *menores*»; y, en concreto, la sección del mismo en la que se encuadran —la primera— trata «De la guarda y acogimiento de *menores*». Y en cuanto a la técnica aludida, cuando el Código quiere que una institución se aplique conjuntamente a ambas categorías —menores e incapacitados— lo pone de manifiesto expresamente. Así, puesto que en el Título X del Libro I se contienen instituciones referidas a menores e incapaces, la rúbrica del mismo se hace eco de ello: «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados». Y después, los preceptos contenidos en el mismo van en esa línea: el primero de ellos, el artículo 215, establece que «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela, 2.º La curatela, 3.º El defensor judicial». Luego, el artículo 222, al establecer los sujetos sometidos a tutela, distingue cuándo se refiere a menores y cuándo a incapacitados. Los artículos 286 y 287 especifican a quiénes se aplica la protección de la curatela, refiriéndose el primero de ellos a determinados menores emancipados y a los menores que hubieren obtenido el beneficio de la mayor edad, y añadiendo el segundo que también se aplica a ciertos incapacita-

(21) La STS 282/2009, de 29 de abril, aboga por la protección del incapaz como trasunto del principio de dignidad de la persona.

(22) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La Convención sobre los Derechos del Niño veinte años después: una aproximación desde la perspectiva de familia», en la *Jornada: XX años de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 6 de febrero de 2010 (no publicada).

dos. El artículo 299 también alude expresamente a los menores e incapacitados al establecer cuándo se nombra defensor judicial. Y los artículos 303 y 304, referidos a la guarda de hecho, también mencionan expresamente a los menores y presuntos incapaces, en este caso. Todo ello nos lleva a centrar el acogimiento en la figura del menor (23).

Las reformas de 1981 y de 1983 produjeron un acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la capacidad del menor y, en su caso, atender al cuidado de su persona y bienes, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto de los incapacitados (24). Así, cabe mencionar el sometimiento del incapacitado a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, a la tutela o a la curatela. Podemos decir, a la vista de ello, que el legislador estableció un paralelismo en la protección institucional de menores e incapacitados.

Sin embargo, después, la protección de ambas categorías no evolucionó paralelamente y han llevado ritmos distintos. La protección de los menores se desmarcó al prever, posteriormente, el legislador unos mecanismos de protección funcional para ellos. Efectivamente, el legislador de 1987 se planteó la posibilidad de que las instituciones previstas para proteger al menor no le ofrecieran protección real y que este estuviera de hecho desatendido. De forma que reguló el desamparo del menor y, junto con él, dos mecanismos que lo rodean (25): la tutela y la guarda administrativas, la primera como medida de asistencia cuando el desamparo ya se ha producido, y la segunda como medida preventiva cuando este todavía no es efectivo. Además, introdujo —como ya se ha visto— el acogimiento, íntimamente ligado con estos mecanismos y, por tanto, con la adopción. Nótese que, por un lado, el desamparo, en torno al cual giran la tutela y la guarda administrativa, y por ende el acogimiento, está en íntima relación con la adopción, en cuanto que deriva hacia la misma; y, por otro lado, el acogimiento, según se dispone en el propio preámbulo de la ley,

(23) Vid. más ampliamente sobre ello y el desconcierto doctrinal al respecto: MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., págs. 74 y sigs.

(24) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *ADC*, 1992, pág. 1409.

(25) Fue MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ quien clasificó las medidas tuitivas del menor en los modelos institucional y funcional: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., págs. 1463 y sigs. Al modelo institucional pertenecen el conjunto de medidas previstas con carácter general para atender a cualquier menor y relacionadas entre sí según criterios de supletoriedad y complementariedad que constituyen un entramado en el que quedan cubiertas, al menos formalmente, todas las situaciones en las que teóricamente se puede encontrar el menor. Este modelo otorga una protección institucional al menor, que siempre queda sometido a una institución tuitiva legal. Ahora bien, el menor, con independencia de que esté sometido a una institución legal de protección, puede carecer de protección efectiva. Por ello, el legislador creó otros mecanismos para atender a esa situación real del menor; mecanismos que constituyen un modelo funcional de protección al menor.

se configura también como figura previa a la adopción. No olvidemos que todo ello se realizó en el seno de la reforma de la adopción. Y la adopción, precisamente desde la Ley de 1987, es propia de los menores (solo excepcionalmente cabe adoptar a un mayor o menor emancipado). Es importante resaltar esto porque ello fue lo que llevó al legislador a centrarse exclusivamente en la protección del menor, dejando estancada la protección de los incapacitados en un nivel puramente institucional.

La LOPJM de 1996 vino a consolidar esta situación, al mejorar —como sabemos— la protección funcional de los menores que se había introducido con ocasión de la reforma de la adopción.

En 2003 se dio un paso adelante en la protección de los incapacitados, que, si bien la colocó en la misma dirección que la de los menores: mirando hacia la protección real, sin embargo resultó insuficiente al dejarla a mitad de camino. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introdujo, efectivamente, un nuevo párrafo en el artículo 239, ampliando a los mayores «incapaces» (habrá que entender incapacitados) (26) el desamparo y la consiguiente tutela administrativa prevista en el artículo 172.1 para los menores, pero (a diferencia de lo que hizo la ley aragonesa) (27) no extendió esa ampliación a la guarda administrativa, ni introdujo mención alguna al consiguiente acogimiento de dichos «incapaces», con lo cual se suscita la duda de si cabe aplicar el acogimiento familiar en tales casos. Puesto que no hay que descartar que la Administración cuando asume esta tutela del artículo 172.1 respecto de un mayor incapacitado, asuma también su guarda, sería deseable que el legislador aclarara el modo en el que en tal caso se ejercerá la misma.

La reforma fue hecha precipitadamente: se introdujo un parche, aprovechando una ley relacionada con las personas con discapacidad, pero que era de

(26) De no ser así, se estaría invadiendo la capacidad que se presume que tiene todo mayor de edad sin mediar una sentencia judicial —arts. 322 y 199 CC—. Por otro lado, la propia definición de desamparo, que incluye el artículo 239, presupone la existencia de unos deberes legales en favor del sujeto pasivo del desamparo. Y no cabe alegar en contra de esta interpretación la literalidad del precepto, puesto que es ya conocida la imprecisión del legislador al respecto. Vid. a favor de entender que el precepto se refiere a los incapacitados, entre otros, SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, págs. 268 y sigs.; HERAS HERNÁNDEZ, «La tutela legal del artículo 239 del Código Civil. El concepto de desamparo», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 2007, págs. 172 y sigs. En contra, sin embargo, LEGERÉN MOLINA, «Comentario al artículo 239 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 1120 y sigs.

(27) Vid. en los Capítulos II —Sección III— y VIII del Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), que refunde la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, derecho de la Persona, como la norma aragonesa amplía la guarda administrativa y el acogimiento a los incapacitados, aunque sin introducir diferencia alguna respecto del acogimiento de los menores.

contenido puramente patrimonial. Queda pendiente, por tanto, una reforma en profundidad que acerque la protección funcional de los incapacitados —a la que se ha asomado de forma insuficiente el legislador— a la protección funcional de los menores. Pero un acercamiento que no suponga la extensión sin más de las estructuras diseñadas para la protección efectiva de los menores a los incapacitados, puesto que, si bien ambas categorías tienen en común la falta o limitación de capacidad natural de autogobierno, existen también entre ellas diferencias que exigen un diseño específico de los mecanismos de protección propios de cada una y que deberán ser tenidas en cuenta, en su caso, en la configuración del acogimiento de los incapacitados.

Así, entre las diferencias básicas, suele destacarse (28):

- a) La universalidad de la situación del menor, como etapa por la que pasa todo ser humano, frente al carácter minoritario de las situaciones de incapacidad de mayores.
- b) La homogeneidad de las etapas y grados del desarrollo humano, que permiten el establecimiento de presunciones y reglas generales, favoreciendo la seguridad jurídica frente a la diversidad de anomalías psíquicas, que da lugar a una variedad de grados de capacidad y, en consecuencia, de necesidades de protección, que hacen preciso un tratamiento individualizado y una adecuada delimitación de los supuestos.
- c) La temporalidad del estado del menor frente a la persistencia que caracteriza a muchas enfermedades mentales.

Todo ello hace que si el legislador decide utilizar la figura del acogimiento en el campo de los incapacitados tenga que repensarla a la luz de estos caracteres para darle una configuración que se adapte a las necesidades de esta categoría (29). Entre otras cosas deberá:

- a) Definir con claridad los sujetos pasivos de este acogimiento. La mera existencia de una sentencia modificadora de la capacidad de obrar no puede abrir la puerta sistemáticamente al acogimiento, que es un me-

(28) GOUBEAUX, «Les personnes», en *Traité de Droit Civil* —dir.: GHESTIN—, París, 1989, págs. 435 y sigs. De las reflexiones de GOUBEAUX se hace eco en nuestro país, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ en «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., págs. 1412 y en «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, págs. 210 y sigs.

(29) En esta línea, entiende, de un modo genérico, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (en «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», cit., pág. 1412), que la aproximación y tratamiento conjunto de la situación de menores e incapacitados, hasta el límite de lo posible y razonable, puede resultar fructífero, pero añade que también es verdad que las diferencias sustantivas entre ambas situaciones son claras y postulan un contenido específico, diferente para los mecanismos de protección atinentes a cada una de dichas categorías.

canismo cuyo contenido viene configurado por la guarda de la persona. Deberá exigirse que la persona carezca de capacidad de autogobierno en el ámbito personal. De otro modo, no necesitará un guardador.

- b) Dejar a un lado las modalidades de acogimiento de menores, que —como sabemos— son residencial y familiar, y dentro de este: simple, permanente y preadoptivo, y diseñar las modalidades que se adapten a los incapacitados. Para ello deberá tenerse en cuenta que la falta de capacidad suele ser permanente, pudiendo en algunos casos actuar de forma intermitente; que el destino natural de los mayores incapacitados no es la adopción; que puede resultar tentador para quienes tienen potestad sobre un incapacitado buscar vías de escape que constituyan dejación de sus deberes, puesto que, o bien los padres son ya mayores, o bien ya no existen, y corresponde la potestad a terceros que carecen de afectividad hacia el guardado, lo cual lleva a plantearse la conveniencia del acogimiento convencional y en qué términos, así como la necesidad, en su caso, de una correcta delimitación del acogimiento como ejercicio de una posible guarda administrativa; o que puede resultar conveniente instaurar una modalidad de acogimiento terapéutico con profesionales.
- c) Según las modalidades establecidas, delimitar los sujetos activos o acogedores, que en determinados casos deberán tener un perfil de cualificación asistencial y profesional.
- d) Determinar el modo de constitución y cese de estos acogimientos, prestando especial atención al papel que el consentimiento de los incapacitados tendrá en dichas actuaciones, sobre todo en atención a la variedad de capacidad de discernimiento en juego.
- e) Redefinir el contenido del acogimiento. Sin abandonar la esencia que caracteriza a la figura, que es la guarda del individuo en sus aspectos personales, se deberán matizar los derechos y deberes de las partes implicadas: acogedores y acogido. Ello porque la guarda de los incapacitados, a diferencia de lo que ocurre con los menores —que son homogéneos (30)—, podrá tener mayor o menor amplitud e intensidad dependiendo de la capacidad de autogobierno de cada acogido, e incluso puede requerir intervención y cuidados especializados. Habrá que prestar atención a la promoción, en su caso, de la adquisición o recuperación de la capacidad del acogido y de su inserción en la sociedad. Dentro del ámbito del contenido, será también interesante abordar el tema de

(30) El proceso de evolución de la persona desde el nacimiento a los dieciocho años, aunque es distinto en detalles en cada persona, es —en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. ult. cit.*, pág. 1423)— paralelo en sus líneas maestras. Ello permite el reconocimiento de capacidades especiales asociadas al cumplimiento de determinadas edades que presuponen habilidades naturales en la persona para realizar el acto concreto de que se trate.

los gastos y de la contribución a las cargas familiares, dado que puede ser frecuente, según las circunstancias previas a la incapacitación, que el propio acogido tenga patrimonio. Habrá que plantearse el tema de la atribución de responsabilidad civil, que se verá afectado por el grado de capacidad del acogido. Y habrá que aclarar en qué situación quedan quienes tenían la potestad de guarda del incapacitado.

2.2. TERCERA EDAD

Otro sector que precisa cuidados en relación con su persona es el de la tercera edad. El progresivo envejecimiento de la población, derivado de la prolongación de vida y de la reducción de la natalidad, hace que cada vez haya más personas mayores que precisan atención. Los valores familiares de solidaridad y apoyo a los mayores cuentan con gran arraigo en nuestra sociedad, es cierto, pero en los últimos tiempos han tenido que afrontarse de modo distinto como consecuencia, sobre todo, de la incorporación de la mujer al mundo laboral (31). Todo ello hace que nos encontremos con un número cada vez más elevado de ancianos y con una disponibilidad cada vez menor para prestarles el cuidado diario por parte de sus familias. La alternativa hasta ahora era el internamiento en un centro, pero ello, aparte de los problemas de dotación de plazas, no siempre es bien acogido por los propios mayores, ni está al alcance económico de todas las familias (32).

Por ello, algunos legisladores autonómicos han mirado hacia la figura que, en el campo de los menores, está funcionando con éxito y que consigue el objetivo de prestación de cuidados personales por una familia sustituta de la natural; como sabemos: el acogimiento familiar (33). La mayoría de las comunidades autónomas se han acercado a esta figura desde una perspectiva administrativa, regulando programas de ayudas económicas para el acogimiento familiar de personas mayores, como un servicio social (por ejemplo, Asturias, Valencia, Madrid, Galicia, País Vasco). Pero otras comunidades con precedentes históricos de normativa en el ámbito de la persona y la familia, en concreto Cataluña y

(31) Así lo reconoce el propio legislador: cfr. la Exposición de Motivos de la Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.

(32) Sobre estos inconvenientes del internamiento, vid. ARCOS VIEIRA, «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJN*, julio-diciembre de 2003, núm. 36, pág. 52.

(33) La doctrina ha aplaudido esta opción al considerar que la situación óptima de un anciano es la vida en familia, vid. JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA, «El acogimiento familiar de adultos mayores en España», en *Geriatrionet.com*, vol. 3, núm. 2, 2001; TEJEDOR MUÑOZ, «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores* (coord.: LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, 2007, pág. 235.

Navarra, han ido más allá y han llevado a cabo una regulación del acogimiento familiar de mayores desde una óptica civil: Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, y Ley Foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores. La Ley catalana justifica en su preámbulo la competencia del legislador catalán aludiendo, en concreto, a la rúbrica novena, que lleva por título «Dels afillaments e de emancipacions», del Libro VII de los Costums de Tortosa, y a las daciones o acogidas ante notario que en algunas comarcas pirenaicas de Lleida crearon la figura del donat.

El resultado ha sido la regulación de una figura que, si bien se ha inspirado en el originario acogimiento familiar de menores, tiene, sin embargo, sustantividad e identidad propias, como consecuencia de su adaptación al mundo de la tercera edad (34).

Ambas legislaciones autonómicas la configuran como una institución de naturaleza negocial:

La Ley catalana 22/2000 establece el pacto de acogida, que debe constituirse en escritura pública, que ha de inscribirse en el Registro correspondiente (35) —arts. 1 y 4.1—. En el entorno de la ley se habla de un auténtico contrato de acogida. Después, la Ley catalana 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores, regula la acogida de los mayores como servicio social. En caso de que se desee una acogida de este tipo, se deberá formalizar también un pacto de acogida, pero será necesario que previamente la Administración haya declarado la idoneidad de los acogedores, y esta acogida estará supervisada por dicha Administración —arts. 1 y 3—.

En Navarra, la Ley Foral 34/2002 destaca la idea de pacto de acogimiento, que deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro creado *ad hoc* (36), pero también será preciso que los acogedores hayan sido previamente autorizados por la Administración como requisito, en este caso, para la citada inscripción —arts. 4 y 9—. Y nuevamente la Administración velará por el cumplimiento del pacto —art. 4.5—.

Nótese que tanto en la acogida catalana de 2001, como en el acogimiento navarro, estamos ante instituciones configuradas como negocios jurídicos, pero no son pactos al uso en el que dos partes, por propia iniciativa, se ponen de acuerdo

(34) SÁNCHEZ GONZÁLEZ destaca que las diferencias sustanciales entre menores y ancianos hacen deseable una regulación específica del acogimiento de mayores. Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos», en *RJN*, núm. 46, abril-junio de 2003, págs. 219 y 222.

(35) Se trata del Registro de Acogida de Personas Mayores, creado por la Disposición Adicional única de la citada ley.

(36) La Disposición Adicional única de la Ley Foral regula la creación del Registro de acogimiento familiar de personas mayores.

en algo, sino que es un pacto mediatizado por la Administración: hay una fase previa a su constitución de intervención administrativa y, una vez constituido, hay una supervisión administrativa de cumplimiento. En el caso concreto de Navarra, cuya regulación está más desarrollada, quienes desean ser acogidos, y lo mismo quienes desean acoger, deben solicitárselo a los servicios de base. Estos seleccionarán y propondrán al Departamento de Bienestar las familias que consideran idóneas para atender a las personas demandantes del acogimiento, armonizando las necesidades de las personas mayores con las características de los acogedores. Para ello cuentan con un equipo técnico de apoyo que emitirá informes psicológicos, sociales, médicos... De forma que solo si esos informes revelan la idoneidad de un acogimiento concreto (de la familia acogedora, del acogido y del pacto), se llevará a cabo el pacto —arts. 4.4 y 8—. Naturalmente, habrá que pensar que nada obsta a que se lleve a cabo un pacto de convivencia entre una familia y un mayor al margen de este procedimiento, pero entonces no se aplicará lo dispuesto en la ley y estaríamos ante algo cercano a la guarda de hecho.

En cuanto a las partes del pacto, se exige que no tengan relación de parentesco hasta el segundo grado —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra— (37).

Los acogedores deben ser mayores de edad y tener plena capacidad de obrar —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra—. En Navarra, el cuidador principal debe tener entre veinticinco y sesenta y cinco años —art. 7.4.b) de la Ley Foral navarra—.

En cuanto al sujeto pasivo del acogimiento, debe tratarse, en ambas comunidades, de una persona mayor de sesenta y cinco años —art. 3.2 de la Ley catalana de 2000 y art. 4.1 de la Ley Foral navarra (38)—. Recuértese que estamos ante un caso de acogimiento por razón de la edad, en este caso, de la avanzada edad. Avanzada edad que puede implicar la necesidad de ayuda para la vida diaria, pero que no va ligada a la modificación de la capacidad de

(37) Observan LLÁCER MATAcÁS y GRAMUNT FOMBUENA (en relación con el proyecto de la ley catalana, pero la opinión es predicable también de la ley) que, al no especificar el legislador en qué línea, habrá que entender que quedan excluidos tanto los parientes en línea recta como los parientes en línea colateral; exclusión esta última que no parece tan justificada a juicio de las autoras. Vid., ampliamente: LLÁCER MATAcÁS y GRAMUNT FOMBUENA, «Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad», en *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán*, Barcelona, 2000, págs. 416 y 417.

(38) En Navarra, la Ley Foral, en el artículo 4.1 se refiere al acogido como una persona mayor de sesenta y cinco años: «el pacto de acogimiento consiste en la vinculación de una persona mayor de sesenta y cinco años, a una persona o familia, que la aceptan en condiciones similares a las relaciones de parentesco»; y en el artículo 7.2 establece, sin embargo, que «las personas acogidas no podrán ser menores de sesenta años». ARCOS VIEIRA considera que, ante la citada contradicción, la edad que debe conservarse como referencia es la de sesenta y cinco años porque: a) es la edad convencional de corte para las personas mayores; b) es también la edad de jubilación; c) y, sobre todo, ello impide que el acogido pueda ser más joven que el acogedor (ARCOS VIEIRA, «El acogimiento familiar de mayores...», cit., pág. 61).

obrar. Lo que quiere decir que resulta indiferente para la constitución de este tipo de acogimiento si la persona tiene intacta o no su capacidad de obrar. Se diferencia, precisamente, este acogimiento del acogimiento de menores y del pretendido acogimiento de incapacitados en que el sujeto pasivo puede tener capacidad de obrar plena. En el supuesto de que no la tuviese, su voluntad en el pacto de acogimiento será suplida o complementada por sus representantes legales, la persona que ejerza la curatela o las personas designadas en documento de nombramiento tutelar no testamentario. Parece que dicha emisión de voluntad no tiene para el legislador la categoría de acto personalísimo, a diferencia de lo que ocurre en la regulación del Código Civil con el consentimiento del menor —de doce años cumplidos— que es acogido, que no está previsto que pueda prestarse por otros, ni siquiera por el juez. Prevén las leyes que en caso de voluntad suplida o complementada, será necesario autorización judicial y que se escuche al mayor, si tiene discernimiento suficiente —art. 3.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.1 de la Ley Foral navarra—. Resulta curioso después de esto que la Ley navarra incluya como causa de denegación de la solicitud la enfermedad mental —art. 13.2—. Habrá que entender que se refiere a aquel tipo de enfermedad que, por sus especiales características, haga precisa una cualificación de los acogedores de la que no se dispone. Por último, en cuanto a los acogidos, Cataluña exige que el de menor edad deberá tener quince años más que el acogedor de mayor edad, salvo si uno de los acogidos tiene una discapacidad —arts. 3.2 y 3.3—.

Por lo que se refiere al contenido del pacto, y por tanto del acogimiento, viene determinado por la ley en sus líneas básicas:

Estamos ante un supuesto de guarda, es decir, de atención en el ámbito personal. Las leyes en estudio excluyen expresamente del pacto de acogimiento la administración de los bienes y la representación —art. 1.3 de la Ley catalana de 2000 y art. 4.3 de la Ley Foral navarra—. Ello quedará en manos del propio acogido en cuanto que, como hemos señalado, tiene capacidad de obrar. En caso de que esta hubiese sido modificada, la administración de los bienes y la representación o asistencia las mantendrán el tutor o el curador. En cuanto a la guarda, se concreta de igual modo en ambas leyes en el deber de convivir los acogedores y los acogidos en una misma vivienda habitual, sea la de los primeros o la de los segundos, con el objeto de que los acogedores cuiden de los acogidos, los alimenten, presten asistencia, procuren su bienestar general y atiendan en situaciones de enfermedad —art. 2.1 de la Ley catalana de 2000 y art. 2.1 de la Ley Foral navarra—.

Tienen, asimismo, acogedores y acogidos, el deber de prestarse ayuda mutua y participar en el trabajo doméstico en la forma pactada, que se corresponderá con las posibilidades reales de cada una de las partes —art. 2.2 de la Ley catalana de 2000 y art. 2.2 de la Ley Foral navarra—.

El cuidado de los acogedores está sujeto a una contraprestación procedente de los acogidos. La ley navarra habla de precio, que estará dentro del marco de los establecidos en los centros y servicios para personas mayores —art. 2.3—. Y la catalana establece que la contraprestación podrá realizarse mediante la cesión de bienes muebles, bienes inmuebles o dinero —art. 2.3—.

En Cataluña, la ley establece como deber de los acogedores la promoción de la constitución de la tutela si el acogido está en situación de ser sometido a ella —art. 2.4—. Ello en Navarra es solo una facultad de los acogedores —art. 2.4—.

Por último, la ley catalana otorga derechos sucesorios a los acogedores respecto del mayor acogido (39) si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años (40). Por supuesto, ello constituye una novedad en lo que a la regulación de acogimientos se refiere, puesto que, en cuanto que el acogimiento no genera relación alguna de parentesco, nunca se había atribuido a ningún acogedor un derecho sucesorio. Podría pensarse que la razón de tal atribución es la relación de afectividad que se crea entre los convivientes. Pero ello no es más que una presunción. Tal relación puede generarse o no. Por otro lado, si el fundamento fuese esa relación, ¿por qué solo se atribuyen derechos sucesorios en una dirección (del acogido al acogedor) y no recíprocamente? Quizá se busque con este derecho sucesorio compensar económicamente al acogedor, pero no debemos olvidar que estamos ante un contrato oneroso y además está prevista una posible indemnización por enriquecimiento injusto, si se diese el caso —art. 6.4—. Tal vez se trate simplemente de incentivar a posibles acogedores para que efectúen pactos de acogida. Probablemente ello animará, efectivamente, a familias a convertirse en acogedores de mayores; el problema es que también desanimará a los mayores a convertirse en acogidos, sobre todo si tienen potenciales herederos.

En cuanto a la duración de este acogimiento, será dato a tener en cuenta el carácter permanente de la ancianidad en una persona. Las leyes se remiten a lo pactado por las partes, estableciendo un plazo mínimo de tres años —art. 3.4 de la Ley catalana de 2000 y art. 7.3 de la Ley Foral navarra—. En Navarra se admiten excepciones a dicho plazo, dado que se configuran dos modalidades de acogimiento: el permanente y el temporal, este último de carácter transitorio, para atender al mayor en los periodos de descanso o de enfermedad de sus familiares, que lo normal es que sea inferior al plazo citado —art. 3—.

(39) El acogedor tiene derecho a una cuarta parte del valor de la herencia del mayor acogido, aún cuando a la herencia concurren otros parientes, y con independencia de si la sucesión es intestada o testada (arts. 8 y 9 de la Ley catalana de 2000).

(40) HERAS HERNÁNDEZ observa que se deja sin resolver la cuestión relativa a si esos cuatro años han de ser inmediatamente anteriores al fallecimiento del acogido o si bien basta con reunir este periodo de convivencia aunque posteriormente se haya puesto fin al acogimiento, y se inclina por la primera alternativa. Cfr. HERAS HERNÁNDEZ, «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», en *RDP*, 2004, pág. 480.

2.3. *NASCITURUS*

El artículo 173 no menciona como sujeto de acogimiento al *nasciturus*. Ni era intención del legislador incluir a este en el ámbito de aplicación de las leyes sobre menores (41), ni, por tanto, el sistema diseñado en la actualidad por el Código Civil para la protección de los menores permite pensar en su aplicación al todavía no nacido. Sin embargo, existe inquietud al respecto a nivel doctrinal (a), legislativo (b) y jurisprudencial (c):

- a) Con frecuencia, los autores que estudian la protección de los menores, y en concreto el acogimiento, se plantean la posible aplicación de este mecanismo tuitivo al «menor» que todavía no ha nacido (42). La mayoría coinciden en que, con la actual normativa —como adelantaba— no es posible, pero califican: de deseable que en el futuro el legislador avance en ese sentido (43). Los autores que se atreven a defender, con el actual artículo 173 del Código Civil, el acogimiento del *nasciturus*, en realidad lo que propugnan es su constitución antes de nacer, comenzando a surtir efectos a partir del nacimiento (44). Lo cual, por otro lado, resulta también forzado.
- b) Algunas comunidades autónomas han previsto la declaración de desamparo del *nasciturus* y la adopción de las consiguientes medidas

(41) Recuérdese que la LOPJM de 1996 alude solo a los menores de dieciocho años al describir su ámbito de aplicación en el artículo 1 («La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años...»), sin referirse al *nasciturus* ni en el citado precepto, ni en el resto del articulado.

(42) Vid., por ejemplo, MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, cit., págs. 139 y sigs.; PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia*, V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores, Valladolid, 1995, pág. 269; IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., págs. 76 y 77; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006, pág. 121; NORIEGA RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del *nasciturus*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2009-2010, págs. 81 y sigs. Algunos autores, si bien no se refieren directamente al supuesto del acogimiento, sí que se plantean la posibilidad de aplicar al *nasciturus* el desamparo o los mecanismos que giran en torno a él: MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit., págs. 81 y sigs.; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 2001, págs. 44 y sigs.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO y JIMÉNEZ BAUTISTA, «La situación desamparo», en *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Madrid, 2007, págs. 96 y sigs.

(43) Sobre la inquietud de los autores por buscar medidas alternativas en beneficio del *nasciturus*, puede verse: IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, cit., págs. 76 y 77; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, *La privación de la patria potestad*, cit., págs. 119 y sigs.; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO y JIMÉNEZ BAUTISTA, «La situación de desamparo», cit., págs. 96 y sigs.; NORIEGA RODRÍGUEZ, «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del *nasciturus*», cit., pág. 85.

(44) Vid. MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, cit., págs. 141 y 142.

tuitivas, sin precisar, sin embargo, cuáles son estas y si el acogimiento se encontraría entre ellas, lo cual no parece probable. Es más, la letra de las leyes no permite siempre dilucidar con claridad qué consecuencias tiene la declaración del desamparo del *nasciturus*: unos efectos *ex nunc*, con la consiguiente adopción de medidas para proteger al *nasciturus*, o unos efectos que se difieren al momento del nacimiento, momento en el cual comenzarían a actuar las medidas de protección ya previstas. La jurisprudencia ha confirmado alguna resolución administrativa en la que se aprecia la situación de desamparo de un *nasciturus* y la asunción automática por parte de la entidad pública competente de las funciones tutelares respecto de aquel (del *nasciturus*) (45).

En este sentido, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (46), considera en su artículo 105.2.c) como situación de desamparo, «los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal», entendiendo por maltrato prenatal «la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación». Y admite en el artículo 110.4, la «declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido», aclarando que «en el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido».

La Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, establece en su artículo 32.4, que «la Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo» (47).

Por su parte, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia del País Vasco, que no establece el

(45) «[...] aprecia la situación de desamparo del *nasciturus* hijo de doña Virginia y la asunción automática por parte de la Sección Territorial de Atención a los niños y adolescentes de las funciones tutelares respecto de aquel» (sentencia núm. 313/2005, de 8 de septiembre, de la AP de Girona).

(46) Y antes el artículo 2 de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y de la adopción —actualmente derogada—.

(47) En la misma línea iba la Ley riojana 4/1998, de 18 de marzo, del menor —actualmente derogada—, en los artículos 3 y 45.

desamparo del *nasciturus*, sí se refiere con claridad a la adopción de medidas para proteger al *nasciturus* hasta el momento del nacimiento, aunque no determina cuáles son. Establece en su artículo 52.2 que «cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que pelagra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

También en el ámbito estatal comienza a existir preocupación por el tema. Así lo demostró recientemente el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, de 7 de julio de 2011, que preparó el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. En la modificación del artículo 17 de la LOPJM de 1996, que amparaba el anteproyecto, se preveía que el párrafo 8 del citado precepto estableciese: «El órgano competente para la declaración de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido (48)». Se buscaba, como vemos, adoptar medidas de prevención, apoyo y seguimiento a los efectos de evitar en el futuro (cuando el niño naciese) una situación desamparo. El anteproyecto dio un giro a la redacción del precepto que en el borrador planteaba «el seguimiento y la prevención de las situaciones de posible maltrato prenatal [...], a los efectos de una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido», que es distinto. El borrador justificaba la medida en la Exposición de Motivos, aludiendo a la Convención de los

(48) Quizá, por técnica legislativa, debería haberse indicado el plazo a partir del cual se consideraba que existía tal situación de riesgo prenatal, para evitar conflictos de aplicación con otras leyes, en concreto, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Nótese como la Ley vasca citada, en previsión de esta colisión, añade —en su art. 52.2—, tras prever la adopción de medidas que garanticen el bienestar del *nasciturus* cuyo desarrollo corre peligro: «todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

Derechos del Niño (49) y a la Recomendación del Consejo de Europa [79]17, de 13 de septiembre, sobre protección de los niños contra los malos tratos (50).

- c) Como anticipaba, también la protección del *nasciturus* ha tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia, que, conforme a las normas autonómicas ya citadas, ha confirmado resoluciones administrativas que declaraban en desamparo a *nascituri* (51).

Este interés, manifestado, como se ha visto, en los distintos ámbitos jurídicos (doctrinal, legislativo, jurisprudencial), resulta de las «habituales» situaciones de desprotección en que puede encontrarse el *nasciturus* como consecuencia de conductas de la madre, como el consumo de drogas, alcohol, tabaco, la dejación en los controles médicos... Si a esta inquietud le sumamos las importantes novedades de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se presenta como conveniente una nueva legislación que obedezca a un replanteamiento del acogimiento del *nasciturus*.

La Ley Orgánica 2/2010 tiene como objetivo, según hace constar en su Preámbulo, abordar «la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera *integral*», entendiendo por salud reproductiva, «la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y decidir cuándo tenerlos» (art. 2.c). Y ello porque «el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad» y «en una sociedad libre, pluralista y abierta, corresponde al legislador, dentro del marco de opciones que la Constitución deja abierto, desarrollar los derechos fundamentales» (Preámbulo). En atención a ello, dispone la ley en el artículo 3 que «en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida (...) reproductiva» y reconoce «el derecho a la maternidad libremente decidida». Todo ello conduce al legislador

(49) Señalaba que la Exposición de Motivos de la Convención establece que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», y que el artículo 24.2.d) de la misma establece la obligación de los poderes públicos *de asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres* (cursiva del borrador).

(50) Apuntaba que esta Recomendación «se ocupaba de ofrecer soluciones a los supuestos en los que concurren factores de riesgo en la fase intrauterina».

(51) Vid., por ejemplo: sentencia núm. 432/2004, de 3 de junio, de la AP de Barcelona; sentencia núm. 313/2005, de 8 de septiembre, de la AP de Girona; sentencia núm. 307/2005, de 15 de diciembre, de la AP de Barcelona y sentencia núm. 600/2006, de 11 de octubre, de la AP de Barcelona.

a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, con ello no cumple las expectativas de protección y garantía de los derechos relativos a la salud reproductiva de manera *integral*, puesto que solo desarrolla una vía para la consecución de dicha salud reproductiva (vía que, por otro lado, no ha sido pacíficamente admitida al entrañar la destrucción del *nasciturus*). Por ello, sería deseable que el legislador desarrollara mecanismos por medio de los cuales se apoyara a la mujer que opte por otros caminos distintos. El propio legislador, reconoce en el Preámbulo que «la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad», sin embargo después no desarrolla tales políticas en la Ley. Se trata de una asignatura pendiente y el legislador deberá trabajar en la búsqueda de nuevas posibilidades desde esta óptica. Ello supone, entre otras muchas cosas, mirar hacia la figura del acogimiento, que tan buenos resultados ha dado en el ámbito de los menores, para, desde su interior (desde su núcleo funcional y estructural), articular un sistema de apoyo y protección a la mujer y su hijo.

Llevada a cabo esta tarea de búsqueda del citado sistema de apoyo y protección (52), desde la inmersión en el acogimiento y, de forma más amplia, en el sistema jurídico-civil de protección de los menores, presento los resultados de la misma, que se incardinan de forma natural y sistemática, sin choques ni roces, en el citado entramado protector, que, de este modo, queda completo.

La propuesta es la de crear una figura con entidad propia, que podría tener un nombre distinto al del acogimiento, puesto que, si bien está inspirada en el mismo, es, como digo, algo distinto, con una configuración que responde a las especiales características de la necesidad que viene a satisfacer. Dicha figura, desdoblada en dos vertientes, sería la de la guarda prenatal o postnatal por entidad privada acreditada, que podría ser ejercida por una acogida residencial o semirresidencial. Su funcionamiento sería el siguiente:

La entidad pública competente, en materia de asistencia social, podría otorgar reconocimiento a entidades privadas (especializadas) para que asumieran, siempre gratuitamente, la guarda prenatal del concebido, así como la guarda postnatal del nacido.

La guarda prenatal podría ser solicitada únicamente por la madre gestante a la entidad privada. Entre la entidad privada y la madre gestante se formalizaría por escrito un contrato de guarda prenatal, en el que se recogerían los derechos y deberes de cada una de las partes, así como la forma en que se desarrollaría dicha guarda. Ello podría ser en régimen de acogida residencial, de acogida semirresidencial, de asistencia domiciliaria o mediante la adopción de otras

(52) Agradezco a Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ el intercambio de ideas mantenido, que me ayudó en esta tarea.

medidas que se ajustasen a las necesidades del caso. El modo de ejercerse la guarda podría variar a lo largo del tiempo, previo acuerdo de las partes.

La duración de la guarda prenatal sería el tiempo que restase de embarazo desde la firma del contrato. La madre gestante podría revocar unilateralmente la guarda en cualquier momento, sin necesidad de justificación, y sin que le fuese exigible compensación económica alguna, respetándose su libertad. De forma que el cese de la guarda prenatal se produciría exclusivamente: *a)* por decisión de la madre; *b)* o por el parto, en cuyo caso el nacido pasaría, si así se hubiera acordado previamente, a la situación de guarda postnatal.

La guarda postnatal se constituiría exclusivamente por solicitud de la madre gestante a la entidad privada. Dicha solicitud podría realizarse en cualquier momento del embarazo, en cuyo caso sería revocable libremente por la madre gestante tanto antes, como después del parto; una vez aceptada por la entidad privada, esta —la entidad— no podría, sin embargo, desvincularse. La solicitud de guarda postnatal podría ser formulada también después del parto y antes de transcurridos dos meses desde el mismo, siendo también revocable libremente por la madre en cualquier momento dentro de ese mismo plazo. De este modo se preservaría siempre la voluntad de la madre. Entre la entidad privada y la madre se formalizaría por escrito un contrato de guarda postnatal, en el que se recogerían los derechos y deberes de cada una de las partes, así como la forma en la que se desarrollaría. Podría ser ejercida dicha guarda por la entidad privada a través de la acogida residencial del nacido o, si así se hubiese acordado con la madre, a través de la acogida residencial o semirresidencial conjunta del hijo y de la madre, o por medio de asistencia a domicilio. La forma en que se ejercitase la guarda podría variar a lo largo del tiempo, previo acuerdo entre la entidad y la madre.

La constitución de acogida postnatal no privaría a la madre ni de la titularidad ni del ejercicio de la patria potestad sobre el nacido.

Sería deseable que, junto a estas medidas, se permitiese una emisión anticipada del asentimiento para dar al hijo en adopción, por supuesto revocable, y que, en modo alguno, constituiría una adopción del *nasciturus*. Así, podría permitirse que la madre pudiera emitir su asentimiento en cualquier momento del embarazo y después del parto, pudiendo revocarlo libremente antes de que transcurriesen dos meses desde el alumbramiento (53). A partir de los dos meses señalados, el asentimiento se convertiría en firme y ya no podría ser revocado.

(53) Con ello, no solo se respetaría el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, sino que, además, se ampliaría el plazo mínimo de reflexión de los treinta días actuales a dos meses, garantizándose así un mayor respeto a la voluntad «real» de la madre. Esta propuesta ha sido también defendida por JARUFE CONTRERAS, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, 2011 (Tesis Doctoral pendiente de publicación).

El marido de la madre gestante también podría prestar el asentimiento a la adopción en los mismos plazos y condiciones que la madre.

Si la madre hubiese prestado asentimiento para la adopción del nacido, tanto antes como después del parto, la guarda postnatal de la entidad privada finalizaría con la constitución del acogimiento preadoptivo, una vez transcurridos dos meses desde el parto, sin que dicho asentimiento hubiese sido revocado. En caso de que la madre no hubiera asentido a la adopción, o hubiese revocado el asentimiento, la guarda postnatal cesaría a los dos meses del parto, si antes no hubiese solicitado el cese la madre. En este caso, si el menor no se insertase en su familia biológica, la entidad pública competente en materia de protección de menores asumiría su tutela, salvo que la madre hubiese solicitado la guarda administrativa.

Las entidades privadas encargadas de la guarda prenatal y postnatal, así como todos cuantos interviniesen en ellas, tendrían obligación de confidencialidad tanto en relación con la madre como con el concebido o ya nacido. El incumplimiento de esta obligación podría ser sancionado, en su caso, conforme a lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, o conforme a la normativa vigente en materia de obligaciones profesionales de reserva y confidencialidad.

Incumbiría al ministerio fiscal la vigilancia de las actividades tuitivas de las entidades privadas guardadoras.

En caso de que el menor hubiese estado sometido a guarda prenatal o postnatal de entidad privada, no sería necesario, para la constitución de una adopción, la propuesta de la entidad pública, sino que sería la propia entidad privada guardadora la que propondría al juez la adopción seleccionando a los adoptantes de entre los declarados idóneos por la entidad pública. También, en ese supuesto, sería la propia entidad privada la que formalizaría, en su caso, el acogimiento preadoptivo.

Se presentó en las Cortes Generales una Proposición de Ley de protección de la maternidad (54) —actualmente caducada (55)—, pero no se atrevió a abordar una reforma en profundidad como la propuesta. Varias Comunidades Autónomas han aprobado leyes de apoyo a la maternidad (56), otras están en

(54) BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 222-1, de 9 de febrero de 2010, págs. 1 y sigs.

(55) BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 648, de 28 de octubre de 2011, pág. 17.

(56) Ley de Castilla y León 14/2008, de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada; Ley valenciana 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad y Decreto 13/2011, de 11 de febrero, del Consell, por el que se desarrolla la Ley de Protección a la Maternidad; Ley murciana 11/2009, de 1 de diciembre, por la que se establece y regula una Red de Apoyo a la Mujer Embarazada; Ley canaria 1/2010, de 26 de febrero, de Igualdad entre Mujeres y Hombres; Ley gallega 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada;

trámite de hacerlo, pero tampoco incluyen estos aspectos, sobre todo por cuestiones competenciales.

3. CONCLUSIONES

Es hora de valorar el horizonte de posibilidades que se atisba desde la atalaya del acogimiento, a la que nos habíamos subidos para trasladar el acogimiento más allá de los menores.

Ese traslado hemos visto que resulta muy oportuno, por razones distintas, en cada uno de los sectores analizados: en relación con los incapacitados, para acercar la protección funcional de los incapacitados, a la que el legislador se ha asomado tímidamente, a la protección funcional de los menores, completando y haciendo, en consecuencia, eficaz esa incipiente regulación que, en la actualidad, resulta de difícil aplicación. En relación con la tercera edad, para hacer frente desde un modelo familiar de sustitución a la disponibilidad cada vez menor para prestar el cuidado diario por parte de las familias de origen al cada vez más elevado número de ancianos de nuestra sociedad. Y en cuanto a los *nascituri*, para atender al vacío tuitivo de los mismos en su ámbito asistencial, que, si siempre había resultado inquietante, en la actualidad, tras la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, resulta necesario cubrir.

Repensando, por tanto, todas estas situaciones a la luz del acogimiento, lo que observamos es que es posible el traslado de su esencia y estructura interna a todas ellas, adaptándolo a las especialidades de cada grupo y desembocando en figuras con entidad propia que bien podrían ser modalidades del mismo:

Así, en el caso de los incapacitados, es posible, dada la proximidad de instituciones tuitivas de los menores y los incapacitados y de sus necesidades, un acogimiento, que requerirá, no obstante, un diseño específico para adaptarse a las diferencias que, a pesar de todo, hemos visto que existen. Acogimiento que, en la actualidad, no existe en el régimen del Código Civil, y que es deseable que el legislador estatal configure.

También el acogimiento en esencia resulta apto para atender a las necesidades de guarda de la tercera edad, si bien, nuevamente, con las oportunas especialidades. En el ámbito estatal no se ha abordado todavía este tema, pero algunos legisladores autonómicos, inspirándose en el acogimiento familiar de menores, sí han regulado la acogida de los mayores dotándola de caracteres propios al adaptarla al mundo de la tercera edad.

Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad; Ley madrileña 3/2011, de 22 de marzo, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.

Por último, contemplar al *nasciturus* desde la perspectiva del acogimiento nos lleva a una figura, que manteniendo la esencia de aquel, tiene una entidad propia: la guarda en su doble vertiente: prenatal y postnatal, que podrá ser ejercida por una acogida en los términos ya apuntados.

Esta escalada a la atalaya del acogimiento para observar desde allí a otros sectores desprotegidos o, dicho de otra manera, esta búsqueda de soluciones a situaciones de desprotección en el modelo familiar de sustitución que el acogimiento representa resulta reconfortante porque permite comprobar que, en los tiempos que corren, la familia sigue siendo considerada como el hábitat idóneo para el crecimiento, el desarrollo, el cuidado y el ocaso de las personas. La familia es, continuando con el símil, como el agua para el pez. Y cuando el agua de la pecera tiene un problema, la sociedad y el legislador, lo acabamos de ver, buscan la solución en el cambio de agua.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS y PALACIOS: *Acogimiento familiar*, Madrid, 2004.
- ARCOS VIEIRA: «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJN*, julio-diciembre de 2003, núm. 36, págs. 51 y sigs.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997.
- CAPARRÓS CIVERA y JIMÉNEZ AYBAR: *El acogimiento familiar*, Madrid, 2001.
- DÍEZ GARCÍA: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, 2004.
- ESTEBAN DE LA ROSA: *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000.
- GARCÍA CANTERO: «Notas sobre el acogimiento familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1992, págs. 305 y sigs.
- GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA: *Acogimiento y adopción*, Madrid, 2004.
- GOUBEAUX: «Les personnes», en *Traité de Droit Civil* —dir.: GHESTIN—, París, 1989.
- HERAS HERNÁNDEZ: *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, 2002.
- «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)», en *RDP*, 2004, págs. 443 y sigs.
- «La tutela legal del artículo 239 del Código Civil. El concepto de desamparo», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 2007, págs. 165 y sigs.
- IGLESIAS REDONDO: *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.
- JARUFE CONTRERAS: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, 2011 (Tesis Doctoral pendiente de publicación).

- JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA: «El acogimiento familiar de adultos mayores en España», en *Geriatrianet.com*, vol. 3, núm. 2, 2001.
- LEGERÉN MOLINA: «Comentario al artículo 239 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 1118 y sigs.
- LINACERO DE LA FUENTE: *Protección Jurídica del Menor*, Madrid, 2001.
- LLÁCER MATAACÁS y GRAMUNT FOMBUENA: «Regímenes de guarda de la persona no sujeta a potestad», en *Derecho de Familia. Análisis desde el Derecho catalán*, Barcelona, 2000, págs. 395 y sigs.
- LLEBARÍA SAMPER: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», de *ADC*, 1992, págs. 1391 y sigs.
- «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, págs. 185 y sigs.
- «La Convención sobre los Derechos del Niño veinte años después: una aproximación desde la perspectiva de familia», en la *Jornada: XX años de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 6 de febrero de 2010 (no publicada).
- MAYOR DEL HOYO: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Granada, 1999.
- «Comentario al artículo 173 del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 867 y sigs.
- «Comentario al artículo 173 bis del Código Civil», en *Código Civil comentado*, vol. I (arts. 1 a 608) —coord.: DE PABLO y CONTRERAS VALPUESTA FERNÁNDEZ—, Civitas, 2011, págs. 884 y sigs.
- MÉNDEZ PÉREZ: *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991.
- PÉREZ MARTÍN: *Derecho de Familia, V. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995.
- MORENO TORRES-SÁNCHEZ: *El desamparo de menores*, Navarra, 2005.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, EZQUERRA UBERO, JIMÉNEZ BAUTISTA: «La situación de desamparo», en *Los sistemas de protección de menores en la España de las autonomías*, Madrid, 2007, págs. 93 y sigs.
- NORIEGA RODRÍGUEZ: «Consideraciones sobre el posible acogimiento familiar del nasciturus», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2009-2010, págs. 81 y sigs.
- PÉREZ ÁLVAREZ: «El desamparo: resoluciones administrativas, sentencias judiciales y reformas legales», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, 2009, págs. 709 y sigs.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI: *La privación de la patria potestad*, Barcelona, 2006.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento en centros geriátricos», en *RJN*, núm. 46, abril-junio de 2003.
- SERRANO GARCÍA, I.: «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, págs. 231 y sigs.

- TEJEDOR MUÑOZ: «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores* (coord.: LASARTE ÁLVAREZ), Madrid, 2007.
- «La guarda y el acogimiento de menores», en *Protección jurídica del menor* (VV.AA.), Madrid, 2009.
- VAQUER ALOY: «El acogimiento preadoptivo», en *Protección de menores, acogimiento y adopción* (eds.: ESPIAU y VAQUER), Madrid, 1999, págs. 117 y sigs.
- VARGAS CABRERA: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994.
- VV.AA.: «El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados», en *Observatorio de la Infancia*, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, núm. 6, 2008.
- VICENT LÓPEZ: «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, núm. 652-653, enero-febrero de 1999, págs. 85 y sigs.

RESUMEN

ACOGIMIENTO
INCAPACIDAD
TERCERA EDAD
NASCITURUS

Tras veinticinco años de existencia en nuestro ordenamiento jurídico, el acogimiento, y especialmente el familiar, se ha consolidado como el mecanismo óptimo para hacer frente a las necesidades de guarda de los menores en situación de riesgo o desprotección efectiva. Por ello resulta oportuno plantearse su proyección más allá del ámbito de la protección de los menores a otros colectivos vulnerables: el de las personas incapacitadas judicialmente, que en la actualidad, salvo en Aragón, no tienen acceso a este mecanismo tuitivo; el de la tercera edad, cada vez más numeroso y con mayores dificultades asistenciales, al que ya se han acercado Cataluña y Navarra; y, por último, el de los nascituri.

ABSTRACT

FAMILIES OF RECEPTION
DISABILITY
ELDERLY
NASCITURUS

After twenty five years of existence in our legal system, the placement of minors specially in families of reception, has consolidated its position as the optimal mechanism to confront the need of protection of the minors who are in a precarious situation or experience effective desprotection. Therefore, it may seem appropriate to assess the extension of this mechanism, beyond the custody of minors, to other vulnerable groups, such as 1) persons with disabilities, who, except in Aragon, currently lack access to this tuitive mechanism; 2) the elderly, an increasingly populated group, whose case has been already tackled by Catalonia and Navarra; and 3) the nascituri.

(Trabajo recibido el 8-2-2012 y aceptado para su publicación el 26-9-2012)