

EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA
ADOLESCENCIA.

THE NEW CHILDHOOD AND ADOLESCENCE PROTECTION
SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, 3 ter, diciembre 2015, pp. 178 – 197.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

Dra. CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
mdsanchez@uma.es

RESUMEN: La protección de menores ha sido objeto de una reciente y profunda reforma a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en atención a los cambios sociales experimentados desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorporando importantes novedades. El objetivo fundamental es mejorar las condiciones de vida de los niños considerados como sujetos de derechos y obligaciones, mediante un modelo común, con mayor implicación por parte de los poderes públicos, bajo el denominador de integrar en nuestro ordenamiento la defensa del “interés superior del menor”.

PALABRAS CLAVE: Protección de menores; familia; interés superior del menor; Administración Pública.

ABSTRACT: Minors protection has been the purpose of a recent and deep reform through the Law 8/2015, of 22nd July and the Law 26/2015, of 28th July, on the modification of the childhood and adolescence protection system, in regards to the social changes experienced since the LOPJM 1996 came into force, embodying significant changes. The main goal is to improve living conditions of children considered as subjects of rights and obligations, by means of a common model, with a higher implication of public authorities, under the denominator of integrating in our legal system the defense of ‘the best interests of the child’.

KEY WORDS: Protection of minors; family; best interests of the child; Public Administration.

SUMARIO: 1. Necesidad de la reforma del sistema de protección de menores y primeras críticas a la respuesta del legislador.- 2. La concepción del menor como ciudadano y sujeto responsable.- 3. La familia como sede natural para la asistencia y protección del menor.- 4. Principios sobre los que se fundamenta el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 5. La intervención de la administración ante las carencias familiares en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 6. La protección de las personas menores de edad en la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

1. Los menores como sujetos especialmente vulnerables y demandantes de atención y cuidado, han sido objeto de protección, con mayor o menor fortuna, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, no pudiéndose olvidar que la familia es la sede natural en la que debe recibir asistencia y protección. La consideración del menor como sujeto social y titular de derechos permite la configuración del actual régimen jurídico especial existente, en cuya línea se encuentra 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 (LOPJM 1996), que junto con el Código Civil constituyen el principal marco de los derechos de los menores de edad.

Sin embargo, como es referido en los respectivos Preámbulos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia “transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan de una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional”.

El demandado cambio del sistema de protección en España se enfrentaba, por consiguiente, a un conjunto de problemas los cuales han influido en el contexto en el que han sido acometidas las reformas y posteriores actuaciones administrativas y judiciales en este ámbito [“Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”. Defensor del Pueblo, Madrid, mayo 2014, www.defensordelpueblo.es]: 1º. La insuficiencia de las estructuras de protección para atender adecuadamente la carga de trabajo; 2º. La contundencia de las potestades públicas reconocidas en este ámbito que, si bien está pensada como instrumento al servicio del interés superior de los

menores, puede conducir a decisiones graves y de difícil reversibilidad; 3º. La excesiva duración de los expedientes administrativos; 4º. La carencia de información y de asistencia jurídica de las familias biológicas desde el primer momento de la intervención administrativa, que les dificulta reaccionar ante las decisiones que se van adoptando.

No obstante, éstos no son los únicos problemas con los que contaba el sistema de protección de menores, a los cuales deben ser añadidos otros, tales como:

1º. La ausencia de claridad normativa derivada de la inexistencia de unos parámetros claros, definidos por el legislador de cuando se debe aplicar una norma a un caso concreto, generando inseguridad jurídica ya que se deja demasiada libertad al intérprete, lo que conduce a la existencia de soluciones diversas para situaciones muy similares [MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 33).

2º. La confluencia de normas de naturaleza civil y administrativa de origen estatal y autonómico elaboradas conforme a las directrices internacionales, configurando el conjunto de medidas de protección privadas y públicas, provocando desigualdades importantes entre los distintos territorios del Estado español. Como acertadamente ha referido MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad...*, cit., pp. 49-50, “si bien el artículo 6.1 del Código Civil señala que la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento, lo expuesto ha degenerado en el hecho de que es muy difícil tanto para los ciudadanos de a pie como para los operadores jurídicos conocer, a veces, qué norma es de aplicación a un caso concreto”, a ello se le une el hecho que “el jurista se encuentra con el problema del desencuentro que se produce en ocasiones entre lo reflejado en la norma y la aplicación práctica de los principios de Derecho social que se proclama en nuestra Constitución”.

En este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, puso de manifiesto que los aspectos nucleares de la protección de los menores se encuentran en el C.c. (arts. 172 y ss.) y en la LOPJM 1996, junto con una prolija regulación sectorial que afecta a los menores. A esta realidad, como refiere el Dictamen “se suma el hecho de que todas las comunidades autónomas cuentan también con normas propias en materia de protección de menores, lo que resulta en un entramado normativo de cierta complejidad que no facilita la asunción de la protección de los niños y adolescentes de manera equitativa a lo largo del territorio nacional, configurando un entorno de grandes disparidades desde varios puntos de vista”.

3º. La ausencia de previsión normativa a nivel estatal sobre la asistencia específica y especializada para los menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, realidad objeto de regulación exclusivamente por parte de ciertas autonomías.

En consecuencia, cabe estimar que el objetivo de la presente y otras reformas legislativas que se lleven a cabo deben tener como finalidad prioritaria la búsqueda de la uniformidad en todas y cada una de las decisiones que se adopten con independencia del origen de la Administración que emita la resolución con el propósito de dar cumplimiento al principio de igualdad consagrado en la Constitución, teniendo presente cuál es el interés superior del menor. Igualdad de resoluciones atendiendo al interés del menor en el caso concreto debe ser el objetivo de todo sistema de protección de menores por muy complejo que sea el marco normativo que lo regula.

Con esta situación se encuentran la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, las cuales proponen una mejora en ciertos aspectos relacionados con el sistema de protección de menores, con el fin de seguir garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado, constituyendo además una referencia para el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Para lograr este objetivo ambos bloques normativos realizan importantes reformas en una gran diversidad de normas.

La presente comunicación tiene por objeto el análisis de ambos textos legales que reforman el sistema de protección de menores, centrándose fundamentalmente en aquellas que proceden a la modificación de la LOPJM 1996 y Código Civil. Como punto de partida cabe poner de manifiesto que, el sistema de protección no ha experimentado importantes transformaciones, no dando por tanto cumplimiento al tan demandado cuerpo normativo en el que se refunda toda la materia que regula este ámbito. Cabe de esperar, aunque con cierto pesimismo, que esto no suponga un obstáculo para cumplir con el objetivo marcado en los respectivos Preámbulos tanto de la Ley 26/2015, tal es “introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección de la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia”; como de la Ley Orgánica 8/2015, el cual establece que “se busca una mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores, con independencia de su situación administrativa”.

2. La consideración del menor como ciudadano hace que sea reconocido como titular de derechos y obligaciones y, por lo tanto, como sujeto corresponsable de la sociedad en la cual se encuentra integrado. Esta nueva concepción del menor más amplia, no solamente como titular de derechos, es regulada en el Capítulo III de la LOPJM 1996, en los arts. 9 bis, 9 ter, 9 quáter, 9 quinquies introducidos por la Ley 26/2015, bajo la rúbrica “deberes del menor”, los cuales deben ser asumidos y cumplidos atendiendo a su edad y grado de madurez.

Estos originales deberes se estructuran en torno a los tres ámbitos en los que desarrolla de forma habitual su vida cotidiana, tales son:

1º. El ámbito familiar en el que la norma exige al menor: a) Participar activamente en la vida familiar, lo que entiendo le otorga la facultad de ser informado y oído sobre aquellas cuestiones relacionadas con el desarrollo de la misma que atendiendo a su edad y grado de madurez puedan afectarle; b) Respetar a sus progenitores y hermanos. La redacción otorgada finalmente a la norma excluye la referencia que en el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 28 de marzo de 2014, hacía sobre las “personas que se relacionen de forma estable con el núcleo familiar”. Este deber de respeto no puede entenderse circunscrito exclusivamente a la familia nuclear (padres y hermanos), sino que su exigencia cabe ser extendida respecto de otros miembros de la familia (abuelos, tíos, primos) que participen de forma activa en la misma, pues no es posible obviar una realidad social de crucial importancia en la actualidad, como es el notable papel que ostentan en el ejercicio del derecho de cuidado los abuelos. Asimismo, cabe considerar que este deber de respeto exigible al menor incluye también las personas encargadas de su asistencia y cuidado cuando los menores son objeto de una medida de protección; c) Participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas, con independencia de su género. Este deber consagra el principio de igualdad en el ejercicio de las tareas domésticas, debiendo ser interpretado como un paso más en la lucha por la igualdad en el ámbito de lo privado.

2º. El ámbito escolar en el que la norma exige al menor en el centro educativo: a) Respeto a las normas de convivencia, así como una actitud positiva ante el aprendizaje, lo que implica el estudio durante el periodo obligatorio. Este art. 9 quáter, apartado 1º contiene varios deberes que deben ser cumplidos por el menor como consecuencia del derecho a la educación y formación que tiene reconocido. Cabe entender que el cumplimiento por parte del menor del deber de estudio, exige que éste desarrolle una actitud positiva ante el sistema educativo respetando las normativas exigidas en el centro. Se trata sobre todo de plasmar en una norma un deber concreto y expreso ante el elevado índice de absentismo escolar que existe en nuestro

país; b) Respeto a los profesores, compañeros y demás empleados del centro educativo. Con ello se pretende poner de manifiesto la exigencia de un deber que trate de paliar las situaciones de violencia escolar que se vienen desarrollando en la actualidad en numerosos centros educativos.

3º. El ámbito social en el que la norma exige al menor como deberes sociales: a) Respeto de naturaleza personal, que le afecta a sí mismo y a todos los sujetos con los cuales se relaciona; b) Respeto de naturaleza contextual y estructural, lo que implica que el menor debe desarrollar una conducta que no ponga en peligro o suponga un atentado contra los recursos e instalaciones públicos o privados, así como el medio ambiente.

La exigencia de “deberes” al menor supone un paso importante en la concepción del mismo como sujeto al cual se le reconoce una autonomía progresiva atendiendo a su edad y madurez, superando la consideración que hasta el momento existía como mero titular de derechos en los arts. 4 a 9 LOPJM 1996. No obstante, como fue puesto de manifiesto en el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, aun considerando oportuna la enumeración de deberes de los menores, se trata más de una declaración de principios que de una regulación de obligaciones propiamente exigibles en caso de incumplimiento. En este sentido, cabe decir que la viabilidad práctica de esta regulación de los deberes de los menores, debe ir acompañada de un régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento, ya que de lo contrario se quedarán en meras intenciones siendo cumplidas por el menor a su libre albedrío.

3. No es posible cuestionar que la familia constituye el mejor ámbito para el desarrollo integral del menor (SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B.: “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, núm. 4, p. 124; VELAMAZÁN PERDOMO, G.: “Reflexiones práctico-teóricas sobre el llamado sistema de protección de menores”, *Annuario de Justicia de Menores*, 2014, núm. 14, p. 184; OCÓN DOMINGO, J.: “Evolución y situación actual de los recursos de protección de menores en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, núm. 45, p. 13), por lo que su atención y amparo debe formar parte del sistema de protección de menores. Solamente cuando la familia no puede otorgar respuesta a las necesidades del menor viéndose imposibilitada para garantizar su integridad y desarrollo adecuado, tiene justificación y se encuentra legitimada la intervención de la Administración, sin olvidar que la familia forma parte de ese proceso de actuación y protección. Cuando el sistema de protección de menores se pone en marcha no solamente debe preservar y

ayudar al menor, sino ofrecer los mecanismos necesarios que permitan el saneamiento del ámbito natural en el que el menor debe ser objeto de atención y cuidado: la familia.

En torno a esta cuestión, el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia ha dispuesto que “la familia se reconoce, por otra parte, como el entorno idóneo para el cuidado, la protección y el adecuado desarrollo de los niños y, en ese sentido, constituye el núcleo básico para la asistencia y la formación de los menores en el sistema jurídico en España. Sin embargo, en los casos en los que el entorno familiar no es capaz de procurar la atención que obliga legalmente a los padres, las administraciones públicas deben asumir de manera subsidiaria para garantizar el disfrute de sus derechos”.

Los progenitores tienen como uno de sus deberes prioritarios “prestar asistencia a sus hijos”, siendo obligación del Estado proveer de las condiciones necesarias para que ello sea posible y así facilitar y garantizar el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen. Cuando no es factible por parte de los progenitores prestar la asistencia a sus hijos debe entrar en funcionamiento el sistema público de protección que no debe solamente proteger al menor, sino adoptar las medidas pertinentes en relación a los progenitores para garantizar el retorno del menor a su medio de origen, y solamente cuando resulte inviable adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a la obligación de no promover su reinserción. Las Administraciones actuarán de forma progresiva cuanto mayor sea el grado de desprotección o desatención del menor en su familia de origen, ya que su protección deriva de la conjunción de una doble actuación: familia y Estado. Progresividad y proporcionalidad rigen en materia de intervención de menores (ROCA TRÍAS, E.: “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma 2013, pp. 1-38).

En todo caso, cuando se hace referencia a la familia en la cual debe crecer el menor ésta debe ser entendida de forma amplia, ya que se trata de prestar la asistencia más acorde con el interés del menor concreto, a la cual puede dar cumplimiento personas diferentes a los padres biológicos (miembros de la familia extensa, la comunidad, los representantes legales, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño). En consecuencia, esta interpretación amplia del concepto de familia que puede implicar la intervención del Estado cuando el menor debe ser separado de su familia de origen, es extensible también a las mismas.

4. El art. 6 de la Ley 26/2015, que modifica el art. 11 LOPJM 1996, recoge los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, los cuales son: 1º. El interés superior del menor; 2º. El mantenimiento del menor en la familia de origen, salvo que atente contra su interés, priorizando, en su caso, el acogimiento familiar frente al institucional.; 3º. La integración familiar y social; 4º. La prevención de las situaciones que puedan perjudicar el desarrollo personal del menor; 5º. La sensibilización de la población ante situaciones de indefensión; 6º. El carácter educativo de las medidas que se adopten; 7º. La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social de los menores; 8º. La objetividad, la imparcialidad y seguridad jurídica de las medidas de protección adoptadas, garantizando el carácter interdisciplinar de los equipos que adopten las decisiones; 9º. La protección de los menores contra cualquier tipo de violencia, doméstica y de género; 10º. La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; 11º. La accesibilidad de los menores con discapacidad; 12º. El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y 13º. El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Por su parte, el art. 7 Ley 26/2015, que modifica el art. 12 LOPJM 1996, establece los principios rectores de la reforma de las instituciones de protección a la infancia estableciendo que existirá prioridad entre: 1º. Las medidas estables frente a las de carácter temporal; 2º. Las medidas familiares frente a las residenciales; 3º. Las medidas consensuadas frente a las impuestas; y 4º. Las medidas nacionales frente a las internacionales.

5. La intervención de la Administración ante las carencias familiares en la Ley 26/2015 puede ser analizada atendiendo a la diversidad de situaciones en las cuales pueden encontrarse los menores, por lo que cabe diferenciar dos fases o momentos temporales. En la primera fase, son articuladas un conjunto de actuaciones ante la situación de desprotección de las personas menores de edad que pretenden con su intervención proceder a una rápida protección verificando la situación real que éstas padecen. En la segunda fase y, una vez determinada y clarificada la realidad del menor y, atendiendo siempre al interés del mismo, son objeto de regulación las diferentes medidas de protección de las personas menores de edad que atendiendo a sus circunstancias deben ser adoptadas. Corresponde pues un análisis de las mismas.

En un primer momento temporal, y ante las necesidades de atención que puede demandar el menor las actuaciones en situación de desprotección establecidas en la norma tienen como objetivo: a) Proceder a la atención inmediata del menor; b) Verificación de la situación de riesgo o desamparo

en la que el menor puede estar incurso; c) Establecimiento de un sistema de guarda voluntaria.

a) Atención inmediata: corresponde a las autoridades y servicios públicos prestar la “atención inmediata” que pueda ser requerida por un menor, asumiendo la Entidad Pública la guarda provisional en virtud de resolución administrativa, comunicándolo al Ministerio Fiscal y procediendo de forma simultánea a la práctica de las diligencias necesarias para la identificación del menor, investigar las circunstancias que lo rodean y que han determinado dicha guarda, constatando la situación real de desamparo. Las diligencias deben ser practicadas en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente (art. 172.4 C.c.).

El art. 14 LOPJM 1996 antes de la reforma contemplaba esta obligación pero no precisaba quién debía asumir la guarda durante el periodo de vigencia, ni cuál era el plazo máximo recomendable de duración de esta medida, así como las diligencias a las que debía otorgarse cumplimiento. En relación con el régimen de atención inmediata del art. 14 cabe referir que: 1º. El Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, 28 de abril de 2014, en su art. 7 que modificaba al art. 14 LOPJM 1996 establecía un periodo de guarda provisional en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata, durante un plazo máximo de tres meses, el cual en la redacción final se silenció. Sin embargo, el art. 14 LOPJM 1996 se remite, tras la nueva redacción por Ley 26/2015, al art. 172.4 C.c. el cual establece que “cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública”. Atendiendo al tenor literal del artículo aunque no existe un plazo máximo como anteriormente de tres meses, las diligencias deben ser practicadas en un plazo breve que cabe entender será determinado y pasado el cual se actuará en consecuencia; 2º. El art. 172.4 C.c. determina que en esta fase de atención inmediata si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

b) Verificación de la situación de riesgo o desamparo: la “situación de riesgo” y el procedimiento en virtud del cual es decretada carecían de reconocimiento por parte de la legislación estatal, siendo objeto de regulación en el art. 10 Ley 26/2015, que modifica el art. 17 LOPJM 1996. Aunque el citado precepto recibe la denominación de “actuaciones en situación de riesgo”, en el apartado primero se define la situación de riesgo. A diferencia de la

anterior legislación y siguiendo el ejemplo de algunas normativas autonómicas se “considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”. Como novedades cabe referir: 1º. Estimar como indicador de riesgo el tener un hermano declarado en tal situación, salvo modificación evidente de las condiciones familiares; 2º. Considerar asimismo como indicador de riesgo la concurrencia de circunstancias o carencias materiales, en un intento de reflejar normativamente la situación de pobreza infantil de la que adolece nuestro país, pero que curiosamente no deben desembocar en la separación del menor de su entorno familiar, lo que implica riesgo y necesaria intervención directamente con la familia.

En relación con el concepto de “situación de riesgo” establecido en la norma solamente mencionar que al igual que ocurre con otros textos nos encontramos ante un concepto excluyente, es decir, es riesgo, lo que no es desamparo, existiendo siempre una zona de indeterminación o incertidumbre en la que la duda surgirá a efectos de la verificación de la situación real de riesgo o desamparo del menor. En cualquier caso, la intervención de la Administración Pública competente debe garantizar el cumplimiento de los derechos del menor adoptando las medidas pertinentes que permitan paliar la situación de riesgo con el fin de proteger al menor preservando el entorno familiar.

La norma también prevé la elaboración de un proyecto de intervención social y educativo en cuya elaboración se “procurará” la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, siendo “consultados” los menores según su madurez y, en todo caso, a partir de los doce años. No obstante, de no ser posible su participación deberán ser oídos, teniendo en cuenta su opinión a efectos de intentar que el proyecto sea consensuado y firmado por las partes. Esta elaboración consensuada del proyecto de actuación responde al principio de primacía de las soluciones consensuadas frente a las impuestas, teniendo la mediación en este ámbito un importante campo de actuación.

Asimismo, en el apartado 5º del art. 10 Ley 26/2015 se establece el deber de colaboración de los progenitores, guardadores o acogedores, dentro de sus respectivas funciones y según su capacidad, en la ejecución de las medidas

establecidas en el proyecto de intervención, derivando su incumplimiento en la declaración de la situación de riesgo. La declaración posterior de la situación de riesgo y solamente en el caso de que el proyecto de intervención no resulte, permite pensar que en el sistema de protección de menores contemplado en la norma, se prevé una fase previa a la declaración de riesgo que a través de dicho proyecto se intenta evitar.

En cualquier caso, la declaración de riesgo, conforme a lo establecido en el apartado 6º del art. 10 Ley 26/2015, será dictada por la Administración Pública competente, mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia a los progenitores, tutores, guardadores o acogedores y del menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Se regula pues un sistema de protección que ante la desprotección del menor se articula en tres fases en función de la gravedad del caso: 1ª. Fase de valoración de la situación de riesgo, en la que se propone un proyecto de intervención ofreciendo la posibilidad de que sea consensuado por las partes intervinientes; 2ª. Fase de declaración de riesgo, derivada del incumplimiento del deber de colaboración que corresponde a los diferentes sujetos intervinientes; 3ª. Fase de declaración de desamparo.

Atendiendo al contenido del art. 11 Ley 26/2015, que modifica el art. 18 LOPJM 1996, cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en “situación de desamparo” asumirá su tutela por ministerio de la ley, lo que lleva consigo la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172.1 párrafo 3º C.c., modificado por Ley 26/2015), adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. Sin embargo, cuándo podemos decir que el menor se encuentra en situación de desamparo. Esta, como novedosamente define la norma, 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 y material”. El citado precepto enumera una serie de circunstancias, cuya gravedad debe ser objeto de valoración y ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, atendiendo en mi opinión a las circunstancias del caso concreto, en la medida en que el artículo determina que deben suponer “una amenaza para la integridad física o mental del menor”.

La resolución administrativa que declare la situación de desamparo así como las medidas adoptadas se notificarán en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, de forma inmediata en un plazo máximo de 48 horas (art. 172.1, párrafo 1º C.c.).

Las situaciones determinantes para que proceda la declaración de desamparo son enumeradas en el art. 11 Ley 26/2015. En concreto, en el apartado h) se establece como razón que “cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”, será entendida como situación de desamparo. Este apartado h) induce a interpretar que se trata de una lista abierta de circunstancias en las cuales puede encontrarse el menor y que conllevan la declaración de desamparo, pudiendo ser apreciadas otras a las enumeradas en precepto.

En el Dictamen del Consejo Económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia se llamó la atención sobre la situación de desamparo y la crisis económica que hemos venido padeciendo la cual ha tenido reflejo en la Ley 26/2015, a efectos de su declaración (art. 18.2). Al respecto, el Dictamen estableció que “aunque según el Anteproyecto no puede acarrear por sí sola la declaración de desamparo del menor, es evidente que sí implica el riesgo de aumento de vulnerabilidad social de los menores y sus familias. A juicio del CES, es necesario actuar con cautela en el establecimiento de medidas de protección cuando concurren, junto a otras circunstancias, situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, articulando las actuaciones necesarias que eviten una ruptura del vínculo familiar y garanticen un adecuado régimen de relaciones, así como la posibilidad de una futura reintegración familiar, cuando el interés superior del menor así lo recomiende”.

Notificada la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores que tengan suspendida la tutela, pueden en el plazo de dos años desde la misma solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión (patria potestad o tutela) y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si se ha producido un cambio de las circunstancias que la provocaron pudiendo asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Gozan también de dos años para oponerse a las decisiones que sean adoptadas respecto a la protección del menor. Transcurrido el citado plazo este derecho de solicitud y oposición se extingue, quedando sus facultades reducidas a facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio en las condiciones que dieron origen a la declaración de desamparo. Corresponderá exclusivamente al Ministerio Fiscal la facultad para oponerse a la resolución de la Entidad Pública una vez que hayan transcurridos los dos años (art. 172.2 C.c.).

c) Establecimiento de un sistema de guarda voluntaria: el art. 12 Ley 26/2015, que modifica el art. 19 LOPJM 1996, además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, prevé que la Entidad Pública asuma la guarda cuando los progenitores o tutores no pueden cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. La denominada “guarda voluntaria”, no puede tener una duración superior a los dos años, salvo que el interés del menor aconseje de forma excepcional su prórroga en la medida en que se hace previsible la reintegración familiar en un breve plazo de tiempo. En estos casos será necesario que la familia del menor se comprometa para someterse a la intervención de un profesional. Como se ha establecido en el Preámbulo de la Ley 26/2015, con este límite temporal “se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas “sine die”, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia”.

La guarda se realizará mediante acogimiento familiar y si éste no es posible o conveniente para el interés del menor mediante el acogimiento residencial (art. 172 ter C.c.). El originario art. 19 LOPJM 1996 es ampliado con el art. 19 bis (art. 13 Ley 26/2015) donde se hace referencia al principio de prioridad de la familia de origen tanto para los supuestos de tutela como de guarda del menor, en la medida en que prevé con este fin la elaboración de un plan individual de protección y un plan de reintegración familiar para garantizar esta última, cuando ello sea posible. Como criterios a tener en cuenta para valorar el retorno del menor, atendiendo siempre a su interés, son establecidos los que siguen: 1º. Evolución positiva de la familia de origen, siendo objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar; 2º. Propósito de la familia de origen de desempeñar de forma adecuada sus responsabilidades parentales; 3º. Acreditación del mantenimiento de las relaciones parentales del menor con su familia de origen; 4º. Evaluación de que el retorno del menor no implica riesgos para el mismo mediante un informe técnico; 5º. Valoración del tiempo transcurrido, grado de integración del menor en la familia de acogida y el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. En el supuesto de ser procedente la reintegración familiar el art. 19 bis, 4º, prevé el seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor por parte de la Entidad Pública, no determinando al respecto plazo alguno.

Asimismo, la Entidad Pública puede acordar en relación al menor acogido cuando sea procedente para su interés, estancias, salidas los fines de semana o de vacaciones con familias o instituciones dedicadas a ello, para lo que procederá a una selección de personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor, el cual debe ser oído si tuviera suficiente juicio y, en

todo caso, si es mayor de doce años, procediéndose a una delegación de la guarda (art. 172.3 ter C.c.). Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, de guarda voluntaria, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores. Sin embargo, si los progenitores o tutores no se hacen cargo del menor, porque no se dan las condiciones adecuadas, debe ser declarado en situación de desamparo (art. 172 bis C.c.).

En un segundo momento temporal o fase y, determinada la situación de desprotección real en la cual se encuentra el menor las medidas de protección que pueden ser adoptadas son el acogimiento y la adopción, centrándonos en la presente comunicación exclusivamente en el acogimiento.

En materia de acogimiento se otorga prioridad al familiar frente al residencial. En relación a esto, resulta llamativo lo establecido en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, de 11 de febrero de 2015, en lo referente al “impacto económico general” y al “impacto presupuestario”, reconociendo que “respecto a la importante mejora que favorecerá la aplicación de la medida de acogimiento familiar respecto al acogimiento residencial, y de la adopción, se puede señalar que supondrá una distribución de las partidas económicas destinadas ahora por las Entidades Públicas para la atención de los menores en los centros, ya que el coste de la atención en los mismos debe ser más elevado para dichas entidades que los importes que se deben satisfacer en los supuestos de acogimiento familiar” por lo que “las modificaciones introducidas por este Anteproyecto de Ley no llevan consigo la necesidad de nuevas dotaciones presupuestarias de las que ya se están destinando a la protección de la infancia en estos momentos”. Ante estas estimaciones, cabe considerar que la protección del menor mediante el acogimiento familiar debe estar fundamentada en la idoneidad de la medida atendiendo a su interés y no en motivos económicos y presupuestarios, por lo que dudo de la viabilidad y realidad práctica de esta afirmación realizada en la Memoria. En este sentido, en el Dictamen del Consejo económico y Social 3/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia se considera que “los argumentos utilizados para afirmar que la aplicación de la nueva normativa no tendrá ningún impacto económico-presupuestario son débiles e insuficientes para solventar las dudas que dicha afirmación suscita máxime teniendo en cuenta lo ambicioso de los objetivos del Anteproyecto. En este sentido, el CES considera necesario un análisis más exhaustivo de las repercusiones económicas de una reforma de tan hondo calado, que afecta a las principales instituciones de protección del menor”.

a) El acogimiento familiar: el art. 14 Ley 26/2015, que modifica el art. 20 LOPJM 1996, regula la institución del acogimiento familiar el cual puede

adoptar las siguientes modalidades: 1ª. Acogimiento familiar en familia extensa del menor; 2ª. Acogimiento familiar en familia ajena, pudiendo ser éste de carácter especializado. Por su parte, atendiendo al art. 173 bis C.c. según la duración y objetivos del acogimiento familiar puede ser de diferentes tipos: 1º. Acogimiento familiar de urgencia, para menores de 6 años, con una duración no superior a 6 meses mientras se decide la medida de protección que corresponda; 2º. Acogimiento familiar temporal, de naturaleza transitoria, bien porque se prevea la reintegración del menor en su familia de origen; o bien mientras sea adoptada una medida de protección de carácter más estable (acogimiento permanente o adopción). Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que atendiendo al interés del menor sea aconsejable su prórroga en la medida en que la reintegración del menor resulte “previsible e inmediata” o proceda la adopción de otra medida de protección definitiva; 3º. Acogimiento familiar permanente, el cual se establece al finalizar los dos años de acogimiento familiar temporal porque no sea posible la reintegración familiar, cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen o cuando se trate de menores con necesidades especiales.

Cabe observar respecto de la regulación hasta ahora vigente una agilización del procedimiento de constitución, que se formalizará por resolución de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda, acompañada de un documento anexo (contenido del documento art. 20.3 LOPJM 1996). Por lo tanto, el acogimiento familiar se administrativiza, siendo objeto de control jurisdiccional la resolución administrativa si la misma es impugnada por persona legitimada, equiparándose al acogimiento residencial. La resolución de formalización del acogimiento y el documento Anexo serán remitidos al Ministerio Fiscal. En todo caso, se exige para ello una previa “valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento”, siendo definidos los criterios de la misma no recogidos hasta el momento en la normativa estatal.

La nueva regulación establece el estatuto del acogedor familiar en el art. 15 Ley 26/2015, que otorga contenido al art. 20 bis LOPJM 1996, en el cual se regulan los derechos y deberes de los acogedores. Por su parte, en el nuevo art. 21 bis LOPJM 1996 se recogen los derechos de los menores acogidos, con carácter general a todo tipo de acogimiento y particular, según sea familiar o residencial. Ante la ausencia de referencia expresa cabe entender que los deberes de los menores son los establecidos con carácter general en el Capítulo III, arts. 9 bis, 9 ter, 9 quáter y 9 quinquies.

En cualquier caso, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de la familia de acogida, debiendo contar con el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años (art. 173.2 C.c.).

b) El acogimiento residencial: el art. 16 Ley 26/2015, que modifica el art. 21 LOPJM 1996, ofrece la nueva regulación del acogimiento residencial procedente en defecto del acogimiento familiar. En relación a los menores que son objeto de acogimiento residencial debe ponerse de manifiesto que constituyen un colectivo importante y, en la mayoría de las ocasiones, invisible para la opinión pública. La normativa establece unos parámetros de edad en torno a los cuales establecer este tipo de acogimiento: 1º. Los menores de 6 años deben ser objeto de acogimiento familiar y solo excepcionalmente, entiendo que cuando no sea posible y atendiendo al interés del menor, procederá el acogimiento residencial por un plazo no superior a tres meses; 2º. Los menores de 3 años no pueden ser objeto de acogimiento residencial, salvo con carácter excepcional y ante imposibilidad acreditada de acogimiento familiar atendiendo al interés superior del menor.

Se establece en la norma con el fin de proteger a los menores en acogimiento residencial, la inspección y supervisión por parte de la Entidad Pública tanto de los centros como de los servicios prestados. Este control se ejercerá de forma habitual conforme a un plazo general de seis meses pudiendo ser alterado si así lo exigen las circunstancias. Cabe esperar que con ello y, en la medida en que las instituciones de acogimiento residencial constituyen un recurso de gran importancia para la atención de la infancia desfavorecida, sea posible avanzar y garantizar un estándar de calidad adecuada a la población con la cual se trabaja (vid. DE LA HERRÁN, A., GARCÍA BARRIOCANAL, C., IMAÑA MARTÍNEZ, A.: “Valoración del acogimiento residencial en centros de protección de menores: las vivencias de los jóvenes y sus familias”, *Tendencias Psicológicas*, 2008, núm. 13, pp. 193-210).

Respecto de los derechos y deberes de los menores cabe remitirse a lo establecido en el art. 21 bis LOPJM 1996, considerando nuevamente en relación a los deberes la previsión general referida en el Capítulo III.

Para finalizar el estudio que de la Ley 26/2015 se viene realizando cabe hacer referencia a tres temas fundamentales: a) El nuevo art. 22 bis LOPJM 1996, en el que se regulan los programas de preparación del menor para la vida independiente respecto de aquellos que hayan sido objeto de una medida de protección durante la minoría de edad. Con ello se pretende dar respuesta a las numerosas demandas que a lo largo de los años han sido realizadas desde distintos sectores en torno a la situación del menor una vez que ha cumplido la mayoría de edad y concluye el periodo de vigencia de la medida de protección por parte del Estado. La norma establece que estos programas de preparación estarán destinados a aquellos jóvenes que habiendo sido objeto de una medida de protección particularmente el acogimiento residencial o que encontrándose en situación de especial vulnerabilidad lo necesiten, pudiendo incorporarse dos años antes del cese de la medida a la cual se

encuentren sometidos. En relación a este programa se le exige al menor un compromiso de participación y aprovechamiento; b) La modificación del art. 174 C.c. que delimita las funciones del Ministerio Fiscal al cual le otorga una función prioritaria en este nuevo marco regulador de protección del menor. Conforme al contenido del citado precepto cabe destacar que, por un lado, el Ministerio Fiscal debe proceder a la vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores para lo cual la Entidad Pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos, remitiéndole copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos, así como de cualquier novedad de interés en torno al menor; y, por otro lado, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de vigilar y comprobar la situación en la que se encuentra el menor al menos cada 6 meses, no eximiendo por ello de la responsabilidad y deber de comunicación de cualquier circunstancia a la Entidad Pública. El Ministerio Fiscal debe desplegar, por tanto, acciones de naturaleza judicial y extrajudicial frente a los poderes públicos competentes para que cumplan con sus obligaciones preventivas, mediante una disposición idónea de recursos económicos y sociales. Corresponde al Ministerio Fiscal reclamar su efectividad sin depender de cualquier arbitrariedad ya sea política o administrativa, e incluso exigir el cumplimiento de sus obligaciones o responsabilidades (en este sentido DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, 2105, n^o 8590, p.1); c) La protección a la infancia comprende el cumplimiento de un deber de información que ha sido objeto de ampliación en la normativa incluyendo una dualidad de destinatarios: 1^o. Conforme al contenido del art. 22 LOPJM 1996 en su redacción originaria la Entidad Pública que tenga a los menores bajo su guarda o tutela tiene el deber de informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de los mismos, siempre y cuando no exista resolución judicial que establezca prohibición alguna al respecto; 2^o. Acorde con el contenido del nuevo art. 22 ter LOPJM 1996, las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España. Con ello, se pretende en principio lograr un mayor acercamiento entre las medidas adoptadas en cada Comunidad con el fin de garantizar la igualdad en las resoluciones que se adopten evitando la arbitrariedad y ofreciendo una mayor seguridad jurídica.

6. El nuevo sistema de protección de menores articulado en la referida Ley 26/2015, es complementado con la LO 8/2015. Esta norma resulta de gran importancia por la insistencia del legislador tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas de adoptar dentro de sus respectivas

competencias las medidas necesarias con el fin de dotar de efectividad a esta norma evitando con ello las tan denunciadas disfuncionalidades y desigualdades entre las diferentes Comunidades Autónomas. En relación a la misma y a efectos de las cuestiones fundamentales que interesan cabe hacer referencia a:

a) El art. 2 LOPJM 1996 establece que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Por todos son conocidas las dificultades interpretativas de este principio (vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 27-32) por lo que la Ley 8/2015 procede a la modificación del referido precepto con el fin de dotar de contenido al concepto de “interés superior del menor” en un intento de poner fin a las diversas polémicas generadas. El concepto de interés del menor es definido desde un triple contenido, como expresa el Preámbulo, no siendo solamente un principio general, sino un derecho fundamental: 1º. Se trata de un Derecho sustantivo, en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que existan otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2º. 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 responda a los intereses del menor; 3º. Es una norma de procedimiento. Asimismo, son establecidos una serie de criterios generales que deben ser tenidos en cuenta en la medida en que se estimen adecuados atendiendo a las circunstancias del caso concreto para la interpretación y aplicación del principio, debiendo ser ponderados en función de una serie de elementos generales conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

En cualquier caso, ante la situación real del menor que debe ser objeto de protección, el interés superior del mismo se traduce en la adopción del “mejor” recurso para un menor que en situación de desprotección social, “mejor” se adapta a sus necesidades y consigue su “mejor” y mayor bienestar posible.

b) El derecho del menor a ser oído y escuchado como es objeto de regulación diferenciada en la Ley 8/2015. El ejercicio de este derecho por parte del menor debe ser realizado de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales cualificados que le informen tanto del contenido de las preguntas que se le realizan como de las consecuencias de su opinión. Cuando el menor solicita este derecho, su denegación debe ser motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y al propio menor.

c) El menor para la defensa y garantía de sus derechos puede conforme al art. 10 LOPJM 1996 en su redacción final conforme a la Ley 8/2015: 1º. Solicitar la protección y tutela de la Entidad Pública; 2º. Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos; 3º. Plantear quejas ante el Defensor del Pueblo; y 4º. Solicitar la asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial para emprender las acciones judiciales necesarias destinadas a la protección de sus derechos e intereses.

d) La regulación del acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en el nuevo Capítulo IV, arts. 25 a 35 LOPJM 1996, introducido por la Ley 8/2015. Estos Centros responden a la necesidad manifestada en el Preámbulo, el cual establece que “la sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental”. Ante estas situaciones son necesarios centros especializados que ofrezcan soluciones diferentes a las de los centros de protección ordinarios, pues no se trata de instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, ya que su intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Por lo tanto, “estos centros deben proporcionar a los menores con trastornos de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad”

En todo caso, los menores con trastornos de conducta que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública son objeto de acogimiento residencial cuando la intervención no sea posible a través de otras medidas de protección, siendo atendiendo a las circunstancias del caso prioritaria la reintegración familiar, ya que no deben permanecer en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender estas necesidades específicas.