

Principales modificaciones legislativas en el marco de

## PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ESPAÑA



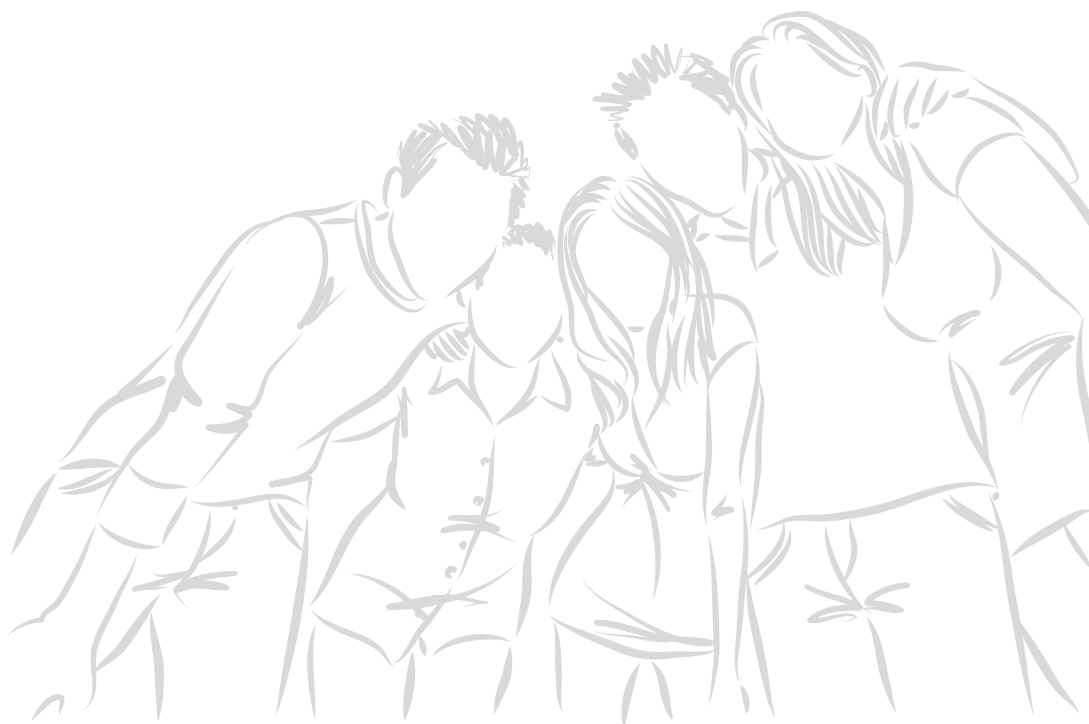


---

Principales modificaciones legislativas en el marco de

## **PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ESPAÑA**

---



## Autores

» **María Isabel Álvarez Vélez.**

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **María Asensio Velasco.**

Alumna colaboradora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Alumna del Doble Grado en Derecho y en Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Dolores Carrillo Márquez.**

Profª. Dra. Dolores Carrillo Márquez. Profesora Propia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **María José Castaño Reyero.**

Profª. Dra. María José Castaño Reyero. Investigadora del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Sara Díez Riaza.**

Profesora Propia Agregada de Derecho Procesal. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Marta Gisbert Pomata.**

Profesora Propia Agregada de Derecho Procesal. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

» **Blanca Gómez-Bengoechea.**

Instituto Universitario de la Familia. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Clara Martínez García (Coord.).**

Profesora Propia Agregada de Derecho administrativo. Directora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Federico de Montalvo Jääskeläinen.**

Profesor Propio Adjunto de Derecho Constitucional. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **Concepción Molina Blázquez.**

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Penal. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

---

» **José María Ruiz de Huidobro de Carlos.**

Profesor Propio Agregado de Derecho Civil. Miembro de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE).

## 01 / **CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS ACERCA DEL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA. ASPECTOS COMPETENCIALES DERIVADOS DE LA APROBACIÓN DE LA LMSPIA. ESPECIAL MENCIÓN AL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA** (María Isabel Álvarez Vélez) | 11

1. Introducción: los documentos internacionales de protección de la infancia.
2. La Constitución española de 1978 y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).
  - a) Los derechos de los niños en la Constitución.
  - b) La LOPJM de 1996 y su reforma en 2015.
3. La competencia autonómica andaluza en protección de menores.
  - a) El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 y la ley andaluza de los derechos y la atención al menor.
  - b) El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007.

## 02 / **PRINCIPALES MODIFICACIONES EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA** (Clara Martínez García) | 25

1. La situación de riesgo
2. La guarda voluntaria
3. La situación de desamparo
4. El acogimiento familiar
5. El acogimiento residencial

## 03 / **REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA NUEVA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE MENORES** (Blanca Gómez Bengoechea) | 37

1. La capacidad para adoptar
2. El procedimiento de adopción
3. La información sobre los orígenes
4. Introducción de la adopción abierta en el sistema de protección de menores
5. Novedades en la tramitación de las adopciones internacionales

## **04 / OTRAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES | 47**

1. Cuadro de las modificaciones introducidas en el Código Civil por la LMSPIA
2. La nueva regulación de la capacidad de obrar en el Código Civil
3. Otras modificaciones
  - a) Modificaciones en el ámbito de las relaciones paterno-filiales o/y familiares (arts. 154, 158, 160 y 161 CC)
  - b) Modificaciones en el ámbito de la tutela y la guarda de hecho (arts. 216, 239, 239 bis, 303 CC).
  - c) Modificación de las normas de las acciones de filiación (arts. 133, 136, 137, 138 y 140 CC).
  - d) Modificación relativa a la nacionalidad de los adoptados por españoles (art. 19.3 CC).
  - e) Modificación de normas de Derecho internacional privado (art. 19. 4, 6 y 7 CC).

## **05 / PRINCIPALES NOVEDADES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE MENORES (Marta Gisbert Pomata) | 57**

1. Procedimiento para sustanciar la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.
2. Procedimiento para la autorización judicial para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.
3. Procedimiento para la autorización judicial de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.
4. El menor y la violencia de género.

## **06 / PRINCIPALES NOVEDADES EN LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, RELACIONADAS CON MENORES (Sara Díez Riaza) | 65**

1. Procedimiento para la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 23 a 26 LJV).
2. Expediente para la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial (arts. 27 a 32 LJV).
3. Expedientes relativos a la adopción.

4. Procedimiento para la constitución de la tutela, la curatela y la guarda de hecho (artículos 43 a 52 LJV).
5. Procedimiento para la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad. (arts. 53 a 55 LJV).
6. Expedientes relativos al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. (arts. 59 y 60 LJV).
7. Procedimiento para autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. (arts. 61 a 66 LJV).
8. Expedientes relativos a la intervención judicial en relación con la patria potestad (arts. 85 a 89 LJV).
9. Desjudicialización del acogimiento de menores.

## 07 / **NOVEDADES EN MATERIA PENAL RELATIVAS A LOS MENORES DE EDAD** (Concepción Molina Blázquez) | 75

1. Novedades en cuanto a las penas.
2. La desaparición de las faltas. Conductas despenalizadas (no han sido elevadas a la categoría de delitos leves).
3. Nuevos delitos comunes con agravación específica para la víctima menor de edad.
4. Modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
5. Otras novedades no recogidas en el Código Penal.

## 08 / **LOS MENORES DE EDAD Y LA TRATA DE SERES HUMANOS** (María José Castaño Reyero) | 85

1. El delito de trata y los menores de edad.
2. Identificación y protección de las víctimas menores de edad.
3. El sistema de protección de las víctimas en España.

## 09 / **LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO DEL TRATAMIENTO MÉDICO: PROBLEMAS DE AUTONOMÍA E INTIMIDAD** (Federico de Montalvo Jääskeläinen) | 95

1. ¿Por qué cambia la relación médico-paciente, pasándose del paternalismo a la prevalencia de la autonomía?
2. ¿Cuándo comienza a cobrar protagonismo el menor en la relación médico-paciente?



3. ¿Cuándo se le atribuye capacidad al menor para decidir en relación al tratamiento médico?
4. ¿Mantiene este régimen la reforma del artículo 9 llevada a cabo en 2015?
5. ¿Puede considerarse que un menor que no alcanzado los dieciséis años goza de capacidad para decidir sobre el tratamiento, es decir, adopta la reforma un criterio objetivo (basado en la edad) o subjetivo (basado en la verdadera madurez del menor)?
6. ¿Cuáles son los límites al consentimiento por representación?
7. ¿Goza el menor de intimidad en el ámbito sanitario de manera que pueda excluir a sus padres y representantes del acceso a los datos contenidos en la historia clínica?
8. Conclusiones

## 10 / MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL | 107

1. Cambios en el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia.
2. Incentivos a la contratación.
3. Modificaciones en la Ley de Dependencia.

## Anexos: cuadros comparativos de la legislación (M<sup>a</sup> Asensio Velasco) | 115

(haga click en los siguientes botones para ver la legislación)



**LEY ORGÁNICA 1/1996**



**CÓDIGO CIVIL**



**LEY DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**



**LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**



# 01

**Consideraciones introductorias acerca del Marco Normativo de Protección de la Infancia y de la Adolescencia. Aspectos competenciales derivados de la aprobación de la LMSPIA. Especial mención al Estatuto de Autonomía de Andalucía.**

**María Isabel Álvarez Vélez**

## 1. Introducción: Los documentos internacionales de protección de la infancia.

Tónica general, hasta principios del siglo XX, fue el hecho de considerar al menor de edad, esto es al niño, al margen de las reivindicaciones generales en materia de derechos, y como consecuencia de ello, sin una respuesta jurídica efectiva. En cierto sentido, el proceso seguido por los derechos del niño, con respecto a los derechos fundamentales de la persona humana ha tenido un doble desarrollo, comenzando por el marco internacional y siguiendo por el marco interno estatal. Por ello, comenzaremos tratando el ámbito internacional.

La V Asamblea de Sociedad de Naciones, organización creada tras la Primera Guerra Mundial con el fin de garantizar la paz internacional, elaboró el primer texto internacional suscrito por España para la protección de menores. Este fue la Carta de Derechos del Niño de 1924, también llamada Declaración de Ginebra, que se citó expresamente como texto de referencia en el campo de la protección del niño, en el artículo 43 de la Constitución de la Segunda República española, en los siguientes términos: “El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de derechos del niño”.

La preocupación por evitar las violaciones de los derechos humanos alcanzó especialmente a los niños, siempre indefensos, iniciándose la elaboración de documentos públicos y solemnes cuya constante, con resultados diversos, era la protección de los menores.

En realidad el primer texto que contuvo principios de actuación dirigido a la sociedad en general con relación a los niños, elaborado por las Naciones Unidas, fue la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, suscrito posteriormente por España. Aunque, en dicho documento, no se establecen derechos subjetivos que hayan de ser incorporados necesariamente a las legislaciones de los Estados que la ratifiquen, la Declaración de 1959 supuso un importante paso en la protección de los derechos de los niños.

La elaboración y aprobación del texto de 1959, fue consecuencia del esfuerzo llevado a cabo en el ámbito de las Naciones Unidas para la garantía y protección de los derechos humanos y, concretamente para las de los derechos de los niños, debido al cambio de actitud, producido en el ámbito internacional, a partir la aprobación de la Declaración Universal de 1948. Estamos, por ello, de acuerdo con NIKKEN, en que se aprecia desde entonces una evolución positiva de los instrumentos jurídicos creados para proteger los derechos humanos. La tendencia

consiste en sustituir los mecanismos menos vigorosos de protección, por otros que ofrezcan mayor grado de garantía y, por tanto, de fuerza de obligar.

Con la intención de realizar un texto jurídico vinculante, las Naciones Unidas emprendieron la tarea de elaborar una Convención que, a semejanza de los Pactos Internacionales de 1966, desarrollara los principios básicos que incluía la Declaración de 1959. Los debates duraron más de diez años, a partir del proyecto presentado por la delegación polaca en las Naciones Unidas en el año 1979. El largo proceso de discusiones finalizaría con la aprobación en 1989 de la Convención Universal de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, documento que ha obtenido la ratificación de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, salvo Estados Unidos y Senegal.

La Convención define los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes. Además se le otorga eficacia en tanto una de sus características es: “conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos”.

La Convención cuenta con un exhaustivo Preámbulo, que recuerda los principios fundacionales de las Naciones Unidas, los Tratados y Declaraciones relativas a los derechos del hombre, proclamando que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”. El artículo 1º establece quien es niño a efectos de la Convención, “todo menor de 18 años”, lo que determina el ámbito de aplicación personal de los derechos en ella reconocidos. El reconocimiento de esta edad mínima supone una equiparación con la minoría de edad en la mayor parte de los Estados actuales. Pero, surge un problema: se fija una edad mínima, dejando a las legislaciones de cada uno de los Estados, el tratamiento de todas aquellas circunstancias que modifiquen la capacidad de actuación de un menor de edad. En cualquier caso, la edad que fija el artículo 1º de la Convención debe considerarse con carácter general la separación primordial, entre la minoría y la mayoría de edad, aunque la necesidad de cuidados y atención personales e, incluso, el alcance de la protección, no tienen la misma trascendencia en la primera infancia, en un menor hasta los siete u ocho años, en la etapa de la pubertad o en la juventud.

La clasificación de los derechos proclamados en la Convención resulta problemática, dado que la enumeración de los derechos carece de orden sistemático. Ciertamente, existen varias opciones, de tal forma que cada autor puede intentar una clasificación propia, bien teniendo en cuenta el ámbito de

la vida humana protegida, bien por su incidencia en el sistema político o, en su caso, según la protección especial que dota el Estado. Por nuestra parte, entendemos que los derechos de los niños contenidos en la Convención son susceptibles de ser clasificados en cuatro categorías: civiles, sociales, culturales y económicos, sin incluir, por las razones obvias, en lo que sería una clasificación más tradicional, derechos de carácter político.

Desconocemos, sin embargo, la razón por la que la Convención no agrupa los derechos por orden temático. En todo caso, lo que resulta relevante es la distinta naturaleza jurídica de los derechos que se recogen, lo que conlleva dificultades para la definición de la titularidad y para las exigencias de responsabilidades, especialmente en la labor de protección que compromete a los poderes públicos.

Desde la aprobación de este texto, se han alzado voces tachando los derechos de paternalistas, pero un estudio en profundidad nos lleva a establecer que lo que la Convención intenta es que los mecanismos de protección del niño estén asegurados, y por lo tanto, que esa crítica carece de todo fundamento. Ciertamente la Convención establece normas que abarcan el descuido y el abuso al que se enfrentan los niños, siendo, por ejemplo, innovador el reconocimiento de la protección al niño incluso frente a sus propios padres. No por ello, podemos considerar que los derechos de los niños se presentan en oposición o conflicto con los derechos de los adultos, sino como una parte integrante del Derecho internacional en materia de derechos humanos.

## **2. La Constitución española de 1978 y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).**

### **a) Los derechos de los niños en la Constitución.**

La Constitución incluye una extensa tabla de derechos y libertades. Las referencias que encontramos en ella a los derechos de la infancia, son, sin embargo, extremadamente escasas. Los ordenamientos jurídicos reconocen a cualquier persona la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, aun cuando se encuentre incapacitado para obrar por sí mismo, como es el caso de los menores de edad. Por nuestra parte, entendemos que el niño es titular, y por tanto, sujeto de todos los derechos del Título I de nuestra Constitución, salvo de aquellos derechos, que por su propia naturaleza excluyan tal posibilidad, al estar expresamente establecido un titular distinto y concreto. Así, carecen del derecho de sufragio, para cuyo ejercicio queda exigido como requisito previo

tener la mayoría de edad, esto es, los dieciocho años cumplidos, o del derecho al trabajo, para el que se necesita, también, una edad determinada.

Por el contrario, en todos aquellos derechos en que la Constitución emplea el término “todos” (“toda persona”, “los españoles”, etc.), son derechos de los que el niño es titular, en cuanto que es persona, puesto que la capacidad jurídica es la aptitud que exige el ordenamiento para poder ser titular de derechos, y “esta aptitud se conecta, en general, con la propia existencia de la persona” (PÉREZ TREMPES).

El Capítulo Tercero del Título I de nuestro texto constitucional incluye, bajo la denominación genérica de “Principios rectores de la política social y económica”, una serie de mandatos expresos de intervención y promoción en distintos ámbitos, entre ellos a la familia y a los menores. Así, los preceptos que se incluyen en el Capítulo III constituyen principios orientadores de la actividad de los poderes públicos, que, en la mayoría de los casos, se formulan como derechos, y que parecen haberse diseñado por el legislador constituyente como preceptos de proyección futura.

El artículo 39, ubicado en este Capítulo III recoge mandatos relativos a la protección de la familia. En este precepto se proclama en primer lugar, que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, en segundo lugar, se recoge la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, en tercer lugar, los deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y, finalmente el apartado 4 remite la protección de los niños a los acuerdos internacionales que velen por sus derechos.

La ubicación de este último apartado no deja de tener sentido puesto que desde el punto de vista de los derechos de los menores, nos encontramos que éstos surgen de la relación familiar, pero también al margen de la familia, siendo inherentes a la condición de persona, por encima incluso de sus progenitores. Efectivamente, la redacción de este apartado 4, excede realmente del Derecho de familia, siendo preferible, en nuestra opinión, que se hubiera singularizado la protección del niño, como sucede con la juventud, en otro precepto, encuadrable en el mismo Título.

Además, nos parece a todas luces innecesario que se mencione expresamente en este apartado que la protección a los niños se realice acudiendo a los acuerdos internacionales pues hay que tener en cuenta dos aspectos. Por una parte, que en virtud de lo señalado en el artículo 10.2 del texto constitu-

cional “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, lo que incluiría los documentos internacionales que sobre menores suscriba España. Pero además, la mención del art. 39.4 es desde todo punto innecesaria en cuanto el artículo 96.1 de la Constitución establece con carácter general similar situación puesto que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Así es que los menores gozan de los derechos que les reconozcan los documentos internacionales no porque lo señale el artículo 39.4 de la Constitución, sino porque así es por el artículo 10 y por el 96 ambos del texto constitucional.

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por España, y que entró en vigor en enero de 1991, se ha convertido en Derecho interno español y, por tanto, como norma invocable ante los tribunales y las autoridades españolas como inmediatamente aplicable y además inmune frente a las leyes, por estar su modificación y derogación sustraída a las Cortes. En segundo lugar, la Convención tiene un valor interpretativo innegable, y valioso de los derechos y libertades fundamentales, lo que se traduce en una protección reforzada a la infancia. La Convención prevé que el derecho interno se adecue a su contenido y que las leyes nacionales reconozcan de manera explícita los derechos y libertades de los niños que reconoce.

Los preceptos constitucionales señalados convierten a la Convención en norma de nuestro ordenamiento interno, y además pauta destacada para la interpretación y aplicación de las normas en lo que se refiere a los niños. Punto en el que hay que hacer una matización, en lo que se refiere a las facultades del Tribunal Constitucional, pues el alto Tribunal ha declarado el alcance meramente interpretativo de las declaraciones de derechos, pues considera que no es su competencia “examinar la observancia o inobservancia de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas”, sin perjuicio de que tales preceptos deban ser interpretados de conformidad con lo señalado en el apartado segundo del artículo 10 (STC 120/1990, de 27 de junio).



## **b) La LOPJM de 1996 y su reforma en 2015.**

En España para desarrollar el contenido la Convención se aprobó en el año 1996 la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), cuya finalidad fue reflejar en un texto normativo único los derechos de los niños, pero además realizar algunas reformas en el CC y en la LEC. Así, la Ley mantiene dos bloques perfectamente diferenciados: por un lado, lo que pudiéramos denominar tabla de los derechos del menor, junto con una serie de medidas encaminadas a su efectividad, y la ordenación de las actuaciones que deben desarrollar los poderes públicos en los supuestos de desprotección social del menor; y por otro, la propia reforma CC y de la LEC en materia de protección de menores y adopción. En febrero de 2015, con la intención de modificar la LOPJM se presentaron en el Congreso de los Diputados dos proyectos, que fueron aprobados con modificaciones y finalmente publicados en el BOE en julio de 2015, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA) y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA). Con la reforma se pretende “introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia”.

Subyace a lo largo de la LOPJM el reconocimiento de las actuaciones encaminadas a la protección del menor, siendo cada vez más destacada la intervención de la Administración. Ello no quiere decir que la decisión final sobre los derechos del niño no exija la intervención del juez, especialmente en situaciones de desamparo. Por otro lado, toda la LOPJM se encuentra presidida por el supremo interés del menor, siguiendo la tendencia iniciada en reformas anteriores y reflejo de la evolución experimentada en la concepción internacional de los derechos del niño. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que a partir de la reciente reforma es un “concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”. Así, en caso de conflicto su concreción deberá efectuarla el órgano judicial, quien, además de la opinión de los padres, tendrá en cuenta la del menor, ponderando ésta en función de su grado de discernimiento.

La tabla de derechos que recoge la Ley comienza proclamando para los menores los mismos derechos que reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales al resto de ciudadanos, con mención expresa a la Convención.

Probablemente el elenco de derechos que se enuncian no es completo y su “estipulación es exigua”, aunque no cabe duda que la finalidad última de la LOPJM, como ya hemos señalado, es la de modificar preceptos CC y de la LEC.

Aun así, se especifican y matizan los siguientes derechos: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de tal manera que expresamente se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando fuese contrario a su interés (art. 4 LOPJM); el derecho a la información, previendo su protección ante programaciones o tácticas publicitarias que pudieran perjudicarlos física o moralmente (art. 5 LOPJM); la libertad ideológica (art. 6 LOPJM); el derecho de participación asociación y reunión (art. 7 LOPJM); el derecho a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM) y, por último, el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial (art. 9 LOPJM).

Es novedoso también que la reforma introduce en la LOPJM un nuevo Capítulo III en el Título I denominado “Deberes de los menores”. Se señala en la Exposición de motivos de la Ley 26/2015 que se hace esa modificación “en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes. En este sentido, se introducen cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular”.

Asistimos a una evolución del concepto de la familia, de su estructura, del papel social..., que supone una incidencia grave e importante en los protagonistas más pequeños. Estos cambios, unidos a la influencia de medios de comunicación, del ambiente social confuso en muchos casos, exige una atención especial y constante hacia los niños, en general, y, en especial, a aquellos que, careciendo de ambiente familiar adecuado, se enfrentan con graves problemas a los que la sociedad no está siendo capaz de dar soluciones a tiempo, con consecuencias en multitud de ocasiones imprevisibles para el futuro. Por eso sí es importante poner el acento en el reconocimiento de derechos pero también hay que buscar medios adecuados para que la sociedad aporte al menor los instrumentos adecuados para que se convierta en adulto responsable. Hay por ello que educar en el respeto a los derechos fundamentales, en la dignidad de la persona y, en la importancia de que los menores asuman la existencia también deberes.

En el aspecto competencial la Exposición de Motivos de la LOPJM señala: “La Ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas; de este modo se regulan en la Ley aspectos relativos a la legislación civil y procesal, y a la Administración de Justicia, para los que goza de habilitación constitucional específica en los apartados 5, 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución”.

Efectivamente, en el ámbito legislativo de las Comunidades Autónomas, la asunción en los respectivos Estatutos de las competencias en materia de asistencia y bienestar social, ha desembocado en la elaboración de un ordenamiento autonómico tendente a garantizar la protección del menor. En virtud del apartado 1.20ª del artículo 148 de la Constitución las Comunidades podrán asumir a través de sus Estatutos de Autonomía potestades legislativas relativas a “asistencia social”. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

### **3. La competencia autonómica andaluza en protección de menores**

#### **a) El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 y la ley andaluza de los derechos y la atención al menor.**

Desde las elecciones de 1977 se formó en Andalucía una Asamblea de parlamentarios para elaborar un Estatuto de Autonomía. Las negociaciones continuaron hasta abril de 1978, que se acordó un texto definitivo para el establecimiento de un Régimen Preautonómico. Finalmente, después de algunos avatares, se aprobó la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Andalucía. El artículo 13 del Estatuto que enumeraba las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma recogía en el apartado 22 que Andalucía asumía competencias en “asistencia y servicios sociales. Orientación y planificación familiar” y en el apartado 23 establecía que también era competente en “Instituciones públicas de protección y tutela de menores respetando la legislación civil, penal y penitenciaria”. En virtud de estas atribuciones la Comunidad asumió la competencia recibiendo en primer lugar a través del Real Decreto 251/1982, de 15 de enero, competencias el Instituto Nacional de Asistencia Social y posteriormente mediante el Real Decreto 1080/1984, de 29 de febrero se traspasaron competencias en materia de menores, especialmente lo relativo a “la inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de los organismos y servicios de protección de menores”.

A partir de ese momento la Comunidad Autónoma comenzó la elaboración de las bases jurídicas de protección de la infancia. En primer lugar, se elaboró la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor. A lo largo de cuatro Títulos y 64 artículos se establecen las acciones de la Comunidad en protección de menores: Título I: De los derechos de los menores; Título II: De la protección (disposiciones relativas al riesgo desamparo, tutela y guarda); Título III: De la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores; y Título IV: De las infracciones y sanciones.

Como señalábamos es el Título I el que contiene los derechos de los menores: derecho a la identificación (art. 5); derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 6); derecho a la información y a una publicidad adecuada (art. 7); derecho a la prevención de los malos tratos y de la explotación (art. 8); derecho a la integración (art. 9); derecho a la salud (art. 10); derecho a la educación (art. 11); derecho a la cultura, ocio, asociacionismo y participación social de la infancia (art. 12); derecho al medio ambiente (art. 13); y derecho a ser oído (art. 14). Como vemos una enumeración de los derechos similar a la que contiene la LOPJM.

El Tribunal Constitucional ha resuelto que el desarrollo de los derechos fundamentales por Ley Orgánica debe acoger una normación de mínimos, que abarque los aspectos esenciales, mientras que la regulación del derecho y su régimen jurídico competirían al legislador autonómico. En realidad los ámbitos de la Ley Orgánica y de la Ley autonómica no son en absoluto claros en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a las competencias en materia de menores hay que establecer alguna distinción en tanto así lo señala el artículo 18 de la Ley 1/1998. Por una parte, las “Corporaciones Locales son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio” (artículo 18.1). Por otra parte, la “Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario”, y además también tiene competencia en las actuaciones “que implican separación del menor de su medio familiar” (artículo 18.2).

En lo referente al desarrollo reglamentario se han dictado las siguientes normas: Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa; Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción; Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores; y Decreto 25/2007, de 6 febrero por el que se establece medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de las personas menores de edad entre otros.

En cuanto a las bases institucionales de protección existe en Andalucía, el Defensor del menor, institución creada por el Parlamento de Andalucía en virtud de lo que establece la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/1998, pero cuya figura coincide con la del Defensor del Pueblo y es auxiliado por un adjunto a éste.

## **b) El Estatuto de Autonomía de 2007.**

En diciembre de 2003 el Gobierno de la Comunidad, presenta ante el Parlamento “La Bases para la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía”. Este documento sirvió de referencia a la Comisión de Reforma del Estatuto, que fue creada el 20 de julio de 2004, en el seno de la Comisión de Desarrollo Estatutario. Los primeros días de mayo de 2006 la propuesta de reforma del Estatuto se presenta en el Congreso de los Diputados, que recibe un total de 285 enmiendas. El texto presentado en el Congreso se dividía el once Títulos y estaba formado por doscientos cuarenta y seis artículos y seis disposiciones adicionales. El texto final, que supone la aprobación de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, cuenta con doscientas cincuenta artículos y cinco disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, sigue el esquema del Estatuto Catalán y es el Título I, “Derechos sociales, deberes y políticas públicas” el que recoge a lo largo de cuatro capítulos la parte dogmática del Estatuto. En el Capítulo II “Derechos y deberes” (artículos 15 al 37), se recogen los siguientes: protección de la familia (artículo 17) y derechos del menor (artículo 18). En lo relativo a los derechos del menor el Estatuto señala:

**“1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes.**

## 2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos”.

Además según el artículo 61.3 corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores: “la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal”. También es competencia de la Comunidad la “promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución”.

En realidad la inclusión de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía que se han elaborado a partir de 2006 no ha supuesto creación de nuevos derechos puesto que los que se indican son perfectamente asimilables a los que enumera la Constitución en el Capítulo III del Título I como “Principios rectores de la política social y económica”.

Así, los derechos que proclama el Estatuto son en realidad mandatos al poder público autonómico: “Nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la “veste” de que se revistan” (STC 204/2007).

A lo largo de la LOPJM existen referencias constantes acerca de la “administración competente” a la hora de tomar una determinada medida de protección del menor. En el caso de que la LOPJM no lo especifique y si haya asumido competencia la Comunidad Autónoma será esta la competente y en su caso la que deberá adecuar su actuar a lo mandado por la Ley estatal.

En este punto podemos entender que los contenidos de la Ley 1/1998 son adecuados al nuevo Estatuto en tanto es una ley sectorial cuyo alcance se adecua a lo que señala la nueva norma institucional básica, y a su vez es adecuada a la nueva regulación de la LOPJM, aun cuando queden pendientes determinar cómo señalábamos nuevos procedimientos y órganos competentes.

El Tribunal Constitucional señala límites al poder de incorporar al ordenamiento nuevos derechos, límites que alcanza a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Así señala el Tribunal, “nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los efectos consiguientes sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico efectos que podrán producirse a través de los diversos medios, instrumentos o técnicas que son inherentes al ejercicio de la autonomía política (declaraciones programáticas, formulación de derechos subjetivos de los destinatarios de las actuaciones o adopción de medidas concretas, entre otras posibles; STC 204/2007)”.





# 02

**Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.**

**Clara Martínez García**

La LMSPIA ha abordado la reforma de la LOPJM en dos aspectos fundamentales: por un lado, los principios de actuación administrativa, para su adaptación a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España y, por otro, las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los cambios abordados en estas últimas (situación de riesgo, situación de desamparo, acogimiento familiar y acogimiento residencial) constituyen el análisis que se presenta a continuación (sin perjuicio de otros aspectos que también se han modificado en la Ley: atención inmediata, delegación de guarda para vacaciones o fines de semana, programas de preparación para la vida independiente...).

## 1. La situación de riesgo.

Los cambios principales en la regulación de la situación de riesgo se refieren principalmente a la incorporación de una definición de la misma y al procedimiento para intervenir, que en la versión inicial de la LOPJM no se contenían.

### a) Concepto y definición de situación de riesgo

En primer lugar, la situación de riesgo se contempla como una medida preventiva con la que pretende evitarse una declaración de desamparo, lo que explica que la amplitud y heterogeneidad de situaciones que pueden ser de riesgo, todas tengan en común que la intervención administrativa no requiera a separación del niño de su medio familiar. El artículo 17.1 LOPJM define la situación de riesgo como “la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar”.

Junto con la definición general se identifican dos situaciones específicas de riesgo:

- » La situación de riesgo prenatal, entendida como la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros

tolerada por ésta que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido (art. 17.9 LOPJM).

- » La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor (art. 17.10 LOPJM).

Se recogen, además, dos indicadores de riesgo (no, por tanto, situaciones de riesgo):

- » Tener un hermano declarado en situación de riesgo, salvo que las circunstancias familiares hubieran cambiado de forma evidente.
- » La concurrencia de circunstancias o carencias materiales, sin que estas en ningún caso puedan desembocar en la separación del niño del entorno familiar. Más adelante, a propósito de la situación de desamparo, se insiste: “la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tomada en cuenta para la valoración de la situación de desamparo” (art. 18.2 LOPJM).

## **b) La intervención administrativa en situación de riesgo**

En primer lugar la administración competente para intervenir en las situaciones de riesgo se determinará de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica, tanto sobre régimen local como sobre protección de menores. La reforma de la legislación estatal en 2013 sobre las competencias propias de los municipios ha dejado dudas sobre la competencia de estos en la materia, de modo que habrá que estar a lo dispuesto en la legislación autonómica sectorial aplicable. Como regla general, serán los municipios los que intervengan en estas situaciones, en colaboración con otras instancias (educativas, sanitarias) o entidades.

La intervención administrativa, que en todo caso tiene el límite infranqueable de la separación del niño de su núcleo familiar, irá orientada a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad y a promover medidas de protección y preservación del entorno familiar.

Se contempla una situación particular que es la de los menores con los que se esté desarrollando una intervención de protección y se trasladan a otra comunidad autónoma, con el fin de dar continuidad a la medida de protección (art. 17.7 LOPJM).

En segundo lugar, el proyecto de intervención social y educativo familiar es la herramienta en la que se concreta la intervención administrativa. Deberá contener en todo caso: los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos. En su elaboración y ejecución se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, se recabará la firma de las partes y se comunicará y consultará al menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si tiene más de doce años. Esta previsión es coherente con el criterio general de preferencia de las soluciones consensuadas frente a las impuestas.

La falta de colaboración activa dará lugar a la declaración de la situación de riesgo mediante resolución administrativa motivada de la administración competente en la que se han de contener las medidas de protección. Frente a dicha resolución cabe interponer recurso conforme a la LEC.

En tercer lugar, de acuerdo con el carácter gradual de las intervenciones administrativas de protección de menores, cuando se estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención no se hayan logrado cambios en el desempeño de los deberes de guarda, la administración competente lo podrá en conocimiento de la Entidad Pública y lo comunicará al Ministerio Fiscal. La Entidad Pública resolverá lo procedente.

## **2. La guarda voluntaria**

Respecto de la guarda voluntaria o guarda administrativa, la ley ha reducido la discrecionalidad de la administración al establecer que cuando se aprecien las circunstancias graves pero transitorias que la fundamenten deberá constituir la guarda mediante resolución administrativa (en la LOPJM se establecía que “podría” hacerlo).

El segundo cambio destacable es que se establece un tope máximo de dos años de duración de la guarda, salvo que excepcionalmente se prevea otra duración mayor porque se prevea el retorno del menor a su núcleo familiar en un plazo breve de tiempo.

### **3. La situación de desamparo**

#### **a) Definición de situación de desamparo**

La principal novedad respecto de la situación de desamparo ha sido la de enumerar los supuestos en que se puede declarar. Antes de la LMSPIA la definición era la del art. 172.1 CC y era la legislación autonómica la que solía enumerar los supuestos que se entendían como desamparo. La regulación general no varía: cuando la Entidad Pública constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en los artículos 172 y ss. CC, asumiendo la tutela de aquel (tutela ex lege), adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez. La patria potestad o tutela se suspende.

Los supuestos de situación de desamparo se recogen en el artículo 18.2 LO-PJM y son situaciones gravemente perjudiciales para el menor que tengan como causa el incumplimiento o el inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de guarda, en las que la intervención administrativa requiere la separación del menor de su núcleo familiar y, en particular: abandono del menor, transcurso de la guarda voluntaria sin posible retorno del menor a su familia, riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, o para su salud mental, su integridad moral y desarrollo de su personalidad o cualquier forma de explotación, ausencia de escolarización.

#### **b) Procedimiento y resolución administrativa de declaración de desamparo**

Como antes de la reforma legal, la situación de desamparo acuerda en virtud de resolución administrativa, que ha de notificarse en un plazo máximo de 48 horas a los progenitores, tutores o guardadores y al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. Esta resolución es recurrible conforme a lo dispuesto en la LEC, que ha sido también modificada en este punto.

#### **c) El plan individualizado de protección**

Se establece como novedad en la ley que cuando la Entidad Pública asuma la guarda o tutela de un menor elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido en su caso el programa de reintegración familiar, pues el objetivo irrenunciable sigue siendo que el menor vuelva a su familia, en la medida de lo posible. Para ello debe haberse

comprobado una evolución positiva de la familia, que permita pensar en una convivencia familiar que no suponga riesgos relevantes para el menor; todo ello sin perjuicio del seguimiento posterior que se realice. Se contemplan también por primera vez previsiones específicas para menores extranjeros no acompañados y menores embarazadas (art. 19 bis 5 y 6 LOPJM).

#### **d) Supuestos especiales**

El art. 18 LOPJM regula dos supuestos especiales en el ejercicio de la tutela por declaración de desamparo:

- » El traslado (permanente o temporal) de residencia de un menor sujeto a una medida de protección entre distintas Comunidades Autónomas (art. 18.4 LOPJM)
- » La detección de una situación de desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, determinando cuál es la Entidad Pública competente para hacerse cargo del mismo (Art. 18.5 LOPJM)

#### **e) El cese de la tutela**

Se establecen las siguientes causas de cese de la tutela administrativa:

- » Cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción
- » Por alguno de los supuestos previstos en los arts. 276 y 277.1 CC
- » Cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: (i) que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; (ii) que el menor se encuentra en el territorio de otra CCAA cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas a tenor de la situación del menor; (iii) Que hayan transcurrido 6 meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

## 4. El acogimiento familiar

### a) Tipología tras la reforma

El art. 173 bis CC ha redefinido las modalidades de acogimiento familiar, que pueden ser:

- » Atendiendo a su duración y objetivos: de urgencia (para menores de 6 años, con duración máxima de 6 meses, en tanto se decide la medida de protección que corresponda), temporal (antes llamado simple; es de carácter transitorio y una duración máxima de dos años) y permanente (se constituirá al finalizar el plazo del acogimiento familiar temporal o directamente en casos de necesidades especiales). Desaparece, pues, el acogimiento preadoptivo, que ahora se concibe como una fase del procedimiento de adopción.
- » Atendiendo a la vinculación del menor con la familia de acogida: en familia extensa o en familia ajena; dentro de éste, puede ser especializado; y dentro de éste, puede ser profesionalizado.

### b) Constitución y formalización del acogimiento familiar

Como concreción de la “administrativización” del sistema de protección, tras la LMSPIA la constitución del acogimiento familiar se hace mediante resolución administrativa de la Entidad Pública, no por resolución judicial como hasta ahora. Para ello se ha de realizar una valoración de la adecuación de la familia acogedora en la que se tendrán en cuenta los aspectos legalmente considerados (art. 20.2 LOPJM).

A la resolución administrativa se acompañará un documento anexo en el que han de constar los consentimientos y otras concreciones sobre régimen de visitas, atribución de gastos, etc. (art. 20.3 LOPJM). No es necesario el consentimiento de los progenitores o tutores para la válida constitución del acogimiento familiar.

### c) Estatus de los acogedores familiares

Como novedad la LOPJM ahora regula un conjunto de derechos (a recibir información sobre el acogimiento y sobre el plan individual de protección), a ser oídos en cualquier decisión de la Entidad Pública que afecte al menor, a ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección, a ejercer todos los derechos inherentes a la guarda, a recabar auxilio de la Entidad

Pública en el ejercicio de sus funciones, a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, etc.) y de deberes que constituyen el estatus del acogedor familiar (oír al menor en las decisiones que le afecten, asegurar la plena participación del menor en la familia, respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen, etc.; art. 20 bis LOPJM).

#### **d) Derechos de los menores en acogimiento familiar**

Además de los derechos que por primera vez establece una ley para todos los menores que están sujetos a una medida de protección de acogimiento (art. 21 bis), se establecen tres que específicamente corresponden a los menores en acogimiento residencial (participar plenamente en la vida familiar del acogedor; mantener relación con la familia tras el cese del acogimiento, con algunos límites; solicitar información o pedir por sí mismo –si tuviera suficiente madurez– el cese del acogimiento familiar).

#### **e) Cese del acogimiento familiar**

El cese del acogimiento familiar podrá producirse:

- » Por resolución judicial.
- » Por resolución de la Entidad Pública.
- » Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor.
- » Por la mayoría de edad del menor.



## 5. El acogimiento residencial

### a) Prioridad del acogimiento familiar frente al acogimiento residencial

El carácter subsidiario del acogimiento residencial respecto del familiar se declara con mayor contundencia y detalle en la LMSPIA, que incluso establece duraciones máximas en función de la edad del niño: “la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial” (art. 172 ter CC) y se añade: “no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial no tendrá una duración superior a tres meses” (art. 21.3 LOPJM).

### b) Obligaciones básicas de los centros residenciales

Hasta la LMSPI era la legislación autonómica la que, en su caso, establecía los tipos de centros y algunas otras cuestiones sobre el régimen interior de éstos. Ahora es la legislación estatal la que, por primera vez, contiene una regulación sobre los centros donde se lleva a cabo las medidas de protección, independiente mente de que la gestión sea pública o esté encomendada a una entidad privada colaboradora (art. 21.1 LOPJM).

Además, como novedad también, se establece a nivel legal un amplio elenco técnicas de ordenación y control por parte de la Entidad Pública sobre dichos centros, debiendo todos ellos estar habilitados administrativamente y cumplir los estándares de calidad y accesibilidad para cada tipo de servicio. Además, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros y procederá a la inscripción de diversos datos relativos al mismo. Además, la Entidad Pública realizará la inspección y supervisión de los centros y el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten.

### **c) Derechos de los menores en acogimiento familiar**

Al igual que sucede con los menores en acogimiento familiar, la ley singulariza los derechos que corresponden a los menores que se encuentran en centros residenciales, principalmente el respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales, a participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y a ser escuchado en caso de queja y ser informado de los sistemas de atención y reclamación a su alcance (art. 21.bis 3 LOPJM).

Cabe valorar muy positivamente que estos derechos se hayan establecido en una norma con rango de ley, pues en ocasiones eran incluso los propios centros los que los catalogaban y regulaban su alcance, con un rango a todas luces insuficiente.

### **d) Los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta**

La LOPJM ha sido modificada en este punto por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio puesto que se trata de una cuestión que directamente atañe a los derechos fundamentales de los menores. Esta regulación era inexistente a nivel estatal, aunque alguna ley autonómica contenía alguna regulación, lo que ahora queda corregido dando el rango adecuado a una materia que requiere inequívocamente ley orgánica. La razón es que en estos centros se prevé el uso de medias de seguridad y de restricción de libertades y derechos fundamentales (comunicaciones, registros personales, etc.).

- » Los menores para los que se contempla este tipo de centros son aquellos que están 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 psicosocial determinada (art. 25 LOPJM). Estos centros entran en el sistema de protección (no en el de salud) y el acogimiento en ellos tiene como finalidad proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible y el libre desarrollo de su personalidad.

- » El ingreso en estos centros requiere autorización judicial, siempre motivada y fundamentada en informes psicosociales (salvo razones de urgencia convenientemente motivadas).
- » Las medidas de seguridad que pueden adoptarse podrán consistir taxativamente en la contención mecánica o física del menor, en su aislamiento o en registros personales y materiales. Todas ellas aparecen detalladamente reguladas (arts. 27 a 30 LOPJM).
- » Asimismo, se regula la administración de medicamentos a los menores, el establecimiento y posible restricción del régimen de visitas y permisos de salida y del régimen de comunicaciones del menor



# 03

**Regulación de la adopción en la  
nueva legislación de protección de  
menores**

**Blanca Gómez-Bengoechea**

La nueva legislación de protección de menores trae consigo algunas reformas reseñables en materia de adopción. Entre ellas destaca la introducción de la adopción abierta, pero hay algunas otras cuestiones importantes en las que conviene detenerse, y que pueden estructurarse en torno a las siguientes materias:

## 1. La capacidad para adoptar

En relación con la capacidad, se establece la incapacidad para adoptar de quienes no pueden ser tutores (recogidos en los artículos 243 y 244 CC), se eleva a 16 años la diferencia mínima de edad que debe existir entre adoptante y adoptado (hasta ahora en 14 años), y se introduce como novedad una diferencia máxima de 45 años, que debe ser cumplida, al menos, por uno de los miembros de la pareja (art. 175 CC).

La introducción de esta diferencia máxima de edad obedece a la necesidad de unificar esta cuestión, regulada hasta ahora de distinta manera en cada Comunidad Autónoma, y de tratar de aplicar a la adopción unas diferencias de edad entre padres e hijos similares a las que existen en la paternidad biológica.

Se establece también una excepción para los casos en los que los niños a adoptar sean grupos de hermanos, menores con necesidades especiales o que se trate de casos en los que no sea necesaria la propuesta de la entidad pública para constituir la adopción.

## 2. El procedimiento de adopción

La primera de las novedades respecto al procedimiento es terminológica: la nueva legislación deja de hablar de “solicitantes” de adopción para pasar a referirse a “personas que se ofrecen para adoptar”. Parece un cambio de términos sin importancia, pero supone recolocar la adopción en el lugar que le corresponde: una manera de encontrar familia para niños que la necesitan, y no de buscar hijos para aquellos que los desean.

Se establecen también algunas obligaciones preadoptivas: la información y la formación, que hasta ahora no aparecían en la legislación nacional y cuya obligatoriedad dependía de la Comunidad Autónoma de residencia (art. 11 LAI).

A esta incorporación se unen la previsión de sanciones administrativas y la posible revisión de la idoneidad para los casos en los que las familias incumplan sus obligaciones postadoptivas (especialmente las relacionadas con los informes de seguimiento de la adopción)

Asimismo, se traslada la definición de idoneidad al artículo 176.3 CC (hasta ahora recogida en la LAI), y se establece la no idoneidad, desde el inicio, de quienes hayan sido privados de patria potestad, quienes tengan la patria potestad de sus hijos menores suspendida o tengan hijos en situación de guarda.

Se admiten, también, los ofrecimientos simultáneos para la adopción nacional y la internacional (hasta ahora permitidos solo por algunas normativas autonómicas)

En relación con las fases del procedimiento adoptivo, se introduce la guarda con fines de adopción, que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo (art. 176 bis CC). Esta figura de protección supone la cesión de la guarda del niño (declarado adoptable) a una familia capaz, idónea y seleccionada para adoptar a ese niño concreto, que se hará cargo de él hasta que la adopción se constituya judicialmente. Implica la suspensión de las visitas y comunicaciones con la familia de origen, y obliga a presentar la propuesta de adopción al Juez cuanto antes, sin sobrepasar el plazo máximo de tres meses (un año si se considera que la convivencia previa es necesaria para determinar la oportunidad de la adopción)

También hay novedades respecto a los consentimientos necesarios para constituir la adopción (art. 177 CC): la madre biológica no podrá prestar su consentimiento hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto (hasta ahora 30 días), y se podrá prescindir del asentimiento de los padres biológicos si en el plazo de dos años no han recurrido con éxito la declaración de desamparo que llevó a su hijo a ser considerado adoptable. Tampoco es posible prestar el asentimiento respecto a adoptantes determinados.

La última novedad reseñable tiene que ver con la restricción de la posibilidad de tramitar adopciones internacionales sin la intervención de una entidad mediadora, que queda limitada a las adopciones con países miembros del Convenio de la Haya (art. 6 LAI).

### 3. La información sobre los orígenes

Aunque el derecho a conocer la información sobre el propio origen estaba ya reconocido por el artículo 12 de la LAI, pasa ahora a estar recogido con carácter general en los apartados 5 y 6 del artículo 180 CC.

Junto con la obligación de conservar los datos de identidad de la familia biológica y la historia médica durante un plazo de 50 años, y la obligación de entidades públicas y privadas de facilitar esta información a petición de la entidad pública o el Ministerio Fiscal, se menciona la necesidad de contar con servicios de asesoramiento y ayuda para las personas que se encuentren en esta situación.

### 4. Introducción de la adopción abierta en el sistema de protección de menores

Esta es, probablemente, la novedad más importante de las que introduce respecto de la adopción la LMSPIA.

Hasta este momento, y desde que, en el año 1987, se eliminó la adopción simple de nuestra legislación, la figura de la adopción se había configurado en todos los casos como plena y cerrada, sin vínculo jurídico ni relación personal con la familia de origen. Sin embargo, la aparición de la adopción abierta en la nueva normativa supone la posibilidad de que exista cierto grado de comunicación entre la familia biológica y el hijo adoptado.

Tal y como ha quedado regulada, se trata de una adopción plena, que, igual que la vigente hasta ahora, rompe los vínculos jurídicos con la familia de origen y supone la existencia de una nueva relación de filiación con la familia adoptiva, igual a la que existiría con un hijo biológico. Pero implica, como importante novedad, el mantenimiento de una cierta relación personal, establecida en cada caso en función de las circunstancias del niño, la familia biológica y la familia adoptiva.

Así, existen casos en los que hay un contacto directo entre el hijo y la familia de origen, a través de encuentros, cartas u otro tipo de comunicación (adopción abierta en sentido estricto); y otros supuestos en los que hay intercambio de información entre unos y otros, pero sin llegar a conocerse ni incluir datos identificativos (adopción semi-abierta).

La diversidad en la apertura de la adopción debe depender del interés superior del niño en cada momento, de modo que debería haber tantos grados



de apertura como adopciones, y la comunicación debería revisarse tantas veces como fuera necesario en interés del menor, cuyos deseos y necesidades pueden ir modificándose con el tiempo. En este sentido, es importante tener en cuenta, que, aunque en este tipo de adopciones hay más personas implicadas (familia adoptiva y familia biológica), cada una con sus preferencias y sus intereses, es el interés superior del niño el que debe guiar la toma de decisiones y las posibles modificaciones en torno a una adopción abierta.

Por tanto, ni todas las adopciones son abiertas en los ordenamientos jurídicos en los que esta figura existe, ni en todas las adopciones abiertas la relación con la familia de origen es la misma.

La adopción abierta existe y está presente en la legislación de otros países, fundamentalmente del ámbito anglosajón, en los que es especialmente frecuente en las adopciones privadas, en las que la familia adoptiva y la familia biológica se “eligen” mutuamente.

Aunque en nuestro país las adopciones privadas no existen, y el procedimiento adoptivo está fuertemente intervenido por la administración pública de protección de menores, esta figura viene a ampliar el catálogo de las medidas de protección para tratar de dar la mejor respuesta posible a los niños que han tenido que ser separados de sus familias.

La Ley 26/2015 regula su existencia al reformar el artículo 178 CC, que establece, en su apartado 4, lo siguiente:

- » La posibilidad de que, en interés del menor y por su situación familiar, edad u otra circunstancia significativa, se acuerde algún tipo de relación o contacto entre la familia adoptiva y los miembros de la familia biológica que se considere, especialmente con los hermanos.
- » El mantenimiento de esta relación será acordado, al constituir la adopción, por el Juez, que determinará su periodicidad, duración y condiciones, previa propuesta de la Entidad Pública de protección de menores o del Ministerio Fiscal. Para ello deberá contar, también, con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años. El niño menor de esta edad será oído de acuerdo con su madurez.
- » Para la planificación y la realización de estos contactos se podrá contar con la intermediación de la Entidad Pública y otras entidades acreditadas a tal fin.

- » Durante los dos primeros años, y después a petición del Juez, la Entidad Pública remitirá informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, y propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas.
- » En atención al superior interés del menor, el Juez podrá acordar su modificación o finalización. La suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones podrá ser solicitada por la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor con suficiente madurez y, en todo caso, el mayor de 12 años.
- » En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

Una figura de este tipo, que ocupa un lugar intermedio entre el acogimiento permanente y la adopción cerrada, puede venir a resolver muchos de los casos que existen en nuestro sistema de protección de menores, y a dotar de estabilidad a muchos niños que pasan gran parte de su infancia sujetos a medidas de protección en principio temporales.

Podría ayudar, por una parte, a que los padres que no se pueden hacer cargo de sus hijos asientan su adopción sabiendo que podrán tener noticias suyas en el futuro; y, por otro lado, a que los niños que están en una institución y/o que no son declarados adoptables porque se considera que no es bueno para ellos perder el contacto con su familia de origen, puedan tener una medida de protección estable y definitiva.

Posiblemente, esta figura animará también a las familias a ofrecerse para cuidar de niños que saben que van a tener vínculos definitivos con ellos (más allá de la incertidumbre y la “temporalidad” que supone el acogimiento), aunque esto implique mantener cierta relación con la familia de biológica.

Sin embargo, su introducción en nuestro sistema de protección debe ir unida a una profunda revisión de los procedimientos.

En primer lugar, habrá que decidir para qué casos se planteará esta posibilidad: ¿renuncias hospitalarias?; ¿será solo para adopciones de niños que llevan un largo período de tiempo en acogimiento familiar?; ¿solo para niños “mayores” con relación previa con la familia de origen?; ¿se planteará, a priori,

para todos los casos, aunque después pueda descartarse por aplicación del principio del interés superior del niño?; ¿podrá plantearse, a posteriori, para casos de adopciones ya constituidas como cerradas?...

Se trata, por tanto, de una novedad, que obliga a replantear las declaraciones de adoptabilidad y los criterios utilizados para realizarlas hasta ahora.

Además, si en algunos casos va a ser posible que los niños adoptados y sus familias de origen tengan contacto, habrá que valorar cuáles de las familias que se ofrecen para adoptar están preparadas para este reto. De modo que será necesario adaptar el proceso de declaración de la idoneidad y los exámenes psico-sociales. Así como las fases previas de información y formación para los padres adoptantes, que deberán tener en cuenta de forma especial esta posibilidad. En este sentido, es especialmente importante la formación sobre los riesgos y beneficios que implica este tipo de adopción y la forma en que se lleva a cabo.

Habrà, también, que prever un sistema de revisión de las necesidades del menor en este sentido, y de acompañamiento para los miembros del triángulo adoptivo en estos casos en los que se introduce un elemento que, si bien debe responder al interés superior de los niños, puede suponer dificultades extra.

Será preciso plantear, entre otras cosas, la forma jurídica que adoptarán los acuerdos que se tomen, la manera de revisarlos, si, una vez tomados, serán obligatorios para las partes, y cuáles serán las consecuencias de su incumplimiento...

En este sentido, será necesaria formación específica para los profesionales que intervengan en el proceso, tanto en el ámbito de los servicios sociales y la Entidad Pública de protección de menores, como en el ámbito judicial y en las entidades que puedan participar del seguimiento posterior.

De manera que, a pesar de ser una novedad necesaria y bienvenida, la adopción abierta trae consigo un importante número de cuestiones que es necesario resolver para que pueda convertirse en un instrumento eficaz que venga a mejorar la protección de menores.

Todos estos interrogantes deben ser resueltos tras una profunda reflexión de la que deben formar parte familias, técnicos del mundo de la protección de menores, juristas y especialistas en bienestar infantil.

## 5. Novedades en la tramitación de las adopciones internacionales

A demás de la ya mencionada restricción de la llamada tramitación “por libre”, en el ámbito de la adopción internacional se introducen principalmente las siguientes novedades:

- » Se reformula el concepto de adopción internacional de modo que coincida con el empleado en el ámbito del Convenio de la Haya: serán consideradas internacionales las adopciones en las que se produzca el traslado del menor desde su país de residencia habitual al país donde residen sus adoptantes.
- » El Estado se reserva algunas competencias relacionadas con la acción y las relaciones exteriores: la decisión de suspender o limitar la adopción en determinados países (por ejemplo por guerras, catástrofes naturales, detección de irregularidades...); la determinación del número de expedientes anuales que se remitirán a cada país (para tratar así de controlar la “demanda” y la presión que esta supone para algunos países y para sus sistemas de protección); la acreditación de Organismos Intermediarios (antes conocidos como ECAIs) y el control y seguimiento de sus actuaciones en el exterior (sus actuaciones dentro del país seguirán siendo controladas por las correspondientes Comunidades Autónomas).
- » Se establece la imposibilidad de adoptar a menores cuyo país de origen prohíba la adopción, para evitar adopciones claudicantes (que tienen validez en España pero no en el país de origen del menor). Esto es especialmente relevante para los casos, frecuentes hasta ahora, de menores kafalados en países islámicos con la intención de promover después una adopción en España.
- » Se reservan las adopciones consulares para los casos en los que el país de origen del menor las admita, y sólo para casos en los que no sea necesaria la propuesta de la entidad pública.
- » Se eliminan las referencias a la suspensión y modificación de la adopción, recogidas hasta ahora en la LAI, pero referidas a figuras no reguladas en el ordenamiento jurídico español.
- » Se determina que, una vez adquirida la nacionalidad española por la adopción, se reconocerá la nacionalidad de origen del niño siempre que la legislación de su país prevea que la conserve.

- » En cuanto al reconocimiento en España de las adopciones constituidas en otro país ante una autoridad extranjera, se simplifica la prueba del derecho extranjero y la cuestión de la autoridad competente, bilateralizando las normas españolas de competencia judicial internacional, y sustituyendo el control de la ley aplicada por la comprobación de la no contrariedad de la adopción con el orden público español (fundamentalmente en lo referido al interés superior del niño y a la existencia de consentimientos libres, informados y no sujetos a precio).



# 04

Otras modificaciones al código civil en materia de protección de menores

José María Ruiz de Huidobro de Carlos

## 1. Cuadro de las modificaciones introducidas en el CC por la LMSPIA

Las modificaciones introducidas en el Código Civil por la Ley 26/2015 pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- » Relativas a la capacidad de obrar del menor (art. 162, 2.º, 1263 y 1264 CC).
- » Relativas a la guarda y acogimiento de menores (arts. 172, 172 bis, 172 ter, 173, 173 bis, 174)
- » Relativas a la adopción (arts. 175, 176, 176 bis, 177, 178 y 180 CC)
- » En el ámbito de las relaciones paterno-filiales o/y familiares (arts. 154, 158, 160 y 161 CC)
- » En el ámbito de la tutela y la guarda de hecho (arts. 216, 239, 239 bis, 303 CC)
- » Relativas a las acciones de filiación (arts. 133, 136, 137, 138 CC)
- » Relativa a la nacionalidad de los adoptados por españoles (art. 19 CC)
- » En las normas de Derecho Internacional privado (art. 9.4, 5, 6 y 7 CC)

Las modificaciones relativas a la guarda y acogimiento de menores y a la adopción serán analizadas en las secciones dedicadas al sistema público de protección de menores y a la adopción.

En esta sección se analiza con especial atención la nueva regulación de la capacidad de obrar de los menores, elemento estructural de su protección jurídica, que, a un nivel práctico, se concreta en cómo se toman las decisiones que les conciernen. Ello sin demérito de hacer un rápido recorrido por el conjunto de las modificaciones introducidas en el texto del Código Civil.



## 2. La nueva regulación de la capacidad de obrar en el Código Civil.

Con carácter previo, conviene recordar el significado de la limitación de la capacidad de obrar en el sistema de protección de los menores de edad: como el menor no puede valerse por sí mismo por su condición de inmadurez, se le limita la posibilidad de actuar (de tomar decisiones por sí mismo) para protegerle y evitarle perjuicios por su actuación inmadura. Por ello, el ordenamiento jurídico prevé el modo de suplir la falta de capacidad de obrar del menor a través de sus protectores legales que ostentan, como regla general, la representación legal del menor, constituyendo un mecanismo de sustitución, por el que los protectores legales pueden actuar en nombre y por cuenta del menor, aunque siempre en su interés superior; también, en supuestos especiales, cabe un mero mecanismo de complemento de la capacidad de obrar del menor, mediante la asistencia, cuyo significado es que el menor actúa acompañado por sus protectores legales.

Como consecuencia de la limitación de la capacidad de obrar y la sujeción del menor a la institución protectora que corresponda, se limita la responsabilidad jurídica del menor, pues quien actúa con capacidad y libremente responde jurídicamente por las consecuencias de sus actos, pero quien no tiene capacidad de obrar plena, en general, no responde, sino que responden sus protectores legales por él. Aquí se pone de manifiesto el núcleo del significado conceptual de la capacidad de obrar: conlleva la valoración jurídica de los actos de los individuos en orden al reconocimiento de sus efectos, presuponiendo, como regla general, que sólo deben producirse cuando el agente tiene un grado de intelección y volición (grado de discernimiento) acorde con la importancia jurídico-social del acto realizado. Desde el punto de vista del tráfico jurídico, es un requisito de eficacia del acto (su falta produce su nulidad –carece de efectos jurídicos desde el principio– o su anulabilidad –puede dejarse sin efectos jurídicos).

Así, la determinación de la capacidad de obrar del menor puede hacerse atendiendo a un *criterio objetivo o cronológico*, es decir, por su edad dado que la edad es un buen indicador del nivel de madurez alcanzado por el menor, o atendiendo a un criterio subjetivo, es decir, valorando ad *casum* las condiciones de madurez o el grado de discernimiento alcanzado por el menor.

La Ley 26/2015 ha dado nueva redacción a los artículos 162.2.1º, 1263.1º y 1264 CC que recogen la caracterización general de la capacidad de obrar del menor.

El artículo 162 CC reza: *“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados (...) Se exceptúan: 1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (punto y aparte) No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia (...)”*. Se ha convertido ya sin género de dudas en la regla general para determinar la capacidad de los menores respecto de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad; a nuestro juicio, esta regla es extensible por analogía al resto de los actos personales del menor, dado como se verá más adelante que el nuevo art. 1263.1º CC ha quedado circunscrito al ámbito patrimonial. Se aplicará siempre que no haya norma especial que regule específicamente un acto concreto o el ejercicio de un determinado derecho. Establece como criterio general el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor maduro (es decir, que goce de madurez acorde con la transcendencia jurídico-social del acto de que se trate), por tanto hay una asunción general del criterio subjetivo, que, a nuestro juicio, es de oportunidad discutible por las dificultades que entraña su aplicación práctica. Sin embargo, el segundo inciso matiza la regla al establecer que los responsables parentales (extensible por analogía al resto de los guardadores legales) intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. Su interpretación plantea muchas dudas doctrinales y de aplicación práctica: ¿en qué consiste esa intervención de los responsables parentales?, ¿puede llevar a dejar sin efecto el acto de ejercicio del menor maduro?, ¿cómo se realizaría esa intervención? Hasta que no se cuente con jurisprudencia al respecto, cabe adelantar la siguiente aproximación: los responsables parentales pueden poner en conocimiento del Juez o el Ministerio Fiscal (cfr. arts.154, último párrafo, y 158 CC) la actuación del menor cuando sea perjudicial para su interés para que adopten las medidas oportunas para evitarlo (entre las cuales, obviamente se encuentra la posibilidad de dejar el acto sin efecto). Siendo esto así, queda desleída la regla de capacidad de obrar del menor maduro, porque parece que su actuación sería revisable si le fuera perjudicial.

El nuevo art. 1263 CC reza: *“No pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales (...)”*. Queda configurada como la regla general para los actos patrimoniales del menor, en cuanto que el texto se refiere expresamente a contratos a diferencia de la redacción anterior; por tanto, debe

interpretarse que se refiere a contratos y, a lo sumo por analogía, a actos jurídicos patrimoniales unilaterales. Se aplicará siempre que no haya norma especial que regule, por ejemplo, un concreto contrato o acto patrimonial, como el tenor de la norma contempla (*salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes*). Establece como criterio general la incapacidad de obrar del menor en el ámbito patrimonial, salvo los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales; esta excepción da cobertura legal a la práctica social inveterada de la contratación cotidiana de los menores (tanto niños que compran golosinas o tebeos como adolescentes que compran ropa u otros productos de consumo); de ella, se deduce que se reconoce al menor un ámbito de capacidad contractual en la vida diaria, delimitado por dos coordenadas: de un lado, la edad del menor como indicador de la capacidad natural correlativa y, de otro, por los usos sociales; es previsible que en los casos de duda el operador jurídico opte por proteger al menor contratante en el sentido de no reconocerle capacidad para contratar y, por tanto, facilitar la anulabilidad del contrato que le resulte perjudicial.

El nuevo art. 1264 CC dice: “*Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer*”. Cierra el sistema, previendo la posibilidad de que existan prohibiciones legales o requisitos especiales de capacidad en normas especiales.

Con todo, a pesar de la crítica realizada al segundo párrafo del art. 162.2.1º CC, el resultado final de la reforma sí sería una mejora evidente de la regulación de la capacidad de obrar del menor, con dos normas generales adaptadas a la realidad social actual.

### **3. Otras modificaciones**

#### **a) Modificaciones en el ámbito de las relaciones paterno-filiales o/y familiares (arts. 154, 158, 160 y 161 CC)**

La nueva redacción del art. 154 CC introduce variaciones principalmente terminológicas en la configuración general de la patria potestad; así, se sustituye el término padres por progenitores en los párrafos primero y último, la expresión en *beneficio de los hijos por interés de los hijos* en el párrafo segundo y, en general, se configura la patria potestad como responsabilidad parental y función a favor de los hijos (cfr. párrafos segundo y tercero).

Según la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, *“se opera una modificación del artículo 158 del Código Civil, partiendo del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorse-tamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo. Con la modificación del artículo 158 se posibilita la adopción de nuevas medidas, prohibición de aproximación y de comunicación, en las relaciones paterno-filiales”*.

Finalmente, se introducen cambios en el derecho a relacionarse del menor con familiares y allegados. Por un lado, se incluyen expresamente a los hermanos dentro del ámbito del citado derecho, y, de otro, se regulan más detenidamente las relaciones del menor con los progenitores en caso de privación de libertad de los mismos (cfr. art. 160.1 CC) y, en caso de estar desamparado, las relaciones del menor con sus familiares y allegados, delimitando las competencias de la Entidad Pública de protección de menores al respecto (cfr. art. 161 CC).

## **b) Modificaciones en el ámbito de la tutela y la guarda de hecho (arts. 216, 239, 239 bis, 303 CC).**

También estas modificaciones se introducen para adecuar las normas de la tutela ordinaria y la guarda de hecho a la completa revisión del sistema de protección pública de los menores.

La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 indica que *“el artículo 216 contiene la limitación de la legitimación activa para solicitar las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 del Código Civil, en el caso de los menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, a instancia de esta, del Ministerio Fiscal o del propio menor”*, así, el nuevo párrafo 3 del art. 216 CC circunscribe la solicitud de las medidas previstas en el art. 158 CC respecto de los menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública a la propia Entidad, al Ministerio Fiscal o al propio menor; lo cual es de oportunidad discutible por cuanto conlleva una reducción de las posibilidades de protección de tales menores (se evita que pueden solicitarlas cualquier persona interesada que, en su caso, tendrán que interesar al Ministerio Fiscal al respecto).

Continúa la Exposición de Motivos, *“[s]e introducen las oportunas modificaciones en la regulación de la tutela ordinaria de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo prevista en los artículos 239 y 239 bis”*; en efecto, el nuevo art. 239 CC coordina la tutela ordi-

naria con la tutela de menores que se encuentren en situación de desamparo y el nuevo art. 239 bis CC contempla más orgánicamente la tutela de Entidad Pública de las personas con capacidad modificada judicialmente cuando no se haya constituido la tutela ordinaria o cuando se encuentren en desamparo.

Finalmente, la Exposición de Motivos indica: *“Por otra parte, en el artículo 303 se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho. Se establecen además 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”*. El nuevo artículo 303 CC se subdivide en dos números cada uno de ellos con dos párrafos; así, el art. 303.1, párrafo 2 CC prevé la posibilidad cautelar de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores mientras de adopta la medida de protección adecuada; el art. 303.2, párrafo 1 CC contempla los supuestos en que proceda la declaración de situación de desamparo tanto de menores como de personas con capacidad de obrar modificada y el art. 303.2, párrafo 2 CC reconoce, cuando no procede la declaración de desamparo, al guardador de hecho la facultad de promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

### **c) Modificación de las normas de las acciones de filiación (arts. 133, 136, 137, 138 y 140 CC).**

Atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, *“la regulación que se propone responde a que el primer párrafo del artículo 133 ha sido declarado inconstitucional, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado [... STC 273/2005 y 52/2006...]. En parecidos términos ha sido declarado inconstitucional el primer párrafo del artículo 136, en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil [... STC 138/2005 y 156/2005...], siendo ésta la principal razón de la reforma que se propone”*.

Así, el nuevo art. 133 CC incluye un número 2 reconociendo la acción de filiación a favor de los progenitores. Su tenor es: *“Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación (...) Esta acción no será transmisibile a los herederos quienes solo podrán continuar la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida”*.

Asimismo, el nuevo art. 136.2 CC prevé que el plazo de un año para ejercer la acción de impugnación de la filiación paterna determinada por la presunción de matrimonialidad a favor del marido inicie su cómputo a partir de que el marido tenga conocimiento de su falta de paternidad biológica. Análogamente, el nuevo art. 137.2 CC prevé que el plazo de un año para ejercer la acción de impugnación de la filiación paterna a favor del hijo inicie su cómputo desde que el hijo tenga conocimiento de la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor.

El resto de las modificaciones introducidas en los mencionados artículos son o de estilo (cambio del tiempo de alguno verbos, por ejemplo, corresponde por corresponderá en el art. 133.1 CC), o de adaptación terminológica de la incapacitación de conformidad con la Convención de Derecho de las personas con discapacidad, cuando los términos *incapaz* o *incapacitado* son sustituidos por quien *tuviere la capacidad modificada judicialmente* (cfr. art. 137.1, párrafos 1 y 2 CC, de acomodación de la regla de capacidad para el ejercicio de las acciones correspondientes, porque se sustituye la expresión “*plena capacidad*” o similares por “*mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente para tales efectos*” (cfr. art. 133.1, párrafo 2 CC; art. 137.1 y 2 CC; art. 140, párrafo 3). Finalmente, en el nuevo art. 138 CC se precisa que las impugnaciones por vicio de consentimiento según lo dispuesto en el art. 141 CC pueden hacerse al “*reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial o no matrimonial*”.

#### **d) Modificación relativa a la nacionalidad de los adoptados por españoles (art. 19.3 CC).**

En el art. 19 CC se incluye un número tres cuyo tenor es: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será reconocida también en España”; según ello, se acoge un nuevo supuesto de doble nacionalidad por reconocimiento unilateral por el ordenamiento jurídico español de la nacionalidad de origen legalmente mantenida por el menor extranjero adoptado por español o españoles.

#### **e) Modificación de normas de Derecho internacional privado (art. 19. 4, 6 y 7 CC).**

Las modificaciones introducidas en el Código Civil afectan a normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos, manteniéndose inalterado el art.

9.5 CC relativo a las adopciones internacionales y a las constituidas por autoridades extranjeras que se remite a las normas contenidas en la LAI.

La nueva redacción del artículo 9.4 CC contiene dos párrafos: el primero dedicado a la ley aplicable a la determinación de la filiación por naturaleza y el segundo dedicado al contenido de la filiación por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental. En este último caso, la ley aplicable será determinada con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Respecto de la determinación de la filiación por naturaleza, en la que actualmente incide de sobremanera el empleo de técnicas de reproducción asistida, se ha establecido tres criterios de conexión subsidiarios entre sí: en primer lugar, la ley de la residencia habitual en el momento del establecimiento de la filiación; en segundo lugar, si falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo; en tercer lugar, si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.

El artículo 9.6 CC, cuya redacción anterior contenía la norma de conflicto aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz, se reestructura distinguiendo dos hipótesis básicas: la protección de menores y la protección de mayores de edad. Respecto de la protección de menores, se aplicará la ley determinada por el citado Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996. Respecto de la protección de las personas mayores de edad se aplicará la ley determinada por su residencia habitual; en caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, previéndose el reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados; finalmente, será aplicable la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.

El artículo 9.7 CC recoge la norma de conflicto relativa a la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes, que se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya.





# 05

## Principales novedades en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de menores

Marta Gisbert Pomata

Ante todo es preciso hacer referencia en primer lugar a la modificación del art. 9 de la LOPJM que recoge, entre otros, el **derecho del menor a ser oído y escuchado** 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 y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente y siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

Y al art. 10.1 LOPJM en relación con el derecho de defensa dispone que los menores podrán solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses.

## **1. Procedimiento para sustanciar la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores**

Varias son las modificaciones operadas en este procedimiento:

- » Un nuevo párrafo segundo, del apartado 1 del art. 780 LEC introduce la Ley: estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por tal resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones. Los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ejercitarán sus pretensiones en relación a las resoluciones admi-

nistrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de la persona que se designe como su defensor para que les represente.

- » Aun cuando ya era una cuestión no controvertida, el apartado 1 del art. 780 LEC, se modifica para no dar cabida a ninguna duda: «1. No procederá la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores».
- » Se unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía respecto a las declaraciones de desamparo.
- » En la solicitud el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. También en el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor» (nuevo párrafo segundo del apartado 2 del art. 780 LEC).
- » Acumulación de procesos: con el fin de fortalecer el principio de celeridad, que se considera vital en los procesos en los que se resuelven intereses de menores, y con el objeto de evitar resoluciones contradictorias, se introducen en la nueva Ley, disposiciones para promover la acumulación cuando existieran varios procesos de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección en curso que afecten a un mismo menor (art. 780 LEC).

## **2. Procedimiento para la autorización judicial para el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.**

Este nuevo proceso viene acompañado de la correspondiente modificación de la LOPJM para regular los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta que se recogen en los artículos 25 y 26 LOMSPIA.

Conforme al art. 26 LOMSPIA, “no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad”.

Y continua dicho artículo, para el ingreso de un menor en estos centros será necesario que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal recaben previamente la correspondiente autorización judicial, garantizando, en todo caso, el derecho del menor a ser oído según lo establecido en el artículo 9. Dicha autorización se otorgará tras la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y deberá pronunciarse sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse.

La autorización puede ser solicitada por la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor, o por el Ministerio Fiscal debiendo acompañar a la solicitud la valoración psicosocial que lo justifique.

Serán competentes para autorizar el ingreso de un menor en dichos centros los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública.

Salvo razones de urgencia que hagan necesario el ingreso y posterior solicitud de autorización, en cuyo caso la competencia para ratificar es del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro del ingreso.

En cuanto al procedimiento, deben ser oídos:

- » El menor, quien deberá ser informado sobre el ingreso en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias.
- » La Entidad Pública.
- » Los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela.
- » Cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada.

Se requerirá informe del Fiscal.

Frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo.

En la misma resolución en que se acuerde el ingreso se expresará la obligación de la Entidad Pública y del Director del centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor y

la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Periodicidad de informes cada tres meses o menor si así lo considera el Juez. La medida sólo puede durar lo estrictamente necesario.

Procedimiento para *continuar con la medida o revocarla*:

Corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública. En caso de que el menor fuera trasladado a otro centro de protección específico de menores con problemas de conducta, no será necesaria una nueva autorización judicial.

Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y del Director del centro, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

El cese será acordado por el órgano judicial que conoció del ingreso, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicosocial.

### **3. Procedimiento para la autorización judicial de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores.**

El art. 778 ter regula el procedimiento para autorizar judicialmente la entrada en domicilios y restantes edificios y lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular u ocupante, cuando ello sea necesario para la ejecución forzosa de las medidas adoptadas por ella para la protección de un menor.

Corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio o restantes edificios y lugares, del titular u ocupante del mismo. Salvo cuando se trate de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, en cuyo caso la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado (inciso último del apartado 1 del art. 778 ter LEC).

La legitimación activa la ostenta la Entidad Pública.

Evidentemente, el procedimiento garantiza la intervención del Ministerio Fiscal.

## Procedimiento:

La *solicitud* escrita contendrá:

- » La resolución administrativa o el expediente que haya dado lugar a la solicitud.
- » El concreto domicilio o lugar al que se pretende acceder, y la identidad del titular u ocupante del mismo y cuyo acceso requiera su consentimiento.
- » La justificación de que se ha intentado recabar dicho consentimiento sin resultado o con resultado negativo.
- » La necesidad de dicha entrada para la ejecución de la resolución de la Entidad Pública.

Presentada por la Entidad Pública la solicitud, el Secretario Judicial, en el mismo día, dará traslado de ella al titular u ocupante del domicilio o edificio para que en el plazo de las 24 horas siguientes alegue lo que a su derecho convenga exclusivamente sobre la procedencia de conceder la autorización.

Por razones de urgencia se podrá acordar de forma inmediata, previo informe del Fiscal, sin oír al interesado.

Presentado el escrito de alegaciones por el interesado o transcurrido el plazo sin hacerlo, el Juez acordará o denegará la entrada por auto en el plazo máximo de las 24 horas siguientes, previo informe del Ministerio Fiscal, tras valorar la concurrencia de los extremos mencionados en el apartado 3 de este artículo, la competencia de la Entidad Pública para dictar el acto que se pretende ejecutar y la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la entrada solicitada para alcanzar el fin perseguido con la medida de protección.

En el auto en el que se autorice la entrada se harán constar los límites materiales y temporales para la realización de la misma.

Contra el auto en que se acuerde o deniegue la autorización, aun cuando se hubiera dictado sin previa audiencia del interesado, cabrá recurso de apelación, sin efecto suspensivo, que deberá ser interpuesto en el plazo de los tres días siguientes, contados desde la notificación del auto, al que se dará una tramitación preferente.

Aun denegada la solicitud, la Entidad Pública podrá reproducir la misma si cambiaran las circunstancias existentes en el momento de la petición.

## 4. El menor y la violencia de género

La LOMSPIA reconoce como víctimas de violencia de género a los menores modificando varios artículos de la ley de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61.2 de la Ley de Violencia de Género, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género.

Por último, se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores.





# 06

Principales novedades en la Ley  
15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción  
Voluntaria, relacionadas con menores

Sara Díez Riaza

Tanto en el Título II de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio, (en adelante LJV) titulado “De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas”, como en el Título III, referido a los expedientes en materia de familia, regulan una serie de procedimientos que afectan de manera especial a los menores de edad y que a continuación detallamos:

---

## **TÍTULO II / De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas**

---

**CAPÍTULO I.** De la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial

**CAPÍTULO II.** De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial

**CAPÍTULO III.** De la adopción

**CAPÍTULO IV.** De la tutela, la curatela y la guarda de hecho

**CAPÍTULO V.** De la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad

...

**CAPÍTULO VII.** Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente

**CAPÍTULO VIII.** De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente

...

---

## **TÍTULO III / De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia**

---

...

**CAPÍTULO II.** De la intervención judicial en relación con la patria potestad

SECCIÓN 1. Disposición común

SECCIÓN 2. De la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad

SECCIÓN 3. De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente

Con carácter general podemos decir que la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, teniendo en cuenta la regulación anterior contenida en la LEC de 1881, se caracteriza por lo siguiente:

- » Se reduce notablemente el ámbito de la jurisdicción voluntaria.
- » Se favorece la desjudicialización:
  - Atribución de competencias a los Letrados de la Administración de Justicia (sólo en materia de menores en lo que afecta al nombramiento de defensor judicial, ya que según el art. 2 LJV “En cualquier caso el **Juez** decidirá los expedientes que afecten a los **derechos de menores** o personas con capacidad modificada judicialmente)
  - Atribución de competencias a Notarios y Registradores (no en materia de menores).
- » Se actualiza y moderniza su contenido y regulación.
- » El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten o esté comprometido el interés de un menor
- » El Juez o el Secretario judicial pueden ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a **menores** o personas con capacidad modificada judicialmente, para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.

A continuación detallamos las principales novedades que se han producido en materia de menores en los diferentes expedientes que regula la LJV.

## **1. Procedimiento para la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (arts. 23 a 26 LJV)**

Se solicitará su inicio cuando el reconocimiento de la filiación no matrimonial necesite para su validez autorización o aprobación judicial.

Podrá promover este expediente por el progenitor autor del reconocimiento, por sí mismo o asistido de su representante legal, tutor o curador, en su caso.

No es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

Admitida a trámite la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a comparecencia al solicitante y, según proceda, al progenitor conocido, al representante legal o curador del reconocido y a éste si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de 12 años, así como a sus descendientes si

hubiere fallecido y los hubiere, y a las personas que se estime oportuno, así como al Ministerio Fiscal.

En la resolución existe un predominio claro de la aplicación del principio rector de toda actuación con menores que no es otro que el “superior interés del menor” pues el Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento del progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

El testimonio de dicha resolución se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción.

## **2. Expediente para la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial (arts. 27 a 32 LJV)**

Se reúnen y sistematizan las normas dispersas sobre esta materia y se concretan en los siguientes supuestos. Se solicitará **nombramiento de defensor judicial** de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar en los siguientes supuestos:

- a) Cuando en algún asunto exista *conflicto de intereses* con sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto.
- b) Cuando por cualquier causa, *el tutor o el curador no desempeñare sus funciones* hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
- c) Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, *precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes*, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

Procederá **habilitación y ulterior nombramiento de defensor judicial**, del menor no emancipado o la persona con capacidad modificada judicialmente, sea demandado o se siga gran perjuicio de no promover la demanda y se encuentre en alguno de los casos siguientes:

- a) Hallarse los progenitores, tutor o curador ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.

- b) Negarse ambos progenitores, tutor o curador a representar o asistir en juicio al menor o persona con capacidad modificada judicialmente.
- c) Hallarse los progenitores, tutor o curador en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.

Se nombrará **defensor judicial sin necesidad de habilitación previa** al menor o persona con capacidad modificada judicialmente:

- » para litigar contra sus progenitores, tutor o curador,
- » para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello.
- » para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad.
- » No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

### **3. Expedientes relativos a la adopción**

#### **a) Procedimiento para la constitución de la adopción (artículos 33 a 42 LJV)**

Las *principales novedades* que aporta este procedimiento son las siguientes:

- » Se añade la necesidad de asentimiento también a la pareja sentimental del adoptante, además del cónyuge. Excepto que se trate de un proceso de adopción conjunta.
- » No se exige el asentimiento del progenitor que tenga suspendida la patria potestad cuando hubiera transcurrido dos años desde la notificación de la situación de desamparo, sin oposición a la misma, o si esta ha sido desestimada.
- » Se amplía el plazo para el asentimiento de la progenitora a 6 semanas desde el parto – antes el plazo era de 30 días-.
- » Se añade la necesidad que la familia acogedora también sea oída en el proceso.
- » Se establece la obligación que el consentimiento y asentimiento se hagan libremente, por escrito y previa información de sus consecuencias.

- » No se hace alusión a la nueva figura determinada por el CC de la adopción abierta, a pesar de que la nueva normativa hace continuas referencia a la necesidad de resolución judicial tanto en la constitución de esta especialidad en la adopción como en la configuración del régimen de visitas con la familia biológica y sus modificaciones, además de la articulación de los informe periódicos que debe emitir la Entidad Pública sobre el desarrollo, durante los dos primeros años y después, a petición del Juez.

## **b) Procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante y extinción de la adopción**

Sin regularse como expediente de jurisdicción voluntaria la nueva Ley vuelve a no resolver una cuestión ya planteada con la promulgación de la actual LEC. La Ley 15/2015 sólo dice que las actuaciones judiciales a que se refieren los artículos 179 y 180 CC, se sustanciarán por los trámites del juicio que corresponda con arreglo a lo establecido en la LEC y sus resoluciones serán remitidas al Registro Civil para su inscripción.

## **c) Procedimiento en adopción internacional**

En los casos de adopción internacional se estará a lo previsto en el artículo 9.5 CC y en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como a lo establecido al respecto en los Tratados y Convenios internacionales en que España sea parte y, en especial, en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

## **d) Procedimiento de conversión de adopción simple o no plena en plena**

El adoptante de adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá instar ante los Tribunales españoles su conversión en una adopción regulada por el derecho español cuando concurra uno de los siguientes supuestos:

- » Que el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.
- » Que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.
- » Que el adoptante tenga la nacionalidad española o tenga su residencia habitual en España.

#### 4. Procedimiento para la constitución de la tutela, la curatela y la guarda de hecho (artículos 43 a 52 LJV)

Lo más destacable, como señala la CFGE 9/2015 es el hecho de que abarca una gran variedad de incidencias y trámites cuyo conocimiento corresponde al mismo órgano judicial, aunque no todos están reservados a la decisión del Juez.

En los expedientes para la *constitución de la tutela y curatela* será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de Abogado.

Será de aplicación para la constitución de la tutela y la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona.

En cuanto a la *guarda de hecho* se establece la posibilidad de que el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho pueda requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación a los mismos. Del mismo modo, 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 que sea necesaria. Tales medidas se adoptarán previa comparecencia, a la que deberán asistir la persona a la que afecte la guarda de hecho, el guardador y el Ministerio Fiscal.

## **5. Procedimiento para la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad. (arts. 53 a 55 LJV)**

El Juez de Primera Instancia del domicilio del menor será competente para conocer de la solicitud de emancipación que inste el mayor de 16 años sujeto a patria potestad, por encontrarse en alguno de los supuestos previstos en el artículo 320 CC

No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para la práctica de estas actuaciones, salvo que se formule oposición, en cuyo caso sí será preceptiva la asistencia de letrado a partir de ese momento.

## **6. Expedientes relativos al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. (arts. 59 y 60 LJV)**

Se tramitará este expediente para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

## **7. Procedimiento para autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. (arts. 61 a 66 LJV)**

Se aplicará a los casos en que, conforme al CC o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o el administrador de un patrimonio protegido necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido, salvo que hubiera establecida una tramitación específica.



## 8. Expedientes relativos a la intervención judicial en relación con la patria potestad. (arts. 85 a 89 LJV)

Como pone de manifiesto la CFGE 9/2015 a través de esta vía pueden encauzarse conflictos tales como los derivados de la prestación del consentimiento a los tratamientos médicos de menores o también podrá servir para tramitar los casos de defensa del derecho a la enseñanza obligatoria.

El artículo segundo de la Ley 26/2015 ha ampliado el elenco de medidas contenidas en el citado precepto, estas son:

- » La prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.
- » La prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

Las medidas pueden acordarse de oficio o a solicitud del propio afectado, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Pero si se tratara de menores que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas de oficio, o a instancia de ésta, del Ministerio Fiscal o del propio menor. Junto a las personas citadas no solicitantes, la Ley no limita el número de interesados.

## 9. Desjudicialización del acogimiento de menores

Se regulaba en la Disposición adicional segunda de la Ley 15/2015 de JV, que contenía el régimen jurídico aplicable al acogimiento de menores hasta la entrada en vigor de las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cuya vigencia ha sido muy breve. Con la entrada en vigor de estas leyes, la LOMSPIA y la LMSPIA, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, de forma que no será preceptiva la intervención de un juez. 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. Se prevé el cese de los acogimientos constituidos judicialmente por resolución de la Entidad Pública sin necesidad de resolución judicial.



# 07

**Novedades en materia penal relativas  
a los menores de edad**

**Concepción Molina Blázquez**

## 1. Novedades en cuanto a las penas

La reforma del CP operada por LO 1/2015 ha introducido en la legislación española, en el art. 192.3 inciso segundo, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con menores.

Establece este artículo que la pena se impondrá a los responsables de los delitos de los Capítulos II bis (delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) o V (delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) y que tendrá una duración superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado.

La previsión normativa tiene plantea dos cuestiones importantes:

- a) De una parte quizá habría sido conveniente ampliar su imposición a otros delitos, como los de maltrato del art. 173 CP cometidos en el ámbito educativo por el personal encargado de los menores.
- b) De otra es necesario poner la pena nueva pena de inhabilitación en relación al nuevo art. 13.5 de la Ley de Protección del Menor. Este artículo introducido por la Ley 26/2015 ha vaciado de contenido la nueva pena puesto que contiene una restricción al ejercicio de profesiones y actividades que requieran contacto habitual con menores de mucho más largo alcance. En efecto establece el nuevo art. 13.5 de la Ley de Protección del menor que el requisito no haber sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos sexuales contra menores (agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores) o por el delito trata de seres humanos, para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores. El cumplimiento de dicho requisito se verificará mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales. Es la Disposición final decimoséptima de la misma Ley 26/2015 la que establece la obligación de crear el Registro central de delincuentes sexuales, en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores, integrándose en el sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia.

El Registro de delincuentes sexuales se ha creado mediante Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre (BOE 30-12-2015) que ha entrado en vigor el día 1 de marzo de 2016. Del mismo puede cuestionarse su constitucionalidad por infringir el principio de legalidad y, fundamentalmente, el de proporcionalidad, puesto que establece un plazo de 30 años, a contar desde el día que se considere cumplida la pena, para cancelar la inscripción en el Registro y, por tanto para que quede limitado el acceso a las actividades o profesiones con menores, sea cual sea el delito sexual cometido y aunque la víctima no sea un menor. Se hace así equivalente, a estos efectos, haber cometido uno o varios delitos de violación (delito del art. 179 pena prisión de 6 a 12 años) y un delito de acoso sexual del art. 184.1 (pena prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses). Creo que la desproporción es palmaria.

## **2. La desaparición de las faltas. Conductas despenalizadas (no han sido elevadas a la categoría de delitos leves)**

La LO 1/2015 ha derogado el Libro III del Código Penal, el que tradicionalmente castigaba las faltas en la legislación española, elevando a la categoría de delito leve, y ubicándolas en el Libro II, las que el legislador ha considerado más graves (por ejemplo los ataques a la propiedad por cuantía inferior a 400 euros) y ha derogado tres faltas en relación con los menores.

### **a) Relativas a la seguridad del menor**

Se deroga el art. 618.1º que castigaba a los que encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presentaren a la autoridad o a su familia o no le prestaren, en su caso, el auxilio que las circunstancias requirieran.

Naturalmente los casos más graves, cuando el menor se halle desamparado y en peligro manifiesto y grave, podrán seguir castigándose, como antes de la reforma, por el delito de abandono de menores del art. 195 CP, pero el resto de los casos se convierte en atípico. Resulta contradictorio que, de una parte, se haya modificado la legislación de menores para otorgarles mayor protección, y que de otra, se disminuya dicha protección.

### **b) Relativas a la relaciones familiares**

En relación a la protección de las relaciones del menor con sus familiares se han derogado: 1) El art. 618.2º que sancionaba el incumplimiento del régimen de visitas; el art. 622 que sancionaba el incumplimiento no grave del régimen de custodia, y el art. 634 que sancionaba la desobediencia no grave a la autoridad.

A partir de esta reforma la problemática vuelve a ser parecida a la que se daba antes de la introducción de la falta del art. 618.2 en el Libro III del CP. Es decir, la conducta sólo podrá ser sancionada penalmente si reúne los requisitos para poder subsumirse en el delito de desobediencia del art. 556 CP.

Los elementos típicos que debe reunir una conducta para ser considerada constitutiva del delito de desobediencia del art. 556 CP son dos: uno elemento objetivo, consistente en la falta de acatamiento de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene obligación de acatarlo; y otro elemento subjetivo, integrado por la negativa u oposición voluntaria al cumplimiento, al que en ocasiones se añade el específico ánimo de menospreciar el principio de autoridad.

### **3. Nuevos delitos comunes con agravación específica para la víctima menor de edad.**

La LO 1/2015 ha introducido tres nuevos delitos que tienen relación con la protección de los menores, aunque no se trata de tipos específicamente pensados para protegerles a ellos, sino que son delitos comunes respecto de los que se establece una agravación para el caso de haber sido cometidos contra menores. Se trata de los matrimonios forzosos del art 172 bis, el acoso del art. 172 ter y la difusión de imágenes y grabaciones privadas del art. 197.7 1. Aunque el primero de ellos suele ser cometido por adultos contra menores, los otros dos tendrán mayor frecuencia comisiva entre menores, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores.

### **4. Modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual**

#### **a) Los 16 años la edad genérica de madurez sexual; la causa de atipicidad para relaciones entre iguales.**

La reforma operada por la LO 1/2015 ha situado la mayoría de edad para el consentimiento sexual en los 16 años. Para una parte de la doctrina española resultaba innecesario, para la protección del menor, la elevación de la mayoría de edad a los 16 años, aunque sí consideraban necesaria una reforma del resto de los tipos que protegían la indemnidad sexual del menor para que la protección fuera adecuada.

A mi juicio la elección de los dieciséis años como edad de madurez sexual parece adecuada y coherente con el resto del ordenamiento jurídico, que sitúa en esa edad el límite para la emancipación, para la integración en el mercado laboral y para el consentimiento sanitario. Además, esta edad coincide con la adoptada por varios países de nuestro entorno europeo, como es el caso de Bélgica, Suiza, Holanda o Reino Unido. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que a partir de ahora sólo pueden contraer matrimonio los mayores de 16 años lo que hace decaer uno de los argumentos que se ha utilizado, de forma recurrente y no carente de lógica, para criticar la elevación de la edad del consentimiento sexual por encima de los 14 años, edad con la que se podía contraer matrimonio con dispensa.

Por otra parte debe señalarse que se incorpora como novedad en nuestro ordenamiento jurídico-penal (en el art. 183 quáter) una norma en virtud del cual no quedan sujetas a responsabilidad penal las relaciones libremente consentidas entre personas próximas en edad y grado de desarrollo y madurez, de tal manera que la nueva regulación permite que un menor mantenga relaciones sexuales con otro menor o incluso con un adulto joven, siempre que se trate de relaciones libremente consentidas.

Una vez eliminada la posibilidad de incriminación de las relaciones sexuales libremente consentidas entre menores, o entre menores y adultos próximos en edad y grado de desarrollo y madurez, nos parece un acierto la elevación de la edad de madurez sexual hasta los dieciséis años. De hecho, la modificación al alza de la edad del consentimiento sexual constituye una demanda que se venía haciendo a España, no sólo desde las organizaciones dedicadas a la salvaguarda de los derechos de la infancia, sino también desde instancias internacionales como Naciones Unidas, donde se veía con preocupación que el nuestro fuera uno de los países con la edad del consentimiento sexual más baja a nivel mundial.

## **b) Modalidades típicas agresiones y abusos que afectan a los menores**

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 en el CP, la protección de la libertad e indemnidad de los menores se realiza a través de los siguientes delitos:

b.1) Las agresiones sexuales a menores entre 16 y 18 años, recogidas en los arts. 178 a 180, que se mantienen sin modificación tras la reforma de 2015, y los abusos sexuales a menores entre 16 y 18 años, sancionados en los arts. 181 y 182, este último modificado en 2015.

En el texto del nuevo art. 182 se integra el tradicional delito de “abuso por engaño” (contenido en el anterior art. 182 y del que era sujeto pasivo el mayor

de 13 años y menor de 16) y el delito de abuso por prevalimiento, contenido en el ya mencionado art. 181.3, y que antes de la reforma de 2015 se utilizaba para castigar el abuso por prevalimiento de los mayores de 13 años, sin límite máximo de edad.

Por lo que respecta al abuso por prevalimiento, no se acaba de entender por qué el legislador ha sustituido la expresión “prevalerse el responsable de una situación de superioridad”, superioridad que podía devenir de cualquier causa, por la de “abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima” (traducción literal de la Directiva), cuando no existían problemas de aplicación de este tipo. Además, el legislador ha olvidado que en las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 se ha mantenido sin cambios la agravación por haberse prevalido el culpable de una relación de superioridad o parentesco (art. 183.4.d).

Con todo lo más grave es que el legislador no se ha percatado de que, aunque el tipo básico de abuso sexual a mayor de 16 y menor de 18 contiene una pena más grave que la del abuso sexual a adultos, no ocurre lo mismo con el tipo agravado por acceso carnal, etc. Así es, la pena de este tipo agravado para el abuso a adultos es de prisión de 4 a 10 años (art. 181.4), mientras que para los menores entre 16 y 18 años es prisión de 2 a 6 años (art. 182.2).

b.2) Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, que se contienen en el Capítulo II bis del Título VIII, arts. 183 a 183 quáter, fruto de la reforma de 2015.

En el nuevo Capítulo II bis del Título VIII (De los abusos y agresiones a los menores de dieciséis años) las conductas típicas abusivas que distingue el legislador son:

- 1) Realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, se entiende que en este caso los actos de contenido sexual se deben realizar sobre el cuerpo del menor (art. 183.1).
- 2) Realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años con violencia o intimidación para conseguirlo, también en este caso los actos de contenido sexual se deben realizar sobre el cuerpo del menor (art. 183.2).
- 3) Determinar, con fines sexuales, a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o realizarlos sobre sí mismo (art. 183.3). En este caso la conducta típica es muy ambigua, lo que ya criticaba en el delito de corrupción de menores la doctrina.



4) Hacer a un menor presenciar, con el mismo fin, actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos (art. 183 bis).

5) Hacer presenciar al menor, con el mismo fin, abusos sexuales (art. 183 bis).

Creo que no ha estado acertado el legislador al crear tal prolijidad de tipos, que van a crear graves problemas concursales, y sobre todo no lo ha estado al introducir como elemento subjetivo del injusto el “fin sexual” en las conductas sancionadas en el artículo 183 bis.

6) En el art. 183 ter se recoge la conducta que se conoce como *child grooming* o *grooming* de niños por Internet, que consiste en la realización de acciones deliberadas por parte de un adulto (o varios), de cara a establecer lazos de amistad con un menor en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual, por el envío de imágenes eróticas o pornográficas del menor, o incluso como preparación para un encuentro sexual. Esta conducta, en su modalidad de preparación para el acercamiento al menor, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma del año 2010, y la reforma de 2015 ha incluido la referida al envío de material pornográfico.

**c) Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual recogidos en los arts. 185 y 186, se mantienen sin modificación sustancial tras la reforma de 2015.**

**b.3) Prostitución y corrupción de menores**

La LO 1/2015 ha introducido modificaciones en el delito de prostitución de menores, que esencialmente consisten en: el cambio de ubicación del tipo, que pasa del art. 187 al 188, para dejarlo en una relación más próxima con la pornografía de menores que se castiga en el art. 189, una redefinición de las conductas típicas, y la inclusión de diversos tipos cualificados.

La novedad más significativa quizá sea que se impone una pena menor al que solicita una relación sexual a un menor por precio sin que éste acepte, que al que mantiene relaciones consentidas con un menor de 16 años, cuando no se da entre ellos proximidad en edad y grado de desarrollo y madurez, reiteradamente reclamada por la doctrina.

**b.4) Pornografía**

En este ámbito la LO 1/2015, ha supuesto un avance hacía una política criminal más represiva, tendencia que se encuentra en sintonía en el Derecho

Internacional, y que, al amparo del interés especial en la protección de la infancia parece validar una, por ahora, imparable expansión del Derecho Penal.

Una de las principales modificaciones en cuanto a la pornografía es la inclusión, en el nuevo art. 189, párrafo segundo de su número primero, de una definición de pornografía infantil, con la que el legislador pretende dar cumplimiento a los establecido en la Directiva de 2011 de la Unión Europea. Según esta norma es pornografía infantil:

- “a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.
- c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”

La lectura del art. 189.1 párrafo 2º, permite comprobar que el legislador ha incluido no solo los casos de pornografía real de menores, sino también los de pornografía virtual, lo que realmente no exigía la Directiva de 2011, y que sitúa a nuestro país en la línea más dura de persecución de la pornografía infantil, sobre todo si se tiene en cuenta que se sanciona incluso la mera posesión para uso privado y el acceso puntual aunque intencionado a materiales pornográficos.

Respecto de la pseudopornografía dos aspectos merecen ser destacados:

- a) por una parte que el legislador, después de declarar que dichos casos constituyen pornografía infantil, exceptúa de sanción penal los supuestos en los que el que aparenta ser menor tenga 18 años o más, es decir que la pseudopornografía no es pornografía infantil, por lo que ni su elaboración, ni su tráfico o posesión serán constitutivos de delito (art. 189.1.p.2º).

b) por otra que, en la pseudopornografía en lugar de acreditarse en el juicio que los que aparecen en las imágenes son menores, tendrá que ser el acusado el que demuestre que se trataba de adultos, lo que no ha merecido una opinión favorable por parte de la doctrina, que considera que existiendo dudas razonables estas deberían jugar a favor del acusado por el principio del in dubio pro reo , y que tal inversión de la carga de la prueba podría considerarse inconstitucional, por contrariar el principio de presunción de inocencia, al exigir que se pruebe que el que aparenta ser menor tenía más de 18 años en el momento de la elaboración del material.

## **5. Otras novedades no recogidas en el Código Penal**

Debe señalarse que el nuevo art. 13.4 de la Ley Protección Menor obliga a “toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal.

En relación a esta norma debe recordarse que el art. 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que: “El que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querella. El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión.”

Ambos artículos pueden ponerse en conexión con el deber que impone el Código Penal de acudir a la autoridad o sus agentes para que impidan los delitos contra la libertad o indemnidad sexual de un menor y de cuya “próxima o actual comisión tengan noticia (art. 450.2 del CP).



# 08

Los menores de edad y la trata de seres humanos

**María José Castaño Reyero**

La trata de seres humanos es un fenómeno cuyas víctimas son personas que se encuentran en situaciones especialmente vulnerables como es el caso de los menores de edad. Según los datos recopilados por la Comisión Europea en su informe estadístico de 2013 –recientemente actualizado en 2015– muestra que en el período 2010-2012, el 16 por ciento del número total de las víctimas de trata de seres humanos registradas (30.146 personas en los 28 Estados Miembros) eran menores de dieciocho años, de los cuales el 13 por ciento eran niñas y el restante 3 por ciento niños. En base a la edad la cifra de víctimas registradas entre 0 y 11 años fue 602 (el 2% del total) y 5.124 el número de menores que tenían entre 12 y 17 años de edad.

Además, el recientemente publicado *Estudio de los grupos de Alto Riesgo de convertirse en víctimas de trata de seres humanos* (EUROSTAT 2015) señala que la tendencia en los actuales procesos de trata de menores refleja un número cada vez mayor de niños y niñas de corta edad; un aumento del número de niñas provenientes de Nigeria para ser tratadas con fines de explotación sexual; el creciente número de menores no acompañados solicitantes de asilo, así como de menores con discapacidades cognitivas y de desarrollo en riesgo de convertirse en víctimas de trata; y el aumento de niños detectados como víctimas de trata con fines de explotación sexual y laboral.

En este contexto, los principales grupos de riesgo identificados son: los menores que hayan sido víctimas de violencia o abuso en el entorno familiar; los menores en situación de movilidad por un proyecto migratorio; los menores “solos” o los “huérfanos de la migración laboral”; los que hayan sido víctimas de la guerra, crisis y desastres naturales; aquellos que tengan comportamientos de riesgo en internet, y que puedan ser por ejemplo de *grooming*; los menores con discapacidades físicas, de aprendizaje y desarrollo; y por último los niños y niñas de comunidades o barrios marginales.

En España, la trata de menores de edad es aún un fenómeno poco visible. Sin embargo, en los últimos años, la jurisprudencia ha ido poco a poco reflejando esta realidad. En este sentido, aunque el análisis de esta jurisprudencia hace pensar que las resoluciones judiciales adoptadas en España, no reflejan de

manera completa las características ni con la magnitud que -según la policía, las ONGs y otras instituciones que intervienen directamente en los contextos de trata- el fenómeno de la trata de menores está alcanzando en nuestro país, si pone claramente de manifiesto la existencia de estas situaciones concretamente en relación a las adolescentes procedentes de Rumanía para ser explotadas sexualmente en prostitución, que han sido tratadas utilizando diversos sistemas de captación tales como la técnica del *Loverboy* (STS 487/2014, de 4 de febrero de 2014) o la promesa de trabajar como empleada doméstica y previa autorización de su padre expedida ante Notario (STS 1502/2015, de 9 de abril de 2015) y los pequeños menores que nacen y crecen en el entorno de la trata (ATS 5015/2014, de 22 de mayo de 2014) e incluso el de aquellos que no han llegado a nacer pero que se encuentran en una clara situación de riesgo porque sus madres son obligadas, como en la sentencia ATS 9481/2014, de 13 de noviembre de 2014 a prestar servicios sexuales en avanzado estado de gestación.

Entre otros motivos, la razón de esta infra identificación de los casos de trata de personas en la jurisprudencia española se debe fundamentalmente a dos circunstancias. En primer lugar, a la relativamente reciente tipificación del delito de trata de seres humanos, que se encuentra recogido apenas desde 2010 en el 177 bis del Código Penal, en vigor desde el 1 de enero de 2011. Y en segundo lugar a las deficiencias y lagunas existentes entrono a la identificación y protección de las víctimas de este delito.

Partiendo de este contexto, el presente documento tiene por objeto, por un lado, señalar las particularidades del **delito de trata en relación a los menores de edad** y también, brevemente, las recientes modificaciones del Código Penal en relación al artículo 177 bis. Por otro lado, a partir del marco de protección establecido por los instrumentos de la Unión Europea adoptados en materia de trata, este documento aborda la **identificación y protección de las víctimas menores de edad** a raíz de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y de la regulación sobre el acceso de las víctimas a la justicia, concretamente la Ley del estatuto de víctima y su Reglamento.

## 1. El delito de trata y los menores de edad

Como ya se ha indicado **el artículo 177 bis del Código Penal español** ordena los aspectos relativos a la persecución del delito de trata contra los seres humanos. En este sentido, el artículo 177 bis del Código Penal hace referencia a una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo, y que consta de tres fases: el reclutamiento o captación, el transporte o transferencia y la explotación.

El **reclutamiento o captación** supone la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada o movilizada. En esta fase se contempla una amplia gama de medios que pueden resumirse en tres: amenaza o uso de la fuerza, engaño y abuso de la situación de vulnerabilidad. El **transporte** es la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o por un tercero, y no requieren el cruce de una frontera. Por último, el ciclo de la trata de seres humanos se cierra con la **explotación**, y aunque ésta, no integra propiamente dicho el concepto normativo de trata -ya que nos es necesario que llegue a producirse para que el tipo se consume- la finalidad de explotación es la que ha servido para identificar las manifestaciones de la trata y por tanto a sus víctimas: la trata con finalidad de explotación sexual, la trata para la explotación laboral y la trata para el tráfico de órganos.

En el ámbito de la protección de los menores víctimas de la trata, lo primero que hay que señalar es que la definición jurídica internacional de **la trata de una persona menor de dieciocho años es distinta de la trata de adultos ya que requiere sólo un acto (traslado, venta, recepción, etc..)** realizado con el propósito de someterlos a explotación y no es necesario demostrar ningún medio, como el engaño, la coacción o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad (apartado 2 del art. 177 bis CP).

Afortunadamente, contamos ya con algunas resoluciones judiciales que se manifiestan en este sentido (SSTS 2863/2015, de 19 de junio, 191/2015, de 9 de abril, 298/2015, de 13 de mayo y 53/2014, de 4 de febrero):



*“En consecuencia, de acuerdo con la normativa internacional, el párrafo segundo del art 177 bis de nuestro CP dispone que tratándose de menores, la aplicación de este tipo delictivo no requiere necesariamente la utilización de los medios prevenidos en el párrafo primero del precepto”.*

Por último, en relación a **las modificaciones introducidas en el delito de trata con motivo de la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2015** es necesario hacer referencia a los siguientes cambios:

- » En el apartado 1 se introduce la frase *“o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”*.
- » En el mismo apartado 1 se recogen incluyen dos las finalidades más de explotación: *“c) La explotación para realizar actividades delictivas”* y *“e) La celebración de matrimonios forzados”*.
- » Se introduce al final también del apartado 1 una referencia explicativa en la que se especifica que *“una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”*.
- » Por último en el apartado 4, se cambia la redacción de la letra a) (*con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima*) que queda de la siguiente manera: *“se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”*; y en la letra b) se recogen en un solo párrafo las situaciones en las que la pena será superior en grado, esto es cuando *“la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”*.

## 2. Identificación y protección de las víctimas menores de edad

Previo a su identificación las víctimas son detectadas generalmente por las organizaciones y entidades públicas y privadas que intervienen con los grupos en riesgo de trata así como por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Siguiendo la **Guía práctica para la abogacía en materia de detección y defensa de víctimas de trata** de la Fundación Abogacía española (2015), además de los indicios generales para determinar que estamos ante una víctima de trata existen otras circunstancias específicas a tener en cuenta para los supuestos de víctimas de trata menores de edad:

- » Acompañamiento por personas que dicen ser familiares, sin documentación acreditativa o falsa
- » Problemas emocionales: depresión, aislamiento, ansiedad, fobias, sentimientos de culpa.
- » Problemas conductuales: agresiones, consumo de drogas o alcohol, conductas autodestructivas.
- » Indicadores conductuales sexuales: conductas impropias para su edad.
- » Problemas de desarrollo cognitivo: problemas de atención, retraso al hablar, retraimiento.
- » Indicadores físicos: lesiones, desgarros, enfermedades venéreas.
- » Problemas de salud relacionados con el crecimiento: baja estatura, deterioro dental.

### ¿Quién identifica?

Toda vez que una víctima es detectada el siguiente paso sería la identificación formal por la autoridad competente, en este punto la pregunta es ¿quién identifica?

A falta de una definición de víctima de la trata internacionalmente consensuada -ni siquiera el Protocolo de Palermo (A/RES/55/25 (Anexo II), 8 de enero de 2001), el tratado internacional más importante en la materia contiene dicha definición- decidir cuándo una persona individual es una víctima de la trata es un proceso complejo que determina directamente el acceso de las víctimas al sistema de protección. En el caso de los menores de edad

distinguimos tres procedimientos en función de la autoridad encargada de la identificación:

- » **El Ministerio Fiscal** que es la entidad encargada determinar efectivamente la minoría de edad de la víctima de trata detectada y de decidir en caso de duda, si se realizan o no las pruebas de determinación de la edad y de emitir en estos casos un Decreto Motivado del Ministerio Fiscal que certifique la edad del menor (según la LOPJM). Asimismo, la modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia establece que todas las personas que tuvieran noticia de un hecho de trata de seres humanos y explotación de menores habrán de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 13.4. Ley Orgánica 1/1996)
- » **Los jueces** a través de sus resoluciones judiciales en aplicación del artículo 177 bis del Código Penal.
- » **La Unidad Central contra las redes de inmigración y falsedades documentales (UCRIF)** que es la autoridad responsable valorar la existencia de “motivos razonables” para la identificación de una persona como víctima de trata según lo establecido en el artículo 141 del Reglamento de extranjería.

### 3. El sistema de protección de las víctimas en España

Los *principios rectores* del sistema de protección de las víctimas menores de la trata determinados por los instrumentos europeos en materia de trata - la Directiva 2011/36/UE sobre trata como la Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas para víctimas- son:

- » **La evaluación individual de las circunstancias específicas de la víctima** destinada a garantizar asistencia, apoyo y protección a la víctima así como encontrar soluciones duraderas y que se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico español tanto en la Ley del Estatuto de Víctima (art. 23) como en el artículo 30 de su Reglamento de desarrollo en el que se establece el procedimiento de evaluación para determinar las necesidades especiales de protección de las víctimas. En este contexto, es también necesario hacer referencia al sistema general de protección de menores, concretamente a la Declaraciones de situaciones de riesgo y desamparo (arts. 17 y 18 LOPJM).

- » El “**interés superior del menor**” que se ha visto reforzado tras la modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia tiene importantes implicaciones a la hora de valorar la idoneidad de la reagrupación familiar del menor para evitar que caiga de nuevo en las redes de trata (art. 2 LOPJM) y la presunción en caso de duda de la minoría de edad de la persona (art. 12 LOPJM).

En este sentido las *principales implicaciones* de estos dos principios del sistema de protección de las víctimas menores son:

- » **La necesidad de proteger al menor ante el proceso penal** para evitar la victimización secundaria o reiterada del menor, su intimidación y posibles represalias (art. 21 de la Ley del Estatuto de Víctima) y el derecho a recibir un trato especial en las interrogatorios y las audiencias penales, al control de la difusión pública de la información sobre el juicio y, si existe la necesidad de aplazar el enjuiciamiento hasta que el menor alcance la mayoría de edad (art. 26 de la Ley del Estatuto de Víctima).
- » **La asistencia, apoyo y protección a menores no acompañados que incluya entre otras medidas el acceso** a la educación, sanidad y servicios sociales (art. 10.3 LOPJM), y garantizar la documentación del menor (art. 10.4 LOPJM).
- » **Los recursos específicos para víctimas de trata** por razones de protección o de asistencia especializada (art. 146. 2 del Reglamento de Extranjería) así como la aplicación del recientemente introducido sistema de traslado de menores entre Comunidades Autónomas (art. 18.4 LOPJM).
- » **El encontrar soluciones duraderas** que permitan la integración de la víctima en la sociedad de acogida (art. 10 LOPJM) así como optar al retorno voluntario en condiciones seguras así como a una indemnización.
- » **La identificación de menores víctimas de la trata en situación de protección internacional** por “pertenencia a un grupo social determinado” para por ejemplo las menores víctimas de la trata procedentes de Nigeria o para los niños soldados que pueden solicitar protección subsidiaria.

Por último, en el **ámbito de la protección**, el **período de restablecimiento y reflexión** recogido en el artículo 59 bis de la Ley de Extranjería y que también es de aplicación para las víctimas de trata menores de edad. El periodo de restablecimiento y reflexión proporciona a la víctima un plazo de 90 días, prorrogables, durante el cual poder decidir si desean o no cooperar con las autoridades. Durante este periodo la víctima goza de autorización de estancia temporal y las administraciones competentes son las encargadas de velar por su subsistencia y la seguridad. Esta protección se puede extender también a los hijos de la víctima y a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares.



# 09

**La capacidad del menor en el ámbito del tratamiento médico: problemas de autonomía e intimidad**

**Federico de Montalvo Jääskeläinen**

## 1. ¿Por qué cambia la relación médico-paciente, pasándose del paternalismo a la prevalencia de la autonomía?

Para entender cuál es la posición actual que ocupa el menor en relación a un ámbito tan sensible como es el de la decisión acerca de los tratamientos médicos hay que analizar previamente cómo ha evolucionado en las últimas décadas la relación médico-paciente.

La capacidad de decidir de los pacientes respecto del tratamiento médico ha supuesto un cambio sustancial en la relación médico-paciente. Dicho cambio determina que se pase de una relación tradicionalmente basada en el paternalismo médico (todo para el paciente pero sin el paciente) a una relación basada cuasi-absolutamente en la autonomía del paciente. Este cambio no responde a un hecho concreto, sino a una sucesión de hechos con diferentes consecuencias.

Los hechos que han motivado especialmente dicho cambio son:

- a) Los excesos de la investigación médica con seres humanos. Tales excesos no sólo se producen en la etapa del régimen nacionalsocialista, sino también, posteriormente, sobre todo, en los años cincuenta y sesenta, y determinaron que por parte de la propia sociedad científica se proclamara la autonomía del paciente como salvaguarda frente a tales abusos por los que se había investigado en sujetos que ni habían prestado su autorización ni, en muchos casos, tenían capacidad para ello (experimentos con menores en orfanatos, deficientes mentales, vagabundos, personas de color, ...).

El horror que trascendió temporalmente, como decimos, a la experiencia nacionalsocialista, tuvo como reacción en la Ética y el Derecho la proclamación del principio de autonomía de voluntad del paciente y la aparición de la figura que vendrá a garantizar dicha autonomía, el con-



sentimiento informado. La convicción fue, a partir de ese momento, que ninguna investigación podía ya llevarse a cabo en un sujeto sin haber recabado del mismo, previa información completa, su autorización expresa y por escrito. El consentimiento informado aparece, pues, inicialmente, no en la relación médico-paciente, sino en la relación investigador-sujeto.

- b) La judicialización de la medicina y su consecuencia inmediata, la denominada medicina defensiva. El consentimiento informado constituye una respuesta al fenómeno emergente de los procesos judiciales contra los médicos por errores en la asistencia a los pacientes. El consentimiento informado no nace como mero instrumento de garantía de los derechos de los pacientes, sino también como garantía del médico para el ejercicio de su profesión con menos riesgos legales. Es una respuesta más a la judicialización que empieza a imperar en todas las sociedades del primer mundo a finales del siglo XX.

A medida que las reclamaciones por responsabilidad médica aumentan, los médicos comienzan a reclamar procedimientos jurídicos que aseguren sus actuaciones. La relación entre consentimiento informado y responsabilidad médica es evidente. El consentimiento informado sirve, prioritariamente, para desestimar las demandas por responsabilidad civil profesional presentadas contra los médicos y hospitales.

Una vez proclamado el consentimiento informado al amparo, primero de los procesos judiciales contra médicos, y después a través de normas aprobadas por el Parlamento, se ha ido extendiéndose a todas las esferas de la relación médico-paciente y, entre estas, recientemente, a la relación médico-menor. Incluso, dentro de esta relación se ha creado el concepto de menor maduro en el ámbito sanitario que, como nos recuerda algún autor, es también fruto de la medicina defensiva. El término menor maduro aparece en Estados Unidos durante la década de los 70 como reacción a las demandas de los padres frente a los médicos que atendían a sus hijos sin su consentimiento.

## 2. ¿Cuándo comienza a cobrar protagonismo el menor en la relación médico-paciente?

La primera regulación de los derechos de los pacientes con carácter general es la recogida en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 (Ley 14/1986). Así, su apartado 6 dispone que los pacientes tienen derecho *“a la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”*, recogiendo el apartado 9 el derecho *“a negarse al tratamiento”*.

Sin embargo, dicho artículo 10 nada dispone respecto de los menores en el ámbito sanitario. La única previsión contenida en dicho artículo 10 que pudiera resultar de aplicación a la posición jurídica del menor aparecía en su apartado 6, al establecer que *“cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas”*. Es decir, la posición del menor quedaría enmarcada dentro de las excepciones al principio general de libre elección del tratamiento y sometida al consentimiento por representación, o lo que es lo mismo, consentimiento y por tanto autorización del tratamiento por parte de los representantes del menor, habitualmente, sus padres.

La primera norma que curiosamente recoge una previsión específica sobre la posición del menor en el ámbito sanitario será una norma sobre investigación clínica. Así, el Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos recoge por primera vez el estatus jurídico del menor en el ámbito sanitario. Se consagra por primera vez un derecho del menor en el ámbito sanitario: el derecho del menor de doce o más años a ser informado acerca del ensayo clínico y a prestar su consentimiento conjuntamente con sus representantes legales. Se consagra, por tanto, el derecho del menor a ser escuchado.

También, debemos citar, como precedente, aunque carezca de verdadero valor normativo, el Acuerdo del Consejo Interterritorial sobre Consentimiento Informado, adoptado en su sesión plenaria de 6 de noviembre de 1995. En

el apartado 3.4, párrafo último, de dicho documento se dispone que *“el consentimiento informado debe ser firmado por los menores cuando, a juicio facultativo, reúnan las condiciones de madurez suficientes para otorgarlo, de conformidad con lo previsto en el artículo 162.1 CC”*.

El Código de Ética y Deontología Médica aprobado por la Organización Médico Colegial en 1999 (ya sustituido por el actual Código de 2011) contenía algunas previsiones acerca del menor. Así, en su artículo 10.6 disponía que *“la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y de su grado de madurez”*, añadiendo el artículo 10.5 que *“si el enfermo no estuviera en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad... y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”*.

Por último, debemos mencionar el Convenio sobre Derechos Humanos y Bio-medicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1996, más conocido como Convenio de Oviedo, el cual recoge una previsión acerca del menor. El artículo 6.2 dispone que *“cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o institución designada por la ley”*. Sin embargo, a continuación, añade lo siguiente: *“La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”*.

En definitiva, a partir de los años noventa se produce ya una tímida regulación en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos del menor en el ámbito sanitario, proclamándose, aunque restringido inicialmente al ámbito de la investigación clínica, el derecho del menor de doce o más años a ser escuchado y a completar el consentimiento informado que han de prestar sus representantes legales. Y, a partir de la incorporación mediante su ratificación del Convenio de Oviedo al ordenamiento interno, había que entender que el menor debiera ya de ostentar un estatus específico en el ámbito de las decisiones sanitarias.

### 3. ¿Cuándo se le atribuye capacidad al menor para decidir en relación al tratamiento médico?

No será hasta la Ley 41/2002, de autonomía del paciente cuando encontremos una regulación completa de la posición y capacidad del menor en relación a la autorización o rechazo del tratamiento médico. La Ley aborda por primera vez los problemas que presenta la autonomía de voluntad del paciente menor de edad, señalando en el art. 9 que *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”*.

Así pues, el menor dispondrá de dos derechos en relación al tratamiento médico: el derecho a ser escuchado cuando tenga doce o más años y el derecho a decidir acerca del tratamiento médico a partir de los dieciséis años de edad.

Sin embargo, el propio artículo 9 viene a limitar la capacidad de obrar del menor de dieciséis o más años al establecer una serie de excepciones al régimen general:

En primer lugar, el artículo 9.3 in fine dispone que “Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”. Así pues, del tenor de la norma se deduce, aunque con algunos problemas de interpretación, que será el médico el que adopta la decisión cuando se trate de una actuación de grave riesgo, tomando en consideración de los padres y del menor.

En segundo lugar, se establecen tres supuestos en los que se exigirá el régimen de la mayoría de edad a los dieciocho años, de manera que el menor de dieciséis o más no podrá decidir: ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida y emisión del documento de instrucciones previas (en la redacción original del citado artículo 9 se incluía también la interrupción voluntaria del embarazo aunque dicho límite fue eliminado por la Ley Orgánica 2/2010 para aquellos casos en los que el médico apreciara un grave conflicto entre el menor y sus padres de manera que la práctica de la interrupción podía llevarse a cabo sin informar ni recabar la opinión de éstos.

#### **4. ¿Mantiene este régimen la reforma del artículo 9 llevada a cabo en 2015?**

La reforma de 2015 provoca varios cambios relevantes en la regulación de la capacidad de obrar del menor en relación al tratamiento médico:

En primer lugar, la reforma suprime el criterio de los doce años de edad. En su nueva redacción el artículo 9 dispone que “3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos”, estableciendo en lo que se refiere al menor el siguiente: “c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Así pues, el menor debe ser escuchado siempre y ya no sólo a partir de los doce años de edad, aunque obviamente ese deber puede modularse en función de la edad del menor.

En segundo lugar, la excepción al régimen general de la capacidad de obrar del menor de dieciséis o más años, se redacta de manera diferente. Así, ahora se vendrá a disponer que “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”. De este modo, la decisión recaerá no ya en el profesional, sino en los padres, aunque debiendo escucharse al menor.

#### **5. ¿Puede considerarse que un menor que no ha alcanzado los dieciséis años goza de capacidad para decidir sobre el tratamiento, es decir, adopta la reforma un criterio objetivo (basado en la edad) o subjetivo (basado en la verdadera madurez del menor)?**

Este es uno de los principales problemas que presenta la reforma en los términos en los que aparece redactada la misma. Así, si de la lectura del artículo 9.4 pudiera sostenerse que el criterio es objetivo, basado en la edad, de manera que el menor dispondrá de capacidad de obrar a partir de los dieciséis años de edad, tanto del apartado anterior del mismo artículo 9 como del propio Preámbulo de la Ley se deduce lo contrario. El apartado 3 dispone, literalmente, como acabamos de ver que “Cuando el paciente menor de edad

no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, lo que informa a favor de un criterio de madurez real y no tanto de edad, pese a que a continuación el legislador opte por incluir una edad concreta de referencia, los dieciséis años.

Por otro lado, el Preámbulo de la Ley dispone que “La Ley de la Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal.”

Así pues, una interpretación *in toto* de la norma permitiría mantener que la reforma incorpora un criterio mixto, objetivo con una edad de referencia, los dieciséis años de edad, y un criterio subjetivo para aquellos casos en los que se apreciara que el menor, pese a no haber cumplido los dieciséis años, es capaz intelectual y emocionalmente de comprender la intervención.

## **6. ¿Cuáles son los límites al consentimiento por representación?**

La reforma le da también una nueva redacción al régimen del consentimiento por representación en lo que se refiere a los límites del mismo. Así, el nuevo apartado 6 de la Ley dispone que “6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”.

Así pues, el consentimiento por representación sólo puede ejercerse en beneficio del representado, el menor, atendiendo cuál es la mejor decisión para preservar su vida o salud. Por ello, el mismo apartado 6 dispone a continuación que “Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

El médico, por tanto, podrá adoptar una medida en salvaguarda de la vida o salud del menor, aún en contra de la voluntad de los padres y sin necesidad de autorización judicial, cuando por razones de urgencia no hubiera tiempo para recabar ésta.

La reforma incorpora con esta redacción lo que dispone la ya citada Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado.

Por otro lado, el siguiente apartado 7 añade, en mayor garantía de protección del menor, que “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”.

## **7. ¿Goza el menor de intimidad en el ámbito sanitario de manera que pueda excluir a sus padres y representantes del acceso a los datos contenidos en la historia clínica?**

Otro de los conflictos que plantea el menor en el ámbito sanitario es el de la confidencialidad de sus datos contenidos en la historia clínica frente a terceros, sobre todo, frente a sus padres y representantes. Ni el artículo 10 de la Ley General de Sanidad ni la Ley de autonomía del paciente contienen ninguna disposición al respecto. Esta última Ley regula la capacidad del menor para autorizar o rechazar el tratamiento pero no aborda los problemas derivados de la confidencialidad de los datos sanitarios del menor. Tampoco la reforma dice nada al respecto.

Interesante es la postura que a este respecto sostuvo la Agencia Española de Protección de Datos en relación a la facultad de acceso de los padres a los historiales clínicos de sus hijos en su Informe 409/2004, en respuesta a una consulta acerca de una menor de diecisiete años. La Agencia considera que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación del titular de la patria potestad, dado que precisamente estos actos se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1º CC. Sin embargo, la misma Agencia señala, a continuación, que respecto de los restantes menores de edad, no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en

el artículo 162 1º CC, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez.

Sin embargo, la AEPD parece cambiar de criterio pocos años después, en su Informe Jurídico 114/2008, en relación a una consulta que planteaba si puede comunicar a los padres de los mayores de catorce años los resultados de un chequeo médico. Así, la AEPD en términos contradictorios a lo dicho en 2004 vendrá a señalar ahora que “disponer de la información sanitaria de sus hijos es fundamental para poder velar adecuadamente por la salud de los mismos”, por lo que se entiende que “el CC habilita la cesión de la información sanitaria a quienes ostenten la patria potestad”. Este criterio se reitera en sus recientes Informes 222/2014 y 339/2015.

## **8. Conclusiones**

1. La nueva regulación de los derechos de los pacientes aprobada en nuestro país a partir del siglo XXI ha tenido como protagonista singular al menor de edad. Así, de una situación previa de falta de regulación de la capacidad de obrar del menor en el ámbito sanitario hemos pasado a un marco en el que existe ya un régimen jurídico específico de dicha capacidad de obrar y que se contiene principalmente en la Ley de autonomía del paciente.
2. Este régimen jurídico ha sido recientemente reformado, de manera que ya no se establece una edad de referencia en la que el menor debe ser escuchado, manteniéndose tan sólo para determinar cuándo el menor tiene capacidad para decidir sobre el tratamiento médico, a los dieciséis años de edad.
3. La reforma mantiene el criterio objetivo de la capacidad que se basa esencialmente en la edad, aunque también parece incorporar un criterio subjetivo basado en la madurez real, según se deduce tanto del apartado 3 del artículo 9 como del Preámbulo.



4. El régimen general de capacidad a los dieciséis años queda matizado con una serie de excepciones en las que se seguirá el criterio general de mayoría de edad (dieciocho años) y que atienden a la naturaleza y/o gravedad del acto médico.
5. La Ley de autonomía no regula la confidencialidad de los datos clínicos del menor, aunque la AEPD mantiene en sus últimos Informes que los padres pueden ser informados de los datos sanitarios de sus hijos menores, cuando tal información sea fundamental para poder velar adecuadamente por la salud de los mismos.



# 10

**Modificaciones de la legislación  
sobre protección a la infancia y a la  
adolescencia en materia de seguridad social**

**Dolores Carrillo Márquez**

La LMSPIA, fruto de las enmiendas del Senado, incorpora diversas modificaciones en materia de Seguridad Social.

Estas modificaciones implican cambios normativos tanto en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 entonces vigente (en adelante TRLGSS 1994)–ahora Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de octubre de 2015- (en adelante TRLGSS 2015), como en Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, R.D. Legislativo 670/1987, de 30 de abril; en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la Ley de Dependencia, Ley 39/2006, y, finalmente, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción social.

Las modificaciones en materia de Seguridad Social tienen por objeto, fundamentalmente modificar el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia en los casos de violencia de género y, además, se incorporan incentivos a la contratación de víctimas de trata de seres humanos mediante la bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social, y se introducen modificaciones en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia para determinar el carácter inembargable de las prestaciones establecidas en la misma.

## **1. Cambios en el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia**

En la disposición final décima de la nueva Ley de protección a la infancia y la adolescencia, se modifica el TRLGSS -artículo 179 y en la disposición final octava TRLGSS 1994-, para privar de la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia a quienes hayan sido condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima sea el causante de la prestación.

Estas nuevas previsiones en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social viene a continuar las modificaciones iniciadas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que, en el apartado 1 de la disposición adicional primera, establecía la pérdida de la pensión de viudedad para quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

a) *Impedimento para acceder a la pensión*: ahora se procede a incluir el impedimento en la misma Ley General de Seguridad Social y a hacerlo el articulado de aplicación directa a las prestaciones de muerte y supervivencia, arts. 176 y ss. TRLGSS 1994 (arts. 231 y ss. TRLGSS 2015). No obstante, los cambios que se incorporan dan un paso más y vienen a dar respuesta la necesidad de proteger al menor durante la tramitación del procedimiento penal y a la espera de la sentencia firme, al establecerse un procedimiento de suspensión cautelar de la pensión de viudedad y, en su caso, el incremento de la pensión de orfandad, en aquellos casos en los que aún no hay sentencia firme pero sí indicios claros de criminalidad.

Para ello, se añade, en primer lugar, un nuevo artículo 179 ter al TRLGSS 1994 (art. 231 TRLGSS 2015) para establecer el llamado “*Impedimento para ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia*”, con la siguiente redacción:

“Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no podrá tener la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia que hubieran podido corresponderle, quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación”.

b) *Revisión de oficio y suspensión cautelar*: desde el punto de vista del procedimiento a seguir, en el art. 179 ter TRLGSS 1994 (ahora 231.2 TRLGSS 2015), se establece un procedimiento de revisión por parte de Entidad Gestora del reconocimiento de las prestaciones de muerte y supervivencia: ahora el INSS podrá revisar, por sí mismo y en cualquier momento, la resolución por la cual hubiera reconocido el derecho a una prestación de muerte y supervivencia a quien fuera condenado por sentencia firme de matar al causante, viniendo el mismo obligado a devolver las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto.

A fin de permitir esta revisión de los actos de reconocimiento de derechos por parte del INSS, se modifica también la Ley Reguladora de la jurisdicción Social, en su art. 146.2, para permitir la revisión de los actos declarativos de Derecho por parte de la Administración de la Seguridad Social.

En el acuerdo de inicio del procedimiento de revisión del reconocimiento de la prestación se acordará, en el caso de que no se haya determinado antes,

la suspensión cautelar del percibo de la prestación hasta la resolución firme que ponga fin a dicho procedimiento. Esta decisión por parte de la Entidad Gestora de suspender cautelarmente el abono de las prestaciones de muerte y supervivencia se realizará cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado es responsable de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, si la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, con efectos del día primero del mes siguiente a aquel en que le sea comunicada tal circunstancia. Podemos entender que esta resolución judicial de la que se deriven indicios de criminalidad podría ser el auto de procesamiento en el proceso ordinario por delitos graves (art. 384 y 384 bis LECrim).

Esta suspensión cautelar se mantendrá hasta que recaiga sentencia firme u otra resolución firme que ponga fin al procedimiento penal, o determine la no culpabilidad del beneficiario.

Si el beneficiario de la prestación fuera finalmente condenado por sentencia firme por la comisión del indicado delito, el INSS procederá la revisión del reconocimiento y, en caso de haberse ya beneficiado de parte de la prestación, se determinará el reintegro de las prestaciones percibidas, de acuerdo con lo previsto en el art. 232.1 TRLGSS 2015.

En cambio, cuando recaiga sentencia absolutoria o resolución judicial firme que declare la no culpabilidad del beneficiario, se rehabilitará al beneficiario en el pago de la prestación suspendida con los efectos que hubieran procedido de no haberse acordado la suspensión, una vez descontadas, en su caso, las cantidades satisfechas en concepto de obligación de alimentos.

Podría sin embargo ocurrir que recaiga sentencia absolutoria en primera instancia y esta fuera recurrida: en ese caso la suspensión cautelar se alzaría hasta la resolución del recurso por sentencia firme. En este caso, si la sentencia firme recaída en el recurso fuese también absolutoria, se abonarán al beneficiario las prestaciones dejadas de percibir desde que se acordó la suspensión cautelar hasta que se alzó esta, con descuento de las cantidades que, en su caso, se hubieran satisfecho a terceros en concepto de obligación de alimentos. En cambio, si la sentencia firme recaída en el recurso resultara condenatoria, la Entidad Gestora procederá a la revisión del reconocimiento de la prestación así como a la devolución de las prestaciones percibidas por el condenado, incluidas las correspondientes al período en que estuvo alzada la suspensión.

A fin de salvaguardar tanto a los huérfanos como al resto de familiares que dependieran económicamente del fallecido -a excepción del presunto homicida- durante la suspensión del pago de una pensión de viudedad se podrán hacer efectivas con cargo a la misma las obligaciones de alimentos a favor de los titulares de pensión de orfandad o en favor de familiares causada por la víctima del delito.

Esta obligación de alimentos se abonará hasta el límite del importe de la pensión que le hubiera correspondido al beneficiario y siempre que dichos titulares, huérfanos o familiares, hubieran de ser beneficiarios de los incrementos establecidos en el artículo 179 quinquies TRLGSS 1994 (art. 232.3 TRLGSS 2015) si finalmente recayera sentencia firme condenatoria, como a continuación tendremos ocasión de analizar. La cantidad a percibir en concepto de alimentos por cada uno de los pensionistas de orfandad o en favor de familiares no podrá superar el importe que, en cada momento, le hubiera correspondido por dicho incremento.

c) *Incremento de las prestaciones de huérfanos y otros familiares:* junto al impedimento y la suspensión cautelar, se establece un incremento de las prestaciones a recibir por los huérfanos y otros familiares a cargo del causante fallecido por homicidio y sus a manos del beneficiario de la pensión de viudedad (art.232.3 TRLGSS 2015) en los siguientes supuestos:

- » Cuando el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.
- » Los titulares de la pensión en favor de familiares podrán, en esos mismos supuestos, ser beneficiarios del incremento previsto reglamentariamente, siempre y cuando no haya otras personas con derecho a pensión de muerte y supervivencia causada por la víctima.

Los efectos económicos de estos incrementos se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad o en favor de familiares, cuando no se hubiera reconocido previamente la pensión de viudedad a quien resulte condenado por sentencia firme. Si no fuera así, los efectos económicos se iniciarán a partir de la fecha en que hubiera cesado el pago de la pensión de viudedad, como consecuencia de la revisión de su

reconocimiento por la Entidad gestora o, en su caso, a partir de la fecha de la suspensión cautelar, de conformidad con lo establecido en el artículo 233.2 TRLGSS 2015.

En todo caso, el abono del incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares por los períodos en que el condenado hubiera percibido la pensión de viudedad sólo podrá llevarse a cabo una vez que este haga efectivo su reintegro, sin que la Entidad Gestora, de no producirse el reintegro, sea responsable subsidiaria ni solidaria del abono al pensionista de orfandad o en favor de familiares del incremento señalado, ni venga obligada a su anticipo.

De las cantidades que correspondan en concepto de incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares se descontará, en su caso, el importe que por alimentos hubiera percibido su beneficiario a cargo de la pensión de viudedad suspendida (233.2 TRLGSS 2015).

d) *Abono de las pensiones de orfandad en los nuevos supuestos* (art. 234 TRLGSS 2015): las pensiones de orfandad en los supuestos de delito doloso de homicidio no pueden ser abonadas a la persona condenada.

En estos supuestos será la Entidad Gestora quien pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de la pensión de orfandad, así como la existencia de una resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el progenitor es responsable de un delito doloso de homicidio para que inste la adopción de las medidas oportunas en relación con la persona física o institución tutelar del menor o persona con capacidad judicialmente modificada a las que debe abonarse la pensión de orfandad. También corresponde a la Entidad Gestora comunicar al Ministerio Fiscal la resolución por la que se ponga fin al proceso y la firmeza o no de la resolución judicial en que se acuerde.

e) *El impedimento en la Ley de Clases Pasivas*: para incorporar el impedimento en el acceso a las prestaciones en los supuestos de violencia de género en el régimen de Clases Pasivas del Estado, se introducen modificaciones en el R.D. Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a fin de establecer, con claro paralelismo a lo ya analizado: la privación de las prestaciones de muerte y supervivencia a quien hubiera cometido un delito doloso de homicidio contra el causante de dicha prestación, así como el procedimiento a seguir, la revisión de oficio del reconocimiento de las prestaciones, la suspensión cautelar y el incremento de las prestaciones en favor de familiares. Todas ellas se recogen en los artículos 37 bis, ter, quater del Real Decreto Legislativo 670/1987.



## 2. Incentivos a la contratación

Se introduce un nuevo apartado 4 ter en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, en virtud de la cual los empleadores que contraten indefinidamente a víctimas de trata de seres humanos, y que hayan obtenido la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por cada trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 2 años.

En el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vida del contrato.

## 3. Modificaciones en la Ley de Dependencia

En la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia, se añade un nuevo apartado 8 al artículo 14 con la siguiente redacción: “*Las prestaciones económicas establecidas en virtud de esta Ley son inembargables, salvo para el supuesto previsto en el artículo 608 de la LEC*”, esto es, sólo cabe embargarla para satisfacer la ejecución por condena al pago de alimentos en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos.



# anexos

(haga click en los siguientes botones para ver la legislación)



**Ley Orgánica 1/1996**



**Código civil**



**Ley de Adopción Internacional**



**Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil**

**Edita:**

Defensor del Pueblo Andaluz

C/ Reyes Católicos, 21

41001 Sevilla

Teléfono: 954 21 21 21 Fax: 954 21 44 97

<http://www.defensor-and.es>

[defensor@defensor-and.es](mailto:defensor@defensor-and.es)

Esta publicación esta sujeta a una licencia Reconocimiento – Compartir Igual 4.0 de Creative Commons.

La licencia completa se puede consultar en la siguiente dirección:

[http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es\\_ES](http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es_ES)



**Depósito Legal:** SE 1037-2016

**Diseño y maquetación:** artefacto.net

**Impresión:** Escandón Impresores



