



SPS-BJMG-MAGM

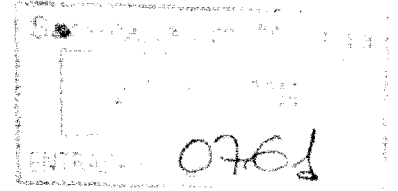


Nº Expediente: 14008872

Excma. Sra. Ministra  
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e  
Igualdad  
Pº del Prado, 18-20  
28071 MADRID

**Defensor del Pueblo  
REGISTRO**

**Fecha: 19/05/2014  
Salida: 14049433  
Expte.: 14008872**



Excma. Sra. Ministra:

En respuesta a sus solicitudes (DG/21-22/2014), se remiten a V. E. las consideraciones de esta Institución sobre los anteproyectos de Ley de Protección a la Infancia y de Ley Orgánica complementaria de la anterior.

Le saluda muy atentamente,

**Soledad Becerril  
Defensora del Pueblo**

Las oficinas de consulta y el tratamiento de los datos de carácter personal se realizan conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y en la Instrucción de Defensa del Defensor del Pueblo de 21 de septiembre de 2005, donde se establece el procedimiento que debe seguir el Defensor del Pueblo para atender a las solicitudes de información sobre sus datos e igualmente proceder a solicitar la rectificación correspondiente a los mismos.



Defensor del Pueblo

## CONSIDERACIONES SOBRE LOS ANTEPROYECTOS DE LEY DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y DE LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA

---

El 30 de abril de 2014 se recibieron en esta Institución dos oficios (DG/21-21/2014), firmados por la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a los que se acompañaba el texto y la memoria de los anteproyectos de ley, orgánica y ordinaria, de modificación de la normativa de protección a la infancia, junto con el requerimiento de que se emitiera informe en el plazo de 15 días.

Atendiendo a los principios de lealtad y colaboración institucional, así como a las atribuciones genéricas reconocidas a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en los denominados "Principios de París", esta Institución ha tenido a bien atender la solicitud formulada.

Se remiten a continuación las observaciones que se ha estimado oportuno realizar tras el examen de los anteproyectos, basadas fundamentalmente en la doctrina de esta Institución, plasmada en sus recomendaciones, informes y estudios.

Habida cuenta del tiempo disponible, del alto número de normas que se someten a revisión (los anteproyectos afectan a una docena de leyes) y del estado preliminar de los trabajos, no ha sido posible realizar un análisis exhaustivo de los textos remitidos ni se ha contemplado incluir propuestas detalladas de mejora en la redacción o de perfeccionamiento formal de los textos.

Las consideraciones que siguen no prejuzgan la evaluación que pueda hacerse por esta Institución de las normas una vez promulgadas, especialmente en cumplimiento de lo previsto en los artículos 28.2 y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

### 1. Observaciones generales

- Los dos anteproyectos examinados pretenden mejorar la regulación de la legislación general de protección a la infancia, detallando determinados aspectos capitales de la misma. Aunque ese objetivo se comparte, debe señalarse que el texto es en determinados artículos excesivamente prolijo (por ejemplo en el proyectado art. 20 bis de la L. O. 1/1996 se alude a "hijos biológicos o adoptados" cuando en el contexto de ese precepto dicha distinción no parece necesaria). Ello puede complicar la labor de interpretación de los operadores jurídicos con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica. En particular, en determinados aspectos (p. ej. arts. 17 y 18 de la L. O. 1/1996) la regulación propuesta es mucho más detallada, pero está llena de conceptos jurídicos indeterminados y hasta de conceptos metajurídicos. En este punto se estima que sería más práctico dirigir los esfuerzos a exigir una motivación individualizada y concreta en las resoluciones administrativas para que



Defensor del Pueblo

explicaran las razones por las que se estima que existe una situación de riesgo o de desamparo.

- Los anteproyectos examinados desgranar, en varias ocasiones, alusiones a una serie de convenios internacionales actualmente en vigor y de relevancia para la cuestión tratada. Sin embargo, una alusión tan directa a estos convenios puede tener un efecto adverso a medida que se vayan suscribiendo y ratificando otros. Dado que nuestro sistema de incorporación de tratados internacionales al derecho interno es monista (arts. 93 y 96 CE), se considera más práctico que la alusión a normas internacionales en el articulado se haga genéricamente a las normas supranacionales y convenios internacionales en vigor, sin perjuicio de introducir una alusión única a determinados cuerpos normativos si ello viene exigido por la legislación europea.
- Otro tanto cabe respecto de las alusiones a determinadas situaciones de vulnerabilidad que se señalan en varios artículos. Aunque se comprende la intención de incluir mediante esta mención determinadas situaciones de desprotección severa (como por ejemplo la trata de seres humanos) entre aquellas que merecen una especial atención, debe indicarse que la incorporación a textos legales de listados más o menos amplios de circunstancias puede tener nuevamente un efecto perverso para la adecuada consideración de las situaciones de vulnerabilidad en toda su complejidad. Por tal razón, debería revisarse el criterio de aludir a una lista amplia pero necesariamente acotada de situaciones o, al menos, establecer una cláusula general que indique con claridad que se está ante una enumeración no exhaustiva y abierta.
- Cabe señalar también la falta de contenido jurídico del nuevo capítulo III que se introduce en la Ley Orgánica 1/1996 (arts. 9 bis a 9 quinquies), relativo a los deberes de los menores. Su contenido es más propio de proposiciones pedagógicas que de normas con alcance jurídico inmediato. En algunos casos (p. ej. el deber de respetarse a sí mismo) su mera concreción implicaría serias dificultades.
- Se ha observado igualmente que en el párrafo d) del párrafo primero del artículo 10 se introduce en el anteproyecto de norma orgánica una previsión general sobre el "Defensor judicial" que resulta acertada. No obstante, en la reforma desaparece la previsión actualmente existente relativa a "solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas". El mantenimiento de esta disposición resultaría positivo, dado que permite que el menor vaya familiarizándose por sí mismo con la dinámica de relación con las Administraciones públicas y puede facilitar que estas detecten eventuales casos de riesgo.

J.B.



Legislación 1/16

## 2. Referencias al Defensor del Pueblo en los anteproyectos

- Además de las menciones en las exposiciones de motivos, los anteproyectos aluden al Defensor del Pueblo en las propuestas de modificación de los artículos 10, 33 y 35 de la Ley Orgánica 1/1996. Las observaciones que esta Institución ha de formular se refieren a los dos primeros preceptos.
- En el anteproyecto de ley ordinaria figura una modificación del párrafo c) del número 2, del artículo 10 referido a esta Institución. Dicho precepto tiene actualmente carácter orgánico y su reforma se pretende hacer mediante ley ordinaria.
- La propuesta de modificación relativa a esta Institución mantiene en lo sustancial la siguiente fórmula, que aparece en el artículo 10.2.c) de la norma en vigor: "Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo... A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores..." Los perfiles institucionales de la figura del Defensor del Pueblo siguen un marcado carácter unipersonal, con arreglo al cual los Adjuntos ejercen funciones por delegación o sustitución. En este contexto debiera examinarse la coherencia de mantener en una norma sustantiva una disposición funcional que despliega efectos únicamente en la organización interna de esta Institución. Lo sustancial, en todo caso; habría de ser recordar el derecho de los menores a acudir directamente ante el Defensor del Pueblo en cualquier circunstancia y con todas las garantías de accesibilidad y confidencialidad.
- En el inciso final del mismo párrafo se establece una nueva obligación para esta Institución en los siguientes términos: "asegurándoles [a los menores] el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades". El alcance de dicha previsión plantea dudas, ya que la redacción no aclara si está referida al acceso a esta Institución por parte de los menores o a facilitarles a estos el acceso a otros recursos.
- Se introduce también en el referido precepto una mención a que este derecho de plantear quejas ante el Defensor del Pueblo también alcanza a las "instituciones autonómicas equivalentes". El término "equivalentes", que también se emplea en la redacción de la propuesta del artículo 33, de carácter orgánico, no resulta correcto y debería sustituirse por "homólogas".
- Por último, en la redacción propuesta para el artículo 10.2.c), al interpolar la mención a la instituciones autonómicas, puede parecer que la misión de uno de los Adjuntos del Defensor del Pueblo es hacerse cargo de los asuntos relacionados con los menores que se lleven en todas las instituciones de este tipo, cuando se trata de organismos independientes. Convendría precisar mejor esta cuestión teniendo en cuenta lo indicado en los párrafos precedentes.

1. B



Departamento de Justicia

### 3. Cuestiones de especial interés para esta Institución

Se abordan a continuación, agrupadas por temas, una serie de observaciones sobre diversos aspectos tratados en los anteproyectos, a la luz de las principales recomendaciones y conclusiones de esta Institución en cada uno de estos ámbitos:

#### 3.1. Determinación del interés superior del menor y derecho a ser oído

- Aunque se dedican dos preceptos a estas cuestiones, las propuestas de artículos 2 (interés superior del menor) y 9 (derecho a ser oído y escuchado) de la Ley Orgánica 1/1996, se trata de previsiones que tienen carácter transversal. Su importancia ha llevado a esta Institución a elaborar un Estudio, titulado: *La escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, que se remitirá a las Cortes Generales, y que le enviaremos en los próximos días. Los capítulos 2 y 3 de dicho estudio realizan un examen pormenorizado de los derechos del niño a ser escuchado, a que su opinión sea tenida en cuenta y a que se garantice su superior interés, a la luz de la Convención y de las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Muchas de las conclusiones y recomendaciones, que se han dirigido a las Secretarías de Estado de Justicia y de Servicios Sociales e Igualdad, resultan muy pertinentes para el asunto aquí examinado, por lo que se sugiere que sean objeto de análisis con vistas a darle cumplimiento a través de estas iniciativas legislativas.
- Al margen de lo indicado, ha de señalarse que en el párrafo 2 de la propuesta orgánica de artículo 2 el inciso “sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica aplicable” limitaría severamente el efecto práctico de esta disposición. Debería optarse por el sistema contrario, de modo que este principio informe toda la legislación positiva.
- El párrafo cuarto hace un intento loable de articulación de los principios de aplicación del interés superior del menor, pero debería resultar más claro en su redacción.
- El párrafo quinto, letra a) subraya “el derecho del menor a ser informado, oído y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”. A este respecto debe indicarse que los derechos en presencia son varios y no uno. Nuevamente la mención a la normativa vigente limita los efectos de esta declaración y le resta contenido sustantivo.
- Pasando al derecho a ser oído, el proyectado artículo 9 presenta avances significativos en varios puntos al incorporar la lógica de la Convención de Derechos del Niño, pero no establece una presunción de juicio suficiente para los menores y debería hacerlo, indicando además que dicha presunción sólo

1.13



Departamento de Justicia

puede destruirse sobre la base de un examen técnico de profesionales cualificados.

- La expresión "o no convenga al interés del menor", referida al conocimiento de la opinión de este, que figura en el párrafo 2 del proyectado artículo 9, resulta inadecuada. No se comprende cómo conocer su opinión puede ser contraproducente de alguna manera; otra cosa será que no resulte posible conocerla o que, una vez expresada, sea contraproducente actuar conforme a lo manifestado.
- Se mantiene en la norma revisada la obligación de motivar la decisión de no oír al menor cuando este "solicite ser oído". La no audiencia del menor debería motivarse siempre y sólo debería estar basada en la decisión del propio menor o el hecho de que éste no presente un juicio suficiente para el acto a desarrollar, según el criterio de profesionales expertos.
- Debe señalarse que los proyectos reproducen en varios preceptos la expresión "si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los 12 años" (p. ej. arts 17 y 20.bis L.O 1/1996, art. 172 CC). El concepto de madurez habría de conjugarse necesariamente con el de "suficiente juicio", más dirigido a apreciar la capacidad de opinión del menor ante un hecho, acto o situación concreta. En el Estudio mencionado se razona más en extenso esta cuestión, así como sobre la inconveniencia de fijar una edad barrera para establecer la obligación de oír al menor, que ha tenido en nuestro derecho efectos no deseados. Ha de insistirse en que lo relevante a estos efectos es que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio sobre la cuestión a considerar y no tanto en establecer un juicio genérico sobre su madurez. Puede admitirse, sin embargo, la previsión del art. 177 del Código Civil relativa a la fijación de la edad de 12 años como edad límite por encima del cual ha de exigirse el consentimiento del menor para la adopción, dado que aquí se avanza un paso sobre el derecho del menor a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.
- En la misma línea, ha de indicarse que el párrafo 3 del proyectado artículo 177 del Código Civil establece que el adoptando menor de 12 años ha de ser "simplemente oído". Esta articulación no resulta acorde con la Convención, que no permite introducir una previsión que disminuya los efectos de la obligación de la autoridad exclusivamente por razón de la edad. La misma fórmula se reitera en la reforma prevista para el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en vigor de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000.
- La previsión introducida en el proyectado artículo 20.ter de la Ley Orgánica 1/1996, [párrafo 1.a)] de que el menor acogido tendrá derecho "a ser oído y ser parte del proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo" plantea dudas sobre su alcance. Si lo que se está indicando es que el menor debe ser parte del proceso de adopción de tales

1. B /



1. B

medidas esta decisión es adecuada y está bien ubicada, aunque no se entiende la mención a la oposición. Pero sí se alude al proceso judicial de oposición, en el que la participación del niño podría resultar también necesaria, este no es un lugar sistemáticamente adecuado para contener tal previsión, sino que debería ubicarse en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### 3.2. Revisión judicial de la oposición a las medidas de protección de menores

- En línea con lo recomendado en el Estudio citado sobre *La escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, debería acometerse una revisión más ambiciosa del artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Para cumplir con las Observaciones del Comité de Derechos del Niño, debe hacerse una revisión profunda de las posibilidades de participación de los menores en estos procesos, su acceso a la asistencia jurídica y las limitaciones de la figura del “Defensor judicial” para estos casos.
- Ha llamado la atención la reducción del plazo para interponer recurso de oposición a la medida de protección, de 3 a 2 meses, que asume la reforma proyectada. Se considera que el plazo es escaso e implica una dificultad añadida para la garantizar la igualdad de armas de las partes.
- La reforma que se pretende realizar en el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluye la ejecución provisional de las sentencias dictadas en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Esta previsión resulta exorbitante y puede resultar perturbadora como consecuencia del mero transcurso del tiempo necesario hasta completar el proceso con sus eventuales recursos. El proceso en cuestión, por más que formalmente tenga la consideración de preferente, precisa de unos plazos muy dilatados y la percepción del tiempo del niño es distinta a la de los adultos. Tal previsión, unida al modelo de proceso existente, supone en la práctica la imposibilidad de que un menor sometido a una medida de desamparo vuelva con sus padres. Se sugiere que estas previsiones se revisen con vistas a garantizar la efectividad de la tutela judicial.

### 3.3. Centros de protección para menores con trastornos de conducta

- Esta Institución debe señalar su coincidencia de criterios sobre la necesidad de establecer un marco jurídico general sobre los centros de menores con trastornos de conducta, que el proyecto de norma orgánica realiza mediante la introducción de un Capítulo IV en el Título II de la Ley Orgánica 1/1996. En términos generales el mismo recoge varias de las recomendaciones formuladas por esta Institución en 2009 en el “Informe sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social”.



Legislación

1. B
- Se detecta la ausencia de una cláusula general que establezca que el único derecho del menor objeto de suspensión con el ingreso en este tipo de centros es el de la libertad deambulatoria. El ingreso en un centro de este tipo no debería ser por sí mismo una suerte de autorización extensiva para que la Administración o el propio centro puedan limitar cualquier tipo de derechos (comunicación o visitas, intimidad, tratamientos médicos, etc.) sino sólo aquellos directamente vinculados a la intervención socioeducativa a realizar con cada menor en atención a sus circunstancias y previa ponderación de la autoridad judicial en garantía de estos derechos.
  - El proyectado artículo 26 establece que el ingreso del menor se acordará por resolución administrativa de la Entidad Pública fundamentada en informes sociales y psicológicos y que será necesaria autorización judicial, normalmente de carácter previo. En este punto hay que remitirse al proyectado artículo 763 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se regulará el ingreso de menores con trastorno de conducta en centros específicos. Constituye una garantía la previsión de que el Juez, aparte de los informes y valoraciones que acompañen a la solicitud de ingreso, deba recabar, al menos, otro dictamen de un facultativo por él designado.
  - La norma procesal no prevé vías para que el propio menor pueda hacer valer su oposición a la adopción de la medida de ingreso.
  - En el artículo 763. bis se alude a un "control periódico de los ingresos" que corresponderá al Tribunal del lugar donde radique el centro. Surgen dudas en cuanto a la determinación del órgano competente. Debería aclararse que lo que corresponde al órgano judicial es el control durante todo el tiempo que dure el ingreso y que este deberá ser realizado, al menos, con una determinada periodicidad.
  - El párrafo tercero del artículo 26 hace referencia a menores que "sufrieren enfermedades o deficiencias mentales". La expresión no parece responder a la lógica de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y al acento que esta pone en evitar el uso de expresiones peyorativas o de minusvaloración.
  - Ha de insistirse en la necesidad de que tanto las medidas de contención como los registros y cacheos cumplan con los principios de necesidad y proporcionalidad. En los registros personales y materiales que se contemplan en el proyectado artículo 29 sería preciso establecer una exigencia de justificación objetiva y razonable, que se efectúen en presencia de, al menos, dos personas, incluyendo un educador, así como que el registro de efectos o de la habitación sea comunicado al menor o se efectúe en presencia del mismo.
  - En cuanto a la administración de medicamentos a los menores, se deberá cumplir lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre,





República de Chile

básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que también se modifica en este anteproyecto y establece que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: "c) cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión y realizada la consulta de acuerdo a la edad y madurez del menor y en todo caso si tuviere doce años cumplidos". Se da por reproducido lo dicho sobre el establecimiento de edad barrera.

- 1.9/
- El proyectado artículo 34 regula el régimen de visitas y permisos de salida y establece que cuando las visitas sean suspendidas se notificará a las personas interesadas y al Ministerio Fiscal. En un marco como este, la privación del derecho de comunicación y de las visitas constituye una restricción severa de un derecho que debiera quedar sometido a autorización judicial, según se ha señalado más arriba.
  - El proyectado artículo 35 establece las comunicaciones del menor con los órganos de control y supervisión de la administración. Sin embargo, no se determina en ningún artículo el régimen de comunicaciones con sus padres, tutores, o cualquier otra persona con la que el menor tenga algún vínculo, como los abuelos. En cualquier caso, parece más lógico que este asunto se incluya en el artículo 34.

### 3.4. Situaciones de riesgo y desamparo

- En la regulación de la situación de riesgo (art. 17) se hace una aproximación imprecisa a lo que se considera como "situación de riesgo". Aunque se asume que los servicios sociales pueden precisar de cierta flexibilidad para desempeñar su función, el abanico de facultades de intervención que se conceden a la Administración en estos casos puede dar lugar a comportamientos arbitrarios y a intromisiones injustificadas en la vida de las familias.
- El nuevo artículo 17 pretende dotar de mayor seguridad jurídica a estas actuaciones, pero sólo contempla la existencia de la "declaración de riesgo", para los casos en que no exista colaboración de la familia (propuesta de párrafo sexto). Sería más adecuado que la norma exigiera declaración motivada de la situación de riesgo, como actuación previa que habilita a la Administración a intervenir, y fuera más explícita respecto a la obligación de información a las familias sobre estas cuestiones, e incluso facilitara el acceso a orientación y asistencia jurídica.
- La atribución de las competencias para intervenir en situaciones de riesgo queda un tanto imprecisa, al remitirse a la "Administración Pública



Defensor del Pueblo

competente" según lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable.

- 1.1
- En el proyectado párrafo séptimo del artículo 17 se prevé que la Administración que esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo, solicite el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para conocer el nuevo domicilio de los menores en caso de traslado al ámbito de otra Entidad territorial. Estas actuaciones deberían quedar limitadas a los supuestos en que exista una declaración de riesgo debidamente motivada que justifique la necesidad de intervención.
  - Respecto de las actuaciones en situación de desamparo (art. 18) cabe destacar el esfuerzo realizado para concretar las circunstancias que pueden dar lugar a la declaración de desamparo. Parece especialmente acertado que se excluya expresamente la situación de pobreza como única circunstancia que pueda dar lugar a esta situación (propuesta de art. 18.2, párrafo segundo). No obstante, la enumeración de circunstancias es extensa y excesivamente detallada en algunos aspectos, al tiempo que se describen situaciones indeterminadas que requerirán de una delicada ponderación de acuerdo con los principios enunciados de necesidad y proporcionalidad.
  - La propuesta de artículo 18 carece de una referencia a la necesaria motivación de la resolución de desamparo. Esta motivación es la que permitirá a los interesados conocer los factores que pueden influir en el futuro de las relaciones con sus hijos y oponerse a la resolución. Además, ha de facilitar al Ministerio Fiscal y a los Tribunales el ejercicio de sus labores de vigilancia y supervisión. Se ha comprobado que, con frecuencia, las resoluciones de desamparo se limitan a enumerar los apartados relativos a las circunstancias que figuran en las normas de protección como indicadores de desamparo sin efectuar mayor concreción. Esta Institución entiende que la ley debe fijar una exigencia de motivación reforzada y coherente con los principios que establece su artículo 2, sobre criterios para determinar el interés superior del niño, para lo que deberían revisarse el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996 y el 172 del Código Civil. Además, en dicha motivación debiera aludirse a las actuaciones de apoyo previo a la familia que se hubieran llevado a cabo para la defensa del derecho a la vida privada y familiar, tal como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p. ej. Sentencias Asunto K. A. B. contra España, de 10 abril 2012; Asunto R. M. S. contra España, de 18 de junio de 2013).

### 3.5. Tutela, guarda, acogimiento y adopción

- En el apartado 3 del proyectado artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996 se regula la preferencia de la medida de acogimiento familiar frente al acogimiento residencial de los menores de 6 años y, con carácter muy excepcional, el acogimiento residencial de los menores de 3 años. Esta previsión, que responde a una Recomendación formulada por el Defensor del Pueblo, tiene un alcance



Defensor del Menor

distinto al del artículo en que se ubica, que regula las condiciones y funcionamiento de los centros. Parecería más adecuada su inclusión en el artículo 172 ter del Código Civil, donde se describen las formas en que se ejerce la guarda.

- El nuevo texto, en los artículos 20 a 20 ter, regula detalladamente los derechos y deberes de los acogedores y de los menores en acogimiento, regulación que se había solicitado por esta Institución. Tan solo señalar la confusa redacción del epígrafe 1.m) del proyectado artículo 20 bis, así como las menciones a la edad cronológica para oír al menor, que no parecen adecuadas, tal como se expone en el apartado relativo al derecho a ser oído.
- En el artículo 20 ter, epígrafe 1.f), se reconoce el derecho del menor a continuar teniendo relación con la familia de acogida una vez finalizado el acogimiento. Sin embargo este derecho se supedita al consentimiento de la familia de origen, sin priorizar la opinión del propio menor, ni introducir matices de edad, tiempo de duración del acogimiento u otros. Además, no se contempla la posibilidad de que la nueva familia no sea la de origen sino una familia adoptiva.
- En el artículo 21 se detallan los principios a los que debe ajustarse la actuación de los centros de acogimiento residencial. En la redacción se observa cierta confusión entre obligaciones de la Entidad Pública como tutora y del centro como acogedor. Así, las funciones citadas en el apartado 1.d) "...fomentar que el acogimiento tenga lugar en un centro ubicado en la provincia de origen del menor" o el 1.e) "...los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen..." son funciones más propias de la Entidad Pública correspondiente y no del director del centro.
- Es destacable la regulación por primera vez, en el artículo 22 bis de la Ley Orgánica 1/1996, de los programas de preparación a la vida independiente, regulación que ha venido siendo solicitada por esta Institución en diversos Informes anuales a las Cortes Generales. Aunque el contenido sea un tanto impreciso resulta un avance notable en el reconocimiento de los apoyos que requieren estos jóvenes. Respecto a este asunto, esta Institución planteó en su día el problema que afrontan los padres de acogida cuando el menor cumple 18 años, permanece con la familia, pero, al no existir vínculo legal, deja de ser considerado a cargo de la misma y no puede ser incluido en la declaración de la renta, el título de familia numerosa o las prestaciones de Seguridad Social. Sería adecuado incluir en este artículo 22 bis, en el 20 bis, epígrafe 1.l), o en otro lugar que se considere más apropiado, el reconocimiento a los acogedores de adolescentes, que cumplan los 18 años y continúen viviendo con la familia de acogida, los derechos u obligaciones que las leyes reconocen a las familias con hijos mayores de edad mientras continúen a cargo de los padres.

1.3



- 1.3
- En la reforma prevista para el artículo 172 del Código Civil se introduce un párrafo quinto que en su parágrafo c), establece una cláusula de cesación de la tutela pasados 6 meses desde el abandono del menor de un centro de protección sin que sea localizado. La previsión puede tener efectos nocivos para la adecuada protección del propio menor e incluso de legítimos derechos e intereses de terceros que puedan verse afectados por actuaciones del menor, especialmente cuando no exista familia o esta no se encuentre en España.
  - En línea con lo indicado en otras previsiones de la reforma, en el proyectado artículo 178, párrafo 4, debería contemplarse la posibilidad de que el propio adoptando menor con suficiente juicio pudiera instar del juez el mantenimiento de las relaciones y contactos con la familia biológica o, incluso, con una previa familia de acogida.
  - En la prevista modificación del artículo 10 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, debería introducirse una alusión a la necesidad de incorporar a los hijos menores de los candidatos a adoptantes al proceso de determinación de la idoneidad, de modo que estos puedan ser escuchados y sus opiniones tenidas en cuenta en un proceso que va a tener para ellos relevantes consecuencias.

### 3.6. Derechos de visita

- El derecho a mantener relaciones y comunicarse con los familiares es un derecho de los padres, abuelos y hermanos, pero en nuestro ordenamiento y en los textos internacionales aplicables se constituye básicamente como un derecho del menor, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente señalando que el criterio que debe presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aún siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable. La STC 176/2008 (FJ 6) exige que se justifique la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor. Sin embargo, la redacción propuesta para los artículos 160 y 161 del Código Civil parece continuar en la lógica anterior de enunciar y proteger en primer lugar el derecho de los padres.
- En el artículo 161 se atribuye a la Entidad Pública la facultad para establecer, regular o suspender el derecho de los padres, hermanos, abuelos y demás parientes a relacionarse con el menor. En la actualidad, pese a la redacción del artículo vigente, que no reconoce expresamente estas facultades a las Entidades Públicas, éstas las vienen ejerciendo con carácter general. La Fiscalía General del Estado comparte esta interpretación y así lo fundamenta en la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Las leyes de protección



Departamento de Justicia

de menores de las comunidades autónomas han desarrollado la regulación del régimen de visitas de menores tutelados, adoptando posiciones contrapuestas: mientras las normas catalana y gallega se inclinan por plena capacidad de la Administración, la andaluza somete el asunto a decisión judicial.

1. B
- La Sentencia del Tribunal Supremo 663/2013, de 4 de noviembre (FJ 2) clarifica este asunto y señala que la suspensión de visitas por resolución administrativa en el caso planteado "no se corresponde ni con el artículo 161 ni con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño. Si conforme al artículo 160 del CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida como es el caso del acogimiento del menor del artículo 172.1 del CC. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso...". En el criterio de esta Institución, la trascendencia que tiene para el menor que se puedan suprimir las comunicaciones y relaciones con sus familiares, requiere un marco de garantías reforzado en el que la escucha del menor sea preceptiva y se dicte una resolución motivada, previa audiencia de los interesados. Dicha resolución, sin perjuicio de los efectos inmediatos que pudiera desplegar, debería ser ratificada preferentemente por el Juez, y como mínimo por el Ministerio Fiscal como superior vigilante de la tutela, acogimiento o guarda de los menores.

### 3.7. Obligaciones de colaboración de los ciudadanos

- Se añade un apartado 3 al artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de carácter orgánico, que establece la obligación de los organismos públicos, profesionales, entidades privadas y cualquier persona de facilitar los informes y antecedentes necesarios que les sean requeridos por la entidad pública competente o por el Ministerio Fiscal, a los efectos de adopción y supervisión de las medidas de protección. La dicción de este nuevo precepto amplía al máximo el ámbito subjetivo de aplicación, lo que puede entrar en contradicción, en determinadas circunstancias, con el deber de sigilo propio de determinadas profesiones, que protegen derechos fundamentales. El mismo carácter expansivo del ámbito subjetivo de aplicación se encuentra en la redacción propuesta en el anteproyecto de ley ordinaria para el párrafo séptimo del artículo 180 del Código Civil.
- El artículo 13 de la misma norma (obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva) se ve modificado añadiendo dos nuevos apartados. El apartado 4 realiza la subsunción de una conducta en una norma penal, lo que no parece propio de la ley ordinaria. Además el apartado 5 establece un requisito de idoneidad para el acceso a profesiones "cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños" en términos amplios, y sin someterlo a plazo. Dado que esta



Defensor del Pueblo

previsión puede afectar al contenido del artículo 23.2 de la Constitución, en lo referente al derecho de acceso a funciones y cargos públicos, que tiene carácter de fundamental, podría precisar igualmente de ley orgánica. Debería también analizarse si una medida de este tipo tendría mejor articulación como una previsión de carácter penal.

### 3.8. Familias numerosas

- 1.9 /
- Se contempla una modificación del artículo 6 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, mediante la que se extiende la efectividad del título de protección mientras uno de los hijos continúe cumpliendo los requisitos previstos aunque el resto de sus hermanos mayores no los cumplan. Sin perjuicio de los beneficios que cabe apreciar en esta medida, debe recordarse lo señalado por el Defensor del Pueblo, entre otros, en los informes anuales a las Cortes Generales de 2011 y 2012 (epígrafes 8.1.5 y 8.6, respectivamente), sobre la necesidad de atender el mandato legal para extender la cobertura de protección de familias numerosas a otros supuestos aún no contemplados (leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2008, 2009 y 2010).

### 3.9. Otras cuestiones

- Sistema de información sobre la protección de la infancia:** Compartiendo la necesidad de lo previsto en el propuesto artículo 22 ter de la Ley Orgánica 1/1996, podría aprovecharse su estructura para habilitar la posibilidad de que la Fiscalía pueda disponer de acceso telemático a los expedientes de protección, en línea con lo recomendado por esta Institución en el Estudio sobre *La escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, tantas veces citado. Tal cuestión también podría abordarse en el artículo 174 del Código Civil.
- Modificación 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:** Se añade, básicamente, un párrafo a la letra c) del artículo 9.3 de la Ley 41/2002 [además de la adaptación terminológica de la letra b) y la mención a la suficiente madurez del menor]. La modificación está relacionada también con el artículo 17.9 de la Ley Orgánica 1/1996. La redacción propuesta plantea alguna duda sobre el alcance y efectividad de la oposición por los representantes legales del menor o incapaz a prestar consentimiento a una determinada intervención médica. Se establece la puesta en conocimiento por los facultativos médicos de la situación de riesgo ante la Entidad Pública correspondiente y el Ministerio Fiscal. Partiendo de que el supuesto queda fuera de lo previsto en el apartado 2 del mismo artículo 9, sobre los límites al consentimiento informado, (es decir, que nos encontramos ante un supuesto en el que es posible y debe darse o sustituirse el consentimiento informado) no queda claro el alcance y efectos de la previsión



Defensora del Pueblo

normativa, más allá de concretar el cauce de comunicación para los profesionales sanitarios.

- **Nuevo artículo 239 bis del Código Civil:** Se traslada desde el artículo 239 la tutela de las personas con la capacidad judicialmente complementada (actualmente incapaces), que será a cargo de la Entidad Pública competente en esta materia, por ministerio de la Ley, cuando la persona en cuestión se encuentre "de hecho" en situación de desamparo. Resultando procedente la adaptación terminológica para definir al colectivo de personas con la capacidad complementada, restaría incorporar al ordenamiento otras previsiones de fondo que también recoge la Convención internacional de derechos de las Personas con Discapacidad. Al hilo de este artículo, ha de mencionarse que la definición aquí prevista de la Entidad Pública competente para la asunción de tutela se echa en falta, sin embargo, en la redacción propuesta del artículo 172 del Código Civil, en el que se ha suprimido la referencia a las entidades competentes en materia de protección de menores. Esa falta hace incongruente la redacción propuesta para el párrafo primero del artículo 239.

Madrid, 13 de mayo de 2014

*Soledad Becerril*

---

Soledad Becerril  
Defensora del Pueblo