

# Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (y II)

---

**Beatriz Leiva Rodríguez y M. del Carmen García Garnica<sup>1</sup>**

Resumen. El objeto del presente trabajo es llevar a cabo un análisis del sistema de protección de menores en España, teniendo en cuenta las últimas modificaciones introducidas por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio. A partir de una aproximación a los principios vertebradores del sistema de protección (básicamente, el interés superior del menor, su derecho a ser escuchado y la reintegración familiar del menor), se examinan cada una de las instituciones contempladas en el sistema de protección de menores, con referencia a los distintos supuestos de hecho que dan lugar a su adopción. Todo ello, destacando las reformas introducidas por las citadas leyes tanto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor como en el Código Civil.

Palabras clave: Derecho, interés superior del menor, tutela administrativa, riesgo, desamparo, acogimiento

Abstract. The aim of the present work is to carry out an analysis of the protection system of children in Spain taking into account the latest modifications introduced by the recent Organic Law 8/2015, of the 22th of July, and the Law 26/2015, of the 28th of July. After an approach to the organising principle of the protection system (basically the best interests of the child, his right to be heard, and the reintegration into the family of the child, each institution of child and youth protection, contemplated in the protection child system is examined with reference to the different factual scenarios that give rise to this adoption. All of this, highlighting the introduced reforms by the aforesaid laws as in both Organic Law of Legal Child Protection and Civil Code.

Keywords: Law, best interests of the child, public guardianship, risk situations, abandonment, temporary foster care

## 5. La regulación de la guarda de menores tras la reforma

### 5.1. Guarda de hecho

Se trata de aquellas situaciones en las que los menores han quedado bajo el cuidado de personas que no son titulares de la patria potestad o tutela, por lo que se le debe otorgar al menor una figura jurídica que le ofrezca la mayor seguridad y estabilidad jurídica y emocional. Según la nueva regulación solo se dictará resolución de desamparo en el supuesto de que los guardadores no atiendan bien al menor, pudiendo constituirse la tutela con los mismos cuando sea este el interés del menor<sup>2</sup>. Por tanto, la nueva legislación establece los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo y los supuestos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor<sup>3</sup>.

El artículo 2.26 de la Ley 26/2015 viene a modificar el artículo 239 del Código Civil para introducir la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho. Así, aunque la tutela de los menores que se encuentran en situación de desamparo corresponde por ministerio de la ley a la Entidad Pública, podrá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. No obstante, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso. Los legitimados para el ejercicio de tales acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo son el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela.

Teniendo en cuenta el artículo 303 del Código Civil, modificado por el artículo 2.28 de la Ley 26/2015, no es suficiente la circunstancia de que un menor se encuentre en situación de guarda de hecho para que se proceda a la declaración de desamparo del mismo, sino que se exige además que se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis. En caso de que no se declare tal situación de desamparo, el guardador de hecho se encuentra legitimado para promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor<sup>4</sup>.

Este mismo artículo señala que cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 52 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, ya que recoge que el Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

En cuanto al establecimiento de medidas cautelares, por un lado el artículo 299 bis del Código Civil dispone que hasta que no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento de tutela, asumirá la representación y defensa del menor el Ministerio Fiscal, y en caso de que además fuese necesario el cuidado de bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida. Por otro lado, el artículo 303 del Código Civil señala la posibilidad de constituir un acogimiento temporal asignándoles faculta-

des tutelares a los guardadores, hasta que se dicte la medida de protección adecuada.

Sobre la situación de guarda de hecho se ha pronunciado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014, de 27 de Octubre de 2014 (LA LEY 149443/2014), la cual establece doctrina al respecto. En este caso, los padres de una menor que se encontraba bajo la guarda de hecho de su abuelo paterno y su esposa formularon demanda oponiéndose a la resolución administrativa que declaró la situación de desamparo de la niña. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, confirmó la declaración de desamparo pero dejó sin efecto el acogimiento residencial de la menor hasta que la Administración competente determinase el régimen de guarda definitivo más beneficioso para ella. Por su parte, la Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la declaración de desamparo y acordó que la niña quedase sometida a la guarda de hecho del abuelo paterno y su esposa, interponiendo entonces la Xunta de Galicia el presente recurso de casación, el cual fue desestimado. El Tribunal Supremo consideró que la situación de desamparo es casuística, por lo que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a numerosas soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Así, fija como doctrina jurisprudencial que

cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.

En el presente caso, quedó probado que los progenitores de la niña no cuentan con las

condiciones necesarias para su atención pero todas sus necesidades están cubiertas tanto en el plano material como afectivo al tener el abuelo paterno y su esposa las condiciones precisas para asumir el cuidado de la menor.

## 5.2. Guarda voluntaria

El artículo 2.14 de la Ley 26/2015 introduce el artículo 172 bis del Código Civil, el cual, en estrecha relación con el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/1996, viene a regular la guarda a solicitud de los progenitores o tutores.

La guarda voluntaria es aquella que tiene lugar cuando los progenitores o tutores solicitan de la Entidad Pública que asuma la guarda de un menor al no poder cuidarlo ellos por circunstancias graves y transitorias, debidamente acreditadas.

Por tanto, para que resulte procedente esta guarda voluntaria es preciso que medie<sup>5</sup>:

- Imposibilidad de atender al menor por parte de sus padres o tutores por causas o circunstancias graves, ajenas a su voluntad. En este sentido, se consideran causas de imposibilidad de prestación de los deberes de protección: la enfermedad del guardador, las ausencias por motivos laborales, el reclutamiento forzoso, la condena penal y cualesquiera otras que, sin culpa del guardador, le impida cumplir con sus funciones de guarda. No resulta admisible la mera comodidad o conveniencia, ya que en caso de que se ponga de manifiesto que con la entrega del menor lo que pretenden los padres o tutores es desentenderse de sus respectivas obligaciones tuitivas, la Administración deberá aceptar la guarda e indagar un posible desamparo culposo con la correspondiente asunción de la tutela automática del menor; ni tampoco serán admisibles las carencias económicas, ya

que estas generarían ayuda asistencial sin necesidad de extraer al menor de su entorno, excepto que los padres rechacen dicha ayuda o resulte insuficiente para erradicar la causa del desamparo. Por último, también podrían encontrarse impedidos los padres o tutores para prestarle al menor los cuidados necesarios por razón de enfermedad física o psíquica de este o por su actitud rebelde.

- Temporalidad: la guarda sólo procederá en los supuestos en que la imposibilidad de asistencia al menor no se manifieste como irreversible, porque, de ser así, el caso conllevaría consecuencias jurídicas más graves. De manera que esta medida sólo permanecerá mientras dure la causa que la motivó.
- Que preceda solicitud por parte de los padres o tutores. No obstante, además de dicha solicitud, el artículo 19 de la Ley 1/1996 modificado por el artículo 1.12 de la Ley 26/2015 añade que en estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional. Así, tal y como señala MORENO-TORRES SÁNCHEZ<sup>6</sup>, a diferencia de la guarda judicial o de la guarda provisional, que pueden formalizarse sin el consentimiento de los padres o tutores, la guarda voluntaria se formaliza por la Administración siempre con el consentimiento de los mismos, por lo que habrán de comprometerse a colaborar con esta.

La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública, la cual ha de garantizar a los menores con discapacidad la prestación de los apoyos especializados que necesiten. La resolución administrativa sobre la asun-

ción de la guarda por la Entidad Pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal.

Los guardadores no pierden la titularidad de sus funciones, por lo que conservarán los derechos de representación legal y de administración de los bienes. Asimismo, no se impedirá el derecho de visita y comunicación con la familia de origen, excepto que una decisión judicial establezca lo contrario por convenir al interés del menor.

La responsabilidad que pudiera derivarse de la situación de guarda de un menor recae en la Entidad Pública, ya que según el artículo 1903.2 y 3 del Código Civil, los padres sólo son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda y los tutores de los que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía<sup>7</sup>.

Respecto a los gastos que se ocasionen como consecuencia de la guarda, la Administración podrá reembolsárselos, en función de lo establecido en la legislación autonómica pertinente sobre la gratuidad u onerosidad de las prestaciones asistenciales o, en su caso, atendiendo a lo convenido si se hubiese pactado una retribución. No obstante, el deber de alimentos de los padres es irrenunciable.

En cuanto a la duración de esta medida, el mencionado artículo 172 bis del Código Civil establece que la Entidad Pública asumirá la guarda del menor durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, por concurrir circunstancias excepcionales, la prórroga de las medidas<sup>8</sup>. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

### 5.3. Guarda judicial

Para la protección de los menores, entre las medidas que puede acordar el Juez en cualquier proceso civil o penal, se encuentra la guarda judicial por la que, a fin de protegerlos, ordena que su guarda y cuidado se ejerzan por terceras personas, normalmente familiares o la Entidad Pública, hasta que se dispongan medidas definitivas<sup>9</sup>. En este sentido, el artículo 172 bis 2 introducido por el artículo 2.14 de la Ley 26/2015 establece que «la Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente».

Por lo que a la protección penal respecta<sup>10</sup>, en el momento en que el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer ordenen la prisión preventiva o la orden de alejamiento de los adultos, deberán pronunciarse sobre las medidas de protección de los menores, acordando su guarda en terceras personas; la delegación de la guarda en la Entidad Pública para que proteja al menor mientras se instruye el proceso penal, a través del acogimiento residencial o familiar; o bien que se reintegren con sus padres. Así pues, cuando se está instruyendo un proceso penal, los Juzgados deberán adoptar las medidas cautelares que estimen convenientes sobre los menores, con independencia de que posteriormente la Entidad Pública instruya un procedimiento de desamparo o remita el caso para la intervención por situación de riesgo.

En este sentido, el artículo 2.9 de la Ley 26/2015 lleva a cabo una modificación del artículo 158 del Código Civil, de modo que tal y como dispone el Preámbulo de la citada Ley, partiendo del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, con la finalidad de evitar perjuicios innecesarios derivados de una rigidez procesal, se permiten adoptar mecanismos protectores tanto respecto al menor víctima de malos tratos como en relación a los que se encuentren en situación de riesgo.

Así, en su párrafo 6, el artículo 158 del Có-

digo Civil establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas; añadiendo además que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria. Finalmente, este artículo dispone que en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado deberá comunicar las medidas acordadas a la Entidad Pública.

Por otra parte, en cuanto a la protección civil de los menores, el artículo 103.1 del Código Civil regula la guarda judicial en los supuestos de demanda de nulidad, separación y divorcio. Así, en aquellos casos en que se observe que ninguno de los progenitores está capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos, estos podrán ser encomendados a sus familiares como abuelos, parientes u otras personas que lo consintieren, y, a falta de estos, se atribuirá la guarda judicial a la Entidad Pública, la cual se ejercerá a través del acogimiento familiar o residencial<sup>11</sup>.

### 5.4. Guarda provisional

Con la reforma operada por la Ley 26/2015, se incluye por primera vez en el Código Civil la mención a la atención inmediata y se introduce una nueva figura, la guarda provisional, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo<sup>12</sup>.

Según el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, redactado por el artículo 1.9 de la Ley 26/2015, las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier

menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal.

Así, en cumplimiento de dicha obligación de prestar la atención inmediata, el artículo 172.4 del Código Civil modificado por el artículo 2.13 de la Ley 26/2015, establece que la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, la cual deberá comunicar al Ministerio Fiscal. Por lo tanto, la Entidad Pública no asume la tutela del menor, sino únicamente su guarda mediante el acogimiento familiar o residencial.

La atención inmediata hace referencia a la necesidad de cuidado y atención perentorios que necesita el menor y se refleja jurídicamente mediante la resolución administrativa de guarda provisional que dicta la Entidad Pública, la cual será notificada a los padres o tutores y podrá ser objeto de recurso en el plazo de dos meses desde su notificación<sup>13</sup>, tal y como dispone el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al unificar en dos meses el plazo para formular oposición a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Además de prestar atención inmediata al menor para atender situaciones de urgencia, la guarda provisional tiene como objeto la práctica de las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y proceder, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo con la consecuente asunción de la tutela, o a la promoción de la medida de protección procedente.

No obstante, el Código Civil no fija un plazo máximo para la realización de tales diligencias, sino que únicamente dispone en su artículo 172.4 que «se realizarán en el plazo más breve posible», entendiéndose que será el necesario para constatar si existen per-

sonas que puedan asumir la tutela o, en su caso, para la declaración de desamparo. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 26/2015 señala que la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales pues de otro modo podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica. Por ello, se prevén las obligaciones de las Entidades y el papel del Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. En este sentido, el artículo 172.4 del Código Civil se refiere al control del plazo por el Ministerio Fiscal, de manera que si hubiese transcurrido el plazo señalado sin haberse formalizado la tutela o adoptado otra resolución, aquel promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública.

En cuanto al cese de la guarda provisional, el artículo 172.5 del Código Civil establece que cesará por las mismas causas que la tutela, esto es:

- Cuando se constate la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por lo que procedería la reintegración familiar del menor con sus padres o tutores.
- En caso de que se proceda a la declaración de situación de desamparo, lo cual conlleva la asunción de la tutela por la Entidad Pública.
- Por nombramiento de tutor, ya que si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela del mismo, se promoverá este nombramiento conforme a las reglas ordinarias.

Siguiendo a MORENO-TORRES SÁNCHEZ<sup>14</sup>, se observa una gran similitud entre la guarda provisional y la judicial, ya que ambas medidas presentan vocación de transitoriedad hasta que se esclarezcan los hechos que dieron lugar a las mismas, pro-

tegiendo de forma urgente, además de que una y otra pueden acordarse sin el consentimiento de los padres y sin asumir la tutela. No obstante, en la guarda provisional es la Entidad Pública, y no el Juez, quien acuerda la medida de guarda ya que no nos encontramos ante un proceso judicial, sino en situaciones como las de los menores extranjeros no acompañados que son localizados solos.

## 5.5. Guarda con fines de adopción

La nueva legislación aporta una novedad importante en el ámbito de la adopción, y es que se crea la figura de la guarda con fines de adopción o guarda para la convivencia preadoptiva (denominándose de estas dos formas indistintamente), sustituyéndose así el anterior acogimiento preadoptivo, ya que se trata propiamente de una fase del procedimiento de adopción<sup>15</sup>.

Esta previsión legal permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para dicha medida hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que aquel tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia<sup>16</sup>.

El artículo 2.21 de la Ley 26/2015 introduce la regulación *ex novo* de esta figura en el artículo 176 bis del Código Civil, el cual señala que la Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 del mismo texto legal<sup>17</sup> y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. Dicha

delegación de guarda se formalizará mediante resolución administrativa motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, notificándose además a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Hay que tener en cuenta que los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

Cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4 del Código Civil, es decir, excepto cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, determinando asimismo su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años.

Por lo tanto, con esta reforma se simplifica la adopción, ya que la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la Administración sin intervención del Juzgado. No obstante, los progenitores podrán acudir al Juzgado y formular recurso en el plazo general de dos meses siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo<sup>18</sup>.

Una vez acordada dicha delegación de guarda, la propuesta de adopción tendrá que realizarse al Juez en el plazo más breve posible, siempre antes de que transcurran tres meses desde el día en que se acordó. No obstante,

si la Entidad Pública considerase necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, en función de su edad y circunstancias, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. Finalmente, en el caso de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor, tal y como dispone el apartado 3 del artículo 176 bis del Código Civil.

## 6. Novedades en la regulación del acogimiento

Cuando haya una guarda o una tutela administrativa de un menor, se complementará con la medida del acogimiento, el cual puede definirse<sup>19</sup> como la situación que se crea para proteger a los menores que por diversas circunstancias se han visto privados de una vida familiar normal y que tiene como fin la integración provisional del menor en otro núcleo familiar o en un centro de acogida<sup>20</sup>.

Las características más destacables del acogimiento son las siguientes<sup>21</sup>:

- *Carácter personal*, sin que suponga la asunción por el acogedor de las facultades de representación y administración de bienes inherentes a la patria potestad.
- *Subsidiariedad*, ya que sólo se podrá adoptar cuando la ayuda familiar sea insuficiente para conseguir la reinserción del menor desamparado en el grupo familiar y se haga necesario separarlo de dicho entorno familiar.
- *Temporalidad*. Se trata de una medida constituida administrativa o judicialmente a partir de la previa asunción por parte de la Entidad Pública de la tutela *ex*

*lege* o de la guarda a solicitud de los padres o tutores, o por resolución judicial. Por lo tanto, la duración del acogimiento está condicionada a la reinserción del menor en su familia de origen o a la constitución de una adopción; con excepción de los supuestos de acogimiento permanente que serán objeto de análisis posterior.

Respecto a las clases de acogimiento, el artículo 172 ter del Código Civil introducido por el artículo 2.15 de la Ley 26/2015, distingue dos modalidades:

- *Acogimiento familiar*, que se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública, teniendo en cuenta que no podrán ser acogedores los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en la ley.
- *Acogimiento residencial*, el cual se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor.

No obstante, esta nueva regulación sigue manteniendo el carácter preferente del acogimiento familiar frente al residencial, declarándose este último únicamente en aquellos supuestos en que no fuese posible o conveniente para el interés del menor el establecimiento de un acogimiento familiar.

En cualquier caso, se buscará el interés del menor, priorizándose la reintegración en su familia de origen y que los hermanos permanezcan unidos, confiándose su guarda a una misma institución o persona. La situación del menor en relación con su familia de origen, será revisada al menos cada seis meses.

En cuanto a los menores acogidos, el artículo 1.17 de la Ley 26/2015 introduce el artículo 21 bis de la Ley 1/1996 en el que se recogen sus derechos. Así, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentren, algunos de los derechos más importantes que ostentan son: a ser oídos e

informados de cualquier hecho trascendente o resolución relativas al acogimiento; a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública<sup>22</sup>; a conocer progresivamente su realidad socio-familiar; a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario; y a acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad. Además, en caso de encontrarse en acogimiento familiar, tendrán derecho a participar plenamente en la vida familiar del acogedor; a mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviene a su interés superior; así como a solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar.

Por otra parte, con esta nueva legislación, se regula por primera vez un tipo de guarda ocasional, que ya se venía usando en la práctica. Se trata de las estancias, salidas de fin de semana o vacaciones que puede acordar la Entidad Pública para menores en acogimiento residencial o familiar. Dicha delegación de guarda deberá cumplir los siguientes requisitos, de acuerdo con el artículo 172 ter del Código Civil:

- Se formalizará con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, seleccionándose de entre ellas las que se consideren más adecuadas a las necesidades del menor.
- Dicha delegación de guarda contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor.
- Esta medida será comunicada a los progenitores o tutores<sup>23</sup> y a los acogedores. No obstante, para ser acordada se deberá oír previamente al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

- Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa.

Finalmente, dicho artículo 172 ter del Código Civil incorpora una última novedad, ya que hasta ahora no se había regulado de forma explícita en el Código Civil la obligación de alimentos, por lo que las Entidades Públicas asumían la tutela o la guarda y progenitores con capacidad económica quedaban exentos de esta obligación. Señala la nueva normativa que será cada Entidad Pública la que establecerá las cantidades que se han de pagar por este concepto<sup>24</sup>. Así, indica el citado artículo que en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.

## 6.1. Acogimiento familiar

Esta nueva legislación, a fin de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores, simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo.

Tal y como señala el artículo 173 del Código Civil, redactado por el artículo 2.16 de la Ley 26/2015, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo, prestándole los apoyos necesarios en caso de tratarse de un menor con discapacidad<sup>25</sup>.

Para su constitución es necesario el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años<sup>26</sup>. Ahora bien, es posible que el acogimiento se adopte sin contar con el consentimiento de los progenitores, pese a la falta de referencia expresa, a diferencia de la anterior regulación, que contenía explícitamente la posibilidad de que el juez acordase el acogimiento pese a no consentirlo los padres o tutores, u oponerse al mismo.

Por otra parte, esta nueva legislación, por razones de técnica jurídica y mejora de ubicación, traslada al artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1996 lo establecido hasta ahora en el artículo 173 del Código Civil, introduciendo a su vez diversas novedades.

Por lo que a la formalización respecta, el acogimiento familiar se concretará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, a la que deberá acompañarse un documento anexo que contenga la siguiente información: la identidad del acogedor o acogedores y del acogido; los consentimientos y audiencias necesarias; la modalidad del acogimiento y su duración prevista; los derechos y deberes de cada una de las partes<sup>27</sup>; el contenido del seguimiento que vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración por parte de la familia acogedora; el apoyo que precisa el menor, en caso de presentar discapacidad; la compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y el plazo en el cual la medida vaya a ser revisada. La resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes<sup>28</sup>.

Asimismo, se introduce la necesidad, como ocurre en la adopción, de que se valore la adecuación de los acogedores, y se definen los criterios de la misma, los cuales no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora,

su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor, la congruencia entre su motivación y la finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. Además, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento. En cuanto al régimen de visitas, podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora.

Otra novedad en el acogimiento familiar es la que introduce el artículo 1.15 de la Ley 26/2015 en el artículo 20 bis de la Ley Orgánica 1/1996, ya que se regula por primera vez el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes. El Preámbulo de la citada Ley 26/2015 justifica esta inclusión en la trascendente función desempeñada por las familias de acogida, la cual hace muy conveniente que una disposición general perfile su estatus. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, algunos de los derechos que tendrán los acogedores son: a recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo; a ser oídos por la Entidad Pública antes de que esta adopte cualquier resolución que afecte al menor; a ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección, así como a ejercer todos los derechos inherentes a la guarda. Por su parte, deberán cumplir ciertos deberes tales como velar por el bienestar y el interés superior del menor, tener-

lo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo; oírlo siempre antes de tomar decisiones que le afecten; asegurar su plena participación en la vida de familia; e informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en su mutua relación.

Por otra parte, pueden establecerse distintas modalidades de acogimiento familiar atendiendo a diversos criterios.

En relación con las características de la familia acogedora y la vinculación del menor con la misma, el artículo 20.1 de la Ley 1/1996 establece dos modalidades:

- *Acogimiento en la propia familia extensa del menor*<sup>29</sup>.
- *Acogimiento en familia ajena*. Este tipo de acogimiento podrá ser especializado cuando se desarrolle en una familia en la que alguno de sus miembros disponga de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral. Pero además, este acogimiento especializado podrá ser profesionalizado cuando, reuniendo dichos requisitos de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral de los acogedores con la Entidad Pública.

Atendiendo a su duración y objetivos, el artículo 173 bis del Código Civil establece las siguientes modalidades<sup>30</sup>:

- *Acogimiento familiar de urgencia*. Principalmente para menores de seis años, tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

- *Acogimiento familiar temporal*<sup>31</sup>. Tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Su duración máxima será de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar o por la adopción de otra medida de protección definitiva.

- *Acogimiento familiar permanente*. Se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor<sup>32</sup>.

Finalmente, el artículo 173.4 del Código Civil establece las causas de cese del acogimiento familiar, de modo que podrá finalizar:

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

Además, en el caso de que surgiesen problemas graves de convivencia, tanto el menor como los acogedores, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor (si no se encuentran privados de la patria potestad o de la tutela) o cualquier persona interesada, podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (artículo 173.3 del Código Civil).

## 6.2. Acogimiento residencial

6.2.1. *Acogimiento residencial ordinario*. El acogimiento residencial consiste en integrar al menor, en situación de desprotección social, en un centro (público o privado), ejerciendo la guarda el Director del mismo<sup>33</sup>.

Se trata del acogimiento con consecuencias más drásticas para los menores, regulado en el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996, redactado por el artículo 1.16 de la Ley 26/2015, el cual, en su apartado 3, reitera la prioridad de la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial con la finalidad de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, el cual es necesario para un adecuado desarrollo de su personalidad, especialmente para menores de seis años, y de forma imprescindible si son menores de tres, donde la conveniencia es totalmente necesaria<sup>34</sup>. No obstante, se introduce una previsión flexible para dar cobertura a los supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en centro de protección sea la única medida de la que se disponga por ser imposible adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor<sup>35</sup>. En todo caso, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses.

Así pues, la nueva legislación recoge el carácter subsidiario del acogimiento residencial y la necesidad de que la estancia de los

menores en centros deba estar marcada por planes de trabajo con las familias desde el momento inicial en que se toma la medida de protección, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que determinados acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otras vías de convivencia familiar<sup>36</sup>.

Por otra parte, y en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial<sup>37</sup>, se establecen con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares<sup>38</sup>.

En cuanto al régimen de autorización y funcionamiento por la Entidad Pública, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección, deberán estar siempre habilitados administrativamente por dicha Entidad. Además, con la finalidad de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública realizará una inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias; a la vez que el Ministerio Fiscal ejercerá la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros, analizando, tanto los Proyectos Educativos Individualizados y el Proyecto Educativo del Centro, como el Reglamento Interno.

Por su parte, el párrafo primero del citado artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996 establece las obligaciones básicas que han de cumplir las Entidades Públicas, los servicios y centros:

- Todo menor tendrá un proyecto socio-educativo individual que persiga su bienestar y desarrollo físico, psicológico, social y educativo.
- Cada menor contará con un plan individual de protección, con revisión periódica, que establecerá la finalidad del

ingreso, los objetivos que se persiguen y el plazo para su consecución.

- Fomentarán la convivencia y la relación entre hermanos, así como la estabilidad residencial de los menores, procurando que el acogimiento tenga lugar en un centro de la provincia de origen del menor.
- Promoción de la relación y colaboración familiar, programándose aquellos recursos que permitan el retorno a la familia de origen, si fuese lo más adecuado para el interés del menor<sup>39</sup>.
- Potenciarán la educación integral e inclusiva de los menores. En el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años uno de los objetivos prioritarios será la preparación para la vida independiente así como la inserción laboral.
- Poseerán una normativa interna de funcionamiento y convivencia.
- Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico.
- Potenciarán las salidas de los menores en fines de semana y períodos vacacionales con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o procedente, con familias alternativas.
- Promoverán la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas.
- Establecerán los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección.
- Velarán por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten así como la asunción progresiva de responsabilidades.

- Establecerán medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales.

Por lo que a los derechos de los menores respecta, además de los derechos generales que ostenta todo menor acogido, ya analizados anteriormente, en el concreto supuesto de que se encuentre en acogimiento residencial tendrá, además, los siguientes derechos recogidos en el artículo 21 bis 3 de la Ley Orgánica 1/1996:

- Respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo.
- Participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas.
- Ser escuchado en caso de queja y ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación que tenga a su alcance, incluido el derecho de audiencia en la Entidad Pública.

Por último, con la finalidad de garantizar la convivencia del centro, la administración pública competente podrá adoptar sobre aquellas conductas o actitudes que la quebrantasen las medidas educativas que considere adecuadas sin atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores; llegando a poder limitarse las salidas del centro de acogida en casos de graves perturbaciones de dicha convivencia. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de estos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento, dándose cuenta inmediata de tales medidas a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal.

6.2.2. Acogimiento residencial especializado para menores con trastornos de conducta. Como ya se ha explicado anteriormente<sup>40</sup>, con la Ley Orgánica 8/2015, se regula por primera vez en nuestro ordenamiento el supuesto del ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos en los que, como último recurso, está prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales.

En este sentido, las medidas de seguridad que podrán utilizarse con los menores aparecen reguladas en los artículos 27 a 30 de la Ley Orgánica 1/1996, y consistirán en:

- Medidas de contención, las cuales podrán ser de tipo verbal y emocional o, en caso de resultar imprescindibles para controlar la situación, de tipo físico o mecánico<sup>41</sup>.
- Aislamiento del menor, mediante su permanencia en un espacio como su propia habitación o similar, del que se impida su salida. Solo podrá utilizarse en prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones a otros menores residentes en el centro, al personal del mismo o a terceros, así como de daños graves a sus instalaciones. En ningún caso podrá exceder de seis horas consecutivas y, además, el menor estará acompañado o supervisado en todo momento por un educador.
- Registros personales y materiales, respetándose siempre la dignidad, privacidad y los derechos fundamentales del menor.

Es preciso destacar que todas estas medidas de seguridad se aplicarán respetándose una serie de principios: finalidad educativa<sup>42</sup>; excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso; aplicación con la mínima intensidad posible y por el tiempo estrictamente necesario; así como respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor.

Las medidas de seguridad se aplicarán por personal especializado y con formación en materia de protección de menores. Además, únicamente podrán usarse como último recurso, ya sea en defensa propia o en casos de intentos de fuga, resistencia física a una orden o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a la propiedad. En cuanto a las decisiones sobre medidas de seguridad, se adoptarán por el Director del centro correspondiente de forma motivada y notificándose de inmediato tanto a la Entidad Pública como al Ministerio Fiscal, los cuales podrán recurrirlas ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, al igual que el menor<sup>43</sup>. Finalmente, las medidas de seguridad aplicadas se registrarán en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por la dirección del centro.

En este nuevo Capítulo IV de la Ley Orgánica 1/1996, además de las medidas de seguridad que podrán aplicarse, también se regulan otras cuestiones singulares de estos centros específicos.

Así, se refiere en su artículo 33 a la administración de medicamentos a los menores, de manera que será un facultativo médico autorizado quien recete aquellos sujetos a prescripción médica y realice el seguimiento de su correcta administración y de la evolución del tratamiento, elaborándose a tal efecto un registro con la historia médica de cada menor. Además, se respetarán siempre las disposiciones sobre consentimiento informado.

En cuanto al régimen disciplinario, se fundará en el proyecto socio-educativo del centro y en el individualizado de cada menor, al cual se informará del mismo. No obstante, se dará prioridad a las técnicas de resolución de conflictos y de interacción educativa, siendo este procedimiento disciplinario el último recurso, teniendo en cuenta que en ningún caso podrán utilizarse las medidas de seguridad con fines disciplinarios.

Por lo que al régimen de visitas, permisos de salida y comunicaciones del menor respecta, el Director del centro podrá restringir o suprimir tanto las visitas de familiares y allegados como las salidas del menor, siempre que sea en aras a su interés cuando así lo aconseje su tratamiento educativo y notificándose tal decisión a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal. Por su parte, las comunicaciones del menor con familiares y allegados serán libres y secretas, pudiendo ser restringidas o suspendidas por el Director del centro bajo las mismas condiciones descritas anteriormente<sup>44</sup>.

En el caso de las medidas limitativas del régimen de visitas y de los permisos de salida, podrán ser recurridas por el Ministerio Fiscal y por el menor ante el órgano jurisdiccional que esté conociendo el ingreso, mientras que en el caso de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas, también se encuentran legitimadas para recurrir tal decisión las personas interesadas. En ambos casos, el órgano jurisdiccional resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

## 7. El después de la tutela pública

Llegar a la mayoría de edad puede suponer un gran contratiempo para los menores que se encuentran en centros de protección, ya que al cumplir los 18 años pierden el apoyo tanto económico como educativo y afectivo que recibían durante su tutela, de manera que deben iniciar una vida emancipada aun cuando no estén preparados para ser independientes.

Esta cuestión era una grave laguna de la legislación en materia de protección de menores, por lo que la nueva regulación viene a ofrecer cobertura legal. En este sentido, el artículo 1.18

de la Ley 26/2015 introduce el artículo 22 bis de la Ley Orgánica 1/1996, el cual recoge la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex-tutelados. Así, desde dos años antes de su mayoría de edad y una vez cumplida esta, siempre que lo necesiten, las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente a los jóvenes que se encuentren bajo una medida de protección, siempre con el compromiso de participación activa y de aprovechamiento por parte de los mismos. Estos programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas.

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 26/2015 en su apartado 6 también menciona esta cuestión al establecer que el Gobierno promoverá con las Comunidades Autónomas el establecimiento de unos criterios comunes en todo el territorio español en cuanto a la atención integral a jóvenes ex-tutelados. Así, todas las Comunidades Autónomas habrán de cumplir los siguientes mínimos de cobertura, calidad y accesibilidad: formación en habilidades y competencias para favorecer su madurez y propiciar su autonomía personal y social al cumplir los 18 años de edad; garantía de ingresos suficientes para subsistir; alojamiento; formación para el empleo que facilite o priorice su participación en ofertas de empleo como medida de no discriminación.

Las metas que se persiguen con estos programas son que los jóvenes alcancen el éxito tanto académico (ayudando a mantenerlos en la escuela, buscando oportunidades vocacionales y educativas), laboral (prestándoles apoyo en la búsqueda de trabajo y en la preparación de entrevistas) como en su vida independiente (favoreciendo la adquisición de papeles de identificación, en la búsqueda de alojamiento y transporte, en el manejo del dinero, etc.).

Estos jóvenes se encuentran pues, además de con las dificultades que afectan a la juventud

en general para adquirir cierta autonomía, con un nulo o deficiente apoyo familiar y social que favorezca el proceso de la emancipación y garantice su integración social y laboral<sup>45</sup>. De ahí que el Sistema de Protección de la Junta de Andalucía se planteó su acompañamiento en el acceso a los recursos para facilitarles la plena integración en la vida adulta: en 1997 se puso en marcha el Programa de Mayoría de Edad para jóvenes tutelados y ex-tutelados (P+18), pionero en España, con la finalidad<sup>46</sup> de disponer de una serie de medidas de discriminación positiva que proporcionaran a este colectivo las suficientes herramientas personales, sociales y laborales, y les evitaran situaciones de exclusión social<sup>47</sup>.

El P+18 se desarrolla mediante una intervención profesional formada por personal técnico de la Administración, educadores y orientadores sociolaborales, a través de dos tipos de recursos:

- *Recursos de Alta Intensidad.* Consisten en pisos de autonomía tutelados, en los que se proporciona una atención integral a aquellos jóvenes (de 18 a 20 años) que carecen de posibilidad alguna para vivir independientemente al momento de abandonar el centro de protección al cumplir la mayoría de edad. Estos jóvenes entran voluntariamente, por lo que deben tener motivación para trabajar la emancipación, firmando asimismo un compromiso de participación en el programa.
- *Recursos de Media o Baja Intensidad.* Están compuestos por una red de centros de día en los que se realizan actuaciones con un seguimiento constante para lograr la integración social y laboral de estos jóvenes, a partir de los 16 años. Se les ayuda en su formación académica, en la búsqueda de empleo y de alojamiento, llevándose a cabo un acompañamiento en el proceso de autonomía en general.

## Conclusiones

Veinte años después de la publicación de la Ley Orgánica 1/1996 se hacía necesaria una mejora de los instrumentos de protección jurídica de los menores, con el objeto de regular todos aquellos aspectos que pudieran afectar a su efectiva protección, así como adaptar los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, derivadas de los cambios sociales producidos en estas dos últimas décadas.

Con dicha finalidad se lleva a cabo una profunda reforma del sistema de protección de menores a través de dos normas: la Ley Orgánica 8/2015 (que introduce los cambios necesarios en aquellas cuestiones que afectan a derechos fundamentales y libertades públicas, al tratarse de ámbitos considerados como materia orgánica) y la Ley 26/2015; de manera que se garantiza la protección uniforme de los menores en todo el territorio nacional, a la vez que se constituyen como marco de referencia para la correspondiente legislación de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

En cuanto a los aspectos más relevantes de la reforma, en primer lugar, viene a concretar el concepto jurídico indeterminado «interés superior del menor», reconociéndose su triple naturaleza como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento, a la vez que se recogen, por primera vez en la normativa estatal, unos criterios generales de valoración para la determinación de dicho interés.

Se consagra el derecho del menor a ser oído sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Asimismo, se señala carácter preferente para las compareencias o audiencias del menor tanto en los procedimientos judicia-

les como administrativos, y se sustituye el término «juicio» por «madurez», considerándose que, en todo caso, los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos.

Se introduce un nuevo Capítulo III en el Título I de la Ley Orgánica 1/1996 en el que, partiendo de la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como titulares no solo de derechos sino también de deberes en todos los ámbitos de la vida: familiar, escolar y social.

Las instituciones del sistema de protección de menores se reforman profundamente, partiendo de la base de considerar prioritarias las medidas estables frente a las temporales, las familiares frente a las residenciales y las consensuadas frente a las impuestas.

Por primera vez, se desarrolla a nivel estatal la figura de la situación de riesgo y su procedimiento, introduciéndose como situaciones de riesgo dos nuevos supuestos: la protección del *nasciturus* (al permitirse una intervención en aquellas situaciones de posible riesgo prenatal) y los casos de atención sanitaria necesaria para el menor no consentida por sus progenitores u otros responsables legales.

Igualmente, con la nueva legislación se regula por primera vez en una norma de carácter estatal las causas que determinan una situación de desamparo, introduciéndose una unificación de criterios para su declaración. La consecuencia de la declaración de desamparo será la separación del menor de su familia de origen, asumiendo la Entidad Pública la tutela del mismo de manera que, durante el plazo de dos años, podrá adoptar cualquier medida de protección que consideren necesaria, incluida la adopción si se prevé una situación irreversible para el menor, y los progenitores estarán legitimados tanto para impugnar la declaración de desamparo como para oponerse a cualquier decisión tomada; no obstante, una vez transcurrido dicho plazo, sólo el Ministerio Fiscal podrá oponerse a la resolución de la Entidad Pública.

En cuanto a la figura de la guarda, se establece la posibilidad de que la Entidad Pública asuma la guarda provisional de un menor, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, para atender situaciones de urgencia o mientras se investiga y determina una posible situación de desamparo. Respecto a la guarda voluntaria, se establece una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prórroga. Finalmente, se regula *ex novo* la guarda con fines de adopción, sustituyéndose así el anterior acogimiento preadoptivo, de manera que se permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

Se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores, sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. Se introduce la necesidad, como ocurre en la adopción, de que se valore la adecuación de los acogedores, y se definen los criterios de la misma. Además, se redefinen las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración, concretándose en acogimiento de urgencia, temporal y permanente; teniendo en cuenta que en el caso de menores de seis años, la medida de acogimiento familiar será siempre prioritaria e imprescindible si se trata de menores de tres años.

Se recoge el carácter subsidiario del acogimiento residencial, de manera que sólo procederá el ingreso en un centro de protección cuando sea la única medida de la que se disponga por ser imposible adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor. Como novedad importante, se introduce

un nuevo Capítulo IV en el Título II de la Ley Orgánica 1/1996 en el que se regula el ingreso de menores, que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad pública, en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que contarán con una atención especializada y además estará prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales.

Se establece la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex-tutelados, mediante programas que propicien seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas, ya que se trata de menores que al cumplir la mayoría de edad deben iniciar apresuradamente una vida emancipada, perdiendo todo el apoyo afectivo, educativo y económico que recibían durante su tutela.

Por último, y sin perjuicio de las indudables bondades de la reforma, es criticable la Disposición Final vigésima de la Ley 26/2015, en la que se hace constar que todas las medidas propuestas no podrán suponer un incremento del gasto público, ni de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal. Así pues, queda pendiente de comprobarse cómo se hará efectiva la ley ya que, aunque por un lado se reduzcan los centros de acogimiento residencial al implementarse el acogimiento familiar con carácter preferente para menores de seis años y necesario para menores de tres, por otro lado se regula la profesionalización del acogimiento familiar, de manera que aquellas personas con experiencia o profesionales que acrediten su trabajo con menores podrán recibir un sueldo a cambio del acogimiento, estableciéndose así una relación laboral entre los acogedores y la Entidad Pública, lo que generará el correspondiente gasto público. Igualmente, generará un gasto de personal el establecimiento de centros de protección específicos para menores con problemas de

conducta, ya que las medidas de seguridad tendrán que ser aplicadas por personal especializado y con formación en materia de protección de menores; así como generará un incremento de gasto y personal el dar cumplimiento a la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes ex-tutelados, ya que se necesita también de personal especializado (educadores y orientadores sociolaborales) y de infraestructuras tales como viviendas en las que puedan alojarse aquellos jóvenes que se encuentran sin apoyo al cumplir la mayoría de edad y quieren participar en el programa de preparación a la emancipación.

En todo caso, como se ha podido comprobar a lo largo del presente estudio, gracias a los cambios introducidos con la nueva normativa, se consigue una amplia protección de los menores desde los distintos ámbitos que les pueden afectar, a la luz de las circunstancias sociales actuales; que en su conjunto merece una valoración muy positiva y en la que, no obstante, habrá que seguir avanzando en aras a la efectiva y más eficaz salvaguarda de una demanda jurídica y social básica como es la salvaguarda del interés superior de las personas menores de edad.

## Bibliografía

AA VV: «La intervención con familias en situación de riesgo psicosocial. Aportaciones desde un enfoque psicoeducativo», en *Apuntes de Psicología*, Vol. 27, número 2-3, 2009.

AA VV: *Los menores en protección*, coord. Serrano Ruiz-Calderón, M. Grupo difusión, Madrid, 2007.

AA VV: *Protección jurídica del menor*, coord. Pous de la Flor, M. P. y Tejedor Muñoz, L. Colex, Madrid, 2009.

BENITO ALONSO, F: «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-360, tomo 6, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: «La guarda y el acogimiento de menores», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, 2015.

BERROCAL LANZAROT, A. I: «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», en *La Ley*, Derecho de familia, 2015.

BOTANA, G: «La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» en *La Ley*, Actualidad Civil, nº 9, 2015.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I: «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», en *Diario La Ley*, nº 8590, Ref. D-301, 2015.

DURÁN RUIZ, F. J: *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, Editorial UGR, Granada, 2008.

ESCRIBANO TORTAJADA, P: «Los conceptos de desamparo y situaciones de riesgo desde la perspectiva de nuestros Tribunales», en *La Ley*, Actualidad Civil, nº 12, Sección A Fondo, tomo 1, 2009.

FEPA (Federación de Entidades con Proyectos y Pisos Asistidos): «La emancipación de jóvenes tutelados y ex-tutelados en España», 2013.

GARCÍA GARNICA, M. C: «Artículo 216», en AA VV, *Las modificaciones del Código civil del año 2015*, dir. R. Berco-vitz Rodríguez-Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *Acogimiento y adopción*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GUINEA FERNÁNDEZ, D. R: «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia» en *La Ley*, Derecho de familia, nº 7, 2015.

JARIOT GARCIA, M., SALA ROCA, J., ARNAU SABATÉS L: «Jóvenes tutelados y transición a la vida independiente: indicadores de éxito», en *REOP*, Vol. 26, nº 2, 2015.

LUDEÑA BENÍTEZ, O. D: «Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídica-procesal de la institución» en *Noticias Jurídicas*, Artículos doctrinales, 2011.

MANTECA VALDELANDE, V: «Procedimientos de protección de menores», en *La Ley*, Actualidad Administrativa, Nº 3, Sección Práctica Profesional, tomo 1, 2005.

MARTÍN AZCANO, E. M: «El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *La Ley*, Derecho de familia, 2015.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: «Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *Save the Children*, Málaga, 2015.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *El Desamparo de Menores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

PANIZA FULLANA, A: «La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, 2015.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «El proceso de emancipación», Andalucía, 2010.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «Más 18: Cuando los menores se hacen mayores», Andalucía, 2010.

PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: «Recursos de Alta y Baja Intensidad para la formación y la vida autónoma», Andalucía, 2010.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I: «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012.

RIVERO HERNÁNDEZ, F: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, 2016.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M: *Abandono y desamparo de menores en el derecho civil español*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004.

SUÁREZ SANTODOMINGO, J. M: *La incorporación de menores institucionalizados al mundo laboral*. Psicología jurídica al servicio del Menor, Cedecs, Barcelona, 2000.

VIVANCOS SÁNCHEZ, M: «Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo», en *La Ley*, Sección Crónica, Ref. LXXV, tomo 5, 2000.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L: «El interés del menor en los casos de nulidad, separación y divorcio», en *El menor en la legislación actual*, Universidad Antonio de Lebrija, Universitas Nebrissensis, Hoyo de Manzanares, Madrid, 1998.

## Anexo de legislación

### Estatal

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE-A-1889-4763)

Constitución Española, 1978 (BOE-A-1978-31229)

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 (BOE-A-1996-1069)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2000-323)

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 (BOE-A-2002-22188)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE-A-2015-7391)

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8222)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE-A-2015-8470)

### Internacional

Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Uniform Marriage and Divorce Act, Estado de Ohio de Estados Unidos (1973).

Ley italiana 184/1983, sobre el Derecho del menor a tener una familia, de 4 de mayo de 1983.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986.

Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Children Act, Reino Unido (1989).

Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, Estrasburgo.

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, Lanzarote.

Convenio del Consejo de Europa relativo a la adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, Estrasburgo.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010.

### Anexo de jurisprudencia

#### Audiencias Provinciales

SAP de Soria 121/1998, de 7 de Octubre de 1998 (EDJ 1998/29268)

SAP de Zaragoza de 19 de Febrero de 2000 (JUR 2000\123432)

SAP de Jaén 4/2002, de 10 de Enero de 2002 (LA LEY 10693/2002)

SAP de Santa Cruz de Tenerife 310/2004, de 25 Junio de 2004 (LA LEY 151287/2004)

SAP de Zaragoza 436/2004, de 15 de Julio de 2004 (LA LEY 167576/2004)

SAP de Córdoba 239/2006, de 27 de Octubre de 2006 (LA LEY 262873/2006)

SAP de Castellón 138/2008, de 25 de Noviembre de 2008 (LA LEY 287972/2008)

SAP de Madrid 340/2009, de 25 de Mayo de 2009 (LA LEY 252995/2009)

SAP de Santa Cruz de Tenerife 480/2009, de 16 de Noviembre de 2009 (LA LEY 319406/2009)

SAP de Huelva 122/2010, de 31 de Mayo de 2010 (EDJ 2010/208147)

SAP de Huelva 104/2012, de 22 de Mayo de 2012 (LA LEY 138023/2012)

SAP de Las Palmas 213/2013, de 26 de Noviembre de 2013 (JUR 2014\3510)

SAP de Málaga 851/2014, de 4 diciembre de 2014 (JUR\2015\193259)

SAP de Jaén 70/2015, de 16 de Febrero de 2015 (EDJ 2015/66172)

SAP de Tarragona 25/2016, de 26 enero de 2016 (JUR\2016\49274)

SAP de Málaga 105/2016, de 17 de Febrero de 2016 (LA LEY 28952/2016)

### Tribunal Supremo

STS 1275/2001, de 31 de Diciembre de 2001 (EDJ 2001/53382)

STS 653/2004, de 12 de Julio de 2004 (EDJ 2004/82541)

STS 384/2005, de 23 de Mayo de 2005 (EDJ 2005/76724)

STS 565/2009, de 31 de Julio de 2009 (LA LEY 184099/2009)

STS 413/2014, de 20 de Octubre de 2014 (LA LEY 149445/2014)

STS 582/2014, de 27 de Octubre de 2014 (LA LEY 149443/2014)

STS 47/2015, de 13 de Febrero 2015 (EDJ 2015/7309)

STS 321/2015, de 18 de Junio de 2015 (EDJ 2015/105502)

STS 620/2015, de 11 de Noviembre de 2015 (LA LEY 163156/2015)

## Tribunal Constitucional

STC 143/1990, de 26 de Septiembre de 1990 (LA LEY 1550-TC/1990)

STC 88/1993, de 12 de Marzo de 1993 (LA LEY 2157-TC/1993)

STC 156/1993, de 6 de Mayo de 1993 (LA LEY 2217-TC/1993)

STC 298/1993, de 18 de Octubre de 1993 (LA LEY 2341-TC/1993)

STC 154/2002, de 18 de Julio de 2002 (LA LEY 6237/2002)

STC 131/2010, de 2 de Diciembre de 2010 (EDL 2010/264532)

STC 132/2010, de 2 de Diciembre de 2010 (EDL 2010/264534)

## Notas

[1] Máster en Criminalidad e Intervención Social en Menores y Catedrática de Derecho Civil, respectivamente. Universidad de Granada.

Contacto con las autoras: bealeiva@correo.ugr.es

[2] Según la exposición de MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 26.

[3] Así lo dispone expresamente el Preámbulo de la Ley 26/2015.

[4] En este sentido, MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 27, señala que

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

[5] Siguiendo a BENITO ALONSO, F: *ob. cit.*, pág. 26.

[6] En MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 28.

[7] Véase la sentencia 213/2013, de 26 de Noviembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Las Palmas (JUR 2014\3510), la cual desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia dic-

tada por el Juzgado de Menores nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se condenó a un menor como responsable de una falta continuada de hurto y una falta de lesiones a indemnizar de forma solidaria y conjunta con la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias al establecimiento en el que se produjeron los hurtos y a la persona que sufrió las lesiones. En este caso, el Tribunal señala que es clara la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma recurrente, como guardadora legal del menor, situación que desplaza a la responsabilidad de los padres, por cuanto la guarda voluntaria supone que las funciones tuitivas o de protección respecto del menor son asumidas por la Entidad Pública, precisamente, porque los padres no pueden cuidar al menor; sin que la existencia de un acogimiento residencial excluya la responsabilidad civil de la Entidad Pública, pues esta se limita a delegar en el Director del centro de menores el ejercicio de la guarda, pero conservando el control de la guarda y, en tal concepto, le corresponde decidir el tipo de acogimiento que, así como decidir, mediante resolución motivada, el cambio de centro.

[8] En este sentido, el artículo 19 de la Ley 1/1996 establece en su apartado 2 que la prórroga de la medida de guarda voluntaria puede tener lugar por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.

[9] Así lo señala MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 29.

[10] Siguiendo a MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ib.*

[11] A este supuesto se refiere la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 340/2009, de 25 de Mayo de 2009 (LA LEY 252995/2009), en la que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el padre de unos menores, el Tribunal viene a confirmar la atribución de la tutela y guarda legal de los menores a la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, con suspensión de la patria potestad de su padre y su madre sobre ellos. Dicha atribución tuvo lugar en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, en la que al resolver la modificación de las medidas definitivas establecidas en la sentencia de separación, atribuyó la guarda y custodia de los menores a la Entidad pública al considerar que los menores se encontraban privados de la debida asistencia moral y en una situación de desprotección a causa del inadecuado ejercicio de las funciones parentales, por lo que lo más beneficioso para ellos es el alejamiento de la dinámica familiar en la que están envueltos y que tanto daño psicológico les está generando.

[12] Así lo dispone expresamente el Preámbulo de la susodicha Ley 26/2015.

[13] Véase MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 30.

[14] En MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 31.

[15] La Ley 26/2015 en su Disposición Adicional segunda, establece que todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento

preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil.

[16] Así lo dispone expresamente el Preámbulo de la Ley 26/2015.

[17] Este artículo en su párrafo primero establece que la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior. No pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este código.

[18] En este sentido, el artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a establecer que podrá formularse oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en el plazo de dos meses desde su notificación; mientras que el artículo 172.2 del Código Civil viene a fijar en dos años, desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, el plazo para que los progenitores o tutores puedan oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

[19] Véase GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *Acogimiento y adopción*. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, pág. 29.

[20] Según estableció el Tribunal Supremo en su Sentencia 1275/2001 de 31 de Diciembre de 2001 (EDJ 2001/53382), «para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa la demostración de la existencia de un menor en situación de desamparo, tal como ésta es definida en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código Civil, que se determina por la falta de atenciones a aquél a consecuencia del incumplimiento de los deberes de asistencia y protección». En este caso concreto, el Tribunal concluyó que era indudable el quebrantamiento por la madre de las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad respecto a sus hijos, lo que provocó la tutela del Estado a través de la institución pública correspondiente.

[21] Siguiendo a GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SEARA, P: *ob. cit.* Págs. 53 y 54.

[22] En relación a este derecho de los menores a relacionarse con su familia de origen, se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia 321/2015 de 18 de Junio de 2015 (EDJ 2015/105502). En este caso, se discute la potestad de la Entidad Pública que ostente la tutela de un menor, para poder suspender el régimen de visitas y comunicaciones de dicho menor con sus padres biológicos. El Tribunal consideró que este derecho sí podrá limitarse o suspenderse, pero únicamente en casos muy excepcionales, como garantizar la integridad física o

psicológica del menor, y además precisa resolución judicial fundada. Es por ello por lo que fijó la siguiente doctrina jurisprudencial:

La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada.

[23] Excepto en el supuesto de que hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela.

[24] Así lo expresa MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 37.

[25] Esta referencia a los menores con discapacidad supone una novedad con respecto a la regulación anterior del citado precepto.

[26] Frente a la anterior regulación que únicamente contemplaba el consentimiento del menor acogido para el caso de que tuviese doce años cumplidos.

[27] En particular, podrá establecerse el régimen de visitas o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen; el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros; o la asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria.

[28] Al haberse suprimido la exigencia de control judicial, se establece un plazo para informar al Ministerio Fiscal sobre la constitución del acogimiento familiar como forma de control.

[29] En este sentido, la Audiencia Provincial de Huelva en su Sentencia 122/2010, de 31 de Mayo de 2010 (EDJ 2010/208147), consideró que atendiendo al superior interés de los menores, la medida más idónea era el acogimiento familiar de los mismos con su abuela paterna, dada su buena disposición personal, minimizando las carencias y dificultades que sufre, más de carácter económico que asistencial. Se trata de la solución menos traumática para los menores, porque permite fomentar los lazos familiares a la vez que los hermanos permanecen unidos; y además, constituye la medida más beneficiosa para el desarrollo familiar y personal de los niños al ser cuidados y atendidos por sus familiares naturales biológicos, evitándose así otras soluciones más drásticas como la pérdida y desorientación familiar.

[30] Frente al anterior acogimiento familiar simple, permanente y preadoptivo, la nueva legislación ha procedido a redefinir las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración, estableciéndose asimismo un sistema de plazos y un margen de edades para cada tipo de acogimiento.

[31] Este tipo de acogimiento viene a sustituir al anterior acogimiento familiar simple, el cual queda suprimido al no ser necesario ante la simplificación del acogimiento familiar. En este sentido, la Disposición Adicional segunda de la Ley 26/2015 establece que todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil.

[32] A este tipo de acogimiento se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 25/2016 de 26 enero de 2016 (JUR\2016\49274). En este caso, los hijos de los recurrentes fueron declarados en situación de desamparo con ingreso en centro de acogida, al constarse problemas de dependencia a sustancias de abuso y problemas de salud psíquica en sus padres. Tras el fracaso del acogimiento familiar de los menores en su familia extensa (primos paternos), se acordó la medida de acogimiento permanente en familia ajena, oponiéndose los padres a tal decisión. Así pues, el Tribunal vino a desestimar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, ya que considera que desde el año 2007, en que se acordó el desamparo, hasta el 2014, en que se adopta la medida de protección impugnada, ha transcurrido un tiempo más que suficiente para que la situación del progenitor paterno se hubiere normalizado plenamente y no es así. Se ha estancado o cronificado y no puede tenerse a unos niños esperando eternamente hasta que ello se produzca, cuando su situación en la familia de acogida es satisfactoria (ellos manifiestan que quieren continuar) con todas las dificultades que supone encontrarla para no separar a los hermanos y habiendo fracasado el acogimiento en familia propia.

[33] Así lo define AA VV: *ob. cit.*, coord. Pous de la Flor, M. P. y Tejedor Muñoz, L. Colex, Madrid, 2009, pág. 148.

[34] En este sentido, la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2015 viene a establecer el deber de las Administraciones Públicas de aprobar planes específicos de protección para los menores de seis años, en los que se recogerán medidas concretas de fomento del acogimiento familiar de los mismos.

[35] Véase el Preámbulo de la Ley 26/2015.

[36] Así lo expresa MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J: *ob. cit.*, pág. 41.

[37] Según dispone el Preámbulo de la Ley 26/2015, denominados hasta ahora servicios especializados y ahora llamados «acogimiento residencial» para utilizar una terminología equivalente a la de «acogimiento familiar».

[38] Tal y como se desprende, por ejemplo, del párrafo 2 del artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996, donde se establece que la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores de manera que convivan en condiciones similares a las familiares.

[39] Este supuesto de un posible retorno a la familia de origen fue valorado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 70/2015 de 16 de Febrero de 2015 (EDJ 2015/66172). En este caso, en los informes sociales co-

munitarios se puso de manifiesto una situación de desestructuración familiar, en la que el padre está ausente y es la madre quien tiene a los hijos a su cargo, existiendo indicadores de maltrato físico hacia los mismos, abandono en el domicilio, problemas en el aprendizaje escolar, hábitos alimenticios y sanitarios incorrectos, sin que la madre asuma de forma adecuada su rol parental, culpando a los servicios sociales de su situación, no colaborando con el profesorado y no disponiendo de una red de apoyo social ni familiar; mientras que los informes posteriores reflejan una evolución favorable de los menores en el centro de acogimiento residencial. Así pues, el Tribunal declaró que no procedía la oposición de la madre biológica frente a la resolución de desamparo y acogimiento residencial de dos de sus hijos, estimando inviable la reintegración familiar por el pronóstico negativo de recuperación de la progenitora.

[40] Véase el epígrafe 4.4. Intervención en caso de menores con trastornos de conducta.

[41] Atendiendo al artículo 28 de la Ley Orgánica 1/1996, la contención física solo podrá consistir en la interposición entre el menor y la persona o el objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios y movimientos y, como último recurso, la inmovilización física. Mientras que la contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o de trastorno del menor por otros medios. Ambas medidas se llevarán a cabo bajo un estricto protocolo.

[42] Esto es, en ningún caso podrán utilizarse con fines disciplinarios.

[43] En estos casos, tras recabar informe del centro, el órgano judicial procederá a decidir lo que estime conveniente sobre la aplicación de las medidas de seguridad, previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

[44] El artículo 35.1 de la Ley 1/1996 contempla otra vertiente del derecho de comunicaciones. Se trata del derecho del menor a remitir quejas de forma confidencial al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial competente y al Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas, la cual no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias.

[45] Así lo señala el PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA en su artículo «Más 18: Cuando los menores se hacen mayores», Andalucía, 2010, pág. 2.

[46] Dichas finalidades del Programa de Mayoría de Edad para jóvenes tutelados y ex-tutelados (P+18), aparecen recogidas en el PORTAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *ib.*, pág. 2.

[47] Tras el éxito de las primeras experiencias, el proceso culminó en 2005, cuando la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social promulgó la Orden de 20 de julio por la que se regulan y convocan subvenciones a entidades colaboradoras para la financiación de programas y recursos destinados a la inserción social integral de jóvenes que han sido tutelados por la Junta de Andalucía (Boletín número 178 de 12/09/2005). A partir de este momento, existe un convenio con entidades sin ánimo de lucro para trabajar en esta línea.