



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Facultad de Derecho

Máster en Protección Jurídica de Personas y Grupos Vulnerables

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**¿NUEVA LEGISLACIÓN DEL MENOR?: ANÁLISIS DE LAS
REFORMAS PROPUESTAS POR EL PROYECTO DE LEY DE
MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA
INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA**

Realizado por: Nuria Otero Suárez

Dirigido por: Miguel Presno Linera

Curso 2014/2015

RESUMEN

Las necesidades y circunstancias sociales que presentan las familias y los menores han ido cambiando ineludiblemente con el paso del tiempo. A fin de adaptar la legislación en materia de protección de menores a estos cambios, se ha aprobado este mes de junio en el Congreso de los Diputados un Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo objetivo principal es otorgar protección social, económica y jurídica y dar respuesta a las necesidades actuales de los niños, niñas y adolescentes que viven en España. Este Proyecto de ley está siendo debatido actualmente en el Senado, a la espera de que pueda ser aprobado, de manera que si entrara en vigor supondría una reforma significativa en las instituciones que componen el sistema de protección de menores.

Palabras clave: legislación de menores, sistema de protección de menores, reforma de la legislación de menores, infancia y adolescencia.

ABSTRACT

The needs and social circumstances of families and children have been changing inevitably over time. In order to adapt the legislation on child protection to these changes, it has approved this June at the Congress of Deputies a draft law amending the system of protection of children and adolescents, whose main objective is provide social, economic and legal protection and respond to the current needs of children and adolescents living in Spain. This bill is currently being debated at the Senate, waiting to be approved, so that if entry into force would be a significant reform in the institutions that make up the child protection system.

Key words: child law, child protection system, reform of child law, children and adolescents.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA DE LA ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA..... | 6 |
| 1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA..... | 7 |
| 1.2 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA..... | 8 |
| | |
| CAPÍTULO II: REFORMAS LEGISLATIVAS INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA..... | 12 |
| 2.1 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL..... | 14 |
| 2.1.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR..... | 15 |
| 2.1.2 EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO..... | 20 |
| 2.1.3 DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES..... | 24 |
| 2.1.4 DERECHO DEL MENOR A SOLICITAR ASISTENCIA LEGAL..... | 26 |
| 2.1.5 PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA..... | 27 |
| 2.1.6 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL..... | 27 |
| 2.1.7 LA GUARDA PROVISIONAL..... | 28 |
| 2.1.8 LA SITUACIÓN DE RIESGO Y LA SITUACIÓN DE DESAMPARO..... | 28 |
| 2.1.9 GUARDA DE MENORES..... | 34 |
| 2.1.10 EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL..... | 35 |
| 2.1.11 OTRAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR..... | 41 |
| 2.1.12 CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA..... | 42 |
| 2. 2 REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL..... | 49 |
| 2.2.1 REFORMAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES RELATIVAS A LA GUARDA, AL ACOGIMIENTO Y A LA ADOPCIÓN..... | 49 |
| 2.3 REFORMAS DE LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL..... | 53 |

| | |
|--|-----------|
| 2.3.1 MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE ADOPCIÓN..... | 53 |
| 2.3.2 REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE LEY..... | 56 |
| 2.4 REFORMAS DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL..... | 58 |
| 2.5 REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, APROBADA POR REAL DECRETO DE 3 DE FEBRERO DE 1881..... | 64 |
| 2.6 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL..... | 65 |
| 2.7 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO..... | 66 |
| 2.8 REFORMAS DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA..... | 67 |
| 2.9 REFORMAS DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN..... | 69 |
| 2.10 REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO..... | 71 |
| 2.11 REFORMAS DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO..... | 71 |
| 2.12 REFORMAS DE LA LEY 40/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS NUMEROSAS..... | 72 |
| | |
| CAPÍTULO III: DEBATE EN EL CONGRESO Y ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA..... | 75 |
| 3.1 DEBATE EN EL CONGRESO..... | 76 |
| 3.1.1 SESIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS CELEBRADA EL 18 DE MAYO DE 2015..... | 76 |
| 3.1.2 SESIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS CELEBRADA EL 28 DE MAYO DE 2015..... | 81 |
| 3.2 ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY..... | 82 |
| | |
| CONCLUSIONES..... | 85 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 87 |

INTRODUCCIÓN

Los menores se integran dentro de un colectivo que requiere una especial defensa y para ello han de coordinarse diferentes mecanismos de protección y de integración que actúen frente a las situaciones de desprotección que se detecten en la infancia y en la adolescencia. Debido a que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, resulta necesario otorgarles una protección efectiva por parte de la legislación, de la administración y de la sociedad en su conjunto, a fin de que su desarrollo integral se vea garantizado.

La Constitución española establece en su artículo 39 la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, destacando de forma significativa la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que recoge un principio básico por el cual los niños son portadores de un conjunto de derechos cuya satisfacción ha de ser garantizada por los Estados sin discriminación alguna.

En cumplimiento de este mandato constitucional, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. Sin embargo, esta regulación ha quedado obsoleta, ya que transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la legislación en materia de protección de menores se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución.

A fin de adaptar estos cambios sociales a la legislación, se está tramitando una reforma en materia de protección de menores aprobada por el Gobierno como proyecto con fecha 27 de febrero de 2015. Se trata del Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyos objetivos principales son, por un lado, introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios para ajustar la normativa a la realidad social que presentan hoy los menores, y por otro, continuar garantizando a los mismos una protección uniforme en todo el territorio del Estado que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Además, es el resultado de un gran trabajo de consenso entre administraciones, instituciones y organizaciones que trabajan con la infancia y la adolescencia. No obstante, el Proyecto de ley introduce algunos aspectos que convendría revisar, y una vez realizados los cambios oportunos, podríamos encontrarnos ante una normativa crucial para los niños, niñas y adolescentes que viven en España.

Ahora bien, para el estudio y análisis de este Proyecto de ley de modificación del sistema de protección de menores, se ha dividido el presente trabajo en tres capítulos. El primero de ellos concierne a la *“Evolución histórica y legislativa de la atención a la infancia y a la adolescencia”*, pues conviene realizar una mirada al pasado para comprender el presente y ver cómo la concepción del estatus del menor ha ido mejorando considerablemente de forma progresiva y se ha avanzado de manera notoria en la consolidación de los sistemas de protección públicos dirigidos a los menores.

El segundo capítulo se titula *“Reformas legislativas introducidas por el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”* y se corresponde con la parte central del trabajo dedicada al estudio de las reformas que pretende operar el Proyecto. Así, mediante esta normativa se realiza una profunda revisión del actual sistema de protección de menores y de las instituciones que lo componen, afectando a doce leyes muy importantes, entre las que cabe destacar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y la Ley Integral contra la Violencia de Género.

El tercer y último capítulo hace referencia al *“Debate en el Congreso y estado actual del Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”* para dar respuesta, después de haber analizado el Proyecto y los cambios que pretende introducir en la legislación vigente, a uno de los principales objetivos del trabajo, el cual se trata de advertir si esta nueva legislación pretendida mejora el actual sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, o por el contrario, supone la indefensión de los menores ante el mismo.

CAPÍTULO I:

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y
LEGISLATIVA DE LA ATENCIÓN A LA
INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA**

1.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Se considera menor a todas aquellas personas que tienen una edad comprendida entre los 0 y los 18 años. Este período engloba diferentes estados evolutivos que componen la infancia y la adolescencia de un menor. La infancia se puede calificar como un período evolutivo en el cual los niños van construyendo las bases de su personalidad y desarrollo futuro. Posteriormente, la adolescencia se extenderá hasta los 18 años. Estos períodos no son iguales en todos los lugares, ni lo han sido en todos los momentos históricos, por lo que se puede decir que tanto la infancia como la adolescencia son conceptos contruidos socialmente¹.

Los menores se consideran hoy seres sociales con plenos derechos, sin embargo, no siempre fue así. Se trata de un colectivo que ha sido históricamente redescubierto y olvidado en diferentes ocasiones. Antiguamente no se tenía conciencia de las particularidades que presentan los niños ni lo que suponía su proceso de crecimiento y maduración, aunque siempre han recibido algún tipo de ayuda y protección. En época medieval, los menores abandonados se beneficiaron de acciones asistenciales. Los hospitales se convirtieron poco a poco en las instituciones que se hacían cargo de ellos hasta que pasaban a otra institución o se iban a trabajar con alguna familia que les enseñaba algún oficio.

A partir del siglo XVI, la Iglesia empezó a hacerse cargo de los menores en centros de ámbito parroquial pero sólo hasta los 6 o 7 años que ya empezaban a desempeñar un oficio mediante ese modelo de acogida. A finales del siglo XVIII, se van creando colegios para huérfanos, albergues, hospicios y es hacia la segunda mitad del siglo XIX cuando el Estado comienza a asumir iniciativas públicas respecto a la atención de los necesitados y las responsabilidades de la tutela de los menores desamparados.

Durante los últimos siglos, la sociedad española ha ido creciendo y madurando en su concepción de la infancia y adolescencia y ha avanzado sensiblemente en la consolidación de los sistemas de protección públicos dirigidos a los niños, niñas y adolescentes. La regulación del sistema educativo, de los servicios sanitarios o de los

¹ Vid. GERVILLA CASTILLO, Ángeles. *La realidad del menor en desamparo: alternativas para su protección e integración*. Editorial Dykinson, S.L, 2010. (pp. 18-20).

servicios sociales es un claro ejemplo de este proceso. La Constitución de 1978 sienta las bases de la condición del menor y su posición jurídica en el ordenamiento como sujetos de derechos con plena titularidad de los mismos y con capacidad progresiva para ejercerlos. Esta condición del menor se ratifica mundialmente con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989², que impone a los Estados partes la obligación de garantizar los derechos del menor y la protección a la infancia y la adolescencia. España ratifica esta Convención en 1990 y la incluye en su ordenamiento jurídico en el marco del reconocimiento de los menores como sujetos de derechos con capacidad de acción y decisión. Con este fundamento se propone la nueva legislación de protección a la infancia y la adolescencia y es bajo esta comprensión con la que se debe analizar la realidad en la que hoy viven los niños y niñas³.

1.2 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA ATENCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Una vez tratada la evolución histórica de la atención a la infancia y a la adolescencia, conviene ahora ahondar en la evolución legislativa que afecta a este colectivo a fin de observar cómo los cambios producidos en la sociedad hacen necesario reformar las leyes para que así la legislación refleje la realidad social.

En el ordenamiento jurídico español rige la protección de menores en cumplimiento del mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, destacando la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que marca el inicio de una nueva concepción del menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad.

Para dar cumplimiento a dicho mandato y a los acuerdos internacionales que proclaman los derechos de los niños y las niñas, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. En consecuencia, en los últimos años se ha llevado a

² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

³ Op. Cit. GERVILLA CASTILLO, Ángeles (pp.18-20)

cabo un importante proceso de renovación del ordenamiento jurídico y poco a poco han ido incorporándose diferentes leyes en materia de menores para dotar al sistema de protección de mayor eficacia y garantías en atención al desarrollo integral de los menores.

El resultado, cuyo máximo exponente es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

Con anterioridad a esta Ley marco, se promulgaron otras normas que introdujeron cambios sustanciales en materia de menores, destacando en primer lugar, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, la cual suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, equiparó al padre y a la madre a efectos del ejercicio de la patria potestad e introdujo la investigación de la paternidad. Después se han promulgado, entre otras, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del código Civil en materia de Tutela; 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 y la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. De entre todas estas leyes, la 21/1987, es la que sin duda ha introducido los cambios más sustanciales en el ámbito de la protección del menor.

A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática de su tutela por parte de la entidad pública competente en los supuestos de desprotección grave del mismo. Asimismo, introdujo la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con él, tanto

administrativas como judiciales, y el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores⁴.

Resultan destacables las modificaciones introducidas por esta ley en relación con la adopción que, además de considerarla como elemento de la plena integración familiar, establece que ésa es la finalidad de la adopción y manifiesta que el principio básico es el interés del adoptado. Reconoce un solo tipo de adopción, la plena, que supone la ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia biológica. Además, la adopción se convierte en irrevocable, en aras de la seguridad jurídica del menor y se establece la equiparación entre las familias adoptivas y las biológicas. Por último, se modifican también los requisitos para adoptar y ser adoptado, con lo que la edad mínima para ser adoptante se establece en veinticinco años y la diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado será de catorce años⁵. Todas estas modificaciones en la legislación del menor han ido mejorando su situación hasta lograr la consideración que hoy merecen los niños, niñas y adolescentes.

Pese al indudable avance que esta ley supuso y a las importantes innovaciones que introdujo, su aplicación ha ido poniendo de manifiesto determinadas lagunas, a la vez que han ido surgiendo nuevas necesidades y demandas en la sociedad⁶. Por ello, resultó necesaria la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, basada en el principio constitucional de protección a la familia y del menor. Esta ley mejoró a su predecesora, la Ley 21/1987, en la creación de medidas adecuadas para la protección del niño, la agilización en trámites administrativos y judiciales y el concepto de menores de edad como sujetos participativos y creativos. Lo realmente novedoso fue que estableció la regulación del acogimiento del menor por parte de una familia, evitando así su permanencia en centros⁷.

Sin embargo, el ineludible cambio de las circunstancias sociales, así como la constante aparición de nuevas necesidades vuelven a hacer necesaria una nueva revisión de algunos aspectos introducidos por la vigente Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, a fin de adaptarlos a las nuevas necesidades que presentan las familias y los menores. De ello se encargará el Proyecto de ley de modificación del sistema de

⁴ Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁵ Vid. SOLÉ ALAMARJA, Eduard. *Todo sobre la adopción*. Editorial de Vecchi, 2006. (pp.10-11)

⁶ Op. Cit. Exposición de Motivos

⁷ Op. Cit. SOLÉ ALAMARJA, Eduard. (pp.10-11)

protección a la infancia y a la adolescencia, introduciendo modificaciones sustanciales en materia de protección de menores con el objeto de ajustar la normativa a la realidad social que presentan hoy los menores y dar respuesta a las necesidades actuales de niños, niñas y adolescentes. Del estudio de estas reformas se ocupa el Capítulo II del presente trabajo, como se verá a continuación.

CAPÍTULO II:

REFORMAS LEGISLATIVAS

INTRODUCIDAS POR EL PROYECTO

DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL

SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA

INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

A fin de adaptar esas nuevas necesidades y circunstancias sociales de las familias y de los menores, se está tramitando una reforma en materia de protección de menores aprobada por el Gobierno como proyecto con fecha 27 de febrero de 2015, que ha tenido entrada en el Congreso de los Diputados el 21 de febrero de 2015. Esta nueva normativa fue presentada en dicha Cámara por el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se compone de dos proyectos de ley: el Proyecto de ley orgánica, que afecta a los derechos fundamentales de los menores y el Proyecto de ley ordinaria, a los que se hará referencia conjuntamente, en adelante, como Proyecto de ley, incluyendo ambos proyectos. No obstante, en algunos aspectos si se establecerá la diferencia entre el Proyecto de ley orgánica y el de ley ordinaria para dejar claro qué materias hacen referencia a derechos fundamentales y se incluyen en el Proyecto de ley orgánica.

El objetivo general del Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia es otorgar protección social, económica y jurídica a las familias y dar respuesta a las necesidades actuales de los niños, niñas y adolescentes que viven en España. Este proyecto es fruto del consenso entre las distintas Comunidades Autónomas, instituciones y organizaciones que trabajan con la infancia y la adolescencia. Es, además, una reforma de gran calado que afecta a doce leyes muy importantes como la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Integral contra la Violencia de Género, entre otras leyes que pretende modificar, como se verá a continuación. La reforma trata de configurar un sistema de protección a la infancia y a la adolescencia acorde a la realidad actual en la que viven hoy los menores, con el fin de otorgarles una protección uniforme en todo el territorio nacional, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que residan, el país en el que hubieran nacido o la situación administrativa en la que se encuentren.

En definitiva, se trata de una modificación del sistema de protección de menores en la que se lleva trabajando durante muchos años y es el resultado del trabajo del actual Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y por supuesto, del anterior Ministerio en esta materia y del anterior Gobierno socialista, que emprendió la iniciativa de renovar la legislación en materia de menores, pero no obstante, este Proyecto de Ley incluye algunas disposiciones dotadas de una regulación insuficiente que conviene

analizar a lo largo del Capítulo II del presente trabajo. A continuación, se exponen todas las reformas que los Proyectos de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia pretenden operar.

2.1 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

En primer lugar, el Proyecto se centra en las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y se refieren, básicamente, a la adaptación de los principios de actuación administrativa, constituyéndose como principio fundamental la supremacía del interés del menor, cuya regulación es ampliada por el Proyecto de Ley Orgánica para introducir los parámetros que determinen tal interés de manera que en todas las decisiones que afecten se tenga en cuenta el mismo. Reviste gran importancia en dicho Proyecto la garantía del derecho del menor a ser oído y escuchado ligado al derecho de expresar su opinión libremente, así como el reconocimiento, no sólo de los derechos, sino también de los deberes de los menores como corresponsables que son de la sociedad en la que participan.

Por otra parte, se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tales como la situación de riesgo y de desamparo, diferenciándose el carácter gradual y progresivo de la actuación protectora y el alcance e intensidad de las medidas de protección condicionadas por el grado de desatención que padezca el menor, distintos en uno y otro caso, y se establece también en el Proyecto la preferencia de las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Finalmente, se regula el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, estableciendo en la legislación estatal criterios uniformes para la regulación específica de este tipo de centros.

El Proyecto de ley incluye otras muchas reformas de diversa índole además de las enunciadas anteriormente, que serán analizadas a continuación comenzando con el análisis de la reforma del interés superior del niño, por ser el principio general que rige el sistema de protección de menores.

2.1.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Se propone modificar el artículo 2 relativo al interés superior del menor, el cual es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta⁸. Se recoge en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorgando al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada

Se constituye como un principio fundamental en materia de protección de menores y como un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones, destacando a tal efecto, los criterios interpretativos recogidos en la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño, objeto de estudio en el siguiente apartado.

Con el fin de concretar su alcance, se define desde un contenido triple⁹. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus intereses hayan sido evaluados, y en el caso de que haya otros intereses presentes, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor corresponda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, es una norma de procedimiento. Así, el interés superior del menor tiene una misma finalidad, en atención a estas tres dimensiones: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral¹⁰.

Además, la determinación del interés superior en cada caso, debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las

⁸ Definición dada por la observación general número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

⁹ Vid. Preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 27 de febrero de 2015. (p.3)

circunstancias del caso y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

A) Criterios interpretativos del interés superior del menor

Como ya se anunciaba anteriormente, uno de los criterios de interpretación más destacados en esta materia son los recogidos en la Observación General número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial¹¹.

En atención a la evaluación y determinación del interés superior del niño se constituyen dos pasos importantes que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión concreta. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto y hace referencia a las características específicas del niño o los niños de que se trate como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o de los niños. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal(a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

Para evaluar el interés superior, el Comité de las Naciones Unidas considera ventajoso la elaboración de una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que proporcione orientación a los responsables de la toma de decisiones cuando tengan que regular esferas específicas que afecten a los niños. Los elementos a tener en cuenta son: la opinión del niño como derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten; la identidad del niño, teniendo en cuenta que los niños no son un grupo homogéneo; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares; el cuidado, protección y seguridad, en atención a la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que le sean necesarios para su bienestar ; la

¹¹ Vid. Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [28/4/2015]

situación de vulnerabilidad que pudieran sufrir y por último, el derecho del niño a la salud y a la educación.

Cuando los elementos de la evaluación puedan entrar en conflicto al estudiar el caso concreto y sus circunstancias, se ponderarán los mismos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o en su caso, de los niños. Al ponderar los diferentes elementos hay que tener en cuenta que la finalidad de la evaluación y determinación del interés superior es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Observación también contempla una serie de garantías procesales para garantizar la observancia del derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial que sea efectivamente atendida y son:

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, para lograr su participación en el proceso de determinación de su interés superior.

b) La determinación de los hechos por profesionales cualificados perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior.

c) La percepción del tiempo, puesto que los procesos de toma de decisiones llevan mucho tiempo y tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños y conviene dar prioridad a aquellos que estén relacionados con los niños o les afecten.

d) La representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior y pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.

e) La argumentación jurídica, ya que cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada.

f) Los mecanismos para revisar o recurrir las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior.

g) Por último, la evaluación del impacto en los derechos del niño, la cual puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos.

El Comité de las Naciones Unidas concluye la Observación General número 14 recomendando a los Estados que difundan ampliamente dicha observación general entre los parlamentos, las administraciones públicas y el poder judicial, en los planos nacional y local, a todos los niños y a todos los profesionales que trabajan para los niños y con ellos (como jueces, abogados, docentes, tutores o curadores, trabajadores sociales, personal de las instituciones de bienestar públicas o privadas, y personal sanitario), así como a la sociedad civil en general.

B) Guía para evaluar el interés superior del menor realizada por el Observatorio de la Infancia de Asturias

En atención a la evaluación del impacto normativo en los derechos del niño que recomienda llevar a cabo el Comité de Naciones Unidas y la inclusión obligatoria de informes de impacto en la infancia en los proyectos de ley y de reglamentos que fija el Proyecto de Ley¹², se ha elaborado en el Principado de Asturias la primera “Guía metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas”¹³. La guía pretende “convertirse en una herramienta de trabajo para tomar en consideración el principio del interés superior del niño en los procesos de toma de decisiones que puedan incidir directa o indirectamente en los niños, las niñas y sus familias. Aunque está diseñada para elaborar los informes previos de impacto en la infancia de los proyectos de ley y de reglamentos, también se puede aplicar a las políticas, planes, proyectos e iniciativas de las administraciones públicas y de las entidades de iniciativa social”¹⁴. En la elaboración de esta guía han participado el Observatorio de la Infancia de la Consejería de Bienestar Social y

¹² El Proyecto de Ley de modificación al sistema de protección a la infancia y la adolescencia añade el artículo 22 quinquies a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que en todas las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos se incluirá el impacto de la normativa en la infancia y en la adolescencia.

¹³ Vid. Guía metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas. Disponible en: http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/noticia_guiaparaevaluarelinteressuperiordelmenor [28/4/15]

¹⁴ Op. Cit. Guía metodológica

Vivienda, la Cátedra de Santander de Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas y UNICEF Comité-Español.

La evaluación de los posibles efectos normativos, garantiza por un lado, que los menores son tenidos en cuenta en el proceso de elaboración de las normas, y por otro, previene efectos negativos que pueden ser evitados en la práctica. Para llevar a cabo estas evaluaciones, la Guía propone que el órgano responsable de la propuesta normativa realice un informe de impacto en la infancia de manera simultánea a la elaboración del proyecto normativo, desde su inicio hasta su finalización. Además, la guía se presenta como un instrumento de ayuda para determinar adecuadamente el interés superior del menor.

C) Regulación del interés superior del menor en el Proyecto de Ley Orgánica

A tenor de los criterios interpretativos expuestos en la Observación General número 14 del Comité, se propone modificar el artículo 2 de la ley orgánica de Protección Jurídica del Menor, de manera que se fijan los criterios de concreción del interés superior del menor en la legislación estatal. Esta modificación supondría una reforma por completo ya que en la legislación vigente el interés superior del menor se determina únicamente en aplicación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En cambio, la Convención va mucho más allá aplicando el interés superior del menor en todos los ámbitos y recordando a los Estados partes que este principio general ha de orientar todas las medidas y decisiones que afecten a los niños. Por ello, el legislador incluye estas nuevas directrices en la legislación estatal estableciendo que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado” y no únicamente en aplicación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, sino en todas las demás normas que le afecten. Además, el Proyecto incluye otra importante modificación, disponiendo que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva” añadiendo a esta cláusula que se hará “en todo caso, siempre en interés superior del menor.”

A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, en atención a las pautas dadas por la Observación General número 14 del Comité, se tendrán en cuenta una serie de criterios generales (protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la consideración de las opiniones del

menor y su derecho a participar en el proceso de determinación de su interés superior) que se ponderarán teniendo en cuenta distintos elementos (edad y madurez, especial vulnerabilidad, necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, preparación del tránsito a la edad adulta) respetando las debidas garantías del proceso (derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, intervención en el proceso de profesionales cualificados, existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada).

Por tanto, la nueva redacción del artículo 2 concuerda con la base filosófica de la Convención de los Derechos del Niño que posiciona a los menores como sujetos de derechos y destinatarios de normas, llamados a participar en los procesos de determinación de su interés superior y de adopción de todas aquellas decisiones que les afecten.

2.1.2 EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO

El derecho del menor a ser oído y escuchado es un derecho fundamental recogido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual dispone que: “los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” Dicho artículo añade que: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

En el Proyecto de ley orgánica se desarrolla, de forma más detallada que en las anteriores disposiciones normativas, este derecho fundamental con los criterios recogidos en la Observación General número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado¹⁵.

¹⁵ Vid. Observación General núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Disponible en: <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf> [28/4/2015]

A) Criterios interpretativos del derecho del menor a ser oído y escuchado

En términos de la Observación General número 12, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado este derecho como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

Además la Observación insta a los Estados partes a “alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado”. Asimismo, añade que “las opiniones expresadas por los niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”. El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de los procesos de participación, caracterizados por el intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas concernientes a la vida de los niños.

La Observación realiza por un lado, un análisis jurídico y por otro, un análisis literal del artículo 12 de la Convención. En atención al análisis jurídico, se establece el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su correspondiente sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente. No obstante, conviene tener en cuenta que el niño tiene derecho a no ejercer ese derecho, puesto que para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación.

En atención al análisis literal del artículo 12 se detalla cada término empleado en dicha disposición. En lo relativo al párrafo 1 de ese artículo se manifiesta lo siguiente:

a) “garantizarán”, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños;

b) “que estén en condiciones de formarse un juicio propio”, debiendo dichos Estados partes dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas;

c) “el derecho a expresar su opinión libremente” libremente, significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado;

d) “en todos los asuntos que afecten al niño”, éste debe ser escuchado si el asunto afecta al niño, considerándose preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto a ese asunto;

e) “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener en cuenta sus opiniones o para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso.

No basta con escuchar al niño, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio. Además, es importante tener en cuenta que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por este motivo las opiniones del niño tienen que evaluarse caso por caso.

Para concluir la cuestión sobre la interpretación de este artículo 12 hay que destacar que no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y el Comité desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

La Observación General número 12 concluye estableciendo que el derecho del niño a ser escuchado es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. Para dar cumplimiento a tal derecho, resulta necesario estimular la creación de entornos en los que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad.

B) Regulación del derecho del menor a ser oído y escuchado en el Proyecto de ley orgánica

En virtud de los criterios interpretativos expuestos en la Observación General número 12 del Comité, se pretende modificar el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El Proyecto dispone que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, aunque sus opiniones deban ser valoradas en función de su edad y madurez. Este derecho fundamental se regula en concordancia con la determinación del interés superior del menor. Para que el menor pueda ejercitarlo debidamente, deberá ser informado en un lenguaje comprensible, accesible y adaptado a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizará de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales cualificados, informándole tanto de lo que se le pregunta como las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe como representante. El legislador impone un límite de edad, al contrario de lo que recomienda el Comité, considerando en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores, la resolución será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión.

Ahora bien, el nuevo artículo 9 dispone que este derecho del menor a ser oído implicará necesariamente que sea escuchado. El Consejo Fiscal en su Informe del año 2014 relativo al Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de

Protección a la Infancia¹⁶ manifiesta que su interpretación puede llevar a la citación automática del menor para darle audiencia en todos los procesos matrimoniales y esto es desaconsejable, ya que en numerosos supuestos los progenitores están de acuerdo y pactan un régimen adecuado, resultando preferible mantener a los menores al margen del proceso, al no existir intereses en conflicto, siempre y cuando se determinen las soluciones en interés superior del menor.

2.1.3 DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES

El nacimiento determina la personalidad, lo cual conlleva a que el ordenamiento jurídico español reconozca a todas las personas capacidad jurídica, o lo que es lo mismo, capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones. Por tanto, los menores son un colectivo dotado de derechos, pero como ciudadanos que son, también de obligaciones. Parece adecuado fijar junto al catálogo de derechos que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor reconoce a los menores¹⁷, un catálogo de deberes, fomentando la asunción de responsabilidades en los mismos, aspecto éste esencial en su proceso de maduración y socialización. Para ello, el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia modifica la rúbrica del Título I de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y queda redactada como sigue: “De los derechos y deberes de los menores”. En este Título I además de ampliarse los derechos ya incluidos en la legislación vigente, se introduce un nuevo capítulo III en el Título I con la rúbrica de “Deberes de los menores”, en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, en el que desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan, y por lo tanto, no son sólo titulares de derechos sino también de deberes¹⁸.

En cuanto a los derechos, el Proyecto de ley modifica la redacción de algunos artículos relativos a derechos establecidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del

¹⁶ Vid. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia de 11 de julio de 2014. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20INFORME%20CF%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PROTECCI%C3%93N%20INFANCIA%20DEFINITIVO.pdf?i dFile=e3b8bfd4-af51-4f00-a373-0089dabdbfb9 [24/04/15]

¹⁷ La legislación vigente de Protección Jurídica del Menor regula en el Capítulo II del Título I los derechos de los menores, reconociéndoles así el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el derecho a la información, la libertad ideológica y de expresión, el derecho de participación, asociación y reunión y el derecho a ser oído.

¹⁸ Vid. Preámbulo del Proyecto de Ley de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 27 de febrero de 2015. (p.3)

Menor que sufren cambios sustanciales derivados de la ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la necesidad de adaptar la regulación en consecuencia. Se introduce una mención expresa a la alfabetización digital y mediática, como herramienta imprescindible para que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación¹⁹. Por su parte, las Administraciones Públicas deberán incentivar la producción y difusión de materiales destinados a menores y al mismo tiempo facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información. Además, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y eviten imágenes de violencia o que reflejen un trato degradante o sexista o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En atención a la mencionada Convención de los derechos de las personas con discapacidad, se garantizará el derecho a la accesibilidad de los menores con discapacidad a dichos servicios de información y se fomentará el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para dichos menores.

Los menores extranjeros que se encuentren en España, tendrán derecho a la educación, así como a la asistencia sanitaria y servicios y prestaciones básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles y englobará a todos ellos, no sólo a aquellos menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Entidad pública competente como establece la legislación estatal de protección jurídica del menor vigente en España.

Por último, en relación a los derechos de la infancia y la adolescencia que garantiza el Proyecto de ley, se establece expresamente que los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa. Estos derechos enunciados se instrumentalizarán mediante la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones de infancia y adolescencia. Lo mismo sucederá con los menores con discapacidad, a los que se les garantizará la plena accesibilidad a los entornos donde desarrollen su vida social, cultural, artística y recreativa.

¹⁹ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.3)

En cuanto a los deberes, se introduce en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor un capítulo III en el Título I con la rúbrica de “Deberes de los menores”, integrado por cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular. Así, los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en los distintos ámbitos mencionados anteriormente.

Entre los deberes relativos al ámbito familiar cabe destacar la participación en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos, así como a otros familiares. En el ámbito escolar, los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos y finalmente en el ámbito social deberán respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven.

Resulta necesario establecer esta correlación entre los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes para hacer llegar a este colectivo de que además de conocer los derechos que les asisten, deben conocer también sus deberes, lo cual contribuirá a que adquieran independencia y responsabilidad.

2.1.4 DERECHO DEL MENOR A SOLICITAR ASISTENCIA LEGAL

Se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo un nuevo párrafo e) en el apartado 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en el que se establece la posibilidad de que los menores soliciten asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. El citado Informe del Consejo Fiscal considera que dicha disposición “puede crear espacios de inseguridad jurídica”. Además, pone de manifiesto que no concreta cuestiones tales como cuál es el papel de los representantes legales o quién se hará cargo de los honorarios de los abogados. Resulta contradictorio que en la disposición final décima del Proyecto de ley orgánica se expone que las medidas incluidas en dicha norma no pueden suponer incremento del gasto público, pero la realidad es que si a los menores se les reconoce el derecho a solicitar asistencia legal, resulta claro que se generarán gastos a cargo de las Administraciones Públicas.

2.1.5 PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Se pretende reformar el artículo 11 para introducir como principios rectores de la actuación administrativa la supremacía del interés superior del menor, el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea inconveniente para su interés, el carácter educativo de todas las medidas que se adopten, la objetividad, la imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora y la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los menores con discapacidad, entre otros principios que señala el Proyecto de ley²⁰. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, disponiendo de programas y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes estando en acogimiento alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección, con especial atención a los que presenten discapacidad.

2.1.6 DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

En el artículo 13 se incorporan dos nuevos apartados (cuarto y quinto) en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores. Así, en el apartado cuarto, se establece el deber que tienen todas las personas que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos o de explotación infantil, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En el apartado quinto, se establece, además, como requisito para poder acceder y ejercer una profesión o actividad que implique contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación infantil. Se da cumplimiento así a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual de 2007 y a la Directiva del Parlamento Europeo relativa a

²⁰ Como principios de la actuación administrativa también se constituyen, en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la integración familiar y social, la prevención y detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal, la sensibilización de la población ante situaciones de desprotección, la promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social y la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos, la explotación, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia en el ámbito familiar, educativo, sanitario o social, la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso.

la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil²¹.

2.1.7 LA GUARDA PROVISIONAL

En el artículo 14 se regula la institución de la guarda provisional dentro de las medidas de atención inmediata que posteriormente se desarrollará en el artículo 172 del Código Civil. Así, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las pruebas oportunas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

2.1.8 LA SITUACIÓN DE RIESGO Y LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

Las Administraciones Públicas deberán velar porque la familia cumpla debidamente sus funciones legales de asistencia de los menores, inherentes al ejercicio de la patria potestad o la tutela civil. En el caso de que exista una falta o un incumplimiento de estos deberes legales de protección, las Administraciones Públicas competentes deberán garantizar a los menores el derecho a recibir la asistencia necesaria a través de las instituciones jurídico-públicas de protección legalmente previstas. Así, la Entidad Pública competente deberá intervenir siempre que conozca una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, adoptando las medidas de protección necesarias.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la actuación administrativa protectora tiene por un lado, un carácter gradual o progresivo y el alcance e intensidad de las medidas de protección está condicionado por el grado de desatención que padezca el menor, y por otro, tiene un carácter flexible, lo que supone que las medidas de protección deberán adecuarse en cada momento a la cambiante situación del menor y de su entorno socio-familiar. A tal efecto, se distinguen principalmente dos grados de actuación administrativa protectora: menores en situación de riesgo y menores en situación de desamparo. A cada una de estas situaciones le corresponde un tipo de intervención administrativa, de diferente alcance e intensidad, que se articula a través de unas concretas vías e instrumentos jurídicos de protección.

²¹ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.4)

Sin embargo, no todos los ordenamientos autonómicos han previsto y regulado con la misma claridad cada uno de los ámbitos de intervención administrativa protectora. La razón de esta desigual delimitación legal de los grados de desprotección de los menores y la correlativa actuación pública, se explica por el distinto título competencial que pone en marcha la regulación de unas y otras situaciones. Esto deriva en un cierto abuso de la tutela administrativa al reconducirse la mayor parte de las situaciones de desprotección al “desamparo” y en el consiguiente menoscabo del principio de subsidiariedad progresiva de la actuación de las Administraciones Públicas en relación con las obligaciones legales inherentes a la patria potestad o tutela civil²².

Las vías legales a través de las cuales las Administraciones Públicas deben colaborar con la familia y velar por el cumplimiento de las funciones legales de protección de los menores, y en particular la atención de los menores en situación de riesgo, han sido reguladas por los distintos legisladores al amparo del título competencial de la asistencia social, servicios sociales, o protección y tutela de menores. Estas competencias han sido asumidas por las diferentes Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, de forma que la regulación de estas materias, aunque es similar, no es homogénea en cada una de las Comunidades Autónomas. En el caso de la actuación administrativa ante situaciones de riesgo con el deseo de extender la protección a todos los menores con independencia del lugar en que se encuentren, el legislador procedió a contemplar la intervención administrativa en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en sus artículos 12 y 17. Sin embargo, no ha delimitado claramente cada una de las referidas situaciones en que pueden encontrarse los menores y que comporta un distinto grado de intervención de las Administraciones Públicas. Por su parte, las Comunidades Autónomas no siempre han procedido a regular y delimitar, con la claridad deseable, los distintos grados de

²² En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002 en contra del abuso de la tutela administrativa propone la interpretación restrictiva de la declaración de desamparo al exponer en su fundamento jurídico segundo lo siguiente: “Se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales”.

intervención administrativa ante situaciones de desprotección que tienen diferente alcance²³.

Dada la problemática, el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia pretende establecer esa necesaria diferencia entre los grados y el alcance de la intervención administrativa y homogeneizar los distintos criterios utilizados en cada situación de desprotección. En relación a esta materia, se modifican tres artículos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Se trata del artículo 12, donde se recogen los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia, del artículo 17 relativo a las “Actuaciones en situación de riesgo” y del artículo 18 referente a las “Actuaciones en situación de desamparo”. Pero antes de ahondar en el análisis de dichas modificaciones conviene examinar las delimitaciones entre una y otra situación para comprender mejor la reforma.

A) Comparativa entre la protección pública de los menores en situación de riesgo y en situación de desamparo

Los menores padecen una situación de riesgo cuando su desarrollo personal o social se ve perjudicado por diferentes condiciones personales, familiares o sociales, y sin embargo, no concurren las circunstancias que permitirían calificar esta situación como desamparo. En situación de riesgo, el menoscabo que padece el menor no tiene la gravedad o intensidad requerida para proceder a la declaración administrativa de desamparo y, por tanto, para la asunción de tutela administrativa y la consiguiente suspensión de la patria potestad²⁴. Además, debe tenerse en cuenta que la intervención administrativa en situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno socio-familiar

²³Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2006. (pp. 135-146)

²⁴ En los términos expresados en el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002 se declara que “en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal o social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia, conforme establece el artículo 17 de la LO 1/1996. Esta distinción entre desamparo y riesgo fue introducida por la Ley 1/96 y se enmarca, tanto dentro de la propia actuación de los poderes públicos en beneficio del menor, como en el ámbito de sus facultades para velar por la protección de su familia de origen”.

del menor. En cambio, las medidas de protección en el ámbito del desamparo implican la separación del menor de su familia.

Los Tribunales han ido proclamando de forma reiterada la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto de desamparo, así como el carácter gradual de la actuación administrativa en función de la gravedad que padezca el menor. Así, la intervención protectora ante situaciones de riesgo se dirige, precisamente, a prevenir el desamparo y a hacer innecesaria la adopción por la Administración de medidas de protección que suponen la separación del menor de su núcleo familiar. Esta línea interpretativa fijada por los Tribunales fue seguida por algunas Comunidades Autónomas, de forma que en el momento de dictar las leyes sobre protección de menores, contemplaron expresamente la situación de riesgo y las correspondientes medidas de protección y distinguieron este ámbito de la situación de desamparo. Es el caso del Principado de Asturias, cuya Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección de menores, en su artículo 15, bajo el título de “Actuaciones preventivas” otorga carácter prioritario en materia de protección de menores a la prevención de las situaciones de desprotección con el fin de disminuir los factores de riesgo de marginación y evitar así repercusiones en el desarrollo del menor y garantizar los derechos que le asisten.

Ahora bien, debe advertirse que la situación de riesgo como ámbito de actuación administrativa protectora no ha sido regulada por todos los legisladores autonómicos y no han delimitado la situación de desamparo con la claridad deseable. La falta de una clara delimitación entre situaciones de riesgo y desamparo y las consiguientes medidas administrativas de protección en uno y otro ámbito, pueden conducir a un cierto abuso de la tutela administrativa, tal y como se anunciaba anteriormente. Esto puede suponer por una parte, la lesión o menoscabo del derecho del menor a vivir y relacionarse con su familia, y por otra, la vulneración del principio de subsidiariedad progresiva de la intervención administrativa respecto de las obligaciones familiares²⁵.

B) Regulación específica de la situación de riesgo y de la situación de desamparo en el Proyecto de Ley

Para intentar paliar la situación descrita anteriormente, el Proyecto de ley desarrolla integralmente estas dos situaciones que puede sufrir la infancia y la adolescencia de manera que las actuaciones propias de cada ámbito se efectúen de la

²⁵ Op. Cit. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. (pp. 135-146)

forma más homogénea posible y se ofrezca así una protección uniforme en todo el territorio nacional. Así, el Proyecto de ley garantiza la protección de los menores llevada a cabo por los poderes públicos mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

Para ello, se pretende modificar el artículo 12 y en él se recogen los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia señalando que se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas. Estos principios ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010. Además en este artículo 12 se recoge la obligación de las Entidades Públicas de revisar en plazos concretos las medidas de protección adoptadas. De esta forma, se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección no permanente que se adopte. Respecto de los menores de tres años, la medida se revisará cada tres meses, y respecto de los mayores de tres cada seis. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses, y a partir del segundo año cada doce.

En relación con la situación de riesgo, y mediante la reforma del artículo 17, se desarrolla de forma integral esta figura y su procedimiento, cuestiones que no estaban reguladas a nivel estatal. Se considerará situación de riesgo aquella en la que a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares o sociales, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar o social, de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría su declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, resulte precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades e inadaptación que le afecten y evitar su desamparo, sin tener que ser separado de su entorno familiar.

Se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La intervención de la Administración se orientará a disminuir los indicadores de riesgos y a promover las medidas de protección del menor y su preservación familiar.

La valoración de la situación de riesgo conllevará a la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención socio-familiar que recogerá las actuaciones y recursos que se prevean y deberá ser consensuado con los progenitores u otros representantes legales, y con el menor, si tiene suficiente madurez, y en todo caso a partir de los doce años. En caso de que se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo.

Se otorgará además una especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos se entenderá por situación de riesgo prenatal cualquier acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, psíquicas o sensoriales al recién nacido. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección. También la negativa de los progenitores u otros representantes legales a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida e integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo.

En relación a la situación de desamparo, se modifica el artículo 18 y se completa la definición de la misma regulada en el artículo 172 del Código Civil. De acuerdo con dicha disposición, se considerará 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. Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, al igual que sucedía en el caso anterior, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias hayan cambiado de forma evidente.

Se determinan por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que motivan la declaración de desamparo, lo cual hasta ahora, solamente se había regulado en la legislación autonómica. Por tanto, se entenderá que existe una

situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias que alcancen la suficiente gravedad y supongan una amenaza para la integridad física o psíquica del menor:

a) El abandono del menor, porque falten las personas para ejercer la guarda o no quieran o puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria.

b) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor (malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias o de salud).

c) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad (maltrato emocional continuado o falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas).

d) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno familiar.

e) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución.

f) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor.

Con las modificaciones descritas de las disposiciones relativas a la situación de riesgo y de desamparo, al delimitar el ámbito de la actuación administrativa en uno y otro caso, se intenta dotar de efectividad al sistema de protección, a fin de reducir por un lado, el abuso de la tutela administrativa y de garantizar al menor el derecho a no ser separado de su familia y por otro, dar un efectivo cumplimiento al principio de subsidiariedad progresiva de la intervención administrativa respecto de las obligaciones familiares.

2.1.9 GUARDA DE MENORES

Se pretende modificar el artículo 19 relativo a la guarda de menores, en el que se establece la duración máxima de dos años de la guarda de menores solicitada por los progenitores, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo. De esta manera, se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los

padres ceden el cuidado de sus hijos a las administraciones públicas. Resulta además acertado, incluir en este artículo en su apartado 2, el compromiso de la familia de someterse a la intervención profesional, según el caso, para que con ayuda de los medios que pone la Entidad Pública a su disposición, los menores puedan retornar a su familia de origen.

2.1.10 EL ACOGIMIENTO FAMILIAR Y EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL

El acogimiento tiene su origen en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Posteriormente, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor amplió su regulación modificando algunos artículos del Código Civil, como el artículo 173 (al que dio su actual regulación) e incluyendo un nuevo precepto, el artículo 173 bis. Estos preceptos se ubican tras el 172, en el que se regula la situación de desamparo del menor, la tutela y la guarda administrativa. El acogimiento se presenta en los dos artículos siguientes como la lógica continuación de lo regulado previamente: como el modo de ejercer la guarda de la Administración. Los artículos 173 y 173 bis regulan el acogimiento pero no dan un concepto del mismo. Su definición es complicada pero una posible aproximación a la misma sería que se trata de una medida de protección a la infancia y a la adolescencia consistente en la forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar de origen. Además, el acogimiento atiende a situaciones jurídicas muy variadas que obedecen a diferentes clasificaciones. 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 preadoptivo y según su constitución, podrá ser administrativo, judicial o convencional, siendo éste último el que se constituye sin previa tutela o guarda administrativa²⁶.

Ahora bien, tanto los artículos incluidos en el Código Civil que regulan la tutela y la guarda administrativa y los acogimientos, como las disposiciones incluidas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que se encargan de dicha materia se verán ampliadas y modificadas por el Proyecto de ley, y dichas reformas serán estudiadas en los apartados correspondientes del presente trabajo. En el primer caso, con las reformas introducidas en el Código Civil, que serán analizadas en el apartado de las “Reformas del sistema de protección relativas a la guarda, al acogimiento y a la

²⁶ Vid. PADIAL ALBÁS, Adoración M. (Coord). *El acogimiento y otras formas de protección de la infancia y la adolescencia desamparada*. Edicions de la Universitat de Lleida, 2012. (pp .91-101)

adopción) y en el segundo caso, a continuación, al hablar de la regulación específica del acogimiento familiar y residencial en el Proyecto de ley. Conviene, antes de adentrarse en dicha regulación, señalar brevemente en qué consisten las dos grandes clases de acogimientos, el acogimiento familiar y el acogimiento residencial, con el fin de comprender mejor las modificaciones propuestas por el Proyecto.

A) Situación actual del acogimiento familiar

El acogimiento familiar es aquella medida de protección por la que se otorga la guarda de un menor a una persona o familia que asume las obligaciones señaladas expresamente en el artículo 173 del Código Civil²⁷, siempre que no fuese posible la permanencia del menor en su propia familia de origen. En el Principado de Asturias los acogimientos familiares y las adopciones se regulan según el Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores, modificado por el Decreto 14/2010 de 3 de febrero. El artículo 1.2 del mencionado decreto establece las distintas modalidades del acogimiento familiar pudiendo ser: simple, de carácter transitorio, cuya finalidad es proporcionar protección al menor mientras se resuelve la situación provisional en la que se encuentra, bien porque se reinserta en su familia o bien porque se adopte una medida de carácter estable que previamente no era posible; permanente, constituido en los supuestos en los que resulte imposible la re inserción del menor a su familia de origen y no pueda o no resulte aconsejable la adopción; y por último, preadoptivo, desarrollado por una previsible familia adoptiva y previo a la constitución de la adopción.

En atención a las circunstancias de la familia acogedora, esta modalidad de acogimiento se podrá llevar a cabo en la familia extensa del menor o en familia ajena. La legislación en materia de acogimientos establece la preferencia por el acogimiento en familia extensa, siempre que se den las circunstancias adecuadas para ello. Se entiende por familia extensa, aquella en que existe una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad entre el niño o el adolescente y la persona acogedora, o uno de los miembros de la familia acogedora. También se consideran familia extensa los convivientes con el menor los últimos dos años. Sin embargo, el acogimiento en familia

²⁷ El artículo 173.1 del Código Civil dispone que: “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional.”

extensa no siempre es posible, ni deseable para el menor, por lo que se hace necesaria una evaluación o estudio de cada situación para poder discernir cual será la mejor opción²⁸.

B) Regulación específica del acogimiento familiar en el Proyecto de ley

Se pretende modificar el artículo 20 que incluye diversas reformas en relación al acogimiento familiar. Las modalidades de acogimiento establecidas en el Código Civil (art. 173 bis) serán modificadas y podrán ser adaptadas en atención a su duración y objetivos. Dichas modalidades podrán ser:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrán una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción, y equivaldría al acogimiento simple.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores que con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia lo aconsejen.

Además, se establece que el acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa o en familia ajena. En esta última, se incluye como novedad, el acogimiento especializado, el cual se desarrollará en una familia en la que alguno de los miembros disponga de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades especiales, con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral.

El acogimiento familiar se formalizará en todo caso por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. De esta manera, se prescinde del acogimiento constituido

²⁸ Op. Cit. PADIAL ALBÁS, Adoración M. (Coord). (pp. 91-101)

judicialmente. Se simplifica así el procedimiento de constitución del acogimiento en atención al principio de celeridad. En este sentido, el Consejo Fiscal en su Informe de 11 de julio de 2014 expone que “la necesidad de instar un proceso judicial para constituir acogimientos era fuente de dilaciones, complicaciones procesales y de duplicidad de procedimientos”.

La resolución de la Entidad Pública se acompañará de un documento anexo que incluirá la identidad de los acogedores y del acogido, los consentimientos y audiencias necesarias, la modalidad del acogimiento y la duración prevista del mismo y los derechos y deberes de cada una de las partes entre otras cuestiones. En relación a estos últimos, se incluye el artículo 20 bis los derechos y deberes de los acogedores familiares, destacándose el derecho a recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como la preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado, el derecho a ser oídos por la Entidad pública antes de que esta adopte cualquier decisión que afecte al menor y el derecho a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, siempre y cuando la Entidad pública entienda que conviene al interés superior del menor y la familia de origen consiente. En cuanto a los deberes, los acogedores deberán velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo, así como asegurar su plena participación en la vida de familia.

C) Situación actual del acogimiento residencial

El acogimiento en un centro es una de las medidas del sistema de protección de la infancia y la adolescencia y también la forma más característica del ejercicio de la guarda por parte de la Administración, cuando se declara la situación de desamparo de un niño o adolescente. El acogimiento en centro consiste en ingresar al menor en un centro público o concertado adecuado a sus características, para que reciba la atención y educación necesarias. En la legislación vigente, el acogimiento residencial se regula en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Esta disposición habla de “servicios especializados”, siendo el Proyecto de ley el que introduce la terminología de “acogimiento residencial”, a fin de equipararla al “acogimiento familiar”.

Los centros ofrecen una atención integral al niño, velando por su salud física, psíquica y moral y en atención a su pleno desarrollo se le diseña un Proyecto Educativo

Individual. En cada uno de los centros el director o directora de los mismos ejerce por delegación las facultades y obligaciones inherentes a la guarda. El acogimiento residencial se constituye como una figura mediante la cual se pueden atender las necesidades del niño y del adolescente en aquellos casos en que la familia no puede y no está capacitada para hacerlo, o cuando es necesario protegerles frente al abandono o maltrato o cuando esté en peligro su integridad física, psíquica o moral.

En el caso del Principado de Asturias los centros de atención a la infancia y la adolescencia dependen de la Sección de Centros de Menores del Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia dependiente de la Consejería de Bienestar Social y pueden ser públicos, cuando dependen directamente de esta Administración, o concertados, cuando se ha cedido su gestión a una entidad colaboradora.

En definitiva, los centros son lugares donde los menores pueden sentirse acogidos y seguros, donde se potencie el desarrollo de su proceso evolutivo, tendiendo a su autonomía e integración social y donde reciban la educación integral y compensadora que responda a sus necesidades y carencias, sin perjuicio de que mantengan contacto con su familia y el entorno social de origen, siempre y cuando sea conveniente²⁹.

D) Regulación específica del acogimiento residencial en el Proyecto de Ley

Al igual que sucede con la regulación del acogimiento familiar con el Proyecto de Ley se amplía de manera que queden regulados con la misma estructura, estableciendo en qué consiste el acogimiento familiar y residencial (art. 20 y art. 21 respectivamente) y garantizando por un lado, los derechos y deberes de los acogedores familiares (art. 20 bis) y por otro, los derechos de los menores acogidos (art. 21 bis).

El Proyecto de ley pretende modificar el artículo 21 a fin de dotar de una regulación más específica al acogimiento residencial. En dicho artículo se establecen las distintas obligaciones que deben asumir las Entidades públicas y los servicios y centros donde se encuentren alojados los menores, entre los cuales cabe destacar: el aseguramiento de la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores, el desarrollo de un plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso y la promoción de las salidas de los menores en fines de semana

²⁹ Op. Cit. PADIAL ALBÁS, Adoración M. (Coord). (pp.91-101)

y períodos vacacionales con sus familias de origen, y cuando ello no fuese posible con familias alternativas.

La Entidad pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial. Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida del acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente, para menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, para adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Con carácter general, el acogimiento residencial de menores de seis años no tendrá una duración superior a tres meses. La Administración pública competente podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, y en los casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, siendo comunicadas a los tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal.

El artículo 21 bis recoge los derechos de los menores acogidos con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentren, regulándose por separado de manera específica los derechos de los menores en los supuestos de acogimiento familiar (art. 21.1 bis), lo que resultaría más adecuado que éstos quedaran regulados en el artículo 20 bis, a fin de que todo lo relativo al acogimiento familiar quedara regulado en la misma disposición. Entre los derechos de los menores acogidos cabe destacar el derecho a ser oído y en su caso ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, ser beneficiario del derecho de asistencia jurídica cuando se encuentre en situación de desamparo, la posibilidad de dirigirse directamente a la Entidad pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento residencial, relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas y comunicación establecido por la Entidad pública y recibir la información, los servicios y apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad.

2.1.11 OTRAS REFORMAS QUE SE PROPONEN INTRODUCIR EN LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

En la legislación vigente, la Ley Orgánica 1/1996 establece en el artículo 22 el deber que tiene la Entidad Pública de proporcionar información a los familiares sobre los menores que tenga bajo su guarda o tutela. El Proyecto de ley añade a dicho artículo otras cuatro disposiciones más correspondientes a los artículos 22 bis, 22 ter, 22 quater y 22 quinquies.

En el primero de estos artículos se recoge la obligación de la Administración de ofrecer programas de preparación para la vida independiente dirigidos a los jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad desde los dieciséis años. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas.

El segundo artículo establece la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado que permitirá el conocimiento y el seguimiento de la situación de la protección de la infancia y la adolescencia en España, no sólo a efectos estadísticos sino también de seguimiento concreto de las medidas de protección adoptadas respecto de cada menor, así como las personas que se ofrecen para el acogimiento y la adopción.

El tercer artículo introduce normas que regulan el tratamiento de datos de carácter personal de los menores atendiendo a su interés superior³⁰ y el cuarto y último, establece la obligación de valorar el impacto en la infancia y la adolescencia en todos los proyectos normativos como se comentó anteriormente en el apartado del “Interés superior del menor” al hacer referencia a la guía para evaluar el interés superior del menor realizada por el Observatorio de la Infancia de Asturias.

En relación a las reformas introducidas por el Proyecto de ley en lo relativo a la adopción de menores, se modifica el artículo 24 y se establece que “la adopción nacional e internacional se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable”. En cuanto a la adopción nacional, las modificaciones que se proponen en este ámbito

³⁰ El artículo 22 quater establece que: “las Administraciones Públicas competentes podrán proceder a la recogida y tratamiento de los datos que resulten necesarios para valorar la situación del menor, incluyendo tanto los relativos al mismo como los relacionados con su entorno familiar o social”.

corresponden a las reformas del Código Civil que comprenden los artículos 175 a 180 y en cuanto a la adopción internacional, las modificaciones se proponen en las reformas de la Ley de Adopción Internacional, que serán analizadas posteriormente en sus respectivos apartados.

2.1.12 CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA

Para finalizar con las reformas que pretende operar el Proyecto de ley en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se hará a continuación una exhaustiva referencia a la regulación específica de los centros de protección de menores con problemas de conducta. Antes de ahondar en esta regulación incluida en el Proyecto conviene señalar, en primer lugar, la justificación de la reforma, y en segundo lugar, de forma complementaria, la descripción del centro de menores que en el Principado de Asturias realiza una gran labor con los menores que presentan problemas de conducta y es la Casa Juvenil Miraflores, situada en Noreña, que de acuerdo a la nueva regulación deberá adaptar su normativa a la misma si el Proyecto de ley orgánica entrara en vigor.

El paso de la LO 4/1992³¹ (vigente hasta 2001) a la LO 5/2000³² dejó un tramo de edad entre los 12 y los 14 años en el que las conductas que conforme a la Ley 4/92 se consideraban delictivas y sujetas a medidas educativas, pasaron a considerarse conductas problemáticas reguladas por el sistema de protección. Para reconducir y abordar estas conductas, cada Comunidad Autónoma elaboró su propio marco legal, en virtud de la competencia exclusiva reconocida en materia de protección de menores en la Constitución, por el que se acordó la creación de centros de contención, centros terapéuticos, etc. La diversidad de recursos de alojamiento que se fueron creando en cada Comunidad Autónoma, sin un criterio uniforme, dificultó enormemente la identificación y caracterización de este tipo de recursos.

Ante este panorama generalizado, en el año 2009 se publica un informe del Defensor del Pueblo sobre los “Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social”³³, en el cual se concluye, tras el análisis y

³¹ Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (vigente hasta el 13 de enero de 2001)

³² Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

³³ Vid. Informe del Defensor del Pueblo sobre “Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social” del año 2009. Disponible en:

estudio de la situación de la regulación de los centros de menores con problemas de conducta en cada Comunidad Autónoma, que el desarrollo del marco normativo autonómico no ha logrado en todos los casos el fin perseguido. Además, pone de relieve que la mayor parte de las Entidades Públicas de protección disponen de centros en su Comunidad Autónoma para atender a menores con trastornos de conductas, pero existen otras que demandan la necesidad de crear centros con estas características. Dada la situación tan heterogénea, al no existir un criterio unánime en cuanto a las necesidades de los menores que han de satisfacer estos centros, resulta necesaria la incorporación en la legislación estatal de un criterio uniforme para la regulación específica de centros de protección para menores con problemas de conducta. Ésta se introduce con el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incluye un nuevo capítulo IV del título II de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Se regula así el ingreso de menores en estos centros mediante autorización judicial, en los que, como último recurso está prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, lo cual exige una normativa uniforme en la que se determinen los límites de la intervención.

A) Centros de menores con problemas de conducta en el Principado de Asturias. Casa Juvenil Miraflores

El Principado de Asturias no cuenta con ningún centro de características terapéuticas en el que pudieran aplicarse programas de salud mental y desintoxicación por consumo de estupefacientes. Los menores con problemas de conducta que estén tutelados por la Consejería de Bienestar Social como Entidad Pública competente en materia de protección de menores, pueden tener o no problemas de salud mental y en atención a la complejidad y necesidades que presentan estos menores pueden ingresar en la Unidad de Régimen Especial, regulada a partir del Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen interior de los centros de alojamiento de menores. En el caso de que los menores presenten problemas de salud mental serán tratados en los diferentes centros públicos de salud mental de Asturias. Además, no existe ningún acuerdo o convenio con otra Comunidad Autónoma para el ingreso de estos menores en centros especializados.

Este recurso de alojamiento de régimen especial es el centro de menores “Miraflores”, situado en Noreña, dependiente del Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia, de la Consejería de Bienestar Social, el cual inicia la atención a adolescentes con problemas de conducta en septiembre del 2003. Se constituye como “un recurso de alojamiento orientado a dar respuesta protectora a menores, sobre todo a preadolescentes y adolescentes que han desarrollado sin referencias adultas estables, con afecto intermitente y de expresión inadecuada, sin normas reguladoras de su comportamiento, con hábitos muy poco saludables para su propio cuidado y sin haber experimentado a lo largo de su vida en el ejercicio progresivo de autonomía y responsabilidad correspondiente a su edad y a sus capacidades”³⁴, cuyo fin es “hacer viable la intervención educativa dirigida a la autonomía personal e inserción social y familiar”³⁵ de menores que han cumplido doce años y cuya conducta disruptiva los lleva a poner en serio riesgo su desarrollo integral o su salud.

El centro dispone de 17 plazas más una de urgencia y se dirige a población de 12 a 18 años que precisa de unas condiciones de crianza y patrones educativos que garanticen la contención de determinadas conductas lesivas. Asimismo, el centro ha de cumplir la función de educar en el control de la propia conducta, impidiendo los comportamientos agresivos de los menores a través de la contención de conductas violentas, para lo cual dispone de medidas de seguridad. La población objetivo son menores con medida de protección que presenten respuestas agresivas, problemas de conducta, comportamientos que no se ajustan a los patrones sociales normativos que resultan perjudiciales al menor y/o a otras personas o que incumplen grave y/o reiteradamente las normas básicas de convivencia. El centro no aborda tratamientos de desintoxicación, ni cumplimiento de medidas de internamiento impuestas por el Juzgado de Menores. La propuesta de ingreso estará motivada mediante resolución administrativa y será estudiada por la Comisión de Valoración, compuesta por personal de la Sección de Centros, de la Casa Juvenil de Miraflores y del centro de procedencia del menor, quienes decidirán sobre el caso.

El Decreto 48/2003, mencionado anteriormente, da cobertura a las actuaciones protectoras para preadolescentes y adolescentes cuyo comportamiento conflictivo y

³⁴Vid. Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los centros de alojamientos de menores.

³⁵Op. Cit. Decreto 48/2003, de 5 de junio

desadaptado pone en riesgo su salud y su vida, abriendo la vía a la creación de recursos adecuados a las necesidades. En su Capítulo II referente a las “Disposiciones relativas a las unidades de régimen especial” prevé distintas medidas de seguridad como las restricciones a la libertad personal de los menores alojados en unidades de régimen especial (artículo 12) y las correcciones a los menores alojados en unidades de régimen especial (artículo 13). En este sentido, se permite la contención y la separación del grupo por el tiempo estrictamente indispensable, que supone una medida de ingreso en una habitación de seguridad y se aplicará cuando exista situación de riesgo físico para el menor u otras personas, y éste no asuma las consecuencias educativas de los actos que cometió. La permanencia en dicho espacio será el último recurso, y su duración la imprescindible.

La experiencia indica que el centro de Miraflores es un recurso adecuado para el trabajo socioeducativo con adolescentes, entre otras cosas, por la importancia del grupo de iguales como factor de sociabilización. Cuando las conductas de los menores implican riesgos, se precisan medidas de seguridad para poder afrontar el trabajo educativo y ejercer adecuadamente la protección. Sin embargo, los profesionales de centros que se encargan del trabajo con menores consideran que “a partir de los recursos existentes, es posible llevar a cabo una intervención socioeducativa dentro de los parámetros de calidad, aunque, dadas las dificultades de diseñar un modelo de centro óptimo para abordar el trabajo con menores de las características descritas”³⁶ se hace necesario regular la problemática que conlleva establecer las particularidades de los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, siendo este contexto el que motiva al prelegislador a impulsar la regulación de estos centros.

B) Regulación específica de los centros específicos de menores con problemas de conducta en el Proyecto de Ley

Con el fin de solventar o reducir en lo posible las dificultades que suscita la práctica en materia de protección de menores con problemas de conducta, se introduce, como ya se anunciaba anteriormente, un nuevo capítulo IV del título II de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que comprende los artículos 25 a 35, ambos inclusive. En dichos artículos se regulan estos centros de protección específicos, los

³⁶Vid. Proyecto de Centro de la Casa Juvenil Miraflores. Unidad de Régimen Especial. Consejería de Bienestar Social y Vivienda. Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia. Abril 2005 (p. 45)

cuales tendrán en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública. Es el caso de los menores que ingresan en los centros de régimen especial, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar y graves dificultades planteadas por las familias para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias y requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles para la normalización de su conducta y el libre desarrollo de su personalidad.

En el Proyecto de ley orgánica se regulan distintos aspectos relativos al acogimiento y el ingreso en centros de protección de menores con problemas de conducta; las medidas de seguridad a adoptar de contención, el aislamiento del menor y los registros personales y materiales; el régimen disciplinario seguido por dichos centros; la supervisión y el control a realizar de la medida de ingreso del menor en el centro de protección específico; la administración de medicamentos al menor cuando sea necesario para su salud; y por último, el régimen de visitas, de permisos de salida y de comunicaciones del menor.

Con respecto al acogimiento residencial y el ingreso en centros de protección específicos, se establece que se someterán a las disposiciones previstas en este nuevo capítulo los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de derechos fundamentales, por lo que cabe entender que la Casa Juvenil Miraflores dependiente del Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia en Asturias deberá acogerse a esta regulación si el Proyecto entrara en vigor. El ingreso del menor en estos centros y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo. Para el ingreso del menor en estos centros, tanto la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, como el Ministerio Fiscal, deberán solicitar la autorización judicial, garantizando el derecho del menor a ser oído, y en el caso de la Entidad Pública la solicitud de ingreso se acordará por resolución administrativa que

estará fundamentada en informes psicosociales. Los menores no permanecerán en el centro más del tiempo estrictamente necesario.

En cuanto a las medidas de seguridad a adoptar, si fueran necesarias, podrán consistir en la contención física o mecánica del menor, en su aislamiento o en registros personales y materiales. Estas medidas deberán responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso, aplicándose con la mínima intensidad posible y por el tiempo estrictamente necesario, respetando la dignidad del menor. Corresponde al Director o Directora del centro la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad, que deberán ser motivadas y notificadas a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal y podrán ser recurridas ante el órgano jurisdiccional que autorizó el ingreso. Las medidas de seguridad aplicadas deberán registrarse en el Libro de Registro de Incidencias. Las medidas de contención física sólo podrán consistir en la interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios y movimientos y en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física. La contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o trastorno del menor por otros medios. Deberá realizarse bajo un estricto protocolo y supervisión médica. El aislamiento del menor mediante su permanencia en un espacio adecuado del que se impida su salida solo podrá utilizarse en prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores, a profesionales del centro o a terceros, así como de daños graves a las instalaciones del centro. El aislamiento no podrá exceder de más de seis horas consecutivas sin perjuicio del derecho al descanso del menor. Durante el tiempo que dure dicho aislamiento deberá estar acompañado o supervisado por un educador. En lo relativo a los registros personales y materiales se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos fundamentales de la persona.

Por su parte, el régimen disciplinario llevado a cabo en el centro se fundará siempre en el proyecto socio-educativo del centro y en el individualizado de cada menor, al cual se informará del mismo. Será el último recurso a utilizar, dando prioridad a los sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa. No podrán establecerse restricciones de igual o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La medida de ingreso del menor en el centro de protección específico deberá revisarse al menos

trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias.

Si fuera necesario para su salud se administrarán medicamentos al menor de acuerdo con la praxis profesional sanitaria, respetando las disposiciones sobre consentimiento informado y en los términos previstos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por último, se regula el régimen de visitas, de permisos de salida y de comunicaciones del menor, los cuales sólo podrán ser restringidos o suspendidos por el Director o Directora del centro en interés del menor, de manera motivada, cuando su tratamiento educativo así lo aconseje y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso.

En definitiva, las disposiciones introducidas en el Proyecto de Ley Orgánica ofrecen “una regulación innovadora y decidida, suponen un gran esfuerzo de consulta y consenso en el ámbito inter-autonómico y merecen el máximo apoyo y respaldo, cumpliendo además con las pautas que proporciona la Recomendación (2005)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos de los niños que viven en instituciones residenciales”³⁷. Sin embargo, el Proyecto adolece de la falta de regulación o al menos una referencia general al Proyecto socio-educativo que han de incorporar estos centros, considerándose “un error regular exclusivamente la seguridad y la disciplina de estos centros dejando el resto de las cuestiones a la normativa ordinaria de protección de menores, porque la intervención sobre la problemática integral de los adolescentes con trastornos de conducta requiere un marco jurídico propio en el que se inserte prioritariamente el Proyecto Educativo a desarrollar”³⁸. Precisamente, es en este proyecto socio-educativo del centro y en el proyecto individualizado de cada menor donde se justifican legalmente las especialidades de los centros específicos y las peculiares características y necesidades de los menores que ingresan en los mismos. Por ello, resultaría necesaria, en términos del Informe del Consejo Fiscal, una previsión legal general y de rango estatal de ambos proyectos, el del

³⁷Op. Cit. Informe del Consejo Fiscal

³⁸Op. Cit. Informe del Consejo Fiscal

centro y el individualizado del menor, para garantizar que la intervención realizada con menores con problemas de conducta no se realice al margen del criterio interpretativo del interés superior del menor.

2. 2 REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

Las principales modificaciones del Código Civil están referidas al sistema español de protección de menores. Aunque también se modifican otros aspectos relacionados con esta materia, no son objeto de análisis en el presente trabajo, por lo que el mismo se centrará en las primeras que reforman las disposiciones del Código Civil referidas a la guarda, al acogimiento y a la adopción de menores en el ordenamiento jurídico español.

2.2.1 REFORMAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES RELATIVAS A LA GUARDA, AL ACOGIMIENTO Y A LA ADOPCIÓN

El Proyecto de ley reforma de manera significativa el Capítulo V que lleva por rúbrica “De la adopción y otras formas de protección de menores”. Este capítulo comprende los artículos 172 a 180 y está dividido en dos secciones: la primera corresponde a la guarda y acogimiento de menores y la segunda a la adopción. Todos estos artículos sufren alguna modificación, a excepción del artículo 179, que no sufre ninguna reforma.

A) Disposiciones referentes a la guarda y al acogimiento

En relación al artículo 172 que regula la figura del desamparo, con la nueva reforma, se desdobra en tres artículos al objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (artículo 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis) y de las medidas de la intervención en ambos supuestos (artículo 172 ter) mediante el acogimiento familiar y residencial.

Así, el artículo 172 mantiene la legitimación de los progenitores para promover la revocación de la resolución administrativa de desamparo y para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor durante el plazo de dos años desde la notificación, añadiendo que transcurridos esos dos años únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar las resoluciones que la Entidad Pública

dicte sobre el menor. Además, se señala que durante ese período de dos años si la Entidad Pública lo considera, ponderando la situación, podrá adoptar cualquier medida de protección que considere necesaria, incluida la propuesta de adopción. Cabe decir que la disposición atenta contra la oportunidad que debe darse a los padres de superar las circunstancias que les impidieron ejercer adecuadamente sus deberes en un tiempo razonable, el cual se fija en dos años para que durante este tiempo puedan mejorar su situación. En ese plazo de dos años sería conveniente no adoptar decisiones sobre el menor que impidieran un posible retorno a su familia biológica, como pueden ser las adopciones o los acogimientos, en atención al principio de la actuación administrativa del mantenimiento en la familia de origen del menor.

En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante la resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las pruebas oportunas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Se incluye el artículo 172 bis en estrecha relación con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en relación con la guarda voluntaria, estableciendo que ésta no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales. Transcurrido dicho plazo, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores o ser dictada una nueva medida de protección permanente, en atención a la idea de buscar soluciones permanentes frente a las estables.

Se añade también el artículo 172 ter, que recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial, lo cual resulta beneficioso para los menores al ofrecerles alternativas familiares, especialmente en los casos de menores de corta edad. En ese mismo artículo se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda voluntaria, la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor, lo que no resulta coherente, dada la precariedad que sufren la gran cantidad de familias cuyos hijos se encuentran en el sistema de protección. No obstante, en el Informe del Consejo Fiscal, de 11 de julio de 2014, se expone el hecho de que cada vez se dan más supuestos en los que en el seno de familias estructuradas, con padres con recursos económicos, se producen situaciones de imposibilidad de convivencia que llevan al punto de que los padres o tutores, solicitan de la Entidad Pública competente

que asuma la guarda del menor. En estos casos estaría justificada la previsión establecida en el Proyecto de ley de que los padres contribuyan con la Administración para sufragar los gastos de sus hijos, sobre todo aquellos derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por ellos mismos.

El artículo 173 no sufre apenas modificaciones. Se establece la posibilidad que tienen el menor, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores que no estuvieran privados de la patria potestad o cualquier persona interesada, de solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda, si surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona acogedora. Se añade el artículo 173 bis que redefine las modalidades del acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo, que en definitiva es actualmente una fase del procedimiento de adopción. Los supuestos de esta modalidad de acogimiento quedarán concretados en el acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga, y acogimiento permanente.

Por último, en relación a los artículos del Código Civil referentes al acogimiento y la guarda, se modifica el artículo 174 que encomienda al Ministerio Fiscal como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores y en el desempeño de dicha función podrá recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

B) Disposiciones referentes a la adopción

Pasando ya a los artículos que regulan la adopción, en relación al artículo 175, que establece la capacidad de los adoptantes, se pretende modificar la diferencia de edad mínima que debe existir entre el adoptante y el adoptando, pasando a ser de dieciséis años, frente a los catorce años que exige la legislación actual. En cuanto a la edad mínima del adoptante para poder adoptar sigue siendo veinticinco años, y bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Además, se quiere fijar una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado que no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, introduciéndose una excepción a esta regla en los casos en que los futuros

adoptantes vayan a adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, en los que la diferencia máxima podrá ser superior.

El artículo 176 incorpora una definición de la idoneidad para adoptar a fin de fortalecer la seguridad jurídica, entendiéndose por tal la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública, debiendo ser la declaración de idoneidad previa a la propuesta, en aras también de la seguridad jurídica. Además, se incluye expresamente una previsión en función de la cual no podrán ser declarados idóneos para la adopción los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a la Entidad Pública. Se añade el artículo 176 bis que regula “ex novo” la guarda con fines de adopción. Esta previsión legal permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante este tiempo en un centro de protección o en otra familia. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor.

El artículo 177 señala que en atención a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado por España se establece en este artículo que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días que fija la legislación vigente. De esta forma se da cumplimiento a lo dispuesto en dicho convenio.

El artículo 178 se modifica y se incluye, como una novedad importante, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extinguen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, pueda acordarse el mantenimiento de la relación o contacto a través de visitas y comunicaciones entre el menor y los miembros de la familia de origen que se considere, favoreciéndose especialmente la relación entre hermanos. Para ello, será necesario que en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el Juez, a propuesta de la Entidad Pública, previa

valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de esa Entidad y consentido por la familia adoptiva y el menor, que tenga suficiente madurez y en todo caso, si tuviera más de doce años. Si esta modalidad de adopción no resultara positiva para el menor, el Juez podría acordar su modificación o finalización en atención a su interés superior. La oportunidad de introducir esta figura que podría denominarse como adopción abierta, obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. Se flexibiliza así la institución de la adopción posibilitando que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo la relación con su familia de origen³⁹. No obstante, la adopción abierta presenta algún inconveniente por el hecho de que no todas las personas que se ofrecen para la adopción estarán dispuestas a admitir esta modalidad y manifestarán su derecho a la autonomía y privacidad como el resto de padres, siendo igualmente idóneos para la adopción aunque no admitan la adopción abierta por las peculiaridades que conlleva.

Finalmente, en lo relativo a las disposiciones que modifican la regulación de la adopción, el art. 180 refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, de manera que las Entidades Públicas aseguren la conservación de la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y su familia, y se conservará durante el plazo previsto en el mencionado Convenio Europeo de Adopción de cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.

2.3 REFORMAS DE LA LEY 54/2007, DE 28 DE DICIEMBRE, DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

2.3.1 MECANISMOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE ADOPCIÓN

La adopción ha adquirido en los países desarrollados un alcance casi exclusivamente internacional. Ante esta situación se requieren mecanismos de cooperación internacional que introduzcan un fuerte control de los procedimientos de

³⁹ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.8)

adopción. A esta necesidad responde específicamente el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional. Este Convenio introduce fuertes garantías en los procedimientos de adopción, en consideración con el interés superior del niño y con el reconocimiento de sus derechos fundamentales y desarrolla de forma concreta principios generales establecidos en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁴⁰.

La adopción internacional ha padecido en el Derecho español una sucesiva reforma normativa, con un conjunto de disposiciones dispersas, pero cuyos ejes centrales se encuentran en la actualidad en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la legislación autonómica y específicamente, en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Estos instrumentos normativos se encuentran presididos por los principios básicos de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño y del también citado Convenio de La Haya, así como diversos convenios y acuerdos internacionales de carácter bilateral. Se entiende por adopción internacional el “vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos” y así lo expresa el artículo 1.2 de la Ley de Adopción Internacional⁴¹. Este artículo como se verá posteriormente, ha sido modificado por el Proyecto de ley, por considerar que la definición que da de adopción internacional genera confusión en algunos casos.

Conviene tener en cuenta que el Convenio de La Haya se refiere a las adopciones internacionales que impliquen el desplazamiento del niño de un Estado parte a otro⁴². Además, en estas adopciones se introducen ciertas exigencias materiales que

⁴⁰ El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes; reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; promoverán la consecución de estos objetivos mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

⁴¹ Vid. ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). *Unidad Didáctica. Derecho Internacional Privado*. Librería UNED, Madrid, 2010. (p. 199)

⁴² El funcionamiento del mecanismo de cooperación entre autoridades centrales sólo resulta operativo en el marco del Convenio de La Haya, es decir, respecto de Estados parte. Resulta limitado, por tanto, el

actúan como condición imprescindible para que se lleven a cabo. Se refieren a la propia actuación de las autoridades de origen del niño, que deben establecer su adaptabilidad y la concurrencia del interés superior del menor, así como garantizar la concurrencia y fundamento de los consentimientos necesarios, la ausencia de compensaciones económicas, la adecuada información al niño y la toma en consideración de sus deseos y opiniones, e incluso de su consentimiento libre y desinteresado. Asimismo, se establecen cautelas que debe observar el Estado de recepción acerca de la idoneidad de los padres adoptivos, su debido asesoramiento y la ausencia de obstáculos a la entrada y residencia permanente del niño en su Estado. El mecanismo de cooperación que garantiza el cumplimiento de estas exigencias se funda en las autoridades centrales. En España dicha función la desempeñan de forma descentralizada las distintas administraciones públicas competentes en materia de protección de menores⁴³. En el ordenamiento jurídico español, en el ámbito de la adopción internacional, resulta necesaria la intervención de las Entidades Públicas, fundamentalmente en dos momentos: en la declaración de idoneidad del adoptante y en la propuesta de adopción al órgano jurisdiccional competente. Además, tienen atribuidas las funciones de organización, información, coordinación, cooperación y acreditación de idoneidad. Por otra parte, el ordenamiento también prevé la existencia de entidades colaboradoras de adopción internacional, que deberán estar debidamente acreditadas, reconocidas e inscritas en el correspondiente Registro, cuya misión consiste en la intermediación en la adopción internacional, a fin de poner en contacto a los solicitantes de adopción con las autoridades, organizaciones e instituciones del país de origen o residencia del menor susceptible de ser adoptado y prestar la asistencia suficiente para que la adopción pueda llevarse a cabo.

Por tanto, la adopción internacional ha de garantizar en todo momento el interés superior del menor, así como el de los adoptantes y demás personas implicadas en el proceso adoptivo, armonizando la cooperación internacional e interna entre las autoridades intervinientes⁴⁴.

alcance general con el que el artículo 9 de la Ley de Adopción Internacional incorpora los mecanismos para regir la comunicación entre las autoridades centrales españolas competentes y las autoridades de otros Estados, pues sus disposiciones resultan difícilmente adaptables cuando se trata de un Estado parte que no haya adoptado las medidas administrativas requeridas por la aplicación del Convenio.

⁴³ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Civitas, Navarra, 2009.

(pp. 362-365)

⁴⁴ Op. Cit. ABARCA JUNCO, Ana Paloma. (pp.201-206)

2.3.2 REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE LEY

Las modificaciones que se proponen en la Ley de Adopción Internacional responden a varias necesidades. Se define, como se anunciaba anteriormente, el concepto de adopción internacional a los efectos de la misma, puesto que la definición dada por el vigente artículo 1.2 no es aplicable a muchos de los casos de adopciones internacionales sin desplazamiento internacional de los menores, habiéndose generado confusión en situaciones concretas⁴⁵. Así, el Proyecto de ley propone modificar dicho artículo definiendo la adopción internacional como “aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”.

Se determinan como competencias de la Administración General del Estado, por afectar a la política exterior, la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países, para lo cual se modifica el artículo 4. En este mismo artículo se establece, en línea con la legislación vigente, las circunstancias que motivan la negativa a la tramitación de ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de un país que se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural, o si en el país no existiera una autoridad específica que controle y garantice la adopción o cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés superior del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales incluidos en la Convención de Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya. Se deslindan las competencias de las Entidades Públicas, enumerándose en el artículo 5 las diferentes funciones que desempeñan en materia de adopción internacional de menores, manteniéndose la competencia autonómica para el control, inspección y seguimiento de los Organismos acreditados⁴⁶ en todo lo relativo a sus actuaciones en su territorio, pero se prevé que sea la Administración General del Estado la competente para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el Organismo acreditado lleva a cabo en el extranjero, de

⁴⁵ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.9)

⁴⁶ Se modifica la terminología en línea con el Convenio de La Haya y se emplea el término “Organismo acreditado” para designar a las entidades colaboradoras de adopción internacional.

manera que se amplían las competencias estatales. Además, en dichas actuaciones las Entidades Públicas deben promover las medidas necesarias para lograr la máxima colaboración y coordinación entre ellas, procurando la homogeneización de procedimientos, plazos y costes. Deberán también facilitar a la Administración General del Estado información estadística sobre la tramitación de expedientes de adopción internacional.

En cuanto a los mencionados Organismos acreditados, se modifica el artículo 6, que regula su actividad de intermediación en la adopción internacional, entendiendo la misma como toda actividad que tenga por objeto intervenir poniendo en contacto a las personas, organizaciones e instituciones que intervienen para que la adopción pueda llevarse a cabo. Entre las funciones que deben realizar destaca el asesoramiento, formación y apoyo a las personas que se ofrecen para la adopción⁴⁷, la intervención en la tramitación de expedientes de adopción ante las autoridades competentes y la realización de las gestiones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas. Además, en el Proyecto de ley se establece que sólo podrán ser acreditadas para la adopción internacional las entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad en sus estatutos la protección de menores, dispongan en territorio nacional de equipos pluridisciplinarios y estén dirigidas y administradas por personas cualificadas por su formación y experiencia en el ámbito de la adopción internacional.

En relación a la idoneidad de los adoptantes, se propone modificar el artículo 10, siguiendo la línea de la legislación vigente, entendiendo por tal la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción. Además, la declaración de idoneidad y los informes psicosociales referentes a la misma tendrán una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de las personas que se ofrecen para la adopción, las cuales podrán ser declaradas idóneas simultáneamente para

⁴⁷ En el Proyecto de ley se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción.

la adopción nacional y la adopción internacional. Asimismo, se detallan con mayor claridad en el artículo 11 las obligaciones de los adoptantes, tanto en la fase preadoptiva, dado que la información y formación previa es la mayor garantía para el éxito de las adopciones, como en la fase postadoptiva mediante el establecimiento de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones postadoptivas de los adoptantes⁴⁸, de manera que la no colaboración de los mismos podrá dar lugar a sanciones administrativas previstas en la legislación autonómica y podrá ser considerada causa de no idoneidad de los adoptantes. Al igual que sucedía en la adopción nacional, se garantiza el derecho a conocer los orígenes biológicos del menor (artículo 12). Este derecho se hará efectivo mediante el asesoramiento prestado por los servicios especializados de la Entidad Pública y de los Organismos acreditados.

Por último, en relación con las reformas introducidas por el Proyecto de ley en la Ley 54/2007, se establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, para evitar la existencia de adopciones que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor, para lo cual se añade un apartado 4 en el artículo 19, excepto en el caso de que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, en el que sí podrá constituirse la adopción. La norma tiene gran trascendencia puesto que el prelegislador ofrece una solución a los supuestos en los que se encuentran los menores en situación de desamparo que no pueden ser adoptados, dotándoles de otras posibles vías en atención a su integridad y desarrollo.

2.4 REFORMAS DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Se pretende modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil para obtener de los Tribunales la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores y para introducir las reformas procesales que garanticen la efectividad de los cambios introducidos en las anteriores leyes: por un lado, se introduce un nuevo artículo 778 bis para regular el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, y por otro, se introduce el artículo 778 ter con el fin de regular la autorización para la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.

⁴⁸ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.9)

Con la inclusión del primer artículo se incorpora un procedimiento ágil y detallado para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, regulados específicamente en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida puede comportar. El ingreso de un menor en estos centros, a solicitud de la Entidad Pública que ostente su tutela o guarda o del Ministerio Fiscal, requiere el debido control judicial que se efectuará al exigir que se realice previa autorización del Juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, comunicándolo al Juzgado competente, dentro de las 24 horas siguientes, a los efectos de que proceda la ratificación de la medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas desde que llegue el ingreso al conocimiento del Juzgado, quedando sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado. En los casos en los que se den supuestos de urgencia, el ingreso será ratificado con posterioridad. Además, para efectuar el ingreso resultará necesaria la intervención del Ministerio Fiscal y del menor⁴⁹. En este sentido, el Juzgado debe examinar y oír al menor para conceder la autorización o ratificar el ingreso ya efectuado, quien deberá ser informado sobre el ingreso en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias. Esta autorización o ratificación del ingreso sólo procederá cuando no resulte posible atender al menor en unas condiciones menos restrictivas. La medida de ingreso requerirá un seguimiento periódico, debiendo la Entidad Pública y el Director o Directora del centro informar cada tres meses al Juzgado y al Ministerio Fiscal, a no ser que el Juez señale un plazo inferior, atendida la naturaleza que motivó el ingreso. Como ya se señaló anteriormente, al analizar las reformas introducidas por el Proyecto de ley Orgánica en la regulación de este tipo de centros, los menores no podrán permanecer en los mismos más del tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas.

Por otra parte, se introducen modificaciones en la regulación de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular para la ejecución forzosa de las medidas de protección de un menor. La necesidad de entrar en el domicilio por los servicios sociales para hacerse cargo del menor puede tener su origen en la resolución de desamparo, en una declaración provisional o en una medida provisional. En los dos últimos casos, son

⁴⁹ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica (p.4)

decisiones adoptadas ambas por razones de urgencia con carácter previo a la adopción de la resolución de desamparo que se prevé adoptar. En estos tres supuestos, se precisa autorización judicial de entrada domiciliaria, bien como integrante de un procedimiento de ejecución forzosa de la resolución incumplida, bien como instrumento que haga posible el cumplimiento de la medida provisional.

Ahora bien, el Juez al dictar el auto que autorice la entrada en el domicilio, al conceder o denegar dicha entrada, ha de sopesar, por un lado, el interés público que motiva el acto, es decir, la declaración de la situación de desamparo en la que se encuentra el menor y la consiguiente asunción de su tutela por parte de la Administración, motivada siempre por el interés superior del menor, y por otro, el derecho o interés que se pretende preservar, o lo que es lo mismo, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución⁵⁰ y el interés de los padres o guardadores en el caso de cumplimiento forzoso de la declaración de desamparo que conlleva la separación del menor de su familia de origen. El Juez deberá decidir, en atención al principio de proporcionalidad, sobre la base de qué derechos, intereses o bienes merecen mayor protección y la autorización sólo será legítima si, hecha esa ponderación, determina que la entrada en el domicilio resulta imprescindible para dar cumplimiento al interés general que motiva el acto⁵¹.

Por ello, resulta necesario regular un procedimiento que garantice los derechos fundamentales que entran en juego, lo que conduce a la introducción, mediante el nuevo artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de un procedimiento especial para conocer de las solicitudes para entrar en un domicilio en ejecución de las resoluciones administrativas de protección de menores. La legislación vigente atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para dictar la autorización judicial que habilita la entrada en el domicilio para la ejecución forzosa de medidas de protección de un menor. Sin embargo, no existe un procedimiento específico que garantice plenamente los intereses contrapuestos enunciados anteriormente: el interés superior del menor afectado por la resolución administrativa cuya ejecución exige la

⁵⁰ El artículo 18.2 de la Constitución establece que: “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o sin resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”

⁵¹ Vid. LAFUENTE BENACHES, M.^a Mercedes. *La autorización judicial domiciliaria en el procedimiento de tutela administrativa por desamparo de un menor*. Universidad de Valencia, Iustel, Revista General de Derecho Administrativo 39, 2015.

entrada en un domicilio, frente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y el interés de los padres o guardadores del menor.

Frente a esta situación, el Proyecto de ley opta por atribuir la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia, pues es al que le corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores, debiendo realizar una ponderación de los intereses contrapuestos, tratándose así de una competencia alejada de la función esencial del Juzgado de lo contencioso-administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento. De esta manera, se atribuye el fuero de competencia territorial en función del criterio generalizado para los procesos de protección de menores, con el fin de favorecer la unidad de criterio de los Juzgados que intervengan, y evitando la dispersión que se deriva de adoptar cualquier otro foro competencial⁵². Sin embargo, en el Informe del Consejo Fiscal, de 11 de julio de 2014, se establece la preferencia de dotar a los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la Entidad solicitante y no a los Juzgados de Primera Instancia, dado que las autorizaciones para la entrada en el domicilio y restantes lugares son solicitadas normalmente en circunstancias en las que las medidas de protección son ejecutadas de manera urgente.

En cuanto al procedimiento llevado a cabo para la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores queda regulado, por tanto, en el nuevo artículo 778 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se inicia mediante la solicitud de la autorización para dicha entrada por parte de la Entidad Pública al Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio en el que se hará constar: la resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a la solicitud, el concreto domicilio o lugar al que se pretenda acceder y la identidad del titular cuyo acceso requiera su consentimiento, la justificación de que se ha intentado recabar dicho consentimiento sin resultado alguno o con resultado negativo y la necesidad de dicha entrada para la ejecución de la resolución administrativa. Presentada la solicitud, el Secretario Judicial, en el mismo día, dará traslado de ella al titular del domicilio o del lugar al que se pretenda acceder para que alegue lo que considere. No obstante, cuando la Entidad Pública lo solicite y acredite

⁵² Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica (pp.4-5)

que concurren razones de urgencia para acordar la entrada, debido a que la demora en la ejecución de la resolución administrativa puede provocar un riesgo grave para la salud del menor, el Juez podrá acordarla mediante auto en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud. Presentado el escrito de alegaciones por el interesado o transcurrido el plazo sin hacerlo, el Juez acordará o denegará la entrada por auto dictado en el plazo máximo de 24 horas, tras valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la entrada solicitada para alcanzar el fin perseguido con la medida de protección. En el auto en el que se autorice la entrada se harán constar los límites materiales y temporales para la realización de la misma. La entrada en el domicilio será practicada por el Secretario Judicial u oficial en que delegue y, en su caso, acompañado por la correspondiente unidad de la Policía Judicial y la Entidad Pública solicitante. Finalizada la diligencia, se decretará el archivo del procedimiento.

Por otra parte, con el fin de fortalecer el principio de celeridad, aspecto esencial en los procesos en los que se resuelve sobre intereses de los menores y con el objeto de evitar resoluciones contradictorias, se introducen disposiciones para promover la acumulación cuando existieran varios procesos de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores en curso que afectan a un mismo menor. Por ello, se introduce en el artículo 780 la regla general de la acumulación de procesos determinándose que, con carácter general, todos los procesos de oposición a resoluciones administrativas que se sigan respecto de un mismo menor se acumulen al más antiguo de ellos y sean seguidos y resueltos por el mismo juzgado⁵³, de manera que si el Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente tuvieran conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, el Ministerio Fiscal o las partes, e incluso el Juez de oficio, pedirían la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo el procedimiento más antiguo. En ese mismo artículo, se amplía la legitimación activa estando legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Dicho artículo garantiza además, el derecho del menor a ser parte en el proceso y a ser oído en el mismo conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y

⁵³ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.10)

a los criterios interpretativos establecidos en la Observación General número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Además, se introduce la prohibición de ejecución provisional de las sentencias que se dicten en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, con el fin de evitar los perjuicios que para el menor de edad supondría la revocación de una sentencia de esta naturaleza que se estuviera ejecutando provisionalmente. Cuando la sentencia dictada en primera instancia decide revocar una medida de protección y la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal recurren, el interés superior del menor exige que no se modifique su estatus hasta que la cuestión no sea resuelta en segunda instancia, pues otro proceder podría lesionar gravemente sus derechos y perturbar la necesaria estabilidad en sus relaciones familiares⁵⁴. En el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia de 2014 se expone que “la inclusión está justificada, teniendo en cuenta que en atención a la vulnerabilidad inherente a la condición del menor y a la naturaleza de estos fallos, es preferible esperar a la firmeza, normalmente tras el recurso de apelación, para empezar a ejecutar una decisión que va a modificar radicalmente la situación familiar del menor y, por tanto, va a tener una enorme trascendencia en su vida. Si se inicia la ejecución provisionalmente y después la resolución es revocada, los perjuicios pueden ser irreversibles. Aunque en realidad la práctica ya había consagrado esta interpretación, es aconsejable su plasmación legal”.

Por último, en relación a las reformas operadas en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se modifica el artículo 781 y se concentran en un solo procedimiento los supuestos en los que durante la tramitación del expediente de adopción, los progenitores del adoptado pretendieran que se les reconociera la necesidad de otorgar su asentimiento a la adopción, con la finalidad de dar unidad de actuación a tales pretensiones, lo que repercutiría en la agilización del proceso.

⁵⁴ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.10)

2.5 REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, APROBADA POR REAL DECRETO DE 3 DE FEBRERO DE 1881

Procede modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁵⁵ en línea con las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Al no precisar la constitución del acogimiento de intervención judicial, la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria se reduce a la adopción que queda englobada en los artículos 1825 a 1832. En virtud de estos artículos se dispone que será competente para tramitar los expedientes sobre adopción el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, del domicilio del adoptante. El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptado.

Se precisan los requisitos que debe reunir la propuesta de adopción de la Entidad Pública o el ofrecimiento de la adopción del adoptante, según proceda. En el primer caso, se debe expresar las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, detallando las razones que justifiquen la elección de los adoptantes. En el segundo caso, se deberá expresar también dichas condiciones y las alegaciones y pruebas que conducen a demostrar que el adoptante o los adoptantes reúnen las debidas características establecidas en la legislación.

Por último, con el objeto de dotar de agilidad al procedimiento se establece que en las citaciones de las personas que deban prestar el asentimiento o ser oídos, en el caso de que no comparecieran a la primera citación, no se suspende el procedimiento ni se les volverá a citar, siempre que hubieran sido citados personalmente, con tal advertencia.

⁵⁵ La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en lo relativo a su Título II del Libro III que lleva por rúbrica “Del acogimiento de menores y de la adopción” y comprende los artículos 1825 a 1832, sigue vigente salvo su artículo 1827 que fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Con el Proyecto de Ley las disposiciones relativas al acogimiento se suprimirían al no precisar la constitución del acogimiento judicial y las relativas a la adopción se verían modificadas.

2.6 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

De manera complementaria con las modificaciones operadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Proyecto de ley orgánica modifica la competencia para otorgar la autorización judicial para la entrada en el domicilio para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia, de manera que se opta por atribuir la competencia para la autorización de entrada al domicilio al Juzgado de Primera Instancia, pues es al que le corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores, debiendo realizar una ponderación de los intereses contrapuestos, de un lado, el interés superior del menor afectado por la resolución administrativa cuya ejecución exige la entrada en un domicilio, y del otro, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en la Constitución. Esta competencia se aleja de la función esencial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento, por lo que resulta más adecuado atribuir la competencia al Juzgado de Primera Instancia.

Se modifica el apartado 2 del artículo 91 de la LOPJ, por el cual “corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia” lo cual conlleva a la modificación del apartado 6 del artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Como ya se ha expuesto anteriormente, conviene reiterar que en relación a este asunto, en el Informe del Consejo Fiscal, de 11 de julio de 2014, se establece la preferencia de dotar a los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la Entidad solicitante y no a los Juzgados de Primera Instancia, dado que las autorizaciones para la entrada en el domicilio y restantes lugares son solicitadas normalmente en circunstancias en las que las medidas de protección son ejecutadas de manera urgente.

2.7 REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores personas carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. La Organización de las Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁵⁶. Esta violencia también se extiende a los menores dependientes de víctimas de violencia de género, siendo singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndoles en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma⁵⁷.

Por todo ello, resulta necesario, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para lo cual se propone modificar el apartado 2 de dicho artículo estableciéndose medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61 de la citada ley para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse

⁵⁶ SANZ MULAS, Nieves (Coord.). "La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". Editorial Iustel, 2005. (p.25)

⁵⁷ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica (p.5)

sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento, y si procediera, las medidas complementarias que fueran precisas. Asimismo, se modifica el artículo 65 de esta ley con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores puedan encontrarse a cargo de la mujer víctima de violencia de género, de manera que el Juez podrá suspender para el inculpado por este tipo de violencia el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerán estas instituciones de protección. Deberá también adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, para lo que tendrá que realizar un seguimiento periódico de su evolución.

Por último, en relación con las reformas que sufre la LO 1/2004, se modifica el artículo 66 mediante el cual el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género con los menores que dependan de él. Si no se acordara la suspensión, el Juez debe pronunciarse sobre la forma en que deben ejercerse la relación con el menor, y tal y como sucedía en el caso anterior, también deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad e integridad de la mujer y los menores y el consiguiente seguimiento periódico.

2.8 REFORMAS DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En concordancia con la modificación del apartado 2 del artículo 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, analizada anteriormente, el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa debido a que se atribuye la competencia para la autorización de entrada en domicilio para la ejecución de una resolución administrativa en materia de protección de menores al Juzgado de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo como hasta ahora, lo que hace necesaria la modificación de las competencias atribuidas a los mismos en la citada ley.

Como ya se anunciaba al analizar las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se opta por atribuir la competencia para la autorización de entrada al domicilio al Juzgado de Primera Instancia, pues es al que le corresponde el conocimiento de los recursos contra las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores, debiendo realizar una ponderación de los intereses contrapuestos, de un lado, el interés superior del menor afectado por la resolución administrativa cuya ejecución exige la entrada en un domicilio, y del otro, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en la Constitución. Esta competencia se aleja de la función esencial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, que se centra en el control de la corrección de la actividad administrativa sometida a su conocimiento, por lo que resulta más adecuado atribuir la competencia al Juzgado de Primera Instancia.

Así, se modifica el apartado 6 del artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y se establece que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo “conocerán de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que proceda la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia”, que como se anunciaba al principio corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia.

Sin embargo, en el Informe del Consejo Fiscal, de 11 de julio de 2014, se expone que se considera preferible optar por atribuir la competencia para la autorización de entrada en el domicilio, dado que dichas autorizaciones son solicitadas normalmente en circunstancias en las que las medidas de protección son ejecutadas de manera urgente al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la Entidad Pública solicitante, y ello por dos razones: la primera, debido a que el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia dispone de un horario sin limitaciones para desempeñar sus funciones y la segunda, debido a que se acentúa la verdadera naturaleza de la intervención judicial que se demanda, que es la ponderación de los intereses en juego y la garantía de la menor lesión del derecho fundamental afectado, en supuestos de urgencia⁵⁸.

⁵⁸ Op. Cit. Informe del Consejo Fiscal

2.9 REFORMAS DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA REGULADORA DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Los conflictos que pueden generarse en el ámbito clínico entre los facultativos que consideren necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de “riesgo grave” y el menor y/o sus representantes legales que se oponen a dicha intervención, además de ser jurídicamente complejos de por sí, suponen la afectación de derechos fundamentales. A esto hay que añadir además, que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, por lo que resulta necesario establecer unas pautas generales interpretativas⁵⁹. En estos casos en los que existen conflictos de intereses entre el facultativo y el menor o entre el facultativo y sus representantes legales, el médico podrá plantear tal conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal⁶⁰.

⁵⁹ Vid. Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2012-10041500431 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES Circulares [3/6/2015]

⁶⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado establece que en relación con las intervenciones médicas sobre menores de edad y en función de la voluntad expresada por ellos o sus representantes legales, pueden plantearse diferentes conflictos de intereses. La solución debe analizarse distinguiendo los siguientes supuestos: 1) El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma. En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del art. 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal. 2) El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. 3) El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen. En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial. 4) Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud. El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

En relación a las especialidades que presentan los menores de edad en este ámbito, el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia pretende modificar el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente en atención a los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Así, se tornan como criterios interpretativos esenciales el criterio subjetivo, basado en la madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad.

Pero lo cierto es que estos criterios han sido variables a lo largo del tiempo. La franja de edad y las restricciones de la capacidad de obrar ligadas a la minoría de edad han variado con el paso de los años. Actualmente, se considera que los menores tienen la capacidad de obrar limitada y es a la edad de los 18 años cuando adquieren plena capacidad de obrar. Sin embargo, existen ámbitos de autonomía legalmente reconocida por debajo de esa edad. A tal efecto, el artículo 162 del Código Civil excepciona del ámbito de representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Por derechos de la personalidad se entiende aquellos que pretendan garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y psíquicas. Así, en la esfera estrictamente personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que el representante no puede actuar o su actuación es sólo complementaria⁶¹.

Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que quepa un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez⁶². Este criterio basado en la madurez junto al criterio basado en la edad, son asumidos en el texto legal que propone el Proyecto de ley, de forma que se propone modificar el apartado 3 del artículo 9 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente por el cual se establece que en materia de derechos y obligaciones de información y documentación clínica respecto de menores de edad, únicamente se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente menor

⁶¹ Op. Cit. Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado

⁶² El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General núm. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009, señala que el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad intelectual de cada niño para formarse su propia opinión sobre un tema concreto y decidir al respecto.

de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años. Por tanto, en los demás supuestos la representación de los padres quedará excluida en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo garantizando así el goce y respeto de su propia entidad e integridad.

2.10 REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO

El Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica la letra f) del apartado 3 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores que prevé el permiso de la trabajadora “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo”. En los casos de adopción o acogimiento se prevé el mismo tiempo dentro de la jornada de trabajo para los trabajadores que decidan adoptar o acoger a un menor para que puedan asistir a las correspondientes sesiones de información y preparación y para la realización de los informes psicosociales requeridos previamente a la declaración de idoneidad. Por tanto, esta modificación equipara a las familias adoptantes y acogedoras a las biológicas, de manera que se equiparen las técnicas de preparación al parto a las sesiones informativas y de preparación a la adopción y al acogimiento y sean consideradas ambas como permisos retributivos.

2.11 REFORMAS DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El Proyecto de ley, en concordancia con la reforma anterior, modifica la letra e) del artículo 48 del Estatuto Básico del Empleado Público que contempla la misma previsión del Estatuto de los Trabajadores, con objeto de que también los funcionarios públicos puedan disfrutar de este permiso, disponiendo igualmente que por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al

parto por las funcionarias embarazadas y, en los casos de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicosociales previos a la declaración de idoneidad de los funcionarios que quieran adoptar o acoger a un menor, se realizarán también dentro de la jornada de trabajo.

2.12 REFORMAS DE LA LEY 40/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS NUMEROSAS

Finalmente, la última reforma que introduce el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia hace referencia a la renovación, modificación o pérdida del título para reformar las condiciones de mantenimiento de los efectos del título oficial de familia numerosa, que afecta al artículo 6 de la Ley de Protección de las Familias Numerosas. La normativa actual condiciona la vigencia del título hasta que el número de hijos que cumplan los requisitos previstos sea el mínimo establecido. Esto supone que cuando los hermanos mayores van saliendo del título, por dejar de cumplir el requisito de la edad, la familia puede perder el derecho al título si quedan menos de tres o dos hermanos que cumplan los requisitos, dándose la paradoja de que los hermanos menores que han generado para la familia el derecho al título luego no pueden disfrutar de estos beneficios⁶³. Lo que sucede con frecuencia es que el cumplimiento de la edad máxima por parte del hijo mayor arrastra la pérdida del título y de todos los beneficios para toda la familia. Por ello, con esta reforma se pretende acomodar la situación de las familias numerosas y evitar una situación de discriminación entre los hermanos, de manera que el título seguirá en vigor y se entenderá exclusivamente dentro de una misma unidad familiar respecto de los hijos que sigan cumpliendo las condiciones para formar parte del mismo y no será aplicable a los hijos que ya no las cumplen.

Para finalizar este Capítulo II, una vez analizadas todas las reformas que pretenden operar los Proyectos de ley de modificación del sistema de protección de menores, cabe advertir que se trata de un ambicioso proyecto normativo que intenta dar respuesta a las necesidades que presenta la infancia y la adolescencia. Como ejemplo destacable de ello, se incluye la regulación específica en la Ley Orgánica de Protección

⁶³ Op. Cit. Preámbulo del Proyecto de Ley (p.12)

Jurídica del Menor con el fin de solventar o reducir las dificultades que han venido suscitándose en la práctica en relación a la protección de menores con problemas de conducta. Así, se intenta dar respuesta a las necesidades que presentan estos menores, al requerir una intervención especializada cuando se encuentran bajo la protección de la Entidad Pública, un contexto más estructurado a nivel socioeducativo y psicoterapéutico y un programa específico en aras del libre desarrollo de su personalidad.

Se trata, además, de una legislación que pretende agilizar los procesos de adopción y acogimiento, refuerza el acogimiento familiar frente al residencial y aboga por las soluciones consensuadas frente a las impuestas y las permanentes frente a las temporales. El Proyecto pretende garantizar que todas estas decisiones se tomen siempre teniendo en cuenta el criterio del interés superior del menor, el cual es ampliado y reforzado en la Ley de Protección Jurídica del Menor a tenor de los criterios interpretativos reflejados en la Observación General número 14 del Comité de Naciones Unidas, expuestos en este trabajo de manera detallada, junto con la garantía del derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna en todos los asuntos que le afecten. El único aspecto negativo que incluye la nueva regulación en relación con el derecho del menor a ser oído y escuchado es que el prelegislador impone un límite de edad, considerando que tiene suficiente madurez en todo caso cuando tenga doce años cumplidos. Es importante tener en cuenta que los niveles de comprensión de los niños no van ligados a su edad biológica al influir otros factores como la experiencia, las expectativas sociales y culturales, la información proporcionada, etc. Convendría entonces que las opiniones de los niños fueran evaluadas caso por caso sin la previsión de la edad.

Otro de los aspectos que supone un atraso en materia de legislación de menores es la consideración de que durante el periodo de dos años del que disponen los progenitores de un menor para revocar la resolución administrativa, la Entidad Pública puede adoptar cualquier medida de protección, incluso la adopción. Esta disposición atenta claramente contra la oportunidad que debe darse a los padres de superar las circunstancias que impidieron el ejercicio de sus deberes como padres y la mejora de su situación, no siendo conveniente adoptar decisiones que impidan un posible retorno del menor a su familia biológica. Los hijos deben crecer en el entorno familiar y sólo cuando ello no sea posible por diferentes factores, se deben tener en cuenta otras

soluciones familiares, y en su defecto residenciales, siempre en atención al interés superior del menor.

Es cierto que aunque el Proyecto suponga muchos avances en materia de legislación de menores, se incluyen preceptos que deben ser revisados y de ello se encarga el tercer y último capítulo del trabajo , al exponer las objeciones planteadas por los diferentes grupos parlamentarios a través de sus enmiendas expuestas en el Congreso de los Diputados, como se verá a continuación.

CAPÍTULO III:

**DEBATE EN EL CONGRESO Y ESTADO
ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY DE
MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE
PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA
ADOLESCENCIA**

Para finalizar este análisis de las reformas propuestas por el Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que da título al presente trabajo, conviene resaltar dos cuestiones: una es el debate que se ha producido en el Congreso en torno a los dos proyectos debatidos conjuntamente, en el que los distintos grupos parlamentarios han presentado sus enmiendas a los mismos, tal y como se anunciaba antes, y otra hace referencia al estado actual de esta normativa, trasladada al Senado el pasado 5 de junio para que sea debatida en esta Cámara, señalando los cambios producidos entre el texto presentado por el Gobierno y el texto resultante tras los cambios introducidos derivados de dicho debate en el Congreso de los Diputados.

3.1 DEBATE EN EL CONGRESO

Aunque se trata de un Proyecto de ley considerado por la mayoría como un gran avance en materia de protección de menores, se han presentado multitud de enmiendas por los grupos parlamentarios, de las cuales un gran número han sido aceptadas, a fin de incorporar los aspectos de los que adolece el Proyecto, pero también han resultado rechazadas, al no ser acordes con los intereses del Gobierno. Así, el Proyecto de ley orgánica y el Proyecto de ley han sido objeto de debate conjuntamente por los diferentes grupos parlamentarios en dos sesiones del Congreso de los Diputados celebradas el 18 de mayo y el 28 de mayo de 2015.

3.1.1 SESIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS CELEBRADA EL 18 DE MAYO DE 2015

En esta sesión se debaten diferentes aspectos del Proyecto, interviniendo en ella los siguientes grupos parlamentarios: el Grupo Vasco, en primer lugar y seguidamente el Grupo de la Izquierda Plural, el Grupo de Convèrgencia i Unió, el Grupo Socialista, y por último, cierra la sesión el Grupo Popular.

El Grupo Vasco manifiesta en sus enmiendas que en relación a las reformas que se pretenden operar en la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, el Proyecto de ley amplía el margen de actuación de la Administración General del Estado en las adopciones internacionales, asumiendo un papel director, pasando las Entidades Públicas autonómicas a realizar una función colaboradora. En este sentido, exponen que la Ley 54/2007 perseguía respetar las competencias en materia de protección de

menores pero con el Proyecto se produce una devaluación de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas que conlleva a que el Estado pueda ampliar su margen de actuación en la materia y reducir correlativamente el de las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, formulan enmienda en materia de reserva foral en línea con la mencionada devaluación de las competencias autonómicas, y en concreto, para expresar su disconformidad con la vulneración del reparto competencial, alegando que la disposición adicional primera de la Constitución establece la obligatoriedad de preservar los derechos históricos de los territorios vascos al tratarse de derechos preconstitucionales que según entienden no pueden verse afectados por esta normativa.

Por su parte, el Grupo de la Izquierda Plural dirige sus enmiendas a reforzar y garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en toda circunstancia⁶⁴ y para ello plantean ampliar la obligación de situar el interés superior de los niños y niñas no solo en las acciones ejecutivas, sino también en las actuaciones de los órganos legislativos. Plantean también reforzar las garantías de que el niño, la niña y el adolescente sean oídos y escuchados sin discriminación alguna, en cualquier circunstancia y sea cual sea su nivel madurativo en cuanto a la personalidad. En relación con las garantías de los menores extranjeros plantean reforzar sus derechos a la no discriminación y, al tratarse de un derecho fundamental, se considera que su regulación debería estar incorporada en el Proyecto de ley orgánica. Exponen también la idea de reforzar los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuyos padres se encuentran en situación administrativa irregular, de manera que la situación legal de los padres no tenga ninguna consecuencia en sus derechos ni suponga ninguna restricción en su acceso. Además, plantean limitar los supuestos de adopción de separación del entorno familiar y declaran que las carencias materiales son un factor de riesgo, pero en ningún caso pueden ser consideradas causa de separación de la familia, de manera que la pobreza no puede ser un elemento justificativo de la separación.

Por último, cabe señalar que este grupo parlamentario también hace referencia en sus enmiendas a aquellas disposiciones del Proyecto que regulan de manera detallada

⁶⁴ El Grupo de la Izquierda Plural hace referencia al lenguaje y a la definición que se hace del “menor” y mencionan que dicho término puede ser sustituido por niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a las directrices que marca la Convención de Derechos del Niño.

aspectos competenciales de las Comunidades Autónomas y suponen una vulneración competencial.

El Grupo de Convergència i Unió, antes de exponer sus enmiendas, manifiesta su voluntad de votar en contra del Proyecto de Ley, pues entienden que afecta al ámbito competencial reconocido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. El resto de enmiendas formuladas por el Grupo Catalán van dirigidas a proponer mejoras en el Proyecto. En primer lugar, plantean regular mejor, según entienden, todas las medidas de seguridad y contención de los menores en los centros de protección específicos. En segundo lugar, proponen reforzar el principio de que el acogimiento debe producirse preferentemente en el seno de las familias, no tanto en centros residenciales y para ello proponen potenciar un marco legal más atractivo para las familias que opten por acoger a un menor, eliminando la asunción de los gastos de manutención, educación y atención sociosanitaria y proponiendo que las familias que tengan menores tutelados no tengan que asumir el copago de los medicamentos, entre otras propuestas. En tercer lugar, pretenden que el Proyecto de Ley comprometa a las administraciones públicas para que desarrollen políticas efectivas en esta materia. El Grupo Catalán finaliza su intervención señalando que cambiarán su posición respecto al contenido del Proyecto de Ley con la condición de que el Grupo Popular corrija su actuación.

El Grupo Socialista, antes de presentar sus enmiendas menciona dos reconocimientos, expuestos aquí brevemente. Por un lado, reconoce la labor del Defensor del Pueblo que dio origen a estos Proyectos de Ley mediante la emisión de un informe y fruto de sus conclusiones, se elaboró un Anteproyecto de ley por el anterior gobierno al Congreso de los Diputados, pero a causa del adelanto electoral decayó la propuesta. Por otro lado, reconoce la participación de las entidades y organizaciones que trabajan con la infancia y de los colegios profesionales al proponer numerosas aportaciones que han facilitado enormemente la elaboración de las enmiendas de los grupos parlamentarios.

Ahora bien, en sus enmiendas presentadas ante la Cámara revelan esta normativa como necesaria y urgente y exponen la necesidad de actualizar la legislación del menor, pero proponen reforzar los servicios sociales públicos potenciando la red de trabajo de los mismos, al ser los que intervienen fundamentalmente, así como los servicios

sanitarios y educativos y alegan que no sirve de nada la creación de una nueva ley si en la práctica adolece de déficits y lagunas.

En relación a la composición de los equipos profesionales, exponen la necesidad de regular qué tipo de expertos deben actuar y deben emitir los informes, tanto desde el punto de vista social como jurídico. Plantean también la falta de reconocimiento a la labor que desempeñan las familias de acogida fundamentando que si se quiere fomentar el acogimiento familiar y evitar que se prolonguen en el tiempo los acogimientos en centros, reviste especial importancia dotar al sistema de prestaciones sociales, apoyo y sostenimiento económico para paliar los gastos que conlleva la función del acogimiento.

Respecto a la situación de las familias numerosas reconocen que en el Proyecto, en parte, ya se ha tenido en cuenta, pero proponen que se modifique la Ley de Familias Numerosas y se aproveche la nueva regulación para reflejar en ella la realidad social, a fin de que “no se continúe parcheando el asunto”, en términos del Grupo Socialista.

Finalmente, concluyen haciendo referencia a una cuestión fundamental como es la situación de la pobreza infantil. Abogan por afrontar la misma de forma clara en esta normativa, sentando las bases para hacer frente a uno de los principales desafíos de la sociedad, la protección a la infancia⁶⁵.

La sesión de 18 de mayo finaliza con la intervención del Grupo Popular, el cual afirma que se ha aceptado un gran número de enmiendas a fin de que el Proyecto resulte aprobado, fruto del consenso entre los entes, organizaciones y administraciones que tienen encomendada la trascendental labor de la protección a la infancia y a la adolescencia. El Grupo Popular ha dado respuesta a algunas de las cuestiones planteadas por los distintos grupos, como se verá a continuación. Sin embargo, no ha resultado ser así en otros aspectos fundamentales como la garantía de que los derechos de los menores cuyos padres se encuentran en situación irregular no se vean preservados, ni que tal situación tenga consecuencia alguna, planteada por el Grupo de la Izquierda Plural o la falta de reconocimiento de la labor de las familias acogedoras mediante prestaciones sociales, planteada por el Grupo Catalán o la vital trascendencia

⁶⁵ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 812 de 18/05/2015. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-812.PDF#page=2 [29/6/2015]

de la situación de riesgo de pobreza infantil a la que se enfrentan un total de 2.826.549 en España⁶⁶, planteada por el Grupo Socialista, por citar algunos ejemplos.

En relación a aquellas cuestiones a las que este grupo parlamentario ha dado respuesta, se rechazan las enmiendas propuestas por la Izquierda Plural referidas a las familias numerosas negando la revisión de la Ley de Familias Numerosas, dando por suficiente el cambio introducido por el Proyecto de Ley, pero cabe entender que el texto normativo proyectado pretenda reformar aquellos aspectos de las leyes que se encuentran en vigor de manera que la reforma resulte más completa. En cuanto a la devaluación de las competencias que denuncian los grupos parlamentarios, y en concreto el Grupo Vasco y el Catalán, en torno a la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, el Grupo Popular alega que en materia de relaciones internacionales la Constitución atribuye la competencia exclusiva al Estado, manifestado que el Proyecto de Ley persigue respetar el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero lo cierto es que no es así al incrementar las competencias de la Administración General del Estado en detrimento de las competencias otorgadas a las Comunidades Autónomas en materia de servicios sociales.

En todo caso, a la luz de las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios, es llamativa la cuestión, sobre todo por parte de los Grupos Vasco y Catalán, de la llamada de atención que hacen al Grupo Popular sobre dicho reparto competencial en materia de adopción internacional, dando a entender que parece más relevante reprochar la actuación del Gobierno al ampliar las competencias de la Administración General del Estado que debatir sobre las disposiciones que afectan a la protección de menores y que en el Proyecto se regulan de forma poco clara o aquellas cuestiones de las que adolece el mismo como la situación tan precaria en la que viven millones de niños en nuestro país sobre la que alertan casi a diario las organizaciones sociales que trabajan con la infancia. En los últimos años, la crisis económica en la que se encuentra inmersa España, ha expuesto a muchas familias a una disminución de sus ingresos. Más de un 30% de la población menor de 18 años se encuentre en riesgo de

⁶⁶Save the Children ha elaborado en 2013 un informe en el que se publica este dato titulado "2.826.549 razones. La protección de la infancia frente a la pobreza: un derecho, una obligación y una inversión" Disponible en: <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/644/INFORME.pdf> [29/6/2015]

pobreza o exclusión social, lo que convierte a los niños y las niñas en el grupo de edad más vulnerable frente a la pobreza actualmente⁶⁷.

A ello hay que añadir los datos publicados por el INE sobre pobreza infantil, de los que se extrae la necesidad de promulgar una ley contra la pobreza infantil y un compromiso del Gobierno contra dicha pobreza infantil. Por tanto, resulta necesario convertir la lucha contra la pobreza infantil en una prioridad y parece que el Gobierno haya renunciado a esa política durante esta legislatura, al no incorporar ni un solo precepto dedicado a esta materia. Se habrá acabado la legislatura sin un compromiso efectivo del Gobierno frente al principal problema de los niños de España, que es el problema de la pobreza infantil.

3.1.2 SESIÓN EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS CELEBRADA EL 28 DE MAYO DE 2015

En la segunda sesión se debate de manera más concreta la cuestión del no incremento del gasto público que ya había sido mencionada en la anterior sesión por varios de los grupos parlamentarios. En este sentido el Grupo Mixto y el Grupo de Unión Progreso y Democracia, los cuales no habían intervenido en la anterior sesión del Congreso de los Diputados celebrada el 18 de mayo, manifiestan su disconformidad con la disposición final décima del Proyecto de ley que recoge textualmente que las medidas incluidas en la normativa no pueden suponer incremento del gasto público. Entienden, como es natural, que esta nueva normativa propuesta debe tener un impacto económico importante, al dirigirse a un colectivo que requiere de una protección y una tutela más intensas por las peculiaridades y necesidades que presenta, para asegurar el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes. Reconocen que es inviable establecer una serie de medidas en la norma, sin que ello suponga incremento del gasto público, puesto que sería desmentir en esa disposición final todo lo que se ha propuesto previamente. En esta línea también van dirigidas las enmiendas del Grupo de la Izquierda Plural al considerar como una gran irresponsabilidad establecer una serie de medidas que no supongan dotaciones, ni retribuciones, ni gastos de personal y entienden que este Proyecto de ley conlleva inevitable y necesariamente a un aumento del gasto⁶⁸.

⁶⁷ Op. Cit. Informe elaborado por Save the Children

⁶⁸ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados número 284 de 28/05/2015. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-284.PDF#page=43 [29/6/2015]

3.2 ESTADO ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY

Tras debatir las distintas enmiendas presentadas en las sesiones expuestas anteriormente, y aclarar, si bien no todas pero sí la mayoría de dudas que surgían en torno a las reformas propuestas por este Proyecto de ley, se ha trasladado el texto al Senado el pasado 5 de junio. El texto con el que se ha trabajado para realizar el estudio de las reformas que propone esta normativa en la legislación española corresponde al publicado el 27 de febrero de 2015, aprobado por el Gobierno. Sin embargo, este texto ha sufrido modificaciones una vez propuestas las enmiendas y debatidas en la Cámara baja.

Ahora bien, la tarea que nos ocupa es advertir si el texto aprobado por el Gobierno difiere en mayor o menor medida del texto remitido al Senado, que es el lugar donde actualmente está debatiéndose el Proyecto. Cabe destacar que no se han producido importantes modificaciones respecto a los cambios ya propuestos. En cambio, sí se han añadido nuevas disposiciones adicionales y se han propuesto nuevas leyes que el Proyecto de ley pretende modificar, como se verá a continuación.

En relación a las reformas que se pretenden introducir en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se añaden tres principios rectores de la actuación de los poderes públicos correspondientes a: la igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; la priorización del acogimiento familiar al institucional; y el libre desarrollo de la personalidad del menor conforme a su orientación e identidad sexual. En lo relativo a la regulación de la situación de riesgo y de desamparo no se produce ningún cambio significativo, excepto la inclusión de una circunstancia más al listado de aquellas causas que motivan la declaración de desamparo, la cual hace referencia a “la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar”. En el apartado de las disposiciones comunes a la guarda y tutela, se añade la previsión de que “las menores y jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas, recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación”. Esto en la práctica ya se venía realizando pero supone un acierto que se contemple en la legislación.

Asimismo, se añade el derecho de los acogedores familiares a disponer de los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares,

suponiendo un gran avance en el reconocimiento de la labor de las personas y familias que optan por acoger a un menor. Se amplían también los derechos de los menores acogidos correspondientes a la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal respecto de las quejas que consideren los menores sobre las circunstancias de su acogimiento y el derecho a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario. Por último, se pretende añadir una disposición más para incluir los derechos que tiene el menor en los supuestos de acogimiento residencial, no sólo en el acogimiento familiar, como estaba previsto en el anterior texto, garantizándole el respeto a su privacidad y equiparando en este sentido los dos tipos de acogimiento, a fin de que de manera equitativa se reconozcan los derechos que amparan al menor en ambos acogimientos y no solo en el familiar.

Ahora bien, pasando ya a los cambios sustanciales que sufre el nuevo texto respecto del texto aprobado por el Gobierno, se añaden cuatro disposiciones adicionales a las dos que ya se habían incluido, destacando de manera significativa la disposición adicional tercera. En ella se hace referencia al establecimiento de criterios comunes de cobertura, calidad y accesibilidad promovidos por el Gobierno junto con las Comunidades Autónomas para:

a) Formalizar la composición, número y titulación de los equipos profesionales de la Entidad Pública competente en materia de protección de menores que se encuentren en situación de riesgo o desamparo, entrega voluntaria de la guarda, programas para la vida independiente de los jóvenes que estén bajo una medida de protección y en los procesos de acogimiento y adopción.

b) Valorar los elementos esenciales tanto de los procedimientos de acogimiento familiar como de los procedimientos de adopción.

c) Coordinar la atención integral a jóvenes ex tutelados, entre otras importantes funciones atribuidas conjuntamente a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas.

Se ha incluido este precepto en vistas a la multitud de enmiendas relacionadas con la devaluación de las competencias autonómicas en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. En esta línea se añade en la disposición transitoria tercera un precepto, en torno a la nueva regulación que se

pretendía incluir en la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, de manera que quede estipulado en la normativa que “los expedientes de adopción internacional de menores iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraran en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación vigente en el momento del inicio del expediente” para solventar las dudas y cerrar el debate iniciado en el Congreso respecto del reparto competencial.

Por otra parte, el nuevo texto remitido al Senado añade dos disposiciones finales mediante las que se pretende modificar la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Así, se pretende incluir una modificación en el apartado 2 del artículo 87 de la Ley de Educación para garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo mediante la reserva de una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados y se pretende introducir un nuevo apartado 4 ter en el artículo 2 de la Ley para la mejora del crecimiento y del empleo, a fin de incentivar a los empleadores a que contraten indefinidamente a víctimas de trata de seres humanos y reciban una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante un período de dos años. Con estas previsiones se pretende reconocer ciertos beneficios a aquellos menores, en el segundo caso, en edad laboral obviamente, que presenten unas especiales circunstancias y que requieren de una protección más intensa.

A la luz de los cambios introducidos en el texto presentado por el Gobierno cabe advertir que se han incluido mejoras pero ha quedado alguna cuestión sin resolver. A mi juicio, la más destacable es la previsión que continúa estableciendo el Proyecto de ley al seguir incluyendo en una de las disposiciones finales, la previsión de que las medidas que se incluyen en esta normativa no pueden suponer incremento del gasto público, pese haber sido una cuestión muy debatida, especialmente en la sesión del Congreso de los Diputados de 28 de mayo de 2015. Resulta inevitable que una normativa tan ambiciosa como ésta no conlleve un impacto económico importante, al estar dirigida a una labor tan esencial para la sociedad, como es la atención, cuidado y protección de la infancia y de la adolescencia. Resulta claro que renunciar a incrementar las inversiones en la infancia es renunciar a invertir en el futuro.

CONCLUSIONES

Para concluir, tras lo expuesto anteriormente, conviene advertir que dado que los menores se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y se integran dentro de un colectivo que requiere una tutela más intensa, es evidente que también necesitan una legislación que regule de la manera más efectiva posible su sistema de protección, en aras de su seguridad jurídica.

Las necesidades de las familias y de los propios menores han ido cambiando ineludiblemente con el paso del tiempo, dando lugar a la demanda de nuevas soluciones que la legislación actual no contempla. Así, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, como marco regulador de la protección jurídica del menor no da respuesta a muchas de las necesidades que presentan hoy los menores y para ello resulta necesaria una reforma que actualice la legislación vigente y la adapte a la realidad social.

Transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la mencionada legislación marco de protección de menores en España y pese a los indudables avances que introdujo esta ley en materia de protección de menores, la aplicación de la misma ha ido poniendo de manifiesto determinadas lagunas. Esto ha desembocado en el planteamiento de que los instrumentos de protección jurídica deben ser mejorados, en atención al cumplimiento del mandato constitucional a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE).

Frente a esta situación, a fin de dar respuesta a las necesidades que presentan los niños, niñas y adolescentes, se aprobó con fecha 27 de febrero de 2015 dos Proyectos de ley, objeto de análisis y estudio de sus reformas en el presente trabajo, con el nombre de “Proyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” y “Proyecto de ley orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” para regular aquellas materias que afectan a los derechos fundamentales de los menores.

Estos Proyectos de ley mantienen la base filosófica de la Convención de los Derechos del Niño y añaden a la consideración de los menores como sujetos de derechos con plena titularidad de los mismos y capacidad progresiva para ejercerlos, la consideración de los menores como corresponsables de la sociedad en la que participan, siendo un colectivo dotado también de deberes. De esta forma, se fomenta la asunción

de responsabilidades, favoreciendo su proceso de maduración y socialización, en atención al libre desarrollo de su personalidad.

Esta normativa supone un gran avance en materia de protección de menores. Así, uno de los principales problemas que presenta el actual sistema de protección de menores es el abuso de la figura de la tutela administrativa, al reconducirse la mayor parte de las situaciones de desprotección al “desamparo”. Se produce principalmente porque la legislación no establece una clara delimitación entre la situación de riesgo y de desamparo en las que se puede encontrar un menor y las consiguientes medidas administrativas de protección en uno y otro ámbito. Frente a esta situación, el Proyecto de ley pretende resolver esta cuestión desarrollando integralmente estas dos situaciones y estableciendo en la norma la sustancial diferencia entre el grado de desatención que padezca el menor y el alcance de la intervención administrativa de carácter gradual o progresivo, distintos en uno y otro caso. De esta manera, si un menor padece un grado de desatención leve pero es declarado en desamparo, se lesiona su derecho a vivir y relacionarse con su familia, lo cual es perjudicial para el menor y va en contra de su interés superior.

El Proyecto de ley incluye otras muchas disposiciones que intentan dar respuesta a las demandas derivadas de la aplicación de la legislación. Sin embargo, el Proyecto ha dejado de lado otros aspectos y cabe aquí objetar que se podría haber aprovechado la reforma para tratar uno de los mayores problemas con los que se enfrenta este colectivo, la situación de pobreza infantil. Tras analizar las modificaciones que proponen estos proyectos se ha advertido de que la reforma no incluye ni un solo precepto para ofrecer mejoras y soluciones a este gran reto al que se enfrenta la sociedad en su conjunto.

Actualmente, el texto que propone modificar la legislación en materia de protección de menores está siendo debatido en el Senado. En caso de que fuera aprobado con la consiguiente entrada en vigor, tras incluir las oportunas disposiciones que no se han previsto y aclarar los aspectos que no se han regulado con la debida claridad, supondría un gran avance en materia de protección de menores, tratándose de una reforma necesaria y urgente que dé una respuesta efectiva a todas las especialidades y necesidades que presenta hoy la infancia y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Directora). *Unidad Didáctica. Derecho Internacional Privado*. Librería UNED, Madrid, 2010
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *Administraciones Públicas y Protección de la Infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*. Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2006
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Civitas, Navarra, 2009
- GERVILLA CASTILLO, Ángeles. *La realidad del menor en desamparo: alternativas para su protección e integración*. Editorial Dykinson, S.L, 2010
- PADIAL ALBÁS, Adoración M. (Coord). *El acogimiento y otras formas de protección de la infancia y la adolescencia desamparada*. Edicions de la Universitat de Lleida, 2012
- SANZ MULAS, Nieves (Coord.). "La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". Editorial Iustel, 2005
- SOLÉ ALAMARJA, Eduard. *Todo sobre la adopción*. Editorial de Vecchi, 2006

FUENTES NORMATIVAS

ÁMBITO INTERNACIONAL

- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
- Convenio Europeo de Adopción, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional

ÁMBITO ESTATAL

- Constitución Española de 1978
- Código Civil
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación
- Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo

ÁMBITO AUTONÓMICO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

- Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor
- Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los centros de alojamiento
- Decreto 46/2000, de 1 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores, modificado por el Decreto 14/2010 de 3 de febrero

PROYECTOS NORMATIVOS

-Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 27 de febrero de 2015

-Proyecto de Ley de modificación al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 27 de febrero de 2015

FUENTES NORMATIVAS NO VIGENTES

-Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio

-Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de Tutela

-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. Predecesora de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

-Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Predecesora de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

FUENTES JURISPRUDENCIALES

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de septiembre de 2002

-Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2002

FUENTES CIBERNÉTICAS

- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia de 11 de julio de 2014. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20INFORME%20CF%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PROTECCI%C3%93N%20INFANCIA%20DEFINITIVO.pdf?idFile=e3b8bfd4-af51-4f00-a373-0089dabbdfb9
[24/04/15]

-Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf
[28/4/2015]

- Vid. Observación General núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Disponible en: <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf> [28/4/2015]

-Guía metodológica para la elaboración de los informes previos de impacto en la infancia y la adolescencia de las disposiciones normativas. Disponible en: http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/noticia_guiaparaevaluarelinteressuperiordelmenor [28/4/15]

-Informe del Defensor del Pueblo sobre “Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social” del año 2009. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/centros_menores_problemas_conducta.pdf [29/4/2015]

-Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Disponible en: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2012-10041500431_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares [3/6/2015]

-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados número 812 de 18/05/2015. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-812.PDF#page=2 [29/6/2015]

-Diario de sesiones del Congreso de los Diputados número 284 de 28/05/2015. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-284.PDF#page=43 [29/6/2015]

-Informe elaborado por Save the Children: “2.826.549 razones. La protección de la infancia frente a la pobreza: un derecho, una obligación y una inversión” Disponible en: <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/644/INFORME.pdf> [29/6/2015]

OTRAS FUENTES

- Proyecto de Centro de la Casa Juvenil Miraflores. Unidad de Régimen Especial. Consejería de Bienestar Social y Vivienda. Servicio de Infancia, Familias y Adolescencia. Abril 2005

-Revista General de Derecho Administrativo 39. LAFUENTE BENACHES, M.^a Mercedes. *La autorización judicial domiciliaria en el procedimiento de tutela administrativa por desamparo de un menor*. Universidad de Valencia, Iustel, 2015.