



CONSEJO DE ESTADO

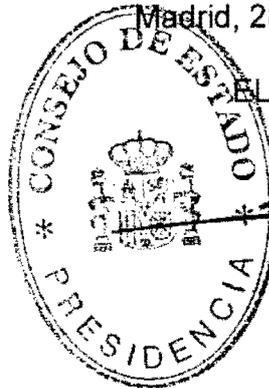
DG/22/14

Núm.: 1.094/2014/871/2014

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 28 de noviembre de 2014

EL PRESIDENTE,



MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS  
SOCIALES E IGUALDAD  
REGISTRO INTERNO  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
ENTRADA  
N. de Registro: 2672  
Fecha: 28/11/2014 13:57:41

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA.

CONSEJO DE ESTADO  
REGISTRO GENERAL

28 Nov. 2014

Número 1.094/2014 Hora: 13:34

SALIDA

21 FEB. 2015 13:27:24 Entrada: 180685





CONSEJO DE ESTADO

Nº: 1.094/2014/871/2014

**SEÑORES:**

Romay Beccaría, Presidente  
Lavilla Alsina  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Herrero y Rodríguez de Miñón  
Ledesma Bartret  
Aza Arias  
Manzanares Samaniego  
Fernández de la Vega Sanz  
Alonso García  
Blecua Perdices  
Oreja Aguirre  
Torres-Dulce Lifante  
Carnicer Díez  
Díez-Picazo y Ponce de León  
Pendás García  
Valcárcel Bernaldo de Quirós  
Laborda Martín  
Tocino Biscarolasaga  
Silva Sánchez  
Ortega y Díaz Ambrona  
Rodríguez Ibarra  
Palacio Vallelersundi  
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,  
Secretaría General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 27 de noviembre de 2014, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de 28 de octubre de 2014, con registro de entrada el mismo día, ha examinado el expediente relativo al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Se solicita la emisión de dictamen en el plazo de un mes.

De antecedentes resulta:

**Primero. Anteproyecto de Ley Orgánica**

*Du*  
El Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (al que, en adelante, se hará referencia más abreviada como el “Anteproyecto”) consta, en su versión final fechada el día 27 de octubre de 2014, de exposición de motivos, dos artículos,



## CONSEJO DE ESTADO

una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, dividida en seis apartados, comienza recordando que el artículo 39 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En cumplimiento de ese mandato, continúa la memoria, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. La norma de referencia en este ámbito es 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 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que constituye el marco regulador que, según la parte expositiva, garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.

La exposición de motivos, en su apartado I, sigue señalando que el tiempo transcurrido desde la aprobación de la LOPJM obliga por diversas razones a la innovación del sistema jurídico de protección de la infancia y la adolescencia (se hace referencia a cambios sociales, suscripción de instrumentos internacionales, propuestas formuladas por el Defensor del Pueblo, por la Fiscalía General del Estado o por el Comité de los Derechos del Niño, y conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines). De conformidad con las propuestas y recomendaciones referidas, el Anteproyecto tiene como objeto introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18 y 24 de la Constitución. Se busca con ello la mejora de los citados instrumentos de protección, a los efectos de continuar



## CONSEJO DE ESTADO

garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores, con independencia de su situación administrativa, en caso de extranjeros. Para ello, mediante dos artículos y dos disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores.

Como destaca el apartado II de la Exposición de Motivos, en el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, a fin de garantizar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Para dotar de contenido a este concepto jurídico indeterminado, se procede a la modificación del artículo 2 de la LOPJM, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Como indica la exposición de motivos, el concepto "interés superior del menor" se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, afirma la exposición de motivos, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Q

Junto a esta modificación, se procede asimismo a reformar el artículo 3 de la LOPJM para incluir la referencia oportuna a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad y adaptar el lenguaje en consecuencia, sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad; y se modifica el artículo 9, a fin de desarrollar, de forma más detallada, el derecho



## CONSEJO DE ESTADO

fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, y con los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. A tal efecto, se sustituye el término juicio por el de madurez en la LOPJM; se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté implicado el menor, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. Se toma, además, en cuenta en esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de octubre de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003, y Bellerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 96/2009 de 10 marzo).

Se modifica también el apartado 2 del artículo 10 añadiendo a la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. Además se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.

Y finalmente, la exposición de motivos destaca que se regula, como novedad importante, en la LOPJM, en un nuevo capítulo IV del título II, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos. Su regulación específica atiende a las peticiones planteadas por instituciones relevantes como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño, entre otras, y cuya



## CONSEJO DE ESTADO

situación también fue abordada por la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.

Estos centros de protección a la infancia tienen en cuenta las especiales características, complejidad, condiciones y necesidades de estos menores, que requieren de una intervención especializada, cuando se encuentren bajo la protección de la Entidad Pública.

En su apartado III, la Exposición de Motivos examina la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en la que se introducen las reformas procesales que pretenden garantizar la efectividad de las novedades sustantivas comentadas, así como para obtener de los Tribunales la tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores. En concreto se introducen un nuevo artículo 778 bis, dedicado al "Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos", y un nuevo artículo 778 ter, sobre "Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores".

El apartado IV de la Exposición de Motivos del Anteproyecto indica que se reforma la 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 que regula el artículo 778 ter de la LEC. Como novedad adicional, se modifica el artículo 479 de la LOPJ para regular particularmente los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contarán con unidades de valoración forense integral, de los que podrán formar parte los psicólogos y trabajadores sociales que se determinen para garantizar, entre otras funciones, la asistencia especializada a las víctimas de violencia de género. Asimismo, dentro de estos Institutos podrán integrarse el resto de equipos psicosociales que prestan servicios a la Administración de Justicia, incluyendo los equipos técnicos de menores, con lo que se refuerza y garantiza su actuación.

El apartado V de la Exposición de Motivos indica que la disposición final segunda modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG). En concreto, se reconoce a los menores como víctimas de la violencia de género mediante su consideración como tales en el artículo 1 de la LOVG, con el objeto



CONSEJO DE ESTADO

de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación de los artículos 61, 65 y 66 de la LOVG.

Finalmente, el apartado VI de la Exposición de Motivos refiere el contenido de la disposición adicional, la disposición derogatoria y las disposiciones finales tercera, cuarta, quinta y sexta.

El artículo primero del Anteproyecto se dedica a la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su apartado uno, se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título I, que queda redactada como "Ámbito e interés superior del menor".

Su apartado dos procede a la modificación del artículo 2, "Interés superior del menor".

El apartado tres reforma el artículo 3, "Referencia a Instrumentos internacionales".

El apartado cuatro modifica el artículo 9, "Derecho a ser oído y escuchado".

El apartado cinco modifica la letra c) e introduce una nueva letra e) en el artículo 10.2.

El apartado seis introduce un nuevo Capítulo IV en Título II de la LOPJM, dedicado a los "Centros de menores con problemas de conducta", que abarca los artículos 25 a 35. En concreto dichos artículos versan sobre:

- Artículo 25, Acogimiento residencial en centros de protección específicos.
- Artículo 26, Ingreso.
- Artículo 27, Medidas de seguridad
- Artículo 28, Medidas de contención.



CONSEJO DE ESTADO

- Artículo 29, Aislamiento del menor.
- Artículo 30, Registros personales y materiales.
- Artículo 31, Régimen disciplinario.
- Artículo 32, Supervisión y control.
- Artículo 33, Administración de medicamentos.
- Artículo 34, Régimen de visitas y permisos de salida
- Artículo 35, Régimen de comunicaciones del menor.

El apartado siete del artículo primero del Anteproyecto tiene por objeto la modificación de la disposición final vigesimotercera de la LOPJM, que determina qué preceptos de esta ley tienen el carácter de ley ordinaria.

El artículo segundo del Anteproyecto trata de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

En concreto, su apartado uno introduce un nuevo artículo 778 bis, dedicado al "Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos", y su apartado dos un nuevo artículo 778 ter, sobre "Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores".

La disposición adicional única del Anteproyecto trata de las referencias en las normas de fecha anterior a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente y a los Institutos de Medicina Legal, que se entenderán hechas, respectivamente, a la "Entidad Pública" y a los "Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses".

La disposición transitoria primera prevé que en aquellas Comunidades Autónomas o Ciudades Autónomas en las que no estén constituidos los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la entrada en vigor de la ley, la regulación del artículo 479 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se entenderá aplicable a las agrupaciones de forensías. La disposición transitoria segunda prevé que los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.



CONSEJO DE ESTADO

La disposición derogatoria prevé que se consideran derogadas, conforme al apartado 2 del artículo 2 del Código Civil, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la ley.

La disposición final primera procede a la modificación de los artículos 91.2 y 479 de la LOPJ.

La disposición final segunda modifica los artículos 1, apartado 2, 61, apartado 2, 65 y 66 de la LOVG.

La disposición final tercera trata del carácter orgánico y los títulos competenciales. Conforme a su primer apartado, la Ley Orgánica se dicta al amparo del artículo 81 de la Constitución, teniendo carácter orgánico todos sus artículos y las disposiciones finales primera y segunda. Añade en su segundo apartado que *"el artículo primero y el apartado 1 de la disposición adicional primera de la presente ley se dictan al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8ª CE; el artículo segundo, la disposición transitoria segunda, el apartado Uno de la disposición final primera y la disposición final segunda se dictan al amparo del artículo 149.1.6ª CE que atribuye al Estado competencia exclusiva para dictar la legislación procesal; el apartado 2 de la disposición adicional primera, la disposición transitoria primera y el apartado Dos de la disposición final primera se dictan al amparo del artículo 149.1.5ª CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia"*. Y concluye indicando que *"el Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta ley"*.

La disposición final cuarta señala ("No incremento del gasto") que *"las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal"*.

La disposición final quinta prevé que *"el Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente ley"*.

Q



CONSEJO DE ESTADO

Y la disposición final sexta establece que la ley orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

**Segundo. Contenido del expediente**

Además de la Orden comunicada de V. E. y de una relación de los documentos que integran el expediente, obran en él las anteriores versiones del Anteproyecto y sus respectivas memorias del análisis de impacto normativo (ambos documentos, en cada caso, aparecen fechados los días 28 de abril y 2 de septiembre de 2014).

a) Se ha recabado el informe favorable del Gabinete de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

Han emitido el informe previsto en el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios del Interior, Justicia y Hacienda y Administraciones Públicas. En concreto, este último ministerio ha considerado que las medidas de seguridad, reguladas en los nuevos artículos 26 y siguientes de la LOPJM, deberían ser acordadas por órgano competente de la Entidad Pública a la que está adscrito el respectivo Centro de protección; y ello por cuanto se entiende que a través de esas medidas se manifiestan potestades públicas que sólo pueden ejercer funcionarios públicos.

También ha informado favorablemente la Secretaría de Estado de Seguridad Social, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Han informado asimismo, dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, la Secretaría de Estado para la Unión Europea, la Secretaría General Técnica y la Dirección General de Política Exterior, Asuntos Multiculturales, Globales y de Seguridad.

Obra en el expediente el informe favorable de la Agencia Española de Protección de Datos, y también el de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.



CONSEJO DE ESTADO

Se ha recabado e incorporado al expediente el informe del Consejo Fiscal.

Ha emitido informe la Defensora del Pueblo.

También ha intervenido en el procedimiento el Consejo Económico y Social.

Asimismo ha tenido lugar la intervención del Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social, la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector, el Consejo Nacional de la Discapacidad, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el Consejo Consultivo de Adopción Internacional y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

En la elaboración del Anteproyecto de Ley se ha dado audiencia a los sectores afectados. En concreto, se han incorporado al expediente los informes del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), el Consejo General de la Abogacía de España, la ONCE, la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE) y Confederación Española de Familias de Personas Sordas (FIAPAS).

Se ha consultado a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla, con el siguiente resultado:

- Informes favorables de las Comunidades Autónomas de Illes Balears, Aragón, Castilla y León, Andalucía, País Vasco, Murcia, Castilla-La Mancha, y Canarias.

- Han formulado observaciones las Comunidades Autónomas de Cataluña (a la reforma del artículo 479 de la LOPJ), Madrid (artículos 25, 27 y 29 de la LOPJM), La Rioja (artículo 778 ter de la LEC), Cantabria (artículos 25 y siguientes de la LOPJM y 479 de la LOPJ), Navarra (delimitación de circunstancias de los menores ingresados del artículo 25 de la LOPJM) y Comunidad Valenciana (artículo 479 de la LOPJ).



CONSEJO DE ESTADO

b) Por otra parte, se ha incorporado al expediente una tabla en la que se resumen las observaciones efectuadas a lo largo de la tramitación del expediente, y se exponen las razones por las que se han incorporado o no las mismas a la versión final del Anteproyecto.

c) Obra en el expediente un oficio, fechado el 2 de septiembre de 2014, en el que la Directora General de Servicios para la Familia y la Infancia del ministerio proponente expone que es preciso adaptar, sin más dilación, las normas internas relativas a la protección de la infancia y la adolescencia a diversos Convenios internacionales que han entrado en vigor para España. Entendiendo que esa actualización normativa supone un beneficio para la infancia y la adolescencia españolas, se solicita el dictamen del Consejo de Estado con carácter de urgencia.

**Tercero.-** En tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado con fecha 2 de septiembre de 2014, siendo devuelto por medio de escrito, de 11 de septiembre de 2014, del Presidente del Consejo de Estado por haberse advertido que, no obstante haber sido solicitado, no obraba en el expediente el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial.

**Cuarto.-** El informe del Consejo General del Poder Judicial fue aprobado en su reunión de 30 de septiembre de 2014, siendo remitido al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, con fecha 7 de octubre de 2014.

Dicho informe ha sido incorporado al expediente.

**Quinto.-** Se ha incorporado asimismo una nueva versión revisada de la Tabla de observaciones (fecha el 27 de octubre de 2014).

Asimismo se ha elaborado una nueva versión de la memoria del análisis de impacto normativo, fechada el día 27 de octubre de 2014.

La memoria comienza con un resumen ejecutivo de su contenido y, a continuación, expone la oportunidad de la propuesta y los motivos a los que



CONSEJO DE ESTADO

responde su tramitación. Según la memoria, además de los elementos anteriores, justifican la reforma datos extraídos de la realidad, como son:

(i) el número elevado de menores tutelados o guardados por las Administraciones públicas en acogimiento residencial con escasa incidencia del acogimiento familiar y la adopción. En 2012, hubo 33.892 menores bajo tutela o guarda de las Administraciones, de los que 13.703 estaban en acogimiento residencial y 21.127 en acogimiento familiar; en 2012 hubo 820 adopciones nacionales y 1.669 internacionales: España es uno de los países del mundo con mayor número de adopciones internacionales.

(ii) Menores víctimas de violencia de género: el 64,9% de las mujeres que han padecido maltrato, tenían hijos menores de edad en el momento del maltrato. El 54,7% de las mujeres contestan que sus hijos han padecido violencia.

(iii) Menores víctimas de delitos contra la libertad sexual: En 2012 hubo un total de 3.191 menores víctimas, 14 casos más que en 2011. El trato procesal de estos menores, tanto si son víctimas como testigos, estaba pendiente de revisión de acuerdo con exigencias de diversos convenios internacionales en la materia.

La atención a esta realidad social fue prevista en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 al recoger diversas medidas incluidas en la reforma:

- 4.17.- Atención a menores de edad con problemas de conducta. Regular, homogeneizar y mejorar su tratamiento, con criterios y procedimientos de intervención garantistas y consensuados.

El Anteproyecto, atendida esta realidad social y los antecedentes normativos, tiene como objeto introducir en el marco regulador nacional de protección del menor, los cambios jurídico-procesales necesarios que permitan la mejora de dichos instrumentos, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio de España.



CONSEJO DE ESTADO

A tal fin, se modifican la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La memoria prosigue con la exposición del contenido del anteproyecto; a continuación, expone que el proyecto normativo debe tener carácter de ley orgánica porque reforma diversas leyes que tiene ese carácter y porque la regulación de los Centros de menores con problemas de conducta afecta a derechos fundamentales, por lo que su regulación debe realizarse mediante ley orgánica.

Tras resumir la tramitación seguida, se analizan los diferentes impactos del Anteproyecto. Se estima que se adecúa al orden de distribución de competencias; se considera por la memoria que el Anteproyecto no varía el impacto económico que la protección a la infancia tiene actualmente en España y así expresamente se indica en la disposición final cuarta. Las nuevas medidas que incorpora el Anteproyecto van a suponer, según la memoria, una evidente mejora en el Sistema de Protección a la Infancia y la adolescencia, con el objetivo fundamental de perseguir el interés superior de los menores, a pesar de lo cual no se prevé que tengan impacto económico general distinto del que todas estas actuaciones suponen actualmente. En suma, porque los medios económicos que ahora se están destinando a la protección a la infancia en estos ámbitos, seguirán utilizándose en la aplicación de la nueva normativa.

Se estima que el Anteproyecto carece de incidencia en los mercados y que no genera cargas administrativas. Tampoco se aprecia impacto presupuestario.

Por lo que se refiere al impacto por razón de género, indica la memoria que el Anteproyecto persigue la mejora de las instituciones jurídico-procesales y sustantivas para la protección de los menores, en particular, de quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género.



CONSEJO DE ESTADO

La memoria continúa destacando que el Anteproyecto también tendrá un impacto positivo sobre las personas con discapacidad, pues se parte del respeto a las mismas.

En primer lugar, el proyectado artículo 2.3.b) de la LOPJM incluye como principio determinante del interés superior del menor su especial vulnerabilidad provocada por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante, lo que implica una desigualdad positiva. Y junto a ello se modifica el artículo 3 de la LOPJM para incluir la referencia oportuna a la Convención de Derechos de las personas con discapacidad y adaptar el lenguaje en consecuencia, sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad y el de persona incapacitada o con capacidad judicial modificada por el de "persona con la capacidad modificada judicialmente", que carece de cualquier sentido peyorativo y se aproxima más al espíritu del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y a la idea de acceso de éstas al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica que recoge este artículo. Asimismo, se mejora notablemente la regulación del derecho del menor a ser oído (artículo 9 de la LOPJM).

**Sexto.-** En un denominado "informe complementario" de 27 de octubre de 2014, para cuya emisión se invoca el artículo 22.2 de la Ley del Gobierno, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad refiere que, una vez recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, "la unidad proponente del anteproyecto de ley orgánica ha remitido a esta Secretaría (...) un nuevo texto para continuar con su tramitación (...). El nuevo texto remitido incorpora, respecto del que fuera informado por esta Secretaría General Técnica con fecha 25 de julio de 2014, diversas modificaciones derivadas del análisis de las distintas observaciones que han sido formuladas por los órganos informantes de este anteproyecto y, en relación con el mismo, esta Secretaría General Técnica, tras advertir que sus observaciones han sido atendidas en su mayor parte, no formula nuevas observaciones".



CONSEJO DE ESTADO

**Séptimo.-** En un oficio de 27 de octubre de 2014, similar al anterior de 2 de septiembre de 2014, ya citado, la Directora General de Servicios para la Familia y la Infancia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, expone que el Anteproyecto tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia con la finalidad de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y de constituir una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Se indica que la tramitación no puede dilatarse por más tiempo para que el anteproyecto pueda aprobarse como ley en la presente legislatura, y que es necesario adaptar la normativa nacional a diversos Convenios internacionales tras su entrada en vigor en nuestro país.

Por todo lo anterior, y entendido que ello supone un beneficio para la infancia y la adolescencia de nuestro país, a las que en la actualidad se les viene aplicando un marco jurídico que ha sido ampliamente superado por la propia evolución de la sociedad y los nuevos retos existentes, se solicita el dictamen del Consejo de Estado con carácter de urgencia, concediendo el plazo de un mes.

En tal estado, el expediente ha sido remitido al Consejo de Estado para dictamen.

### **I. Objeto y competencia**

La consulta versa sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

La competencia para la emisión del dictamen corresponde al Pleno del Consejo de Estado pues, conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el Pleno deberá ser consultado en relación con los *"anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo"*.



CONSEJO DE ESTADO

Como ha sido expuesto en los antecedentes del presente dictamen, el Anteproyecto recuerda que el artículo 39.4 de la Constitución prevé que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A este respecto, indica la exposición de motivos en su primer apartado que, entre esos acuerdos e instrumentos internacionales que se han tenido en cuenta para la reforma legislativa proyectada, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, así como los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, o la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.

Estos instrumentos justifican la solicitud del dictamen del Pleno del Consejo de Estado.

Por lo que se refiere al plazo de un mes indicado en la Orden de remisión para la emisión del mencionado dictamen preceptivo, se realizaron al respecto consideraciones específicas en el dictamen del expediente nº 1.093/2014/873/2014 relativo al Anteproyecto de Ley de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

A este respecto y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, no se repiten en el presente dictamen las consideraciones de orden general que se efectuaron en aquel otro, atinentes, además de al plazo por el que se ha solicitado el dictamen al Consejo de Estado, a cuestiones como la relevancia del informe del Consejo General del Poder Judicial en relación con proyectos normativos que afectan a sus competencias y a las normas procesales o la competencia del Estado en materia de legislación civil ex artículo 149.1.8 de la Constitución, para abordar la reforma de la LOPJM.



CONSEJO DE ESTADO

Si se traen al presente dictamen las observaciones que en el dictamen nº 1.093/2014/873/2014 sobre la tramitación en paralelo de un anteproyecto de ley orgánica y otro anteproyecto de ley ordinaria para proceder a una reforma integral del llamado sistema de protección de la infancia y la adolescencia. Como se dijo en ese dictamen nº 1.093/2014/873/2014

*"La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor presenta la peculiaridad de ser una ley orgánica, en su redacción vigente, que cuenta con 25 preceptos, de los cuales prácticamente sólo la quinta parte tiene dicho carácter, teniendo el resto de preceptos el carácter de ordinarios o no orgánicos.*

*A este respecto, cabe recordar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, "si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas, también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria" (STC 5/1981, de 13 de febrero), y "el que una Ley Orgánica pueda contener preceptos no orgánicos no significa (...) que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda la Ley dicho carácter. Es preciso (...) que el núcleo de la Ley afecte a materia reservadas a la Ley Orgánica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución, y la conexión no puede consistir en yuxtaponer preceptos referidos a materias distintas de las reservadas a tal tipo de ley" (STC 76/1983, de 5 de agosto)".*

Y se afirmaba a continuación en dicho dictamen que quizá hubiera sido adecuado que la reforma proyectada, articulada a través de estos dos proyectos legales separados, se hubiera abordado de manera unitaria en lo que hace a la reforma de la Ley Orgánica 1/1996, esto es, integrando en un único anteproyecto los aspectos orgánicos y no orgánicos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y normas relacionadas –como ya sugirió en un sentido parecido el Consejo de Estado en el dictamen del expediente nº 1.401/2011, de 8 de septiembre, sobre un Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de modificación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte-.

Q



## CONSEJO DE ESTADO

Una vez hechas las anteriores observaciones, procede examinar la tramitación de la norma y si ésta tiene el rango adecuado a la vista de su objeto.

### **II. Tramitación del expediente**

Pueden considerarse atendidas, con carácter general, las previsiones que en la materia establece la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Así, obran en el expediente las sucesivas versiones del Anteproyecto, acompañadas de las respectivas memorias del análisis de impacto normativo.

También se ha incorporado el resultado de un amplio trámite de audiencia. Así, obran los informes del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), el Consejo General de la Abogacía de España, la ONCE, la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE) y la Confederación Española de Familias de Personas Sordas (FIAPAS).

Además, se han incorporado los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial. También han emitido informe la Defensora del Pueblo, la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, la Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo Económico y Social.

Asimismo han intervenido el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social, la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector, el Consejo Nacional de la Discapacidad, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el Consejo Consultivo de Adopción Internacional y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

Han emitido informe los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, de Hacienda y Administraciones Públicas y de Empleo y Seguridad Social.



CONSEJO DE ESTADO

Las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de Justicia han emitido los informes previstos en la Ley del Gobierno.

Asimismo, han intervenido en el procedimiento las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, que han emitido los informes que han estimado oportunos sobre la iniciativa normativa en proyecto, como resulta del antecedente segundo del dictamen.

Finalmente, cabe destacar que se ha incorporado al expediente una tabla en la que se resumen las observaciones efectuadas a lo largo de la tramitación del expediente, y se exponen las razones por las que se han incorporado o no las mismas a la versión final del Anteproyecto.

Al igual que en el dictamen nº 1.093/2014/873/2014, debe criticarse, una vez más, la manifiesta insuficiencia de la valoración del impacto económico y presupuestario que contiene la memoria del análisis de impacto normativo. A título de ejemplo, una de las modificaciones con las que se innova el régimen jurídico de protección de la infancia y la adolescencia consiste en el reconocimiento de la posibilidad de *"solicitar asistencia legal y 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"* (artículo 10.2.e) de la LOPJM). Pues bien, partiendo del dato de que la mayoría de los menores carecen de recursos propios y que por consiguiente puede tener acceso al beneficio de justicia gratuita (artículo 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de asistencia jurídica gratuita), podría haber calculado la memoria el coste para las arcas públicas de los defensores judiciales que se nombrasen para un determinado porcentaje de los menores que se encuentran bajo tutela o guarda de las Entidades Públicas (un total de 33.892 menores en 2012, según datos de la propia memoria).

En suma, debe insistirse en la importancia de que los impactos de las normas en proyecto sean adecuadamente valorados, a fin de permitir al Gobierno adoptar las correspondientes normas con pleno conocimiento del conjunto de sus consecuencias.



CONSEJO DE ESTADO

Finalmente, se considera que el rango de la norma es adecuado porque el Anteproyecto tiene por objeto la modificación o regulación de materias sometidas a reserva de ley orgánica.

### III. Justificación de la reforma proyectada

El Anteproyecto, como expone la memoria, se ha tramitado para actualizar la normativa española en materia de protección de la infancia y la adolescencia, de manera que se atienda de manera adecuada al mandato de protección de la familia y los menores que contiene el artículo 39 de la Constitución.

Al decir de la memoria, entre esos acuerdos e instrumentos internacionales que se han tenido en cuenta para la reforma legislativa proyectada, se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, así como los criterios recogidos en la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, o la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Asimismo, según la memoria, se atiende a la reciente jurisprudencia para la configuración del derecho del menor a ser oído y escuchado; en concreto, se encuentra expresamente citada la Sentencia nº 96/2009 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 10 de marzo, en la que se declaró que

*"... la L.O. 1/1996 de 15 de enero (LA LEY 1853/1996) , de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, «la supremacía del interés del menor» y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo» toda interferencia innecesaria en la vida del menor. Y en el art. 17 de la misma Ley*

Q



CONSEJO DE ESTADO

*Orgánica se contiene el mandato de que «en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social en que se encuentra». El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, precisa que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderán será el interés supremo del niño». Esta jurisprudencia -añade la sentencia citada de 28 de febrero de 2007-, que atiende al superior interés del menor en el enjuiciamiento penal, cuando es testigo del hecho criminal, compaginando las exigencias de su específica protección con los que en derecho procesal penal corresponden al acusado de un hecho delictivo, particularmente a oír los testimonios en su contra y a formular preguntas al testigo de cargo (art. 6.3 del CEDH), obliga a una búsqueda de equilibrio y ponderación entre los intereses descritos» (FJ 4º).*

No se citan, sin embargo, en la exposición de motivos como sentencias relevantes para la regulación en proyecto, las Sentencias del Tribunal Constitucional 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, por las que se resolvieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas, respectivamente, en relación con el artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la LOPJM, y con el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional vino a afirmar que:

*“la garantía de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 «ha de considerarse incluida (...) la 'detención regular (...) de un enajenado', a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de*



CONSEJO DE ESTADO

*una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)".*

A esta jurisprudencia constitucional obedece la decisión del prelegislador de incluir en la LOPJM los artículos 25 a 35, reguladores de los centros de protección de menores con problemas de conducta.

A la vista de lo anterior, puede considerarse que el Anteproyecto, sin perjuicio de las observaciones que se realizarán a continuación, lleva a cabo una adecuada regulación de las materias en él incluidas.

Antes de efectuar las consideraciones que el Consejo de Estado estima precisas al contenido del Anteproyecto, puede avanzarse que en el Anteproyecto ahora examinado es posible apreciar la coherencia de conjunto que no concurre, a juicio del Consejo de Estado, en el Anteproyecto de ley ordinaria que ha sido examinado en el dictamen del expediente nº 1.093/2014/873/2014. En el presente caso, por el contrario, la idea fuerza de la mejora del régimen de los derechos de los menores en España se plasma en las concretas reformas de los artículos 2, 9 y 10 de la LOPJM, que se complementan con las que se operan en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en parte, y la Ley Orgánica de Violencia de Género.

Quizá sea más discutible, desde la perspectiva de esa idea fuerza, la modificación del artículo 479 de la LOPJ, o incluso la de la regulación *ex novo* de los Centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, que responde más bien a la necesidad de establecer un marco normativo general y uniforme *ad hoc* en todo el Estado, acorde con la ya citada jurisprudencia constitucional. Pero más allá de estas consideraciones, el Anteproyecto de ley orgánica puede considerarse un conjunto normativo armónico en su concepción.

Q



CONSEJO DE ESTADO

A continuación, se examinarán las reformas que incluye el Anteproyecto, sobre las que este Consejo estima preciso formular observaciones.

**IV. Reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor**

Las observaciones se realizarán siguiendo el orden de los preceptos modificados, si bien no se efectuarán observaciones a los artículos 3 y 9, por cuanto se considera que las objeciones formuladas durante la tramitación, en particular a este segundo precepto por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, han sido incorporadas de manera satisfactoria a la versión del Anteproyecto sometida a dictamen.

**4.1. Artículo 2. Interés superior del menor**

En términos generales, la modificación de este precepto ha sido valorada de manera muy favorable en la tramitación del Anteproyecto, por cuanto actualiza la regulación de este derecho a la vista de la evolución de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia en la materia, que se han mencionado con anterioridad.

- Comienza el precepto de la siguiente manera:

*"1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en todas las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, o los Tribunales, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor".*



CONSEJO DE ESTADO

En sus observaciones, el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes ha sugerido que se incluya en este precepto, en su primer apartado, una mención a que el derecho que se enuncia es aplicable a todos los menores, con independencia de su situación administrativa en España, en caso de ser extranjeros.

A este respecto, debe recordarse que el artículo 1 de la LOPJM dispone que *"la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad"*.

A la vista de este precepto, puede deducirse que ya está integrada en la LOPJM la sugerencia efectuada por el Foro, pero entiende el Consejo de Estado que la inclusión en el artículo 2.1 de la LOPJM de la precisión que se ha indicado es adecuada y que puede incorporarse al artículo 2.1 de la LOPJM.

- El artículo 2.4 establece que:

*"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."*

*La adopción de decisiones y medidas en interés superior del menor deberá tener en cuenta los derechos fundamentales de terceras personas que pudieren verse afectados.*

*En caso de no ser posible, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"*.

Se entiende la lógica inherente a la construcción del precepto, pero no se considera adecuada la expresión que inicia el tercer párrafo de este artículo 2.4 de la LOPJM. La idea que pretende expresarse es que si no es posible compatibilizar las exigencias derivadas del interés del menor con los derechos fundamentales de otras personas, debe primar aquél. Una formulación como ésta es en exceso general, y coloca en pie de igualdad el

Dk



## CONSEJO DE ESTADO

interés superior del menor frente a cualquier derecho fundamental reconocido en la Constitución. Se entiende que lo que se pretende es obligar a los intérpretes y aplicadores de la LOPJM a ponderar en caso de conflicto qué ha de prevalecer, y si el interés superior del menor puede prevalecer y en qué medida sobre otros derechos o intereses en presencia. El precepto, además, emplea como términos equivalentes los derechos fundamentales (párrafo segundo) y los intereses legítimos (párrafo tercero). En definitiva, debe revisarse este precepto para perfilar los supuestos de colisión que pretende regular.

- El proyectado artículo 2.5 de la LOPJM trata de las debidas garantías del proceso que deben ser tenidas en cuenta en la adopción de toda medida en interés superior del menor.

En relación con su contenido, se ha sugerido por CERMI que la letra b) (*"La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar"*) recoja una referencia a las específicas necesidades de los niños con discapacidad, a fin de que se determinen las necesidades concretas de apoyo específico y estable derivadas de la discapacidad del niño. Esta sugerencia se comparte por el Consejo de Estado.

También se ha entendido (por el Consejo General del Poder Judicial y el Defensor del Pueblo, éste en línea con su "Estudio sobre La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia) que puede completarse la letra c) que actualmente establece, como garantía del proceso, la consistente en *"la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses"*.

En concreto, el Consejo General del Poder Judicial sugiere que se incluya el beneficio de justicia gratuita a favor de los menores que, con independencia de sus progenitores o tutores, deseen hacer valer sus opiniones en procesos en que se ventilen cuestiones que les afecten.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha expresado su opinión al respecto en el dictamen nº 1.093/2014/873/2014, en el que observaba que la regulación del beneficio de justicia gratuita ha experimentado una evolución en esta línea con la reforma operada en la Ley 1/1996 por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, en dicho dictamen se entendía que el reconocimiento del beneficio debía efectuarse a favor de los menores en situación de desamparo, pero no en general a favor de todos los menores, con independencia de si disponen o no de recursos para litigar.

En suma, se considera que en el artículo 2.5.c) de la LOPJM no es preciso incluir una mención al beneficio de justicia gratuita, que encuentra mejor acomodo, como se razonó en el dictamen nº 1.093/2014/873/2014, en el artículo 20 ter de la propia LOPJM. En esta misma línea de consideraciones, debe repararse en que la letra e) del artículo 10.2 de la LOPJM, que se añade por el Anteproyecto, prevé que para la defensa y garantía de sus derechos, los menores podrán: "e) Solicitar asistencia legal y 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". Quizá podría añadirse en esta letra e) una referencia a que los menores gozarán del beneficio de justicia gratuita en los casos legalmente previstos.

- Finalmente, se ha discutido en el expediente si la regulación del artículo 2 de la LOPJM debe verificarse a través de una ley orgánica.

El Consejo de Estado considera que sí es preciso ese instrumento normativo. A tal efecto, cabe recordar que el menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y las decisiones que le conciernan, a lo que cabe añadir que toda medida en interés superior del menor debe ser adoptada con respeto a las debidas garantías del proceso, entre las que se encuentra señaladamente el derecho a ser oído y escuchado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez



CONSEJO DE ESTADO

suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE. De ese modo, con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE, que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal (STC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008).

Estos argumentos justifican de manera suficiente la regulación por ley orgánica de los extremos contenidos en el proyectado artículo 2 y, en relación con el mismo, de los artículos 9 y 10 de la misma LOPJM.

**4.2. Régimen de los centros de menores con problemas de conducta (nuevos artículos 25 a 35 de la LOPJM)**

La regulación de estos centros constituye una de las principales novedades del Anteproyecto, que ha sido favorablemente valorada durante la tramitación del expediente.

El Consejo de Estado comparte esa valoración favorable que viene a colmar, con sujeción a la mencionada jurisprudencia constitucional, la regulación del ingreso y correspondiente limitación de derechos fundamentales de los menores con problemas de conducta.

No obstante esta valoración positiva, se realizan a continuación algunas observaciones concretas al articulado. A modo de introducción debe señalarse, en línea con lo alegado por el Consejo Económico y Social, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, que se echa en falta en el Anteproyecto una más completa regulación de la vertiente educativa de estos centros. Es evidente que la intención primordial del prelegislador consiste en proceder a la regulación de una materia que necesita de rango de ley orgánica, por cuanto implica la limitación de derechos y libertades de los menores –de facto, y en principio, la libertad deambulatoria-, para así colmar una laguna de nuestro ordenamiento; pero ello no es óbice para que se aborden, además de los aspectos propiamente relacionados con el



CONSEJO DE ESTADO

ingreso y el tratamiento de los menores, otros que pongan de manifiesto la necesidad de que estos centros cuenten con un proyecto y una programación educativa específica. La mención que contiene el artículo 25.2 *in fine* no se considera suficiente a estos efectos.

Junto a ello, deben ponerse de manifiesto los problemas de aplicación e interpretación del régimen de ingreso en estos centros de protección de menores que pueden resultar de las disparidades de regulación que se advierten entre los nuevos artículos 26 de la LOPJM y 778 bis de la LEC. Dichas disparidades alcanzan, por ejemplo, a un tema tan relevante como los sujetos legitimados para instar del Juez la autorización de ingreso en esos centros, que en el artículo 26 de la LOPJM es sólo la Entidad Pública, pero que en el artículo 778 bis de la LEC también es el Ministerio Fiscal. El Consejo de Estado entiende que, a fin de evitar los mencionados problemas en el futuro, la redacción de estos preceptos debe ser coincidente en aquellas cuestiones que vayan a incluirse en ambos textos normativos, como es significadamente la regulación del procedimiento de autorización de ingreso.

Asimismo, se sugiere que el Anteproyecto ofrezca una denominación oficial específica de estos centros, al modo en que lo hace con las Entidades Públicas. De este modo, se evitará la disparidad de denominaciones que pueden surgir en la práctica, con el consiguiente riesgo de confusión y de aplicación del régimen jurídico adecuado al tipo de centro de que se trate.

Hechas las anteriores sugerencias generales, se realizan varias observaciones a preceptos concretos del Anteproyecto.

- El proyectado artículo 25.1 dispone lo siguiente:

*"1. Se someterán a las disposiciones previstas en este capítulo, los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos para 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*



CONSEJO DE ESTADO

*derechos fundamentales. Tanto el ingreso como las medidas de seguridad se utilizarán como último recurso.*

*Estos centros, sometidos a estándares internacionales y a control de calidad, estarán destinados al acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o di-sociales 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 especializada".*

Por lo que se refiere al segundo párrafo, la referencia a los "estándares internacionales y a control de calidad" es inconcreta. Tales estándares, sobre las edificaciones, el tratamiento, etc., no están identificados en ningún momento en el expediente; del mismo modo, no se precisa quién verificará el control de calidad de los centros. La Ley Orgánica, ya fuera en su exposición de motivos, ya fuera en el articulado, debe precisar estos extremos, al menos en sus líneas principales.

- El artículo 25.4 dispone que los centros "*dispondrán de una ratio adecuada entre el número de menores y el personal destinado a su atención para garantizar un tratamiento individualizado a cada menor*".

Como ha señalado la Fiscalía General del Estado, debería introducirse alguna referencia en el Anteproyecto a la necesaria cualificación del personal de estos centros. Además, es necesario que se perfile con algún criterio qué se entiende por "ratio adecuada", a determinar, por ejemplo, en una disposición adicional específica. Un elemento tan relevante para lograr la adecuada atención de los menores ingresados no puede quedar a la libre disposición de cada centro.

- El artículo 26.2 establece que "*no podrán ser ingresados en estos centros los menores que sufrieren enfermedades o trastornos mentales que, siendo graves, requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad*".

Q



CONSEJO DE ESTADO

Puede comprenderse el sentido de la regla transcrita, por cuanto trata de garantizar un tratamiento específico a los menores que presenten esas necesidades que describe, pero de la lectura del precepto podría llegar a deducirse que sí sería posible el ingreso de quienes sufrieran enfermedades o trastornos "menos graves". Esta posibilidad, de concretarse, obligaría a dotar a los centros de personal especializado en el tratamiento de los menores con problemas de conducta, tanto en lo relativo a la titulación como a la formación, extremos que no parecen estar contemplados en el Anteproyecto.

- El artículo 26.3 establece los principios generales del procedimiento por el que se acuerda, con autorización judicial salvo caso de urgencia, el ingreso de un menor en un centro especial.

En relación con su contenido, debe tenerse en cuenta que la llamada en este precepto a la garantía del "derecho del menor a ser oído" que se contiene en su primer párrafo, implica que a este procedimiento se traiga el entero contenido del artículo 9 de la propia LOPJM y, en concreto, las garantías de tramitación del proceso que regula en el artículo 9.5.

Esta cuestión es de suma importancia, en la medida en que habrá de ser tenida siempre en cuenta incluso en los casos de urgencia justificada que legitiman a la Entidad Pública para acordar el ingreso sin la necesaria autorización judicial (artículo 26.3, párrafo segundo), a fin de garantizar la observancia de los derechos del menor.

En este mismo precepto debe eliminarse la frase con la que concluye el primer párrafo,

*- El artículo 26.4 establece, en su segundo párrafo, que "cuando la Entidad Pública considere que debe cesar la referida medida, adoptará la decisión correspondiente y la pondrá inmediatamente en conocimiento del Juzgado que autorizó el ingreso y del Ministerio Fiscal, acompañando, a la comunicación de cese, el informe en el que se sustente su decisión".*

Q



CONSEJO DE ESTADO

Esta regla se completa con la contenida en el artículo 778 bis, apartado 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo segundo, apartado uno, del Anteproyecto), según el cual *"cuando la Entidad Pública considere que debe cesar la referida medida, la dejará sin efecto y comunicará la resolución administrativa y el informe psicosocial de alta inmediatamente al Ministerio Fiscal y al Juzgado competente, quien procederá al archivo del procedimiento"*.

Resulta así que el cese de un ingreso en centro de protección se hace descansar en la decisión de la Entidad Pública, que la comunicará al Fiscal y al Juzgado competente, que deberá archivar el procedimiento. A juicio del Consejo de Estado, esta construcción no es acertada. Debe repararse en que el artículo 778 bis, en su apartado 6, de la LEC, faculta al Juez competente para decidir, a la vista del contenido de los informes sobre el menor de la Entidad Pública y del Director del centro, y oído el Ministerio Fiscal, lo que estime procedente sobre la continuidad del ingreso del menor. Es decir, que la autoridad judicial es la que recibe la información de la Entidad Pública y el Centro correspondientes sobre las circunstancias del menor y la necesidad o no de mantener la medida de ingreso, sin que pueda apoderarse a la Entidad Pública para decidir libremente el fin del ingreso, con el correlativo archivo del expediente. Esa decisión lógicamente sólo corresponderá al Juez competente, pues debe ser adoptada por la autoridad judicial que adoptó la decisión de último recurso en que consiste el ingreso del menor, ponderando que los elementos que la determinaron han desaparecido. Por las razones anteriores, deben revisarse los artículos 26.4 de la LOPJM y 778 bis, apartado 7, de la LEC.

**Esta observación al artículo 26.4 de la LOPJM y al artículo 778 bis, apartado 7, de la LEC, tiene carácter esencial, de conformidad con el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.**

Q

- En relación con los artículos 27 a 30, entiende razonable el Consejo que el Anteproyecto regule de manera detallada las diferentes medidas de seguridad que en ellos se contemplan, a fin de dotar de las necesarias garantías al tratamiento de los menores ingresados y de precisar su uso por el personal del centro, teniendo en cuenta la afección a los derechos y libertades de los menores inherente a su ingreso. La adopción de todas estas medidas ha



CONSEJO DE ESTADO

de ser motivada, su aplicación limitada en el tiempo y susceptible de control, sin que en ningún caso tengan carácter disciplinario. Estas líneas generales se regulan en el Anteproyecto, pero entiende el Consejo que por su importancia pueden ser objeto de una regulación más detallada, que aclare que toda medida tiene finalidad educativa y está desprovista de carácter disciplinario, ha de ser motivada y adoptada por el órgano o persona competente, su duración estará limitada en el tiempo y ha de ser susceptible de control, tanto administrativo (de los informes que se emitan al respecto y se incluyan el historial de cada menor), como judicial.

En particular, merece una especial revisión el proyectado artículo 28, dedicado a las "medidas de contención". Es aconsejable que se precise de manera ordenada que dichas medidas serán de tipo verbal y emocional, físico y mecánico, en atención a las circunstancias en presencia. De este modo, el anteproyecto reflejará, adecuadamente, el carácter gradual y sucesivo de dichas medidas y de su régimen de aplicación en función de la gravedad de los hechos. A fin de clarificar el régimen proyectado –debe quedar claro en qué momentos y a través de qué medidas cabe utilizar la fuerza física-, debe darse una nueva redacción al comentado artículo 28.

- En concreto, el artículo 27 establece en su primer apartado lo siguiente:

*"1. El personal del centro sólo podrá usar medidas de seguridad con los menores como último recurso, en defensa propia o en casos de intentos de fuga, resistencia física a una orden legal, o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a la propiedad".*

No parece necesario calificar la orden como "legal".

 En línea con lo alegado en el expediente, se estima necesario recordar que, como se ha afirmado en relación con el proyectado artículo 25.4 de la LOPJM, todo el personal del centro debe ser personal especializado en el tratamiento de menores con problemas de conducta (psicólogos, asistentes sociales, educadores, etc.). En esta misma línea, el artículo 27.2 debe indicar que el personal de los centros que ejecute las medidas de seguridad que se



CONSEJO DE ESTADO

impongan a los menores también debe contar con una titulación específica y formación concreta en materia de protección de menores. Así puede deducirse para el caso concreto de la medida de contención mecánica (artículo 28.3), pero es preciso que se incluya como exigencia general.

Se ha planteado en el expediente quién puede adoptar las decisiones de imposición de medidas de seguridad sobre los menores, estableciendo el artículo 29.2 de la LOPJM, en relación con el aislamiento, aunque parece que se invoca una regla general, que corresponde acordarlo al Director del centro o persona que le sustituya. Debe tenerse en cuenta que esas medidas implican la limitación de derechos fundamentales de los menores y que, en cuanto tales, en principio, deben ser adoptadas por la correspondiente Entidad Pública que ostente la tutela o guarda legal de los menores. Ahora bien, en cuanto la adopción de esas medidas exige de ordinario la inmediatez con la que sólo pueden contar quienes trabajan en los concretos centros de protección, se entiende que el régimen es adecuado siempre y cuando todas las medidas de seguridad se notifiquen de inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. Es decir, que se debe llevar al artículo 27 como principio general, la regla que ahora contiene el artículo 29.2 para el caso de la medida de aislamiento.

- Precisamente el artículo 29 trata del aislamiento de los menores.

En relación con el lugar en que se cumplirá la medida, se establece que será preferentemente la habitación del menor; esta regla puede completarse con la mención expresa a la posibilidad de que se cumpla en otro espacio de similar habitabilidad y dimensiones, como han sugerido la Comunidad de Madrid y el Consejo General de la Abogacía Española.

- En materia de régimen de visitas y comunicaciones de los menores ingresados, que regulan respectivamente los artículos 34 y 35 de la LOPJM, y que guarda relación con lo establecido en el artículo 161 del Código Civil, el Consejo de Estado considera que la regulación proyectada se ajusta a las observaciones que se realizaron en el dictamen nº 1.093/2014/973/2014 (Consideración VII, apartado B).



CONSEJO DE ESTADO

## V. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

Esta modificación consiste, como ya se ha adelantado, en la introducción de dos nuevos artículos, 778 bis y 778 ter, en la LEC.

### 5.1. Artículo 778 bis. Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos

Al margen de la observación esencial formulada en la consideración anterior (4.2) del presente dictamen a este artículo 778 bis, apartado 7, sobre la necesaria autorización judicial para el cese del ingreso de los menores en centros de protección (que también alcanza al artículo 26.4 de la LOPJM), cabe formular las siguientes:

- Como ya se ha indicado, en el apartado 1 se hace referencia a que la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en centros de protección. Dicha mención ha de incluirse en el artículo 26 de la LOPJM, preferentemente en su apartado 3.

- En los apartados 2, 3 y 6 de este artículo no se recoge la misma regla de atribución de competencia entre Juzgados de Primera Instancia, reconociéndose bien al Juzgado del domicilio de la Entidad Pública o el del lugar en que radique el centro del ingreso.

Precisamente, en relación con la regla de atribución de competencia, se estima más acertado el criterio propuesto por la Fiscalía General del Estado, en el sentido de que la autoridad judicial competente sea el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se encuentre radicada la Entidad Pública correspondiente, en vez de el del lugar en que esté el centro de protección concreto, tal y como recogen los apartados 4 y 6 del artículo 778 bis de la LEC, en la versión proyectada.

- En el apartado 3, debe incluirse una regla de similar contenido a la del artículo 26.3 *in fine* de la LOPJM, en el sentido de que la falta de



CONSEJO DE ESTADO

ratificación judicial del ingreso acordado de urgencia por la Entidad Pública determinará el cese del ingreso.

- En el apartado 4 se echa en falta la expresa mención a la comparecencia ante el Juzgado de los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela. En la última frase del precepto debe indicarse que la autorización o ratificación del ingreso se hará mediante resolución judicial motivada, exigencia ineludible de cualquier resolución judicial.

- En el apartado 5, al tratar de los sujetos legitimados para interponer recurso de apelación, se sugiere incluir en primer lugar al propio menor afectado, en los términos que regulen las leyes procesales.

**5.2. Artículo 778 ter. Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores**

En relación con este precepto, debe recordarse en primer término que el Consejo de Estado en el dictamen ya citado 1.093/2014/873/2014 ha sostenido, de conformidad con el criterio del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado, que la competencia para adoptar esta autorización ha de residenciarse en los Juzgados de Instrucción, para garantizar así que sea el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar del domicilio de la entidad administrativa solicitante el que pueda adoptar esas decisiones, garantizando de este modo la atención prioritaria a este tipo de asuntos. Esa atención no podrá prestarse si se mantiene la atribución competencial que ahora mismo contiene el Anteproyecto. En cualquier caso, de aceptarse esta observación deberán hacerse los oportunos ajustes normativos, de cara a regular esta competencia de los Juzgados de Instrucción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- En el apartado 3 se regula la posibilidad de que se acuerde de urgencia la entrada en domicilio (párrafo segundo del apartado 3 del artículo 778 ter), supuesto en el que el acuerdo se adoptará por el Juez sin oír al interesado. Este párrafo segundo del apartado tercero establece lo siguiente:



CONSEJO DE ESTADO

*"No obstante, cuando la Entidad Pública solicitante así lo pida de forma razonada y acredite que concurren razones de urgencia para acordar la entrada, bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad de las personas, o bien porque la audiencia previa al interesado pudiera comprometer el buen fin de la medida a adoptar, el Juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata y, en todo caso en el plazo máximo de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal. En el auto dictado se razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al interesado".*

El Consejo General del Poder Judicial ha considerado que el ocupante del domicilio, en todo caso, deberá ser oído y escuchado.

El Consejo de Estado considera que la falta de audiencia al interesado sólo puede ceder en aquellos casos en los que exista constancia fehaciente y acreditada de afectación real o inmediata de los derechos fundamentales de los menores sobre los que pretende ejercitarse la protección pública encomendada por el legislador a las Entidades Públicas. Sólo en esos casos, que han de ser valorados por el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, podrá ceder la audiencia al interesado.

- En el apartado 6 se propone mejorar la redacción de su segunda frase, para precisar su contenido, con la siguiente o parecida redacción: "El auto será notificado a las partes sin dilación si hubieran intervenido en el procedimiento y, de no haber intervenido o de no ser posible la notificación antes de la realización de la diligencia de entrada, la Entidad Pública ejecutora de esa diligencia procederá a la notificación inmediatamente antes de realizarla".

En relación con este precepto, llama la atención que se prevea que la diligencia será ejecutada por la propia Entidad Pública solicitante; esta diligencia debe inexcusablemente practicarse con el debido concurso de la comisión judicial, integrada por el Secretario Judicial u oficial en que delegue, y, en su caso, de la correspondiente unidad de la Policía Judicial.



CONSEJO DE ESTADO

**Esta observación tiene carácter esencial, de conformidad con el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.**

#### **VI. Otras modificaciones**

Finalmente, se efectúan algunas observaciones adicionales.

Debe eliminarse en la disposición derogatoria, por innecesaria, la mención al Código Civil y deben determinarse qué concretos preceptos del ordenamiento quedarán derogados por la norma proyectada.

En relación con la reforma del artículo 479 de la LOPJ que lleva a cabo el apartado dos de la disposición final primera, se ha entendido que debe coordinarse su apartado 3 con el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pero lo cierto es que ese artículo 27 sólo prevé que *"durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica"*. Y es ésta adscripción orgánica la que posibilita el proyectado artículo 479.3 de la LOPJ, que se considera correcto.

Finalmente, y a la vista de lo ya señalado en el presente dictamen y en el dictamen nº 1.093/2014/873/2014, se entiende que debe suprimirse del Anteproyecto la disposición final cuarta ("No incremento del gasto"), según la cual "las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal". Es obvio para el Consejo de Estado que el Anteproyecto sí tiene impacto económico, de modo que esta previsión, carente por otra parte de contenido normativo, debe eliminarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez tenida en cuenta la observación efectuada a los proyectados artículos 26.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y 778 bis, apartado 7, de la Ley 1/2000, de 7 de



CONSEJO DE ESTADO

enero, de Enjuiciamiento Civil, en el apartado 4.2 del cuerpo del presente dictamen, y al artículo 778 ter, apartado 6, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el apartado 5.2 del dictamen, y consideradas las restantes, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación como proyecto de ley orgánica, el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 27 de noviembre de 2014

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA.