

MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Guía para profesionales y agentes sociales





MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Guía para profesionales y agentes sociales

Elaborado por:

Julieta Moreno-Torres Sánchez

Doctora en Derecho
Asesora Jurídica del Servicio
de Protección de Menores de Málaga
de la Junta de Andalucía



Málaga, 1 de septiembre de 2015



Texto: © Moreno-Torres Sánchez, Julieta
Maquetación: Rebollo Ramos, José
Ilustración: © Ramos Bernabé, Enrique

ÍNDICE

1.	PRESENTACIÓN	7
<hr/>		
2.	LAS NUEVAS LEYES: ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO, CÓMO CONSULTAR LA LEGISLACIÓN MODIFICADA Y CONTENIDO DE LA REFORMA	8
<hr/>		
2.1	Cómo y dónde consultar las normas que han sido reformadas por las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	8
2.2	Entrada en vigor	8
2.3	Régimen transitorio	9
2.4	Listado de leyes que modifica la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	10
2.5	Listado de leyes que modifica la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	10
2.5	Contenido de la reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	11
2.6	Contenido de la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	12
3.	INTERES SUPERIOR DEL MENOR, DERECHO A SER OÍDO, DEBERES DE LOS MENORES Y CRITERIOS COMUNES	17
<hr/>		
3.1	El interés superior del menor: nueva técnica para su valoración	17
3.2	Derecho del menor a ser oído y escuchado	19
3.3	Derecho de defensa	20
3.4	Deberes del menor	21
3.5	Criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad	22
4.	MODIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA A LA ADOLESCENCIA	23
<hr/>		
4.1	Situación de riesgo	24
4.2	Guarda de hecho	26
4.3	Guarda voluntaria	28
4.4	Guarda judicial	29
4.5	Guarda provisional (Atención inmediata)	30
4.6	Desamparo	32
4.7	Desamparo (Entrada a domicilio)	36
4.8	Disposiciones comunes a guarda y desamparo	37
4.9	Aspectos esenciales de la guarda (voluntaria o derivada del desamparo)	38
4.10	Acogimiento familiar	39
4.11	Acogimiento residencial	41
4.12	Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta	42
4.13	Adopción	45
5.	OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	51
<hr/>		
5.1	Riesgo prenatal	51
5.2	Negativa a tratamientos médicos	52
5.3	Régimen de visitas o relaciones personales	53
5.4	Medidas del artículo 158 del CC	55
5.5	Medidas contra la violencia de género cuando hay hijos menores	56
5.6	El Ministerio Fiscal en el sistema de protección	57

6.	SISTEMA DE PLAZOS	58
6.1	Plazos de revisión periódica de actuaciones: proyecto de intervención social y educativo / plan individualizado de protección	58
6.2	Plazos de duración de las medidas de protección	59
6.3	Plazos de oposición ante el Juzgado y solicitud de revocación de desamparo	60
7.	NORMAS SOBRE COMPETENCIA TERRITORIAL Y MENORES EXTRANJEROS	61
7.1	Traslado de menores entre Comunidades Autónomas	61
7.2	Protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero	62
7.3	Normas relativas a menores extranjeros no acompañados	63
8.	REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL	65
8.1	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, aspectos esenciales de la reforma	65

1. PRESENTACIÓN

¿Qué leyes se modifican? ¿Cómo y dónde consultar las leyes sobre protección? ¿Cuándo entran en vigor? ¿Qué ocurre con los procedimientos de protección que ya están iniciados a la fecha de entrada en vigor de las leyes? ¿En qué afectarán al trabajo de los profesionales relacionados con la protección de menores, a las familias y a los propios menores?

El proceso de reforma del sistema de protección se inició hace ya varios años y en él han intervenido, además de juristas, profesionales de todos los ámbitos relacionados con los menores, lo cual ha supuesto que aspectos educativos, psicológicos o sociales se hayan recogido de forma muy patente en la redacción de los textos legales, haciendo por tanto más cercana su aplicación a estos profesionales. Esto tiene todo su sentido en una legislación de este tipo, dirigida especialmente a trabajadores sociales, psicólogos, educadores, pedagogos... además de a los operadores jurídicos. Y resulta muy apropiado que así sea, si consideramos el concepto de sistema de protección como conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener el desarrollo integral del menor, con respeto a los principios integradores del derecho de menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar su protección¹.

El resultado de este largo proceso legislativo han sido dos leyes: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en adelante Ley Orgánica 8/2015; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La razón de que la reforma se haya realizado en dos leyes es que todo lo que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas debe ser aprobado por Ley Orgánica y las demás cuestiones han sido reguladas por Ley ordinaria. Así, la L.O. 8/2015 regula cuestiones como el internamiento en centros en casos de trastorno de conducta, o la entrada en domicilio para la ejecución de medidas de protección, por afectar a la libertad y derechos fundamentales de los menores y sus familias.

La reforma afecta de forma significativa a la terminología a la que están habituados los profesionales y en especial resulta significativa la Disposición adicional 1ª de la Ley 26/2015, que señala la referencia a la utilización en los nuevos textos legales de la expresión «Entidad Pública» en relación a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente. Además ambas leyes usan de forma indistinta los términos medidas e instituciones de protección para hacer referencia a las figuras protectoras (situación de riesgo, guarda, acogimiento...).

La nueva normativa distingue, tal como venían haciendo numerosas normativas autonómicas, entre infancia y adolescencia, haciendo notar, desde el mismo título, que no es lo mismo la protección que necesitan los menores adolescentes que la que precisan los niños de corta edad. En relación con este aspecto, se usa ahora el término madurez en lugar de juicio, para definir el momento en que ha de ser oído el menor.

El problema al que se enfrentan los profesionales y agentes sociales que tienen que aplicar las nuevas normas, es que al haberse modificado casi 20 disposiciones normativas, y en especial el Código Civil (en adelante CC) y 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 adelante L.O.1/1996), en distintos textos y de forma parcial, resulta ahora complicado comprender cómo afecta la reforma al trabajo individual de cada uno, que para más *inri*, ni siquiera está acostumbrado a lidiar con textos legislativos. Por ello es objeto de esta guía es sistematizar la información. La guía se inicia con la referencia al contenido general de las dos leyes y seguidamente se abordan aspectos sustantivos referidos al sistema de protección, que sin ser exhaustivos, dan una visión general de la reforma; haciendo especial hincapié en cuestiones como la técnica para la valoración del interés superior del menor, las medidas de protección y el sistema de plazos implantado.

¹ J. Moreno-Torres Sánchez en La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, 2009 - Editorial Aranzadi - Aranzadi Derecho Civil N°555, 1ª Edición, cit.pág.28, ISBN13 9788483559000.



2. LAS NUEVAS LEYES: ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO, CÓMO CONSULTAR LA LEGISLACIÓN MODIFICADA Y CONTENIDO DE LA REFORMA

2.1 Cómo y dónde consultar las normas que han sido reformadas por las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Las dos leyes han sido publicadas en el BOE y se pueden consultar en:

L.O.8/2015 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8222&p=20150723&tn=2>

Ley 26/2015 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>

En cuanto a las Leyes que han sido modificadas por la L.O. 8/2015 y la Ley 26/2015, si bien existen múltiples bases de datos que irán recogiendo la reforma en cada una de las normas, el Boletín Oficial del Estado ofrece en su web oficial la versión consolidada de las normas reformadas. El **texto consolidado** incluye en la norma, por ejemplo la L.O.1/1996, el contenido de las últimas modificaciones (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>).

Para consultar las versiones anteriores, se puede pinchar en la selección de la versión anterior que se desee, en la misma web del BOE.

En la web <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/comparativas-articulos/cuadro-comparativo-reforma-codigo-civil-por-la-ley-de-proteccion-del-menor/> se puede consultar un cuadro comparativo de la reforma del Código Civil.

2.2 Entrada en vigor

Las nuevas leyes han establecido su entrada en vigor a los 20 días de su publicación:

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, es decir el **12 de agosto de 2015**.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: entra en vigor en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, es decir el **18 de agosto de 2015**.

Quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 y Ley 26/2015 .

Va a resultar complejo el proceso de adaptación de las leyes a las normativas vigentes hasta ahora en las Comunidades Autónomas. No se ha establecido un período transitorio y la entrada en vigor afecta a todas las Administraciones públicas vinculadas a la protección de menores.

2.3 Régimen transitorio

Procedimientos judiciales iniciados antes de la entrada en vigor de la L.O.8/2015: *Los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se registrarán por la normativa vigente en el momento de su inicio* (Disposición transitoria única)

Procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015: *Los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial* (Disposición transitoria 1ª Ley 26/2015).

La Ley 26/2015 alude a procedimientos y expedientes judiciales y legislación procesal vigente. Por analogía se puede interpretar que este régimen transitorio se aplicará no sólo a los procedimientos judiciales ya iniciados, sino también a los procedimientos administrativos de desamparo, guarda, acogimiento y adopción iniciados por la Entidad Pública antes de la entrada en vigor de las Leyes. No obstante, y en aplicación del interés superior del menor, se debe respetar el nuevo sistema de medidas de protección. Por ejemplo, no se debe constituir un acogimiento preadoptivo o simple sin consentimiento de los padres, mediante acogimiento provisional y propuesta judicial porque ello podría dilatar los plazos e ir en contra del interés del menor. Dicho procedimiento podrá ser archivado e iniciado de nuevo conforme a la nueva normativa. Sí se podría continuar un procedimiento de acogimiento simple o preadoptivo con consentimiento de los padres, iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley, pero modificando el término simple por el de temporal y el de preadoptivo por el de guarda para la convivencia preadoptiva.

Cese de los acogimientos constituidos judicialmente: *Los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley podrán cesar por resolución de la Entidad Pública sin necesidad de resolución judicial* (Disposición transitoria 2ª Ley 26/2015).

La reforma se aplica a todo el territorio nacional, con excepción de la regulación de las instituciones civiles de las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial. Por tanto, quedan derogadas las legislaciones autonómicas en todo lo que se opongan a las nuevas leyes y será necesario un proceso de adaptación mediante nuevas regulaciones. De momento se han aplicar la nuevas leyes aprobadas, con independencia del proceso de desarrollo legal y reglamentario que tenga lugar en cada Comunidad Autónoma y por el Estado ya que se habilita al Gobierno para fomentar con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares en la aplicación de ambas leyes.

2.4 Listado de leyes que modifica la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

- » 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 Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- » Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- » Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

2.5 Listado de leyes que modifica la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

- » 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 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional
- » Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil
- » 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 clínica,
- » Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- » Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
- » Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas
- » Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
- » Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa
- » Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo
- » Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia
- » Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
- » Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril



2.5 Contenido de la reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

» 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 «

- ▶ **Interés superior del menor.**
- ▶ **Modificaciones terminológicas:** Se sustituye el término deficiencia por el de discapacidad, se sustituye el término juicio por el de madurez. Utilización de la expresión Entidad Pública D.A.1ª: *Las referencias que figuren en normas de fecha anterior a la presente ley a Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente se entenderán hechas a Entidad Pública, expresión que se utilizará en los sucesivos textos legales.*
- ▶ **Coordinación:** habilitación al Gobierno para fomentar con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares en la aplicación de ambas leyes.
- ▶ **Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas.**
- ▶ Se refuerza la **tutela judicial efectiva de los menores** introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.

» Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil « (en adelante LEC)

- ▶ Procedimiento ágil, sencillo 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.
- ▶ 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 medidas de protección de un menor, atribuir la competencia para la autorización de entrada en domicilio al Juzgado de Primera Instancia.

» Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial «

En relación con 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.

» Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social «

Para la protección de personas extranjeras en situación irregular y sus hijos, que hayan sido víctima de **trata de seres humanos**.

» Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género «

Reconoce a los **menores víctimas de la violencia de género** mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Modificación de las medida **cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores** que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. Se amplían las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género. Modificación en cuanto a las estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores.

2.6 Contenido de la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

» 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 «

- ▶ **Adaptación de los principios de actuación administrativa** a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes.
- ▶ Profunda **revisión de las instituciones** del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- ▶ Modificaciones derivadas de la ratificación por España de la Convención de 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**.
- ▶ Se introduce un nuevo capítulo III en el título I con la rúbrica «**Deberes del menor**», en los ámbitos familiar, escolar y social en particular.
- ▶ Se refuerzan las medidas para facilitar el **ejercicio de los derechos** de los menores y se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros y se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados.
- ▶ En el artículo 11 se introduce como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores contra cualquier forma de **violencia** y la **presunción de minoría de edad** de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma.
- ▶ **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.
- ▶ Obligación de las Entidades Públicas de revisar, en **plazos** concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección.

- ▶ Dos nuevos apartados en relación a los delitos contra la **libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores**: 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 de menores, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.
- ▶ Requisito para poder acceder y ejercer una profesión o **actividad que implique contacto habitual con menores**, no haber sido condenado por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos o explotación de menores.
- ▶ **Se crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales** que contendrá la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN.
- ▶ Se establece una regulación estatal más completa de las **situaciones de riesgo y de desamparo, la guarda provisional** en atención inmediata. Se regula el **riesgo prenatal** a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido.
- ▶ Regula la actuación ante **atención sanitaria necesaria para el menor no consentida** por sus progenitores u otros responsables legales, que conlleva también la modificación de la Ley de la Autonomía del Paciente.
- ▶ **Regulación del desamparo**: se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del código Civil, estableciendo, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración.
- ▶ Además, se regula por vez primera la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en **situación de desprotección en un país extranjero** y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un **menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta**, cuestiones que no estaban contempladas hasta el momento.
- ▶ **Acogimiento familiar**, se simplifica la constitución, refiriéndose al acogimiento en la propia familia extensa del menor o en familia ajena; se regula el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes y los derechos de los menores acogidos.
- ▶ **Acogimiento residencial**: prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial y de forma acentuada cuando son menores de seis años, y de forma aún más señalada e imprescindible si son menores de tres años; se establecen con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares, debiendo estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública.
- ▶ **Jóvenes ex tutelados**: obligación de la Administración de prepararlos para la vida independiente.
- ▶ **Creación de un sistema de información estatal** sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado y nuevas normas que regulan el tratamiento de datos de carácter personal de los menores atendiendo a su interés superior, así como la obligación de valorar el impacto en la infancia y adolescencia en todos los proyectos normativos.

>> Código Civil <<

- ▶ Reforma de normas de **Derecho internacional privado** (artículo 9), normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos y reconocimiento de doble nacionalidad en supuestos de adopción internacional.
- ▶ **Normas sobre acciones de filiación.**
- ▶ **Artículo 158 del código Civil**, mediante mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo.
- ▶ **Derecho de visitas y comunicaciones** (arts 160 y 161 CC).
- ▶ **Desamparo**: se desdobra en tres artículos el artículo 172 del CC, en el apartado primero se regula el desamparo.
- ▶ **Guarda** a solicitud de los progenitores o tutores (artículo 172 bis CC).
- ▶ **Acogimiento residencial y familiar** (artículo 172 ter y 173 CC): acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años y acogimiento permanente.
- ▶ Redefinición de las funciones que se encomiendan al **Ministerio Fiscal** (artículo 174 CC).
- ▶ **Adopción** (artículo 175 y ss CC): definición de la idoneidad, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, se introduce un artículo 176 bis que regula «ex novo» la guarda con fines de adopción, requisitos respecto del asentimiento de los progenitores (la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años), posibilidad de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta.
- ▶ **Acceso a lo orígenes**: se refuerza.
- ▶ **Tutela ordinaria** (artículo 239 y 303 CC) modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores, posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho y supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor.

>> Ley de Adopción Internacional <<

Se clarifica el ámbito de aplicación de la ley, se define el concepto de adopción internacional, se deslindan las competencias de las diversas Administraciones Públicas, se refuerzan las previsiones de garantía de las adopciones internacionales, se detallan con mayor claridad en el artículo 11 las obligaciones de los adoptantes, se introducen importantes modificaciones en las normas de Derecho internacional privado...

» Ley de Enjuiciamiento Civil «

Se refuerza la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos e intereses de los menores, introduciendo **mejoras en los procedimientos ya existentes**, orientadas a hacerlos más efectivos y aclarando puntos que en la práctica han generado interpretaciones contradictorias, (promover la **acumulación** cuando existieran varios procesos de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección en curso que afecten a un mismo menor), **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, se unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía respecto a las declaraciones de desamparo y se establece un mismo procedimiento para la oposición a todas las resoluciones administrativas. Se concentran en un solo procedimiento los supuestos en los que durante la tramitación del expediente de adopción los progenitores del adoptando 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 repercutirá en una agilización del procedimiento.

» Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa «

Con relación a la atribución de 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.

» Ley de la Autonomía del Paciente «

Sobre los conflictos ante **transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave**; a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud...

» Estatuto de los Trabajadores y Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público «

Permiso de la trabajadora para la realización de **exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto**, equiparando a las familias adoptantes o acogedoras a las biológicas.

» Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas «

Para reformar las condiciones de mantenimiento de los efectos del título **oficial de familia numerosa**.

» Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa «

Para revisar los criterios de **asignación de plaza escolar** con vistas a tener en cuenta la condición legal de familia numerosa y situación de acogimiento familiar del alumno o la alumna, así como incrementar la reserva de plazas en los centros educativos para casos del inicio de una medida de acogimiento familiar en el alumno o la alumna.

» Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo «

Como consecuencia de la necesidad de protección de las personas que hayan sido víctimas de **trata de seres humanos**.

» **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia** «

Para que las **prestaciones económicas** no puedan ser embargadas salvo en el caso del pago de alimentos, en los que será el tribunal el que fijará la cantidad que pueda ser objeto de embargo.

» **Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Clases Pasivas del Estado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley reguladora de la Jurisdicción Social** «

Con el fin de regular las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las **prestaciones de muerte y supervivencia** del sistema de la Seguridad Social y en favor de familiares del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

» **Disposiciones adicionales de la Ley 26/2015** «

- ▶ Disposición adicional 1ª: referencia a la utilización en los textos legales de la expresión «**Entidad Pública**» en relación a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente.
- ▶ Disposición adicional 2ª: **referencias al acogimiento preadoptivo, al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.**
- ▶ Disposición adicional 3ª: habilita al Gobierno a promover, con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de **criterios comunes y mínimos estándares** de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de la presente ley.
- ▶ Disposición adicional 4ª: régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de **entidades privadas colaboradoras** de las entidades públicas competentes.
- ▶ Disposición adicional 5ª **mecanismo interterritorial de asignaciones de familias** para acogimiento, o, en su caso, adopción.
- ▶ Disposición adicional 6ª; y la disposición adicional sexta establece una **equiparación de regímenes jurídicos de acogimiento** previstos en la presente ley con relación a las normas existentes con anterioridad a la misma y a las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas.

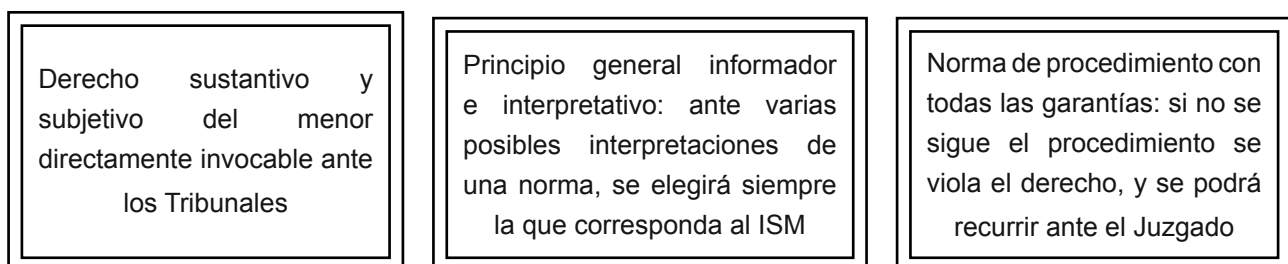


3. INTERES SUPERIOR DEL MENOR, DERECHO A SER OÍDO, DEBERES DE LOS MENORES Y CRITERIOS COMUNES

3.1 El interés superior del menor: nueva técnica para su valoración Artículo 2 L.01/1996

Hasta la publicación de las nuevas leyes no recogía la normativa estatal una técnica para la valoración del interés superior del menor (en adelante ISM). Desde la entrada en vigor de las nuevas Leyes todos los profesionales y operadores jurídicos, instituciones, públicas o privadas, Tribunales y órganos legislativos, han de valorar el ISM en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, el cual será primordial, reflejando su motivación en los informes técnicos, decisiones y resoluciones que se dicten².

»Triple naturaleza de ISM «



» Criterios de aplicación e interpretación «

- a) derecho a la vida - necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas
- b) deseos, sentimientos y opiniones/ participación
- c) derecho a su familia de origen
- d) identidad, cultura, religión/ atención a la discapacidad

» Elementos de ponderación «

- | | | |
|---|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> a) edad y madurez del menor b) igualdad y no discriminación c) efecto del transcurso del tiempo d) estabilidad de las soluciones e) tránsito a la edad adulta | } | principios de necesidad y proporcionalidad |
|---|---|--|

» Garantías del proceso «

- a) dº del menor a ser informado, oído y escuchado/participar
- b) intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos
- c) participación de progenitores, tutores o representantes / defensor judicial/ Ministerio Fiscal
- d) decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas
- e) recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor

² Se recogen los criterios establecidos por la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

» Valoración del ISM ante la concurrencia de otros intereses «

En las decisiones que se acuerdan sobre los menores, en los procedimientos administrativos y judiciales, siempre hay terceras personas afectadas: padres, abuelos, hermanos, allegados...por lo que se ha previsto cómo decidir en caso de concurrencia de cara a priorizar el ISM pero valorando los derechos fundamentales de esas personas.

*En caso de **concurrir cualquier otro interés legítimo** junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que **no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes**, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán **valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas** que pudieran verse afectados.*



3.2 Derecho del menor a ser oído y escuchado

Artículo 9
L.O.1/1996

Se precisa el derecho del menor a ser oído y escuchado y se introduce el término madurez en sustitución de juicio. No oír a un menor en un procedimiento que le afecte, puede suponer una vulneración de su derecho a la audiencia y la defensa, en los términos del artículo 24 de la Constitución, por lo que al tratarse de un derecho fundamental, la reforma de este Derecho se aborda desde la L.O.8/2015.

- *El menor tiene derecho a **ser oído y escuchado sin discriminación** en toda decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, en función de su edad y madurez.*
- *En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter **preferente**, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de 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 para que le represente. **La madurez habrá de valorarse por personal especializado**, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, **que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.***

- *Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por **intérpretes**. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*
- *No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, **otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.***
- *Siempre que en vía administrativa o judicial **se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores** directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.*

Además de la modificación del artículo 9 de la L.O.1/1996, se han modificado con relación al derecho a ser oído todos los artículos del CC, LEC y demás disposiciones legales en que se hace referencia a la forma de audiencia al menor. Por ejemplo en el artículo 172 del CC se explicita la forma de notificación del desamparo al menor.

3.3 Derecho de defensa Artículo 10 L.O.1/1996

Los menores, además de los mecanismos hasta ahora regulados en el artículo 10 de la L.O.1/1996:

- ▶ Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente
- ▶ Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas
- ▶ Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo
- ▶ Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas

Tendrán los siguientes derechos para su defensa

El menor podrá **presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño**, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle (Artículo 10.2 f L.O.1/1996).

El menor podrá **solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial**, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores (Artículo 10.2 e L.O.1/1996).

Defensor judicial: se refuerza esta figura que se regula en el Artículo 299 CC que hacía mención a que se nombraría defensor judicial en los siguientes supuestos, pero ahora se expresa que es el propio menor el que puede solicitar su nombramiento tanto en procedimientos judiciales como administrativos.

Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.
2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
3. En todos los demás casos previstos en este Código.

3.4 Deberes del menor Artículo 9 bis L.O. 1/1996

El artículo 155 del CC dispone de forma muy breve las obligaciones de los hijos (obediencia y respeto a los padres y contribución al levantamiento de las cargas de la familia). El nuevo artículo 9 bis recoge la necesidad socialmente denunciada, de que se plasme en las leyes que además de todo un catálogo de derechos, los menores, especialmente en la adolescencia, también tienen obligaciones.

Asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social.

Promoción por los poderes públicos de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes

Ámbito familiar

- » Participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares
- » Participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas

Ámbito escolar

- » Respetar las normas de convivencia de los centros educativos y estudiar
- » Respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares y a sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar, incluyendo el ciberacoso.
- » A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Ámbito social

- » Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen
- » Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad.
- » Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano
- » Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible



3.5 Criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad (Disposición Adicional tercera Ley 26/2015)

Uno de los objetivos de la reforma es dar uniformidad en todo el territorio nacional y por ello se establece que el Gobierno promoverá con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de esta ley en todo el territorio en las siguientes materias.

1. *Composición, número y titulación de los **equipos profesionales de la entidad pública de protección** de menores competente territorialmente que deben intervenir en situaciones tales como: riesgo y desamparo de menores, entrega voluntaria de la guarda, programas para la vida independiente de los jóvenes que estén bajo una medida de protección, procesos de acogimiento y adopción.*

2. ***Elementos esenciales de los procedimientos de acogimiento familiar:** valoración de la aptitud educadora de las familias; compensación económica para el acogimiento especializado como para el ordinario, con especial atención a las necesidades derivadas del acogimiento de menores con discapacidad; medidas de fomento y apoyo al acogimiento familiar; campañas informativas; fomento del asociacionismo de las personas y familias acogedoras.*

3. ***Elementos esenciales en los procedimientos de adopción** relativos a: preparación preadoptiva; declaración de idoneidad; concepto de menores «con necesidades especiales»; acreditación de organismos Acreditados para la adopción internacional; campañas informativas, con especial atención a las enfocadas a la adopción de menores con necesidades especiales.*

4. *Estándares de calidad y accesibilidad, instalaciones y dotación de cada tipo de servicio de los **centros de acogimiento residencial**. Medidas a adoptar para que su organización y funcionamiento tienda a seguir patrones de organización familiar. Incorporación de modelos de excelencia en la gestión.*

5. *Estándares de cobertura, calidad y accesibilidad, instalaciones y dotación de los **puntos de encuentro familiar**.*

6. ***Atención integral a jóvenes ex tutelados:** formación en habilidades y competencias para favorecer su madurez y propiciar su autonomía personal y social al cumplir los 18 años de edad; garantía de ingresos suficientes para subsistir; alojamiento; formación para el empleo, que facilite o priorice su participación en ofertas de empleo como medida de discriminación.*

4. MODIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA A LA ADOLESCENCIA

En este apartado se analizan los aspectos sustantivos de la reforma relativos a las medidas o instituciones de protección. El sistema de protección ha de actuar bajo el principio de proporcionalidad y progresividad por lo que expondremos las novedades de la legislación empezando por las medidas que menor injerencia tienen en la vida familiar³.

Principios de aplicación de las medidas del sistema de protección

(Exposición de motivos de la Ley 26/2015)

Prioridad a las medidas estables frente a las temporales

Prioridad de las medidas familiares frente a las residenciales

Prioridad de las medidas consensuadas frente a las impuestas.

Tabla de equivalencia de las medidas de protección

Normativa anterior	Nueva normativa
--------------------	-----------------

Situación de riesgo	Situación de riesgo
---------------------	---------------------

Guarda de hecho	Guarda de hecho
Guarda voluntaria	Guarda voluntaria
Guarda judicial	Guarda judicial
---	Guarda provisional
Desamparo	Desamparo

Acogimiento familiar	Acogimiento familiar
---	Acogimiento de urgencia
---	Acogimiento en familia ajena especializado
---	Acogimiento en familia ajena especializado profesionalizado
Acogimiento preadoptivo	Guarda con fines de adopción/Guarda para la convivencia preadoptiva
Acogimiento residencial	Acogimiento residencial
---	Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta
Adopción	Adopción
---	Adopción abierta
Adopción internacional	Adopción internacional

³ La Sentencia núm. 233/2005, de 26 septiembre del Tribunal Constitucional lo menciona con relación a que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

4.1 Situación de riesgo

Artículo 17
L.O.1/1996

La situación de riesgo se regula sólo en la L.O.1/1996, sin que la modificación afecte al CC, como hasta ahora. Si bien no es una institución protectora regulada en el Código Civil, las resoluciones declarando la situación de riesgo sí podrán ser objeto de recurso ante el Juzgado. Hasta la reforma había Comunidades Autónomas que dictaban declaración del riesgo social mediante resolución administrativa y otras no, siendo a veces competencia municipal y otras autonómica. De ahora en adelante, en todas las Comunidades Autónomas se tendrán que realizar declaraciones de riesgo mediante resolución administrativa, decidiendo cada cual a qué administración pública corresponde realizar la intervención, valoración y declaración.

Concepto

Se ofrece una definición mucho más detallada, 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.*

Indicadores de riesgo

- el tener un **hermano** declarado en situación de riesgo o de desamparo.
- **pobreza** (La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero **nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar**)
- **discapacidad**

Competencia

La situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una 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.

Contenido de la resolución

La resolución administrativa **incluirá las medidas** tendentes a corregir la situación de riesgo del menor, incluidas las atinentes a los deberes al respecto de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores.

Oposición ante el Juzgado

Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer **recurso** conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 17.6 L.O.1/1996) en el plazo de dos meses (780 LEC).

Intervención

La intervención en la situación de riesgo corresponde a la **administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable**, en coordinación con los centros escolares y servicios sociales y sanitarios y, en su caso, con las entidades colaboradoras del respectivo ámbito territorial o cualesquiera otras.

Valoración

Conlleva la elaboración de un **proyecto de intervención social y educativo familiar** que deberá recoger los **objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos**, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar.

Modelos de intervención

- » **Convenio consensuado** con los padres y el menor.
- » **Proyecto de intervención y declaración de situación de riesgo mediante resolución administrativa si no hay colaboración.**

La intervención puede terminar porque la administración competente observe desprotección

En los supuestos en que la administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo estime que **existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando, concluido el período previsto en el proyecto de intervención o Convenio, no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material**, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal.



La Entidad Pública pueden estimar que, a pesar de la propuesta, no procede declarar el desamparo

Cuando Entidad Pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente para apreciar la situación de riesgo, lo pondrá en conocimiento de la administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. **Si no se declara el desamparo corresponde al Ministerio Fiscal:** una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros (Artículo 17.8 L.O.1/1996).

4.2 Guarda de hecho Artículos 239 y 303 CC

En situaciones de guarda de hecho, en que los menores han quedado bajo el cuidado de personas que no son titulares de la patria potestad o tutela, se le debe otorgar al menor la figura jurídica que le ofrezca la mayor seguridad y estabilidad jurídica y emocional. Por ello, cada profesional ha de tener claro cómo reaccionar ante situaciones de guarda de hecho. Según la nueva regulación sólo se dictará resolución de desamparo cuando los guardadores no atiendan bien al menor, pudiendo constituirse la tutela con los mismos, cuando sea éste el interés del menor⁴. Recoge por tanto la nueva legislación los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor.

Desamparo en guarda de hecho

Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

Tutela ordinaria en guarda de hecho

La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.



⁴ Se ha pronunciado sobre esta cuestión la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre 2014 sobre desamparo y guarda de hecho.

Procedimiento judicial de nombramiento de tutor: *Previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso (Artículo 239.2 CC).*

Legitimación para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, *el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela (Artículo 239.3 CC).*

Legitimación del guardador de hecho: *el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (Artículo 303.2 CC). El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal (artículo 52 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).*

Medidas cautelares: además de la previsión del artículo 299 bis CC que dispone medidas de representación y defensa y administración de bienes, el Artículo 303 CC señala la posibilidad de constituir un acogimiento temporal con facultades de tutela hasta que se dicte la medida de protección adecuada.

Representación y defensa: *Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal (Artículo 299 bis CC).*

Administración de bienes: *En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida (Artículo 299 bis CC).*

Facultades tutelares a los guardadores: *Mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores (Artículo 303 CC).*

Es novedoso que ahora se legitima al guardador para promover ante el Juzgado la privación o suspensión de patria potestad y el nombramiento de tutor. Además ya no es necesario un procedimiento separado para acordar la privación sino que en el mismo procedimiento de tutela se puede acordar la privación o suspensión. Hasta ahora no existía un criterio uniforme en esta materia lo cual había dado lugar a gran inseguridad jurídica a los menores y sus guardadores ya que ante situaciones iguales existía una respuesta distinta.

5 J.Moreno-Torres Sánchez en Protección jurídica ante la guarda de hecho: ¿Menores en el limbo jurídico? 2013, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial SEPIN, ISBN 9788415644224.

4.3 Guarda voluntaria

Artículo 172 bis y ter CC
Artículo 19 L.O.1/1996

La guarda voluntaria se formaliza por la Administración, siempre con el consentimiento de los padres o tutores, a diferencia de la guarda judicial o de la guarda provisional, que puede formalizarse sin consentimiento, por lo que habrán de comprometerse a colaborar con ésta.

Concepto y causas

Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

Plazo

*No podrá sobrepasar **dos años** como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.*

Formalización

Por escrito.

Compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional.



4.4 Guarda judicial

Artículo 172 bis 2 CC,
158.6 CC y 103.1 CC

Para la protección de los menores, entre las medidas que puede acordar el Juez en cualquier proceso civil o penal, se encuentra la guarda judicial, por la que, a fin de proteger a los menores, ordena de su guarda y cuidado se ejerzan por terceras personas, normalmente familiares o la Entidad Pública, hasta que se dispongan medidas definitivas.

Asimismo, la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente (Artículo 172 bis 2 CC).

El Juez de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará...6. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas...Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria... En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública (Artículo 158.6 CC).

>> Protección penal <<

La necesidad de protección inmediata provoca que en el mismo momento en que se ordena por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia Doméstica la prisión preventiva o la orden de alejamiento de los adultos, se pronuncie sobre las medidas de protección de los menores. Puede acordar la guarda en terceras personas o la delegación de la guarda en la Entidad Pública para que proteja al menor mediante acogimiento residencial o familiar en tanto se instruye el proceso penal o decidir, como ocurre muchas veces con los adolescentes, que se reintegren con sus padres.

El artículo 158.6 CC, señala la obligación del Juez de que en caso de posible desamparo se comunique por el Juzgado a la Entidad Pública. Por tanto los Juzgados deben acordar las medidas cautelares sobre los menores cuando se está instruyendo un proceso penal, con independencia de que posteriormente la Entidad Pública instruya un procedimiento de desamparo o remita el caso para intervención por situación de riesgo social. Así se respeta la presunción de inocencia y se evita que Juzgados y Entidad Pública acuerden medidas contradictorias (por ejemplo el Juzgado puede acordar la puesta en libertad de los padres con orden de alejamiento de los menores y la guarda con los abuelos mientras la Entidad Pública desampara al menor y acuerda la guarda temporal con familia ajena)⁶.

>> Protección civil <<

Además del artículo 172 y 158 CC, el 103 al regular las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio también regula la guarda judicial al establecer, en los casos en que se observe que ni padre ni madre están capacitados por cualquier motivo, para ejercer su cuidado, que la guarda de los mismos se atribuya en primer lugar a los familiares, y, a falta de éstos, mediante la delegación de la guarda judicial en la Entidad Pública, que la ejercerá mediante el acogimiento familiar o residencial.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez (103.1 CC).

⁶ Son muy habituales estas situaciones por ejemplo tras la remisión por un centro sanitario un parte judicial por maltrato a menor, la detención de los padres por cualquier delito que puede no ser por maltrato pero pueden quedar privados de libertad, o el de los adolescentes que denuncian a sus padres por maltrato. En estos supuestos, es el Juzgado de Guardia y posteriormente el Juzgado encargado de la instrucción del caso, quien cuenta con toda la información forense, pericial, policial... de los hechos ocurridos. De otra forma, la Entidad pública puede estar prejuzgando a los progenitores, que aún no han sido juzgados ni oídos con las garantías de un proceso imparcial. Así lo prevén la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, J.Moreno-Torres Sánchez en La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección de Menores Español, ob.cit.pág.238.

4.5 Guarda provisional (Atención inmediata)

Artículo 14
L.O.1/1996 y 172.4 CC

Se incluye por primera vez en el CC la mención a la atención inmediata y se introduce una nueva figura, la **guarda provisional, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores**, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. La atención inmediata hace referencia a la necesidad de cuidado y atención inmediatos que necesita el menor y se refleja jurídicamente mediante la resolución administrativa de guarda provisional que se dictará por la Entidad Pública. Será notificada a los padres o tutores y podrá ser objeto de recurso en el plazo de dos meses desde su notificación.

Concepto

En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal.

Dado que se trata de una figura de guarda, la Entidad Pública no asume la tutela del menor, sino sólo su guarda mediante el acogimiento familiar o residencial.

Plazo

El plazo más breve posible.

La exposición de motivos de la Ley 26/2015 señala que *la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa.* Habrá que ver cómo se aplican estas disposiciones legales y cómo se interpreta la brevedad del plazo, especialmente en situaciones como las de los menores extranjeros no acompañados, para que no se produzcan dilaciones en las declaraciones de desamparo que haya que dictar.

Control del plazo por el Ministerio Fiscal

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 (172.4 CC).

Objeto

Además de para prestar atención inmediata al menor, la guarda provisional se extenderá el tiempo necesario para proceder a *practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo* (Artículo 172.4 CC).

Finaliza

- *La guarda provisional cesará por las mismas causas que la tutela (Artículo 172.5 CC).*
- **Reintegración** del menor con sus padres o tutores (por la desaparición de las causas que motivaron su asunción (Artículo 172.5 CC).
- Declaración de la situación de **desamparo**: *Tales diligencias se realizarán 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 (Artículo 172.4 CC).*
- **Nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias**: *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 (Artículo 172.4 CC).*



Se observa una gran similitud entre esta medida y la guarda judicial, ya que en ambos casos se puede acordar sin el consentimiento de los padres y sin asumir la tutela, en ambos con vocación de transitoriedad hasta que se esclarezcan los hechos que dan lugar a la misma y para proteger de forma perentoria. Pero en la guarda provisional es la Entidad Pública la que acuerda la medida de guarda ya que no nos hallamos ante un proceso judicial, sino en situaciones como las de los menores extranjeros no acompañados o menores de corta edad que son localizados solos, sin que, en principio exista ilícito penal alguno.

4.6 Desamparo Artículo 172 CC y 18 L.O.1/1996

Concepto

Se mantiene el mismo concepto de desamparo del artículo 172.1 del CC: *Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del **incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección** establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos **queden privados de la necesaria asistencia moral o material**. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la **suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria**. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste. Se completa en la Ley 26/2015, al establecer las causas por las que se produce en el Artículo 18 de la Ley 1/1996.*

Consecuencia

*Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la **tutela** del mismo y deberá **adoptar las medidas de protección necesarias** para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria.*

Notificación

Notificación progenitores, tutores o guardadores, al menor si tuviere suficiente madurez o más de 12 años en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas (Artículo 172.1 CC).

Forma de la notificación

*La información será **clara, comprensible y en formato accesible**, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma **presencial** (Artículo 172.1 CC).*

Privación de patria potestad

*Se legitima al M. Fiscal y a la Entidad Pública en el Artículo 172 del CC: **La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela** (Artículo 172.1 CC).*

Revocación del desamparo

La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y **decidir el retorno del menor con su familia**, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal (artículo 172.3 CC).

Cese del desamparo

Se regulan por primera vez las causas del cese y los plazos, además de las comunes con la tutela ordinaria:

- a) Que el menor se ha **trasladado voluntariamente a otro país**.
- b) Que el menor **se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entienda que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor**.
- c) Que hayan transcurrido seis **meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido** (Artículo 172.5 CC).

Solicitud de cese del desamparo

Durante el plazo de **dos años desde la notificación** de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo padres y tutores puede pedir el cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor por cambio de las circunstancias que la motivaron (Artículo 172.2 CC).



Causas del desamparo Artículo 18 L.O. 1/1996

Reguladas hasta ahora en las legislaciones autonómicas, por primera vez se regulan a nivel estatal, se den una o varias:

a) *El **abandono del menor**, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.*

b) *El **transcurso del plazo de guarda voluntaria**, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.*

c) *El **riesgo para la vida, salud e integridad física del menor**. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.*

d) *El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al **maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas** por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.*

e) *El **incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda** como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental.*

f) *La **inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución**, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad.*

g) *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** durante las etapas de escolarización obligatoria.*

h) *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.*

Otros factores a tomar en consideración

Discapacidad

En ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos (Artículo 18.2 Ley 1/1996).

Pobreza

La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo (Artículo 18.2 L.O.1/1996).

Hermano

Se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación (Artículo 18.2 L.O.1/1996).



4.7 Desamparo (Entrada a domicilio)

» Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores «

Artículo 778 ter LEC

Para la ejecución del desamparo se ha realizado una modificación procesal de la entrada a domicilio, pasando la competencia de los Juzgados de lo Contencioso administrativo a los Juzgados de Primera Instancia y articulando un procedimiento de urgencia. Se da un papel relevante al Secretario judicial en la ejecución.

Legitimación para solicitarla	Entidad Pública
Competencia	<i>Juzgado de Primera Instancia con competencia en el lugar donde radique su domicilio. Si se trata de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.</i>
Procedimiento ordinario	Audiencia en 24 horas desde su presentación a los interesados para que presenten alegaciones; y resolución en otras 24 horas desde la recepción de las mismas.
Procedimiento de urgencia	Sin audiencia previa en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud. Entidad Pública solicitante así lo pida de forma razonada y acredite que concurren razones de urgencia: <ul style="list-style-type: none"> » porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad del menor » porque exista afectación real e inmediata de sus derechos fundamentales
Ejecución	Será practicada por el Secretario Judicial dentro de los límites establecidos, pudiendo auxiliarse de la fuerza pública, si fuera preciso, y siendo acompañado de la Entidad Pública solicitante.

4.8 Disposiciones comunes a guarda y desamparo

Artículo 19 bis L.O.1/1996

Por primera vez en la legislación estatal se recoge la obligatoriedad de que todo menor con medida de guarda o desamparo tenga un **Plan individualizado de protección** que marque los objetivos, plazos y atiende, en su caso a su discapacidad: *Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar.*

Programa de reintegración familiar

Siempre que haya posibilidad de retorno, incluirá informe técnico que valore:

- » evolución positiva de la familia de origen
- » que se hayan mantenido los vínculos
- » que el retorno no supone riesgos relevantes para el menor

Criterios para valorar el retorno del menor desamparado desde familia de acogida

- » el tiempo transcurrido
- » la integración en la familia de acogida y su entorno
- » desarrollo de vínculos afectivos con la misma

Alimentos

(artículo 172 ter CC)

En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.

Hasta ahora no se había regulado de forma explícita en el Código Civil la obligación de alimentos por lo que las Entidades públicas asumían la tutela o la guarda y progenitores con capacidad económica quedaban exentos de esta obligación. Señala la nueva normativa que será cada Entidad Pública la que establecerá las cantidades a pagar por este concepto.

⁷ Este artículo incorpora los criterios que la sentencia 565/2009, de 31 de julio de 2009, del Tribunal Supremo ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor, entre los que destacan el paso del tiempo o la integración en la familia de acogida.

4.9 Aspectos esenciales de la guarda (voluntaria o derivada del desamparo) Artículo 172 ter CC

Forma de ejercicio de la guarda

Se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

Principios

- *reintegración en la propia familia cuando sea posible*
- *que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos*

Revisión

Al menos cada seis meses.

Delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias o instituciones

La Entidad Pública podrá acordarlas para menores en acogimiento residencial o familiar.

Requisitos

- » *se formalizará con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones*
- » *contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor*
- » *será comunicada a los progenitores, al menor y a los acogedores*
- » *se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa*

Por primera vez se regula este tipo de guarda ocasional, que de hecho ya se estaba usando en la práctica, respondiendo una vez más la reforma a las necesidades de los menores.

4.10 Acogimiento familiar Artículo 20 L.O.1/1996, 172 ter y 173 CC

Se ha procedido a redefinir las modalidades de 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, era una fase del procedimiento de adopción. Igualmente se establece, como hemos expondremos más abajo, un **sistema de plazos y un margen de edades** para cada tipo de acogimiento.

Valor que tienen los acogimientos de carácter preadoptivo y simple constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley

(Ley 26/2015 Disposición Adicional 2ª)

*Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al **acogimiento preadoptivo** deberán entenderse hechas a la **delegación de guarda para la convivencia preadoptiva** prevista en el artículo 176 bis del código Civil.*

*Las que se realizasen al **acogimiento simple** deberán entenderse hechas al **acogimiento familiar temporal** previsto en el artículo 173 bis del código Civil.*

Modalidades del acogimiento familiar

- » **El acogimiento en familia ajena podrá ser especializado**, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral (Artículo 173 bis 1 CC y 20.1 L.O.1/1996).
- » **El acogimiento especializado podrá ser profesionalizado** cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (Artículo 20.1 L.O.1/1996).
- » **Acogimiento familiar de urgencia**, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda (Artículo 173 bis 2 CC).
- » **Acogimiento familiar temporal**, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva (Artículo 173 bis 2 CC).
- » **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 con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (Artículo 173 bis 2 CC).

Formalización

El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda (Artículo 20.2 L.O.1/1996) y se acompañará un documento anexo (incluirá identidad del acogedor o acogedores y del acogido, consentimientos y audiencias necesarias, modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, derechos, deberes, seguimiento, compensación económica, plazo...). La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes.

Se establece el plazo de un mes para informar al Ministerio Fiscal sobre la constitución del acogimiento familiar, como forma de control, al haberse suprimido la exigencia de propuesta judicial. Y se regula la adecuación de la familia para el acogimiento, diferenciándola del término idoneidad.

Valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento

En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia (Artículo 20.2 L.O.1/1996). Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (artículo 20.2).

Visitas

El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora.

Derechos y deberes de los acogedores familiares

Se detallan en el Artículo 20 bis L.O.1/1996.

Cese del acogimiento familiar

Artículo 173.4 CC

- a) *Por resolución judicial.*
- b) *Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.*
- c) *Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor.*
- d) *Por la mayoría de edad del menor.*

4.11 Acogimiento residencial Artículo 21 Ley 1/1996

La nueva legislación recoge el carácter subsidiario del acogimiento residencial y la necesidad de que la estancia de los menores en los centros debe estar marcada por planes de trabajo con las familias desde el momento inicial en que se toma la medida de protección, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que determinados acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otras vías de convivencia familiar.

Obligaciones básicas de las Entidades Públicas y servicios y centros

- » Todo menor tendrá un proyecto socio-educativo individual con revisión periódica.
- » Promueve la convivencia y la relación entre hermanos y estabilidad residencial.
- » Acogimiento preferente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor.
- » Promoción de la relación y colaboración familiar.
- » Potenciarán la educación integral e inclusiva.
- » Normativa interna de funcionamiento y convivencia.
- » Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico.
- » Promoción de la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas.
- » Mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección.
- » Medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales.



Régimen de autorización y funcionamiento por la Entidad Pública – con inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

4.12 Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta Artículo 25 y ss L.O.1/1996

El necesario respeto a los menores de sus derechos fundamentales y libertades públicas, ha provocado la regulación mediante Ley Orgánica de los ingresos de menores en este tipo de centros. Su existencia hacía necesaria la regulación y se *utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo.*



Ámbito de aplicación

*Todos los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de **medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales.***

Requisitos para el ingreso

- » **Que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública.**
- » **Que hayan sido diagnosticados con problemas de conducta**, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada.
- » En los supuestos de **guarda voluntaria** prevista en el artículo 19, será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.

Principios

- » Finalidad educativa
- » Responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad prohibición del exceso,
- » Aplicación con la mínima intensidad posible
- » Aplicándose por el tiempo estrictamente necesario,
- » Respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor.

Se regulan los siguientes aspectos:

- » **Medidas de contención:** de tipo verbal y emocional, de tipo físico y de tipo mecánico
- » **Aislamiento del menor:** *en prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores residentes en el centro, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones* - no +6 horas consecutivas y acompañado o supervisado por un educador
- » **Registros** personales y materiales.
- » **Régimen disciplinario.**
- » **Supervisión y control:** revisión al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal.
- » **Administración de medicamentos.**
- » **Régimen de visitas y permisos de salida:** el Director del centro podrá restringir o suprimir las salidas de las personas ingresadas en el mismo - notificadas a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal de acuerdo con la legislación aplicable.
- » **Régimen de comunicaciones del menor.**



Procedimiento para el ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta

Artículo 778 bis LEC
Artículo 26 L.O.1/1996

Legitimación

↳ La Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal.

Motivación

↳ Informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores.

Exclusión

↳ Enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad.

Autorización judicial – audiencia al menor.

Competencia

↳ Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. El Juzgado recabará, al menos, **dictamen de un facultativo** por él designado.

Procedimiento de urgencia

↳ La Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible (antes de 24 horas) para ratificación judicial (ratificación antes de 72 horas).



4.13 Adopción Artículos 175 y ss del CC

Se suprime el acogimiento preadoptivo. En el artículo 175 y en relación con la capacidad de los adoptantes, se establece la incapacidad para adoptar de aquellos que no pudieran ser tutores, y, además de la previsión sobre la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, se establece también una diferencia de edad máxima para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables. Se realiza además una definición de la idoneidad, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, se introduce un artículo 176 bis que regula «ex novo» la guarda con fines de adopción, requisitos respecto del asentimiento de los progenitores (la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años), posibilidad de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones, lo que podría denominarse como adopción abierta.

Requisitos de los adoptantes

- ▶ *El adoptante ha de ser mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.*
- ▶ *La diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando.*
- ▶ *Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior.*
- ▶ *No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código.*

Se homologan los derechos de los adoptantes que sean cónyuges con las parejas unidas por análoga relación de afectividad. *Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de **muerte** del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado (artículo 175.4 CC).*

Adopción conjunta en caso de separación, divorcio o ruptura de la relación

En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción (artículo 175.5 CC).

Las normas se han hecho eco de la realidad social: son muchas las situaciones familiares en que estando en proceso de adopción se produce una **crisis familiar** por lo que era necesario reconocer el derecho a la adopción a ambas partes en situaciones de este tipo, en interés de los menores, y con las obligaciones y derechos inherentes a la adopción (visitas, guarda y custodia, pero también a efectos de alimentos o herencia).



Requisitos de los adoptados

(Artículo 175.2 CC)

» *Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados.*

» **Adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado** cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

No puede adoptarse

(Artículo 175.3 CC)

1.º A un descendiente.

2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

3.º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Expediente de adopción ante el Juzgado

(Artículo 176.2 CC)

La adopción se constituye siempre por resolución judicial: tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad (Artículo 176.1 CC.)

Inicio del expediente de adopción: será necesaria la **propuesta previa de la Entidad Pública** a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

Plazo para iniciar el expediente de adopción: antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción, salvo que haya un período de adaptación del menor a la familia en que podrá prorrogarse hasta un máximo de un año (Artículo 176 bis 3 CC).

No se requiere propuesta de la Entidad Pública cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes (Artículo 176.2 CC):

1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante tercer grado por consanguinidad o afinidad.

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.

4.ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

En la anterior redacción se aludía a que no era necesaria la propuesta cuando el menor hubiera estado más de un año acogido legalmente por el adoptante, ahora sólo en los casos en que se haya dictado resolución de guarda con fines de adopción y haya transcurrido un año o se haya constituido una tutela, no será necesaria la propuesta de la Entidad Pública. Por tanto, siempre será necesaria la propuesta de la Entidad Pública en el caso de menores que se encuentren en situación de acogimiento temporal o permanente o cuando no se cumplan esos requisitos.

Guarda con fines de adopción/ guarda para la convivencia preadoptiva

(Artículo 176 bis 1)

La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

Se denomina indistintamente en la nueva legislación guarda con fines de adopción/ guarda para la convivencia preadoptiva, figura que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo.

Derechos y obligaciones de los guardadores con fines de adopción

Tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Formalización de la guarda con fines de adopción

Resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Suprimido el acogimiento preadoptivo se simplifica la adopción, ya que la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la Administración sin intervención del Juzgado. No obstante, si se constituye este tipo de guarda, los progenitores podrán acudir al Juzgado y formular recurso en el plazo general de dos meses siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo. En caso de que se proponga la adopción, conforme a las nuevas reglas de la LEC, pueden acumularse los procedimientos.



Asentimiento para la adopción

(Artículo 177.2 CC)

Además de las previsiones que ya regulaba el CC, se dispone:

- » No es necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieran suspendida la patria potestad cuando **hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo**, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.
- » El **asentimiento de la madre** no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto⁹.
- » En las adopciones que exijan propuesta previa **no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados**.
- » **Deberán ser oídos**: además de los que se establecía hasta ahora, en su caso, la familia acogedora.

Conocimiento de los orígenes

Conservación de la información: en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia.

Plazo de conservación: al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva.

Titulares del derecho: Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.

Asesoramiento: Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho. A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

Régimen transitorio

Disposición adicional segunda Ley 26/2015

Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil.

⁹ Se dicta en cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

5. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

5.1 Riesgo prenatal Artículo 17.9 L.O.1/1996

Se regula por primera vez la protección del *nasciturus* en la legislación estatal como situación de riesgo social. Aunque se regula en el artículo 17 L.O.1/1996, dedicado al riesgo social, no se dictará resolución administrativa declarándolo, ya que tal como expresa, tiene como fin evitar que se declare el riesgo o el desamparo tras el nacimiento. Por ello habrá de realizarse la intervención tal como expresa en el apartado 2,3 y 4 del artículo 17.

Concepto

Se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

Competencia de intervención

La administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo en colaboración con los servicios de salud correspondientes.

Intervención

Se establecerán las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido.

Coordinación

*Los servicios de salud y el personal sanitario deberán **notificar** esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. 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.*

Menores y jóvenes sujetas a medidas de protección que estén embarazadas

Recibirán el asesoramiento y el apoyo adecuados a su situación. En el plan individual de protección se contemplará esta circunstancia, así como la protección del recién nacido (artículo 19.6 L.O.1/1996).



10 La Convención de Derechos del Niño proclama en su Exposición de Motivos que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento* y en su art 24.2 d) dispone *la obligación de los poderes públicos de asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.*

5.2 Negativa a tratamientos médicos Artículo 17.10 L.O.1/1996

Se regula por primera vez a nivel estatal, como situación de riesgo social. Ha habido casos muy conocidos y con mucha trascendencia social provocados por la negativa de los padres a realizar tratamientos médicos. La legislación se pronuncia ahora de forma expresa en cuanto que no se trata de situaciones de desamparo sino de riesgo social, debiendo ser la autoridad judicial la que acuerde las medidas necesarias para la protección del menor.

*La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor **constituye una situación de riesgo**. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (artículo 17.10 L.O.1/1996).*

El artículo 9 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 clínica, ha sido modificado y establece que *cuando el consentimiento haya de ser prestado por los representantes del menor y las decisiones sean contrarias a los intereses del mismo, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de **urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial**, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.*



5.3 Régimen de visitas o relaciones personales

El artículo 160 amplía el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos. En relación con la regulación del régimen de visitas y comunicaciones, se aclara la competencia de la Entidad Pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal. Se potencian y se regulan las visitas en todas las medidas de protección.

Visitas en caso de privación de libertad de los progenitores (Artículo 160.1 CC)

La Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Visitas en guarda provisional

No establece el artículo 172.4 CC ni el 14 de la L.O.1/1996 disposición alguna al respecto, por lo que habrá que entender por analogía que el menor tiene derecho a visitas siempre que no sea contrario a su interés y, en tanto no sean suspendidas por la Entidad Pública.

Visitas de menores en desamparo

La Entidad Pública regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo (Artículo 161 CC).

Visitas de menores en guarda voluntaria

*En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (Artículo 19 L.O.1/1996) y cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar (Artículo 19 bis L.O.1/1996). Por ello las visitas y relaciones personales **se establecerán de forma consensuada** con la familia.*

Visitas en acogimiento familiar

El documento anexo a la resolución de formalización del acogimiento familiar incluirá *el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor (Artículo 20.3 de la L.O.1/1996).*

Visitas en puntos de encuentro familiar

El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora (Artículo 20.2 L.O.1/1996).

Visitas en acogimiento residencial

Los servicios y centros donde se encuentren deberán potenciar las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen (Artículo 21 L.O.1/1996).

Visitas en adopción (artículo 160.1 CC)

En el Artículo 178 del CC se incluye, como una importante novedad, la posibilidad de que, a pesar de que al constituirse la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de procedencia, *pueda mantenerse con algún miembro de ella alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones*, lo que podría denominarse como adopción abierta.

Suspensión temporal de visitas de menores en desamparo: *La Entidad Pública puede acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor (Artículo 161 CC).*

Oposición judicial a la suspensión de visitas: *una vez suspendidas las visitas por la Entidad Pública, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es en el plazo de dos meses desde su notificación siempre que no hayan transcurrido más de dos años desde la notificación del desamparo.*

En la regulación anterior correspondía al Juez la regulación y suspensión de las visitas del menor acogido. No existía un criterio uniforme sobre la posibilidad de que la Entidad Pública suspendiera cautelarmente el régimen de relaciones personales en tanto se pronunciaba el Juzgado sobre la medida cautelar. Ahora corresponde a la Entidad Pública suspender temporalmente y, al Juez revisar solo en caso de que se interponga recurso.



5.4 Medidas del artículo 158 del CC

Se amplían las medidas que hasta ahora regulaba este artículo, que pueden ser acordadas por Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Además de las que ya se regulaban: para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, las apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y las necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, prohibición de salida del territorio nacional, prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido, y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor, se amplían a las siguientes:

4.º La medida de **prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.**

5.º La medida de **prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.**

6.º En general, **las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.**

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Estas medidas se pueden acordar, por tanto en procesos tan diversos como un divorcio o un proceso en penal en que los padres son detenidos por tráfico de drogas. Siempre que haya un menor el Juez debe de acordar las medidas de protección necesarias para el mismo, en relación además con la guarda judicial regulada en el artículo 172.2 CC.



5.5 Medidas contra la violencia de género cuando hay hijos menores

Se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Las actuaciones en caso de violencia deben ir dirigidas, siempre que la situación lo permita a la permanencia de los menores con la persona que ejerce la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento que haya sido víctima de violencia de género o doméstica. Se contemplan a los menores como víctimas de la violencia, mejorando las medidas de protección y enfatizando la necesidad de que dichas medidas sean siempre acordadas en los procesos de violencia en que haya menores.

Menor como víctima de la violencia de género

*Por esta ley se establecen 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** (Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).*

Obligación judicial de pronunciarse sobre medidas para los hijos

*En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, **sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento** contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas (Artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).*

Para conseguir una protección más efectiva, igualmente se modifican las previsiones legales en la legislación específica de violencia de género, en cuanto a suspensión de la patria potestad o la custodia de menores, medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

Atención especializada del menor víctima de violencia de género

Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación (Artículo 12.3 de la L.O.1/1996).

5.6 El Ministerio Fiscal en el sistema de protección

Artículo 174 CC

Competencia del Ministerio Fiscal

(Artículo 174 CC)

Se precisan las funciones del Ministerio Fiscal a la vez que se concretan las obligaciones de la Entidades públicas y las Administraciones.

Además de las funciones de vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, de la comprobación, al menos semestralmente, la situación del menor, se otorgan las siguientes funciones:

- *Promoción ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.*
- *Recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.*

Se mantienen las obligaciones de la Entidad Pública con el Ministerio Fiscal: dar noticia inmediata de los **nuevos ingresos** de menores; remitir copia de las **resoluciones administrativas** de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos y dar cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor (Artículo 174.2 CC) y la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe (Artículo 174.3 CC) y se establece como **obligación de todas las Administraciones Públicas:**

Atención a las solicitudes del Ministerio Fiscal: Los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor (Artículo 174.4 CC).

Documentación de menores extranjeros no acompañados: el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable (12.4. L.O.1/1996).

Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores: todas las personas que tuvieran noticia de un hecho de este tipo habrán de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (13.4. L.O.1/1996).

Régimen de visitas: obligación de la Entidad Pública de comunicar al Ministerio Fiscal cualquier variación (Artículo 161 CC).

Desamparo: transcurridos dos años desde la notificación del desamparo, únicamente estará legitimado el Ministerio Fiscal para impugnar las resoluciones que sobre el menor dicte la Entidad Pública (Artículo 172.2 CC).

Guarda provisional: 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 (Artículo 172.2 CC).

Se potencia la función del Ministerio Fiscal, entre otras, en las siguientes cuestiones

6. SISTEMA DE PLAZOS

El paso del tiempo sin tomar decisiones definitivas y seguras en el ámbito judicial o administrativo tiene siempre efectos emocionalmente adversos en los menores. A fin de evitar la inseguridad jurídica y emocional que existía hasta ahora por este motivo, la nueva regulación dispone nuevos plazos tanto para la revisión periódica de las actuaciones que se acuerden, la duración máxima de las medidas y para la oposición de los interesados ante el Juzgado.

6.1 Plazos de revisión periódica de actuaciones: proyecto de intervención social y educativo / plan individualizado de protección

Medida de protección	Instrumento de revisión y seguimiento
Situación de riesgo (Artículo 17.4 de la L.O.1/1996)	Los plazos vendrán determinados en el proyecto de intervención social y educativo .
Situación de desamparo y guarda (Artículo 19 bis L.O.1/1996)	Los plazos vendrán determinados en el plan individualizado de protección .

Medida de protección	Plazo de revisión
Cualquier medida de protección no permanente que se adopte con menores de tres años (Artículo 12.5 L.O.1/1996)	Cada 3 meses
Cualquier medida de protección no permanente que se adopte con menores mayores de 3 años (Artículo 12.5 L.O.1/1996)	Cada 6 meses
Acogimientos permanentes (Artículo 12.5 L.O.1/1996)	Primer año cada 6 meses y, a partir del segundo año, cada doce meses
Ingreso centros de protección específicos de menores con problemas de conducta (Artículo 32 L.O.1/1996)	Revisión trimestral por la Entidad Pública con remisión de informe al Juzgado y al Ministerio Fiscal

Por primera vez en la legislación estatal se recoge la obligatoriedad de que todo menor en situación de riesgo tenga un Proyecto de intervención social y educativo, y todo menor en guarda o desamparo tenga un Plan individualizado de protección, que marque los plazos y la periodicidad de la revisión de las intervenciones que se estén llevando a cabo. Hasta ahora la única obligación en cuanto a plazos se refiere, era la que se confiere al Ministerio Fiscal de comprobar al menos semestralmente la situación de los menores (Artículo 174.2 CC). Ahora se establece el nuevo sistema expuesto.

6.2 Plazos de duración de las medidas de protección

La guarda provisional es la única medida temporal en que sólo se dispone que durará el plazo más breve posible, sin establecer un plazo concreto. Hasta ahora la única medida de protección que tenía un plazo de duración, que se incumplía en muchos casos, era el del acogimiento preadoptivo (desaparecido en la nueva normativa), y que se suponía que no debía exceder de un año hasta la propuesta de adopción (antiguo Artículo 173 bis CC).

Medida de protección	Plazo de duración
Guarda voluntaria familiar o residencial (Artículo 172 bis CC)	Dos años , excepcionalmente prorrogable por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.
Acogimiento familiar de urgencia (Artículo 173 bis 2 CC)	Para menores de 6 años, no superior a seis meses .
Acogimiento familiar temporal (Artículo 173 bis 2 CC)	Duración máxima de dos años , salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga.
Guarda con fines de adopción (Artículo 176 bis 3 CC)	El plazo para proponer la adopción al Juzgado será tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción, prorrogable hasta un máximo de un año.
Acogimiento residencial (Artículo 21.3 L.O.1/1996)	Plazo máximo de 3 meses para menores de tres a seis años.

Informe justificativo de acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal que haya durado un periodo superior a dos años: *la Entidad Pública remitirá al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando éste se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo* (artículo 12 L.O.1/1996).

6.3 Plazos de oposición ante el Juzgado y solicitud de revocación de desamparo

La nueva regulación suprime el acogimiento provisional en todas las modalidades de acogimiento, por lo que se constituye por resolución administrativa y cuando los padres no consienten el acogimiento, recurrirán la resolución dictada por la Entidad Pública directamente al Juzgado. Igualmente la suspensión de visitas temporal será ahora acordada por la Entidad Pública y los interesados podrán oponerse al Juzgado. Se unifica el plazo a dos meses desde su notificación, para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, ex Artículo 780 LEC (hasta ahora el plazo de oposición al desamparo era de tres meses).

Plazo de oposición a las todas resoluciones administrativas (Guarda provisional, situación de riesgo, desamparo, acogimiento, visitas...)	[<u>2 meses</u> (Artículo 780 LEC)
---	----------	--------------------------------------

.....

Durante los 2 años siguientes a la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo

- » Los progenitores /interesados podrán solicitar a la Entidad Pública la **revocación** del desamparo por cambio de circunstancias.
- » Los progenitores /interesados podrán formular **oposición ante el Juzgado** contra todas decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (acogimiento, visitas, cambio de centro de protección, adopción...).
- » *Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (artículo 172.2 CC).*

.....

Pasados 2 años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo

(Artículo 172.2 CC)

Oposición al Juzgado: Sólo tiene competencia el Ministerio Fiscal para formular oposición al Juzgado frente a las decisiones de acogimiento, visitas...que dicte la Entidad Pública... *En todo caso, transcurridos los dos años, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública.*

Facilitar información: Los progenitores no pueden solicitar la revocación del desamparo por cambio de circunstancias pero... *podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.*

7. NORMAS SOBRE COMPETENCIA TERRITORIAL Y MENORES EXTRANJEROS

Se establecen por primera vez en la normativa estatal criterios para resolver sobre competencia en la protección cuando los menores se trasladan de residencia, bien dentro del territorio del Estado español o a otro Estado, la posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional y normativa aplicable a medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero deban cumplirse en España.

7.1 Traslado de menores entre Comunidades Autónomas

(Artículo 18.4 L.O.1/1996)

► **Traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta:** *corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de éste.*

► **Traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella,** con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas: *no será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección.*



7.2 Protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero (Artículo 18.5 y 6 L.O.1/1996)

Reglas de competencia ante la posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional

(Artículo 18.5 L.O.1/1996)

1. Para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la **Comunidad Autónoma en la que residen los progenitores o tutores del menor.**
2. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la **Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos.**
3. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la **Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual.**
4. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España hubiera sido objeto de **una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela.**

Competencia para el traslado

La Administración General del Estado se encargará del traslado del menor a España. La Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España.

Principios aplicables a la resolución de conflictos

Celeridad
Interés superior del menor
Evitar dilaciones en la toma de decisiones que pudieran generar perjuicios al mismo

Normativa aplicable a medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero que deban cumplirse en España

(Artículo 18.6 L.O.1/1996)

Unión Europea: Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Otros Estados: se estará a los *Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.*

En defecto de toda normativa internacional: se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores.

7.3 Normas relativas a menores extranjeros no acompañados

Se mejora el marco normativo de los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros y la presunción de minoría de edad de una persona cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad.

» Derecho a la educación, sanidad y servicios sociales «

Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles Artículo (Artículo 10.3. L.O.1/1996).

» Asistencia sanitaria «

Respecto de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas (Artículo 10.5. L.O.1/1996).

» Grupos vulnerables «

Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley (Artículo 10.3. L.O.1/1996).



>> Promoción de la integración <<

Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Artículo 10.3. L.O.1/1996).

>> Documentación <<

*Cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la **autorización de residencia**, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración (Artículo 10.4. L.O.1/1996).*

>> Presunción de minoría de edad <<

Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas (Artículo 12.4. L.O.1/1996).

>> Plan individualizado de protección/ programa de reintegración familiar <<

Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados(...). En el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad.” (artículo 19 bis2 y 5 LO 1/1996).

>> Ley aplicable a la protección de menores <<

La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo (Artículo 9 CC).

8. REFERENCIA A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

8.1 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, aspectos esenciales de la reforma

Con la reforma se clarifica el ámbito de aplicación de esta ley (en adelante LAI), se deslindan las competencias de las diversas Administraciones Públicas, se subraya el interés superior del menor como consideración fundamental, se refuerzan las previsiones de garantía de las adopciones internacionales y se precisan las obligaciones de los adoptantes. Igualmente se introducen modificaciones en el ámbito del derecho internacional privado, en el Código Civil. Se exponen aquí sólo algunas notas extractadas de la exposición de motivos de la Ley 26/2015, de la amplia reforma que ha tendido lugar.

Ámbito de aplicación

La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero (Artículo 1.1 L.A.I.).

Concepto de adopción internacional

Se entiende por adopción internacional 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 (Artículo 1.2 L.A.I.).

Deslinde las competencias de las diversas Administraciones Públicas

Es competencia 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, así como la acreditación de los organismos para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales, en terminología del Convenio de La Haya, referido a las antes denominadas entidades colaboradoras de adopción internacional, sin perjuicio de la necesaria intervención de las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas.

Se mantiene la competencia autonómica para el control, inspección y seguimiento de los organismos acreditados en cuanto a sus actuaciones en su territorio pero se prevé que la Administración General del Estado sea la competente para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el organismo acreditado lleva a cabo en el extranjero.

Se subraya el interés superior del menor como consideración fundamental en la adopción y se define a los futuros adoptantes, no como solicitantes, sino como personas que se ofrecen para la adopción.

Las Entidades colaboradoras de adopción internacional pasan a denominarse organismos acreditados para la adopción internacional (Disposición Adicional 2ª L.26/2015).



Se detallan con mayor claridad 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 del incumplimiento de las obligaciones postadoptivas a las que los progenitores y las Administraciones Públicas están obligadas respecto de los países de origen de los menores.



Supresión de las referencias a la modificación y revisión de la adopción, figuras jurídicas inexistentes en nuestro Derecho.

Mejora la regulación de la **adopción consular** circunscribiéndola a los supuestos en los que no se precisa propuesta de la Entidad Pública.

Se establece la **imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba**, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor.

Se modifican los presupuestos de reconocimiento de adopciones constituidas por autoridades extranjeras, reformulando el **control de la competencia internacional de la autoridad extranjera a través de la determinación de los vínculos razonables con el Estado extranjero** cuyas autoridades la han constituido, lo cual puede valorarse a través de la bilateralización de las normas españolas de competencia. Se sustituye el supuesto del control de la ley aplicada o aplicable, ajeno al sistema español de reconocimiento de decisiones y resoluciones extranjeras, por el de la **no contrariedad de la adopción constituida en el extranjero con el orden público español**, concretando este concepto jurídico indeterminado en los casos de adopciones en las que el consentimiento de la familia de origen no ha existido, no ha sido informado o se ha obtenido mediante precio, para evitar que en este ámbito de la adopción internacional se produzcan supuestos de «niños robados».

Se regula la **cooperación internacional de autoridades** en los casos de adopciones realizadas por adoptante español y residente en el país de origen del adoptado.



En relación con las otras medidas de protección de menores, **se introduce la oportuna referencia a dos Reglamentos comunitarios y un Convenio de La Haya** esenciales en esta materia, y se mejora el sistema de reconocimiento en España de estas medidas.





**Save the Children trabaja en más de 120 países.
Salvamos las vidas de niñas y niños. Luchamos por sus derechos.
Les ayudamos a desarrollar su potencial.**







savethechildren.es