



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**LA PROTECCIÓN E
INTERNAMIENTO DEL MENOR
CON TRASTORNO DE CONDUCTA
EN CENTROS ESPECÍFICOS**

Alumno: Santiago Guzmán Díaz

Julio. 2019.

RESUMEN

Los menores de edad son sujetos vulnerables que necesitan protección, ya que se encuentran en una edad en la que es imprescindible su eficiente desarrollo humano en todos los ámbitos vitales. En los últimos años ha habido un auge de menores con comportamientos disruptivos que no respetan derechos ajenos, normas o reglas sociales; los menores con trastornos de conducta. Esto, unido a las inmensas lagunas estatales en cuanto a dichos sujetos, ha provocado que el legislador amplíe la protección del menor a partir de las Leyes 8/2015 y 26/2015, las cuales han garantizado muchos derechos a estos sujetos, adaptando nuestra antigua ley a la Ley Internacional actual, e introduciendo y regulando un tipo de centro de protección especial destinado a menores con problemas de comportamiento: el internamiento en centros específicos de menores con problemas de conducta.

ABSTRACT

Children are vulnerable subjects who need protection, and that is because they are at an age when their efficient human development is essential in all vital areas. In recent years there has been a boom of children with disruptive behaviors that do not respect the rights of others, norms or social rules; children with behavioral disorders. This, fact, united with the immense state gaps regarding these subjects, has caused the legislator to extend the protection of minors from Laws 8/2015 and 26/2015, which have guaranteed many rights to these subjects, adapting our old law to the current International Law, and introducing and regulating a type of special protection center for minors with behavioral problems: placement in specific centers for minors with behavioral problems.

Palabras clave / Keywords: *protección del menor, trastorno de conducta, centros específicos.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO PRIMERO: SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	4
1. Razones que justifican la protección del menor: la limitada capacidad de autogobierno y la insuficiente madurez	4
2. Protección progresiva del menor en la jurisdicción española	6
2.1 Protección de los menores y familia en la Constitución de 1978.....	7
2.2 Ley Orgánica de protección jurídica del menor.....	8
2.3 El gran cambio legislativo	9
2.3.1 Carencias legislativas previas	10
2.3.2 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio	11
2.3.3 Ley 26/2015, de 28 de julio	13
2.4 El nuevo artículo 154 del código civil como fundamento de los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta	15
3. Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres	16
3.1 Regulación de los deberes de los hijos	16
3.2 Derecho de corrección de los padres.....	17
3.2.1 Eliminación formal del derecho de corrección en el Código Civil	18
3.2.2 Derecho de corrección de los progenitores	19
4. El fundamento de la privación de libertad: la vigilancia educativa	20
4.1 Vigilancia educativa	22

CAPÍTULO SEGUNDO: SOBRE EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA 24

1. Los menores con trastorno de conducta.....	24
1.1 El concepto de trastorno de conducta.....	24
1.2 Clasificación de trastornos de conducta	25
2. Concepto de acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta	26
3. Perfil del menor	29
3.1 Interpretación de la palabra “diagnóstico”	30
3.2 Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: El riesgo propio o de terceros	33
3.3 La necesidad de protección.....	34
3.4 El principio de subsidiariedad.....	34
3.4.1 Delimitación del “riesgo para terceros”	35
3.5 La franja de edad.....	37
4. El centro específico.....	37
4.1 Caracteres generales	37
4.2 La cuestión de los centros privados	38
5. Procedimiento de ingreso y vías para solicitar el acogimiento residencial del menor con problemas de conducta en un centro específico.....	40
5.1 Legitimación activa	40
5.2 La tutela ex lege de la Entidad Pública	41
5.3 La guarda voluntaria del artículo 172 bis CC	43
6. Medidas de seguridad	44

6.1 Medidas de contención.....	44
6.2 Medida de aislamiento	46
6.3 Registros personales y materiales	47
7. Otros aspectos novedosos de la Circular 2/2016.....	47
8. Situación actual	49
8.1 Atención a menores por parte de padres, tutores y profesionales.....	51
CONCLUSIONES	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- American Psychiatric Association: APA.
- Artículo: Art.
- Asociación Estatal de Acogimiento Familiar: ASEAF.
- Boletín Oficial del Estado: BOE.
- Código Civil: CC.
- Comisiones Obreras: CCOO.
- Comunidades Autónomas: CCAA.
- Constitución Española: CE.
- Diagnostic and Statistic Manual: DSM.
- Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders: DSM-IV.
- Fiscalía General del Estado: FGE.
- Ley Orgánica: LO.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: LOPJM.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: LEC.
- Menores Extranjeros No Acompañados: MENA.
- Organización Médica Colegial: OMC
- Real Academia Española: RAE.
- Sentencia de la Audiencia Provincial: SAP.
- Sindicato Unión General de Trabajadores: UGT
- Trastorno por Déficit y Atención e Hiperactividad: TDAH

INTRODUCCIÓN

Los menores de edad son un sector de población que poseen una capacidad limitada, y, debido a esto, la regulación de sus derechos y deberes a lo largo del tiempo ha sido diferente por carecer de capacidad completa.

Hoy en día, existe un auge respecto a menores demandantes de ayuda debido a carencias afectivas, trastornos de conducta, desamparo, u otras circunstancias que, en su entorno familiar, les imposibilitan el eficiente desarrollo en los distintos ámbitos vitales, como el social, el educativo o el laboral. Por tanto, existen niños y niñas que, en su infancia y adolescencia, necesitan ayuda para facilitarles su integración social y su desarrollo humano y afectivo.

Ante esto, se expondrá como a lo largo de los últimos años, el regulador estatal ha ido preocupándose seriamente de la esfera del menor, desde su consagración e inclusión en el artículo 39 de la Constitución Española, hasta el desarrollo de sus derechos originariamente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, conforme pasaban los años, la cantidad de menores con problemas de conducta también aumentaba, lo que, a su vez, dejaba ver el gran vacío legal presente estatalmente en el plano de la protección jurídica del menor.

El legislador estatal, ante esta situación, ha ido intentando completar sus lagunas a partir de diversas leyes, entre las que destacan la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Para ello, se ha preocupado por establecer mecanismos y pautas que permitan a los menores su reintegración social y familiar.

Esto lo ha realizado estableciendo, por una parte, ciertas potestades como mirar siempre hacia el interés superior del menor y el deber de oír a este último, y, por otra, el deber de examen a los menores según sus circunstancias en busca de efectuar una idónea medida para invisibilizar la situación en conflicto del menor.

Pero, el aspecto más novedoso de estas leyes publicadas en 2015 es la inclusión en la legislación estatal de un tipo de centro de acogimiento especial de menores: los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Por su parte, el legislador ha

aportado grandes anotaciones en cuanto a estos centros a partir de las leyes anteriormente mencionadas, y la Circular 2/2016.

No obstante, y a pesar de la ampliación de regulación en este tema, siguen surgiendo lagunas y cuestiones a la vez que aparecen más trastornos de conducta en menores, por lo que las Comunidades Autónomas, a través de regulaciones autonómicas, intentan disipar estas dudas y concretar ciertos aspectos; pero esto provoca ciertos contrastes entre distintas autonomías. Por tanto, España necesita que esa ampliación y concreción progresiva de la legislación española, en cuanto a la protección de menores y su internamiento en centros especiales para problemas de conducta, siga su curso y se complete.

Para situar al lector en este ámbito, este trabajo constará de dos capítulos. El primero tratará de explicar por qué el menor necesita ser protegido, debido a su inmadurez y falta de autogobierno; y, en contraste, las leyes y distintas regulaciones que posee el ordenamiento jurídico para revestir a los menores, en su infancia y adolescencia, de derechos y deberes. Una vez comentada las bases en las que se cimenta el menor y su protección, el segundo capítulo tratará de exponer la situación actual de los nuevos centros específicos dirigidos a menores con problemas de conducta, introducidos en las Leyes 8/2015 y 26/2015, y cual es su funcionamiento.

CAPÍTULO PRIMERO: SOBRE LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Razones que justifican la protección del menor: la limitada capacidad de autogobierno y la insuficiente madurez

Hay que partir de que la capacidad jurídica se consagra como la aptitud para ser titular de obligaciones y derechos. Esta capacidad va conectada a la personalidad, lo que implica que todos y todas somos sujetos con capacidad jurídica. Sin embargo, no todos los sujetos podemos llevar a la práctica dichos derechos de la misma forma. En relación a la capacidad jurídica, también aparece la de obrar, que decide la eficacia de lo realizado por el sujeto en cuestión y se vincula a las condiciones que se deben cumplir para poder realizar dichos derechos por uno mismo¹.

Esta capacidad de obrar puede ser completa, acontecimiento que, normalmente ocurre cuando el sujeto es mayor de edad no incapacitado de forma legal, y en este caso, este último podría hacer cualquier acto civil, menos las excepciones expresas. Concretamente en España, la edad mínima para alcanzar la mayoría de edad, se impone, a partir del art. 12 de la Constitución, un mínimo de dieciocho años cumplidos. Sin embargo, dicha capacidad, puede aparecer limitada por diversas razones, siendo la que incumbe el hecho de ser menor de edad. Estos sujetos necesitarán, debido a dicho defecto en la capacidad de obrar, de patria potestad o tutela para lograr eficacia jurídica en sus actos.

Resalta un aspecto en cuanto a dicha patria potestad de los progenitores hacia los hijos, los derechos de la personalidad. Según el art. 162 CC, los menores no necesitarán de representación de sus padres o tutores para el ejercicio de los derechos de este ámbito, siempre que las condiciones de madurez lo aconsejen. Esto va en coherencia con la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, donde uno de los objetivos consiste en promocionar la

¹ Nicolás Jiménez, P. y Romeo Malanda, S. (2009). “El régimen jurídico de la minoría de edad.” *Instituto Roche, Legal y bioética*. Publicado el 10/08/2009. Disponible on line: www.institutoroche.es/legalnaciones/6/vi_el_regimen_juridico_de_la_minoria_de_edad. Fecha de consulta: 16/03/2019.

autonomía del menor, a partir del completo reconocimiento de la titularidad de sus derechos y la puesta en práctica progresiva de estos.

Sin embargo, la capacidad se establecerá atendiendo al caso concreto. El ordenamiento civil, actualmente, reconoce la capacidad mínima de discernimiento, tanto para el ámbito tutelar como para el familiar, a partir de los catorce años. Contra esto, se puede probar lo contrario en cuanto a la inmadurez del menor de edad, aunque tenga edad mayor a la mínima establecida, o la supuesta madurez, en el caso de tener una edad inferior a los catorce años². La cuestión aparece en cuanto a la medición de la capacidad de discernimiento, pues se puede poseer a la hora de realizar algunas acciones, pero no en la realización de otras, y esto es provocado por las variaciones en cuanto a la naturaleza y el efecto del acto que corresponda.

Este último comentario no impide que los progenitores no deban proporcionarles la asistencia que necesiten, ya que el art. 39 CE expresa que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Las reformas que han aparecido legalmente han apuntado que la capacidad natural de autogobierno y el hecho de poder actuar con eficacia jurídica dependen mutuamente. Esto es consecuencia del reconocimiento en aumento de autonomía al menor, que se ha plasmado en el Derecho español por medio de numerosas reformas tanto en el ámbito autonómico como el estatal, y que se han aprobado, principalmente, en el ámbito de la persona y la familia³. Todo esto, se consigue por medio del recurso directo en cuanto a su madurez o proporcionando ciertas capacidades de obrar. El Código Civil incluye especificaciones en cuanto a capacidades de obrar especiales, según una edad específica y el nivel de madurez, y ello tanto en el campo personal, como actos referidos a derechos de personalidad (162.2 CC); como en el patrimonial, otorgando testamento desde los catorce años, exceptuando el ológrafo (arts. 663.1 y 688.1 CC).

² Pérez-Baro, M. J. (2015). “Lo que los menores pueden hacer legalmente a partir de los 14 años.” *ABC, Familia, Padres e hijos*. Publicación: 20/09/2015. Disponible on line: www.abc.es/familia-padres-hijos/20150930/abci-capacidad-obrar-201509291938.html. Fecha de consulta: 08/05/2019.

³ Parra Lucán, M.A. (2012). *Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia, en Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Consejo General del Notariado, Madrid. Pp. 97-457.

Poco a poco, la medición del grado de capacidad de obrar del menor se aleja de la mayoría de edad, apoyándose en criterios de madurez, y, por tanto, la función de los progenitores también se va distanciando de la representación legal. Este objetivo se conseguiría analizando correctamente la autonomía del menor; concretamente, su madurez cognitiva y emocional, su edad, la naturaleza de la acción vulneradora de sus intereses, y la importancia de los derechos y bienes concretos⁴.

Siguiendo lo dispuesto en la STS I 1ª de 14 de julio de 2004 del recurso de casación, nº 584/2000, desde la perspectiva médica, el autogobierno engloba tres dimensiones: la dimensión patrimonial, referida a la independencia y autonomía en la actividad socioeconómica; la interpersonal y adaptativa, que se entiende como la capacidad para poder afrontar problemas cotidianos del modo esperado teniendo en cuenta el contexto sociocultural y la edad; y, por último, la personal, referida al desplazamiento por su entorno y el mantenimiento autónomo en cuanto a las necesidades físicas primarias, como el higiene o la alimentación⁵.

En definitiva, partiendo de la posible inmadurez e incapacidad de autogobierno del menor, el ordenamiento jurídico intenta amoldarse buscando la mayor autonomía y protección del menor según el caso concreto, por lo que habrá que estudiar exhaustivamente dicha autonomía con la finalidad única de velar por el interés superior del menor.

2. Protección progresiva del menor en la jurisdicción española

En el ordenamiento jurídico español no han faltado leyes que apoyen el necesario revestimiento de protección del menor. A continuación, se expondrán las principales en cuanto a esta materia.

⁴ Jorqui Azofra, M. (2018). "Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias." *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 272, septiembre-diciembre 2018. Disponible on line: www.researchgate.net/publication/329009040_Regimen_juridico_de_la_autonomia_de_los_menores_de_edad_en_el_marco_de_las_decisiones_sanitarias. Fecha de consulta: 23/05/2019. Pp. 475-480.

⁵ Jaso Cortés, E. (2013). "Criterios médicos y jurídicos para determinar la capacidad de las personas." *Hospital Universitario La Paz, Foro Sanidad y Derecho*. Comunidad de Madrid. Disponible on line: <http://www.madrid.org>. Fecha de consulta: 23/05/2019. Pp. 13-41.

2.1 Protección de los menores y familia en la Constitución de 1978

Para realizar una primera aproximación hacia la protección del menor dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico español, habría que partir de una base consolidada. Para encontrar esto, en España se acude a la norma suprema de nuestro ordenamiento, es decir, la Constitución Española de 1978. Dicha norma encuentra su origen a finales del año 1978, siendo inicialmente ratificada en referéndum el día 6 de diciembre, seguidamente sancionada por el rey Juan Carlos I el 27 de diciembre y finalmente publicándose el 29 de diciembre en el Boletín Oficial del Estado. Dicha norma determinó un nuevo marco jurídico para la protección del menor, protegiendo su esfera con distintos derechos fundamentales.

El artículo 39 de la Constitución Española, ubicado en el “Capítulo Tercero: De los principios rectores de la política social y económica” enuncia lo siguiente:

- “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Siguiendo la regulación constitucional, es visible una identificación más cercana de familia cuando existen vínculos paterno-filiales o un núcleo de convivencia parental, no centrándose tanto y únicamente en el estado civil de los padres, y suprimiendo con esta idea la equiparación de matrimonio como única forma de origen de una relación familiar.

Por lo que se refiere al primer apartado del art. citado, se puede extraer la exclusión de familia como únicamente relación matrimonial, ya que esto implicaría una discriminación hacia los hijos nacidos ajenos al matrimonio y una posterior quiebra al principio de igualdad enunciado en el artículo 14 de la CE. Esto no quiere decir que la existencia de vínculo

matrimonial omita la presencia de la figura de familia, sino que la relación matrimonial no es un requisito indispensable para el origen o permanencia de la familia. Por otra parte, también se refiere a la protección en el plano social, jurídico y económico; económico, ya que intenta garantizar que las necesidades de la familia estén cubiertas; social, aprobando a lo largo de los años leyes y decretos que defiendan la esfera personal como leyes de discapacidad, de violencia de género o de conciliación; y finalmente jurídico-constitucional, basándose en el derecho a la intimidad como principio básico, siendo contrario al ordenamiento la invasión en el ámbito familiar.

En el segundo apartado, se viene a admitir la igualdad de la madre como figura y restándole importancia a su estado civil y aclarando que esto no es un factor determinante. A su vez, se declara un derecho a los hijos a poder ser partícipes de la filiación biológica, apareciendo consecuentemente un deber para los padres y los poderes públicos para realizar procedimientos necesarios encaminados a reconocer dicha filiación biológica del hijo.

El tercer punto se encarga de destacar el hecho de que sobre los padres recaen deberes asistenciales respecto al hijo, sustentando sus bases también este tema con el posterior establecimiento de la Ley Orgánica de Protección del Menor, la cual ha sufrido reformas y se enunciará más tarde.

Por último, el cuarto apartado del artículo 39 de la CE, establece que existan acuerdos internacionales que velen por la protección e integridad de la infancia, siendo el más notorio la Declaración del niño⁶.

2.2 Ley Orgánica de protección jurídica del menor

Tras la aprobación de la Constitución de 1978, que supuso una gran evolución en cuanto se refiere a la ampliación de la garantía y defensa de la figura del menor, surge otro hito importante, la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM), de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la

⁶ Convención de Derechos del Niño, de la Asamblea de Naciones Unidas, celebrada el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990. Esta Convención figura como un comienzo innovador de una filosofía en lo que se refiere al menor, basándose en la ampliación del protagonismo del menor como usuario en la sociedad.

cual surge para aclarar lagunas observadas en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y, a su vez, será posteriormente modificada en gran parte por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015.

Por cuanto a dicha Ley se refiere, ésta intenta ampliar dicho ámbito de protección del menor reformando ciertos aspectos tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además de esto, el legislador estatal, a partir de ella, intentaba realizar un cimiento consistente en cuanto a la protección pública de los menores se refiere, y para la consecución de este objetivo, la LOPJM dictó bases cuyo fin era su utilidad como marco general dentro del sistema de protección pública de menores, las cuales fueron útiles a su vez para regular dicho sistema de protección en cuanto a las competencias de las comunidades autónomas y de esta forma, gracias a estas bases, se garanticen los derechos de protección a los menores independientemente de la comunidad autónoma en cuestión. Por lo que respecta a los procedimientos administrativos y judiciales, dicha ley procura asentar como principios tanto la agilidad como la inmediatez cuando el objeto del procedimiento sea concerniente a menores. Por último, y con una importancia relevante, la Ley también reflexiona sobre el acogimiento de menores resaltando la opción de que la entidad pública tenga poder para acordar un acogimiento en familia si se realiza en interés del menor; también se comentan tipos de acogimiento de los cuales se hablará más adelante.

2.3 El gran cambio legislativo

Como respuesta a diversos vacíos legales y lagunas planteados en la LOPJM, se consagra tanto la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 23 de julio de 2015, como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE el 29 de julio del mismo año. También se modifican otras leyes como son el Código Civil, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, además de múltiples leyes referidas a la esfera del menor en cuanto a su protección, dispuestas en las disposiciones finales.

2.3.1 Carencias legislativas previas

No faltaron iniciativas por parte del Estado ni de las Comunidades Autónomas para lograr regular estos centros de modo eficiente, pero en su concepción aparece la cuestión acerca de su proximidad a un centro de reeducación y no a uno de protección.

En el ámbito constitucional el obstáculo previo a la LO 8/2015 aparecía ante la ausencia de ley estatal que posibilitase la privación de libertad en casos relacionados con menores con trastornos de conducta en centros específicos de protección. Aunque el Tribunal Constitucional tratase las dudas acerca de la necesidad sobre una ley orgánica o la adecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, era necesaria, a su vez, su inclusión a través de una medida extraordinaria regulada como en la LOPJM, en torno al estudio del internamiento por trastorno psíquico; esto fue lo que finalmente pasó, respondiendo a lo que exigían los arts. 17.1 CE, 37.b CDN y 5 CEDH.

En torno a los precedentes, es recomendable incidir en tres cuestiones⁷. En primer lugar, la delimitación del supuesto de hecho. En cuanto a esto, las normativas mencionadas anteriormente detallan las causas del ingreso en los recursos especializados, siguiendo la práctica histórica del uso de términos peyorativos. La cuestión resalta en cuanto a ciertas conductas perturbadoras de la organización de los centros ordinarios de protección, demandando que adopten medidas extraordinarias o distintos recursos especializados. Las CCAA han definido dentro de sus normas ciertos aspectos, de forma imprecisa, generando confusiones en cuanto a aspectos de educación reglada, y terapéuticos entre otros. La base de la puesta en marcha de esta medida extraordinaria se cimenta bajo la idea de asegurar la protección del menor y el cumplimiento que las obligaciones inherentes a las entidades públicas yacentes de su posición como tutores. Hay que hacer un inciso en el hecho de que los supuestos de hecho motivadores de una privación de libertad habrán de estar delimitados

⁷ López Azcona, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.” *Estudio doctrinal Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero 2016. Gobierno de España. Disponible on line: www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4983_d_BolMinJust.pdf. Fecha de consulta: 02/05/2019. Pp. 7-16.

en las normas y se habrán de fijar límites en cuanto a la edad permitida para el ingreso y adoptar más cautelas.

En segundo lugar, se encuentra la falta de previsión de períodos determinados. Según dispone el art. 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, la privación de libertad se acordará “como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Esto ha de ser el mandamiento en cuanto a este aspecto de estos ingresos se reviste en que habrán de adoptarse como medida extraordinaria temporal y por períodos concretos y no indeterminadamente.

En último lugar en cuanto a derechos humanos se refiere a que la “garantía judicial” solamente se sitúa como uno más de los numerosos controles que posee la creación de este tipo de centros. Además, se puede extraer de los arts. 15 CE, 37 CDN y 3 CEDH, la protección de los derechos del menor y lo concerniente a medidas disciplinarias y al uso de la fuerza, revisten de gran importancia. Sin embargo, los elementos básicos y necesarios para regular estos centros debían de estar reflejado en una norma estatal⁸.

Esto, junto a otros aspectos impulsaron que se elevara al Fiscal General una propuesta de reforma legislativa que, posteriormente, dio lugar a las siguientes leyes.

2.3.2 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio

Esta Ley Orgánica nace con la finalidad de introducir los cambios exigidos en diversos ámbitos de la esfera orgánica del menor que se consideran materia orgánica con la intención de defenderlos tanto en cuanto se refiere a sus derechos como a sus deberes. En cuanto a su contenido, principalmente modifica y complementa tanto a la LOPJM como a la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus dos primeros artículos, los cuales se comentarán a continuación.

El primer aspecto sustantivo de esta Ley es el interés superior del menor. En principio, la Ley impone como fundamento que el interés superior del menor será considerado principal en cuanto a acciones y decisiones; sin embargo, este principio es difuso y no está claro, ya que

⁸ Ferreirós Marcos, C. E. (2010). “Centros de protección con medidas de seguridad y contención destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo. “Jornadas de especialistas en menores.” *Estudios jurídicos*, núm. 2010, 2010. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4175292. Fecha de consulta: 04/06/2019. Pp. 95-98.

pueden emanar de él diferentes interpretaciones. Para aclarar este principio, es posible acudir al artículo 2 modificado de la LOPJM, el cual lo expresa desde una triple visión: la primera se refiere al interés superior del menor como derecho sustantivo, refiriéndose con esto a que el menor tendrá derecho a que sus mayores intereses se hayan tenido en cuenta a la hora de tomar una decisión, y en el caso de que existan distintos intereses, también se hayan examinado para obtener una solución; en segundo lugar, se habla de un carácter interpretativo, de forma que si una disposición jurídica se puede interpretar de múltiples maneras, ha de decantarse por la opción que más se asimile al interés del menor; en último lugar, también se considera como una norma de procedimiento. También incluye el derecho a ser oído y escuchado. Respecto a este derecho, destaca la modificación del artículo 9, expresándolo de una forma más amplia. A su vez, se reemplaza “juicio” por “madurez” debido a que es considerado un término más adecuado. De otra parte, se impide cualquier modalidad de discriminación en el ejercicio de dicho derecho siempre que sea motivo de discapacidad. Por último, también se añaden necesidades para que el menor ejercite dicho derecho de la manera más idónea junto con distintos medios para llevarlo a cabo.

Otro tema novedoso, que cobra gran importancia en este trabajo, es la mención del ingreso en centros de menores. Esto se realiza añadiéndose un nuevo capítulo, el capítulo IV⁹, dentro del título II, y éste va referido al ingreso de menores en centros de protección para menores con problemas de conducta, que a su vez exige la determinación de límites de intervención. En cuanto al ingreso, éste se efectuará por parte de la Entidad Pública que posea la tutela o guarda del menor, y en todo caso, por el Ministerio Fiscal, quienes deberían solicitar autorización judicial. Dichos centros serán medios de ejecución como último término de intervención, y uno de sus fines primordiales será revestir a los menores con problemas de conducta de un ambiente idóneo para el desarrollo de su educación, personalidad y su conducta, en los casos en que estos aspectos hayan sido insatisfechos tanto por parte de la familia como por las instancias educativas.

Se pretende modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil con el segundo artículo para introducir reformas procesales como medio de adecuación a las novedades sustantivas y como mecanismo de refuerzo sobre la tutela efectivo de derechos de los menores. Una de las

⁹ Novedad incluida en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual incluye dicho capítulo enunciándolo de la siguiente forma: “Capítulo IV: Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.” Comprende los artículos 25 a 35.

novedades principales, justo antes comentadas, se refiere al procedimiento para ingreso de un menor, consagrado en el nuevo artículo 778 bis LEC. Este será de utilidad para la consecución de autorización judicial para el ingreso de un menor en un centro de menores con problemas de conducta. Por otra parte, se aclara la competencia del Juez de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, con excepción de situaciones de urgencia. Por último, también incluye ciertas matizaciones en sus disposiciones finales, resaltando la mejoría sobre el régimen de visitas.

2.3.3 Ley 26/2015, de 28 de julio

Los cambios de dicha Ley se refieren, tal y como se enuncia en el segundo punto de su preámbulo, “a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes”; es decir, se realiza un análisis exhausto en el campo de protección de la infancia y de la adolescencia.

Esta Ley Ordinaria incorpora ciertas novedades respecto a la anterior LOPJM, entre las que destacan: la obsolescencia con necesidad de nueva programación, ya que muchos aspectos que engloban al menor quedan obsoletos en cuanto a su actuación debido al paso del tiempo o a las lagunas que no se han podido acabar de clarificar, y por ello, muchas de las modificaciones presentes en dicha Ley intentan adaptar los principios de actuación administrativa a las necesidades exigidas por la infancia y la adolescencia presentes en España; y esto engloba a muchas situaciones y se realiza un exhaustivo análisis de las instituciones del sistema de protección de menores; también se crea un nuevo capítulo titulado “Deberes del menor”, que consta de cuatro artículos referidos mayoritariamente al menor en los ámbitos escolar, familiar y social; la presunción de minoría de edad del individuo hasta la prueba exhaustiva de mayoría de edad de dicha persona; se crean distintas clasificaciones a la hora de tomar medidas (prioridad de medidas), como, por ejemplo, la preferencia de las medidas familiares antes que las residenciales, las estables frente a las temporales, y las consensuadas serán también escogidas preferentemente respecto a las impuestas. Además, sobre las medidas que se adopten recaerá el deber de ser revisadas por las Entidades Públicas; se establecen las características básicas exigidas para los servicios de acogimiento residencial, la obligación de habilitación

administrativamente por parte de la Entidad Pública y el deber de vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial por el Ministerio Fiscal.

En cuanto a reformas del Código Civil, en primer lugar, respecto al ámbito de Derecho Internacional privado, se modifican aspectos referentes a normas de conflicto respecto a diversas materias y además se reconoce la doble nacionalidad. Respecto a la filiación por naturaleza, se reconocerá preferentemente el regimiento por ley de residencia habitual, y en déficit, la ley española. Por último, en este campo destaca el reconocimiento en España de la mantención de nacionalidad del país de origen, si la ley de este último así lo proclama. Por otra parte, el juez es revestido de poder para adoptar medidas cautelares para evitar la aproximación al menor o a cualquier lugar frecuentado por parte de progenitores, tutores, o terceros. Sin embargo, se concede el derecho al menor a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan patria potestad, y en caso de privación de libertad, se admite la comunicación con éstos bajo ciertos requisitos. Igualmente, se refleja en la Entidad Pública la competencia para establecer el régimen de visitas y comunicaciones. También nombra repetidamente el desamparo y el acogimiento, ampliando su alcance asumiendo la tutela de la Entidad Pública, la cual conlleva la suspensión de patria potestad o tutela ordinaria; limitando el plazo de guarda por petición de los progenitores a dos años; recogiendo la prioridad del acogimiento familiar frente al residencial, de las cuales hablaremos posteriormente. Respecto al Código Civil también se añade la concesión judicial de facultades tutelares a los guardados de hecho, exponiendo a su vez el otorgamiento de las facultades tutelares a los guardadores cautelarmente; añadiéndose a esto la posibilidad de constitución de un acogimiento temporal si fuera menor de edad. La Ley no se olvida de los menores no emancipados, aclarando quien no puede prestar consentimiento en conexión al pensamiento de que la capacidad para actuar debe adaptarse a la situación concreta de la persona.

En cuanto al contenido de la Ley más novedoso en este tema, destaca el establecimiento del régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes, la determinación de un mecanismo interterritorial de asignaciones de familias para acogimiento o adopción y la supresión de los acogimientos cuando se constituyan de manera judicial.

2.4 El nuevo artículo 154 del código civil como fundamento de los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta

El artículo 154 se encuentra en el Capítulo primero del Título VII, “De las relaciones paterno-filiales” del Código Civil de España. Este art. se redactó a partir del octavo apartado del art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, apareciendo vigente desde el 18 de agosto de 2015, y trata de las facultades y deberes que derivan de los progenitores ante sus hijos.

Hay que partir de que la patria potestad de los menores no emancipados será llevada a cabo por los progenitores. Esta habrá de ejercerse buscando el interés de los hijos, teniendo en cuenta su personalidad, sus derechos, y su integridad, tanto mental como física. Ahora, esta facultad respecto a los hijos implica, como se mencionó anteriormente, distintas facultades y deberes. Específicamente, en primer lugar, y según lo previsto en este artículo, habrá que velar por los hijos, acompañarlos, proporcionarles alimentos y educación e intentar que se formen integralmente; en segundo lugar, los progenitores también serán los sujetos encargados de representar y administrar los bienes del menor. En cuanto a esto último cabe hacer un inciso: cuando los menores tengan madurez suficiente, habrán de ser oídos previamente a la adopción de cualquier decisión que les afecten.

Por su parte, cuando los progenitores ejerzan la patria potestad, tendrán potestad para pedir auxilio de la autoridad, como se hablará más tarde. A partir de esta base de poder que concede el art. 154 CC a los progenitores sobre la esfera del menor no emancipado, parece clara la seguridad jurídica que comporta para el menor el ejercicio de esta patria potestad si se realiza de forma adecuada.

Sin embargo, en la práctica, esta patria potestad de los padres no se realiza de la manera más eficiente, provocando consecuencias negativas en el desarrollo integral del menor lo que, suele llevar a que el menor adopte una conducta problemática. En otras ocasiones, el menor desarrolla, progresivamente, una conducta anormal que obstaculiza el normal ejercicio de la patria potestad de sus padres y estos, finalmente, no se ven capacitados para ejercitarla y conseguir verlas por ellos plenamente. En estas dos situaciones, en consecuencia, el menor suele desarrollar un problema de conducta, y, cuando sus progenitores o tutores no son capaces de facilitarle un ambiente idóneo para su desarrollo físico, mental y social íntegro, junto a su progreso educativo, la legislación española prevé una medida dirigida a promover el buen y

normal desarrollo educativo, social y, en definitiva, íntegro, del menor. Esta medida será el ingreso del menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta.

3 Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres

3.1 Regulación de los deberes de los hijos

La Ley 26/2015 ha incluido en la LOPJM un capítulo novedoso dentro del Título I; concretamente el “Capítulo III: Deberes del Menor”. En este, aparecen regulados los deberes generales del menor en los campos escolar, social y familiar. En consonancia con el art. 9 bis.1 de la LOPJM, “los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social”.

En cuanto al ámbito familiar, el art. 9 ter afirma que los menores habrán de ser partícipes en la vida familiar, siempre bajo el respeto de sus familiares, teniendo en cuenta su edad, su grado de autonomía personal y capacidad, y marcando el sexo como característica indiferente. Por su parte, el Código Civil también impone obligaciones al menor en este campo a partir de su art. 155, según el cual estos sujetos deberán prestar deber de obediencia y respeto a sus progenitores durante la patria potestad, y contribuir al levantamiento de las cargas de la familia cuando convivan con ella. Ciertas legislaciones forales también se pronuncian en cuanto a deberes de menores se refiere. En concreto, el art. 236-17.3 CC de Cataluña expresa que “los progenitores y los hijos deben respetarse mutuamente”; por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón establece el deber entre progenitores e hijos de ayuda, respeto y asistencia toda la vida, suponiendo este último la obligación de prestar alimentos y de contribuir de forma proporcional, durante la vida conjunta, a satisfacer necesidades familiares.

A partir de lo dispuesto, los deberes de obediencia y respeto se enmarcan como fundamentales en relación con el derecho de corrección de los padres. Es llamativo el hecho de que el deber de obediencia aparece en las regulaciones mencionadas, pero el deber de obediencia destaca por su ausencia en la LOPJM y en el Código de Derecho Foral de Aragón.

El alcance temporal de ambos deberes es distinto¹⁰. El deber de obediencia impacta sobre los menores durante su permanencia en patria potestad de los progenitores, y, por tanto, será suprimido con la patria potestad; en definitiva, se refiere a menores no emancipados. A su vez, los hijos son responsables del cumplimiento de las órdenes lícitas que manden los progenitores en la práctica de sus facultades. Por otra parte, este deber se encuentra limitado, ya que no puede imponerse cuando se realizan órdenes en contra de los bienes, derechos o dignidad del hijo; por ejemplo, una práctica contraria sería la obligación de seguir unas creencias religiosas o políticas al menor.

El respeto, consagrado como deber, a diferencia del de obediencia, es ilimitado en el tiempo, ya que los menores han de respetar a sus progenitores durante toda su vida, estén o no bajo su patria potestad. El respeto implica atención, consideración, diferencia y reconocimiento hacia los padres a un nivel mayor que a los demás, sin llegar a la sumisión. Sin embargo, en la práctica, este deber muchas veces brilla por su ausencia.

Es aquí cuando surge la duda en cuanto a la regulación del efecto que causan estos incumplimientos y los instrumentos y límites de los progenitores para ejercer su potestad. Pero la real cuestión surge en cuanto a dichos deberes de los menores y su probable exigencia a través del derecho de corrección. En nuestro ordenamiento jurídico, este último derecho fue suprimido del art. 154 CC; no obstante, sigue presente en otras legislaciones de CCAA. También está permitido pedir auxilio a la autoridad por parte de los progenitores en situaciones extremas.

3.2 Derecho de corrección de los padres

El derecho de corrección o *ius corrigendi* se define según el Diccionario del Español Jurídico como el “derecho de los padres, tutores o encargados permanentes de menores a reprender y corregir moderadamente las faltas o infracciones de estos dentro y como parte del derecho-deber de educación que legalmente les incumbe (...) dentro de límites”. Este se ha visto envuelto en múltiples modificaciones últimamente, al desaparecer su regulación en el CC

¹⁰ A partir de Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J. (2016). “Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el derecho español.” *Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 4, febrero de 2016. Pp. 62 a 70.

pero mantenerse en legislaciones forales, como antes se ha mencionado. De aquí surge la duda de si aplicarlo solo a ciertas zonas, según la norma civil que se aplique, o, en contrario, aplicarlo en toda España pese a su falta actual de regulación estatal¹¹.

3.2.1 Eliminación formal del derecho de corrección en el Código Civil

El inicio del proceso de supresión formal de este derecho tiene sus inicios en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional¹², que cambió el art. 154 CC, introduciendo la imposición de respeto íntegro de los hijos cuando actúen en relación a su patria potestad y la supresión de la facultad de corrección moderada y razonable a los hijos por parte de los padres. Anteriormente, con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ya se excluyó el castigo, manteniendo la corrección.

El legislador estatal introdujo el respeto a la integridad física y psicológica de los menores a la vez que suprimió el derecho de corrección de los padres en el art. 154 CC. Pocos años atrás, se publicó la Ley 26/2015, la cual, una vez más, interfirió en el contenido del art. 154 CC, precisando en ciertos aspectos¹³ y manteniendo la desaparición del derecho de corrección.

No obstante, sigue presente en regulaciones forales como la navarra, la de Cataluña o la aragonesa. En la de Navarra, la ley 63, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, incluye la facultad de corrección como parte de la patria potestad, al expresar “corregirlos razonable y moderadamente”, y equiparando este a otros deberes como el alimento o la educación; esto, siempre de forma razonable y moderada. Por su parte, La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña incluye, a su vez, este derecho al expresar en su art. 236-

¹¹ Algarra Prats, E. (2010): “La corrección de los hijos en el Derecho español.” *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 5. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3278832. Fecha de consulta: 14/03/2019. Pp. 45-96.

¹² La Ley 54/2007 también fue la supresora del art. 268 CC, que anteriormente contenía la facultad de corrección de los tutores.

¹³ La Ley 26/2015 renueva el art. 154 CC, incluyendo en él el término “progenitores” a la vez que eliminan “padres”, entendiendo la patria potestad como una responsabilidad parental; apuntando que la patria potestad se practicará conforme a los derechos e integridad de los hijos y exhibiendo el auxilio de la autoridad como potestad de los progenitores.

17.4 que “los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad”; aquí se suma el deber de respeto pleno de la dignidad del hijo. En Aragón, su Código del Derecho Foral de Aragón se extiende respecto a los anteriores al incluir, aparte de la forma de actuación previamente conectada, la prohibición de imposición de sanciones humillantes o en contra de los derechos del menor, tal y como aparece en el apartado b de su art. 65.1.

3.2.2 Derecho de corrección de los progenitores

La supresión del derecho de corrección y el nuevo art. 154 CC editado ha provocado críticas. Por una parte, se encuentran los partidarios de este derecho, al entenderlo, además de en el sentido de correctivo físico, como un instrumento de educación y formación de los menores. Por otra, se encuentran los que están en contra, al entender este solamente como correctivo físico.

En la doctrina española, la patria potestad es entendida, hoy en día, como la potestad de actuación buscando el bien y la protección de los menores sujetos a ella. En principio, a partir de la reforma de 2007, dicha facultad había dejado de ser visible y plasmada en la regulación estatal. No obstante, esta supresión de la facultad de corrección es incoherente, ya que esto supondría el incumplimiento de los deberes de los padres en cuanto a su patria potestad, ya que, entre otros aspectos, tienen el deber de procurar educación y formación de manera integral, y esto no se puede alcanzar sin la corrección; es decir, los progenitores necesitan soporte jurídico que les ayude en el ejercicio de sus derechos y deberes derivados de la patria potestad. Además, el art. 154 CC no prohíbe esta facultad, sino que deja de incluirlo expresamente a partir de su modificación; entonces, generalmente, esta facultad está permitida al ir conectada al deber de educación y formación física y mental de los progenitores. Esta opinión también se ve reforzada al incidir el art. 154 CC en que se buscará el interés del menor al ejercer la patria potestad, siempre respetando su personalidad, derechos e integridad. El art.2 de la redacción de 2015 de la LOPJM se implica que determinar el significado jurídico del interés superior del menor.

Este derecho de corrección se encuentra limitado bajo los principios de proporcionalidad, razonabilidad y moderación¹⁴. Estos límites casi no habían sido determinados por la doctrina civil, por lo que, en la práctica, habría que seguir más las indicaciones ofrecidas por la doctrina penal y la jurisprudencia¹⁵. De todas formas, estos principios de la facultad de corrección han de seguirse conforme a la realidad social del momento en el que se tenga que ejercitar la norma, según su espíritu y la finalidad (art. 3.1CC), debiendo actuar en busca de la protección y el interés superior del menor y apartando únicamente medidas educativas.

La razonabilidad se encuentra unida a la finalidad educativa del derecho correctivo, sin incluir conductas impositivas no educativas. El modo en el que se corrija se regirá bajo la moderación, al impedir conductas contra la integridad del menor.

En definitiva, la titularidad de esta facultad corresponderá solamente a los padres cuando ejecuten su patria potestad. Por tanto, se excluye este derecho en cuanto a hijos ajenos. Esto también ocurre en la doctrina penal; un ejemplo de ello lo encontramos en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2015 (ROJ 4577, 2015), en la que el acusado es condenado por bofetear a la hija de su esposa al entender el Tribunal que la patria potestad era competencia de la esposa y no suya. Siguiendo la doctrina de la SAP Madrid, de 23 de enero de 2006 (JUR 2006, 90041), se excluyen los mayores de edad como sujetos pasivos, aunque sigan conviviendo en el núcleo familiar, quedando esta figura limitada a ser menor de edad.

4. El fundamento de la privación de libertad: la vigilancia educativa

Hay que partir de la base de que el art. 17 CE proporciona derecho a la libertad a todas las personas, excepto en casos previstos por ley. Apoyando a este principio, se protege con su art. 25.3 al impedir a la Administración civil la imposición de sanciones que priven en cierta forma

¹⁴ Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J. (2016). “Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el derecho español.” *Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 4, febrero de 2016. Disponible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/3._Algarra-Barcel%C3%B3_pp._59-74.pdf. Fecha de consulta: 15/03/2019. P. 70.

¹⁵ Algarra Prats, E. (2010): “La corrección de los hijos en el Derecho español.” *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 5. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3278832. Fecha de consulta: 14/03/2019. Pp. 70-96.

la libertad. Siguiendo el contenido de la CE, su art. 10.2 también afirma que los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución han de interpretarse en coherencia a los tratados y acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por España.

Sirve de base el significado que se da en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General, enunciando su regla 11.b que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Sin embargo, a través de ciertas leyes autonómicas, esto no se cumple, permitiendo a los centros residenciales la existencia de privación de libertad de los menores acogidos, ya sea a partir de la incorporación de elementos constructivos de seguridad y contención¹⁶, lo que puede implicar que los menores sean obligados a permanecer en ciertas instalaciones; con medidas restrictivas de libertad; o con la supresión de salidas¹⁷. Por tanto, en ocasiones el ingreso del menor en los centros residenciales supone una limitación en su libertad de movimientos¹⁸. El TC considera que la libertad que se protege en el art. 17 CE es la libertad física, apoyándose en las SSTC 120/1990, de 27 de junio -RTC 1990, 120— y 132/1990, de 19 de julio —RTC 1990, 132—¹⁹.

¹⁶ Art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña; art. 112 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

¹⁷ Arts. 15 y 97 a 101 del D. 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social en el País Vasco. Arts. 9.2, 12 y 13 del D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores en Asturias.

¹⁸ Era el criterio contenido en la Consulta 2/1993, de 15 de octubre, de la Fiscalía General del Estado en cuanto a la interpretación del art. 211 CC: internar es sinónimo de recluir, y recluir es cogerente con «ingresar a alguien en un sitio en donde esté privado de libertad de movimientos». Entonces, se entendía que «lugares idóneos para el internamiento serán todos aquellos centros de régimen cerrado o que no permiten el libre movimiento de los internos, en los que se cumplen medidas asistenciales, sanitarias y educativas».

¹⁹ Díez García, H. (2010). *La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)*. Publicación: 10/12/2010. P. 76.

Atendiendo al art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece que se permiten algunas restricciones de la libertad personal de los menores cuando estas provengan de una orden legal cuyo fin sea vigilar la educación de dicho sujeto menor de edad. Por tanto, se exige tanto la legalidad de la privación, como su finalidad educativa.

4.1 La vigilancia educativa

Cobra importancia el supuesto de la STEDH de 28 de noviembre de 1988 (TEDH 1988, 24), sobre el asunto Nielsen contra Dinamarca, en el cual el demandante alegaba que se había vulnerado el art. 5 del Convenio por ser ingresado en psiquiatría infantil de un hospital, habiéndolo decidido la madre. El Tribunal, respecto a esto, declaró que dicha hospitalización no había supuesto una privación estricta de la libertad, al disponer el menor de la misma libertad de movimientos que cualquier otro niño ingresado en las mismas condiciones. También, se tuvo en cuenta que el art. 5 del Convenio no era de aplicación, debido a que éste solo afectaba a las privaciones de libertad que hubiesen sido decretadas por órganos estatales, pero no por una madre en su ejercicio de potestad.

Esta situación también plantea dudas ya que, según el TEDH, privación y mera restricción de libertad, difieren entre sí por el grado o intensidad, y no por su naturaleza²⁰. Sin embargo, esto parece aceptar la restricción de libertad del menor en situaciones en las que esta ha sido acordada por el poseedor de la guarda, teniendo también en cuenta que la decisión sea una medida idónea que busque favorecer el interés del menor.

Además, la doctrina civil contempla que los padres, siempre en interés del hijo, puedan internarle con una finalidad sanitaria, educativa o de otro tipo de forma momentánea²¹, siempre que esto no implique la pausa de las funciones correspondientes de la patria potestad. Esto es

²⁰ SSTEDH de 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985, 7) —caso Ashingdane contra Reino Unido— y 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 9) —asunto H.M. contra Suiza—.

²¹ En esta cuestión se han pronunciado: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los arts. 154 a 161 del Código Civil», en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1050; DÍEZ-PICAZO, L., «La reforma del CC en materia de patria potestad», ADC, 1982, págs. 3 y ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentarios a los arts. 154 a 171 del Código Civil», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, III, vol. 2.º, Ed. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 87-88 y 113.

reforzado por el art. 27.3 CE, al permitir a los padres elegir la educación que quieran para sus hijos, con un límite, el propio orden público constitucional.

En síntesis, cuando una entidad pública acuerde el acogimiento residencial de un menor que conlleve una privación o restricción de su libertad personal, no está decidiendo justificadamente como ejercicio de la potestad de guarda de la que es titular, y, por tanto, si procediese, adoptaría la decisión que mejor se adoptase a su deber de favorecer la situación del menor.

Otro supuesto a destacar en este ámbito fue el asunto D.G. contra Irlanda, en el que la STEDH de 16 de mayo de 2002 se pronunció al visibilizar el supuesto en el que una autoridad judicial consideró que un menor de edad con un supuesto desorden de personalidad y peligro tanto para sí mismo y para su alrededor, fuese recluido en una unidad seguridad con el fin de ser atendido. Al no haber centros adecuados para este caso, el juez se pronunció con un acuerdo de ingreso en una institución penal, debiendo el menor seguir la disciplina marcada por la institución y recibir un efectivo tratamiento psiquiátrico. En este supuesto, el TEDH apuntó que se le había privado al menor de su libertad, entendiendo que la expresión “vigilancia educativa” no tenía que equipararse a la enseñanza en aulas, ya que la supervisión educativa de un menor con una autoridad pública bajo su tutela debe abarcar más aspectos. En esta situación, el Tribunal consideró que la medida no cumplía la “vigilancia educativa”, al ser el centro una institución penal y someter al menor a su régimen disciplinario. Además, debe haber necesaria relación entre el motivo de la privación de libertad y el régimen de internamiento correspondiente.

Siguiendo la opinión de J. Marín (1999)²², en consonancia con el art. 25.3 CE, este último imposibilita a la Administración la imposición de sanciones que conlleven privación de libertad. Se puede concluir que, si una entidad pública dispone el acogimiento residencial del menor en un centro educativo, no estaría imponiendo sanción alguna al menor, sino una decisión para favorecer su educación.

²² Según Marín López, J. J., son admisibles las privaciones de libertad decretadas por la Administración siempre que no sean sanciones. Esto se extrae de Marín López, J. J. (1999). “Los locos y su libertad. El artículo 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio).” *Derecho privado y Constitución*, núm. 13. P. 203.

CAPÍTULO SEGUNDO: SOBRE EL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA

1. Los menores con trastorno de conducta

1.1 El concepto de trastorno de conducta

Muchos menores presentan hoy en día problemas de comportamiento con terceros, ya sean amigos u otros menores o educadores como los progenitores o profesores. Con frecuencia, estos problemas son pasajeros, pero esto se agrava cuando no ocurre así y los comportamientos problemáticos persisten de forma permanente.

El trastorno de la conducta es definido como *un patrón de comportamiento persistente y repetitivo, donde se violan los derechos básicos de los demás o importantes normas sociales, incluyendo además comportamientos agresivos que causan daño físico, amenazas, crueldad, comportamientos no agresivos que causan pérdidas o daños a la propiedad, fraudes, robos y violaciones graves de normas*²³. En definitiva, se concibe como una serie de comportamientos agresivos, graves y violentos que recaen sobre los menores de edad durante la infancia y/o adolescencia y que obstaculizan que el menor se adapte a su entorno social, familiar y educativo.

Científicamente existe un debate actual acerca de lo que se debería considerar trastorno de conducta y lo que no, basándose en la posible eliminación del término del que hablamos en relación con enfermedades mentales para pasar a encuadrarlo únicamente como un problema

²³ El trastorno de la conducta es definido así por ADANA FUNDACIÓ. Esta es una fundación dirigida a menores equipada con un equipo clínico de terapeutas especializados en el tratamiento de niños y jóvenes y realizan tanto diagnósticos como tratamientos. Adana Fundació. (2019). “Trastornos de conducta”. *Adana Fundació*. Disponible on line: www.fundacionadana.org/definicion-y-tipos-trastornos-de-la-conducta. Fecha de consulta: 24/03/2019.

del ámbito educativo y social; también existe un debate sobre la evasión de la medicalización como medio para solventar estos problemas²⁴.

1.2 Clasificación de trastornos de conducta

La clasificación diagnóstica de dichos trastornos se estrena en un manual inglés del año 1935 que versa sobre la psiquiatría infantil. Desde esto, América ha tenido un gran peso en este ámbito al publicar constantemente una clasificación sistemática de problemas de conducta en la infancia y la adolescencia a través del Diagnostic and Statistical Manual (DSM), publicado por la Asociación Psiquiátrica Americana. Esta misma pidió la supresión del diagnóstico de conducta recientemente para las próximas ediciones de la DSM, ya que según ellos *el diagnóstico de trastorno de conducta suele privar al adolescente de tratamiento adecuado y necesario, tanto en el sistema educativo como en el judicial*.

La DSM posteriormente, pasa a llamarse Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders²⁵ (DSM-IV), y no es hasta el año 2002 cuando se edita en España dicho texto revisado del manual bajo la Editorial Masson, y en esta se clasifica el trastorno de conducta ²⁶de la siguiente forma:

- Trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), considerado como la dificultad para la consecución del mantenimiento de la atención o exceso movimiento o

²⁴ Idea extraída de Defensor del Pueblo (2009). “Defensor del Pueblo: Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social.” *Informes, Estudios y Documentos*. P. 29.

²⁵ La American Psychiatric Association (APA), editó el Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (llamado Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders en inglés), con el fin de facilitar diagnósticos, estudios e información acerca de los diversos trastornos.

²⁶ Fundación Cadah es una entidad benéfico-asistencias y sin ánimo de lucro cuyo fin es servir como referente a los afectados de TDAH en cualquiera de sus ámbitos. Esta fundación se ayuda del DSM-IV para facilitarnos las modalidades de TDAH y los tres factores principales para su examen: desatención, hiperactividad e impulsividad. Extraído de Fundación Cadah (2019). “Qué es el TDAH”. *Artículo web Fundación Cadah*. Disponible on line: www.fundacioncadah.org/web/articulo/tdah-dsm-iv-tr.html. Fecha de consulta: 04/04/2019.

impulsividad²⁷; pueden subdividirse a su vez en tres tipos: tipo combinado, con predominio del déficit de atención, con predominio impulsivo o hiperactivo y TDAH no especificado.

- Trastorno disocial
- El trastorno negativista desafiante, marcado por la desobediencia y provocación como factores principales del comportamiento, y a su vez por la ausencia de otros actos disociales o agresivos más impactantes.
- Trastornos de comportamiento perturbador no especificado.

También es de destacar que la Organización Mundial de la Salud establece en su clasificación internacional de enfermedades (CIE-10) la inclusión de los problemas de conducta y oposicionismo dentro de los trastornos de conducta, siendo el núcleo de estos las constantes violaciones de normas y derechos de terceros.

En definitiva, sería conveniente que los diagnósticos clínicos se realicen por parte de profesionales formados específicamente en salud mental infantil y que los planes de tratamiento sean establecidos por grupos multidisciplinarios que incluyan a las familias de los menores. El Defensor del Pueblo, en su informe publicado en 2009 hace referencia a la “terapia multisistémica”, dirigida a tratar a adolescentes con trastornos de conducta, y, la cual, fue desarrollada en Estados Unidos desde los años 80 y es considerada de las más eficaces; además, en ella se encuentra un tratamiento sistematizado comunitario²⁸.

2. Concepto de acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta

Este acogimiento ya había sido recogido de forma fragmentaria en varias legislaciones autonómicas, pero el legislador estatal vino a completarlo con la Ley Orgánica 8/2015, de 22

²⁷ Muñoz, M. (2016). Psicología y bienestar. “Los trastornos de conducta en adolescentes, primera causa de consulta en salud mental.” *EFE: SALUD, Psicología y bienestar*. Publicación: 10/02/2016. Disponible online: www.efesalud.com/los-trastornos-de-conducta-en-adolescentes-primer-causa-de-consulta-en-salud-mental. Fecha de consulta: 18/05/2019.

²⁸ Idea extraída de Defensor del Pueblo (2009). “Defensor del Pueblo: Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social.” *Informes, Estudios y Documentos*. P. 31.

de julio, que cumple un papel notorio en este ámbito al añadir, a partir de su artículo 1.6, en la LO 1/1996, el Capítulo IV sobre los Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, el cual estudiará esta situación en su artículo 25 y siguientes.

Esta modalidad especial de acogimiento residencial se dirige a un colectivo que últimamente se ha visto incrementado de forma exponencial, por lo que nace una especial preocupación que lleva al replanteamiento del modelo educativo imperante y vigente. La LO 8/2015 en su preámbulo engloba a los menores que están sometidos a tutela o guarda de la Administración por petición de sus familias ante situaciones conflictivas que provienen de la inadaptación familiar o problemas por comportamiento agresivo, lo cual genera importantes obstáculos para ejercer adecuadamente la responsabilidad parental. En el art. 51.1 LOPJM, se focaliza el destinatario de estos centros de protección, determinando que se destinará a “menores que representen conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros²⁹”. Por tanto, no estarán incluidos en este ámbito los menores con trastornos mentales o enfermedades que necesiten de un concreto tratamiento (art. 26.2 LOPJM)³⁰ ni los menores infractores, según el Preámbulo de la LO 8/2015, quedando estos atados por la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor.

Por tanto, para estos menores con problemas de conducta se ha realizado como último recurso³¹ el ingreso en centros especializados que posibiliten un entorno adecuado al menor para normalizar su conducta, pudiendo incluso ponerse en marcha medidas destinadas a restringir sus derechos fundamentales y libertades cuando el fin sea educativo y se respeten los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad recogidos en el art. 25.1 y 2

²⁹ Tal y como señala Galán Rodríguez, A. (2013), en “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos...”, pp. 23-31, la categoría “trastorno de conducta” recoge una heterogeneidad de situaciones que frecuentemente resulta poco útil para caracterizar a los menores con el fin de organizar, crear y diseñar un plan individualizado de intervención.

³⁰ Cabe destacar que en fase de Anteproyecto sólo se suprimía de esta medida a los menores con enfermedad o trastorno mental “grave”, de lo que podía deducirse a contrario su posible ingreso en los centros de menores con problemas de conducta en caso de padecer enfermedad o trastorno no grave. Afortunadamente, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica..., cit., pp. 29-30, esto fue eliminado, redirigiendo el tratamiento de estos menores a los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a discapacitados, según el caso.

³¹ Este último recurso para los menores con problemas de conducta se tramita gracias a los arts. 25.2 LOPJM y 778 bis.4 in fine LEC. Esto fue recomendado por parte del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., pp. 390-391.

LOPJM. Concretamente, la dirección del centro, con la finalidad de mejorar la situación de estos sujetos, tendrá potestad para adoptar tanto medidas de seguridad (arts. 27 a 30 LOPJM), como medidas que limiten los permisos de salida que posea el menor y su régimen de visitas con su familia (arts. 34 y 35 LOPJM). Además, el art. 25.2 LOPJM expresa que los centros deberán de poseer de “programas específicos en el marco de un proyecto educativo”.

Por otra parte, hay que destacar otro aspecto del Preámbulo de la LO 8/2015, que niega la equiparación de estos centros a instrumentos de defensa social ante menores conflictivos, añadiendo que la intervención no proviene de la acreditación de la comisión de delitos. Debido a esto, el ingreso a estos centros se ha revestido de garantías adicionales, no recogidas en los acogimientos residenciales de carácter ordinario.

En primer lugar, se exige una autorización judicial previa³², ya sea por parte de la Entidad Pública que posea la tutela o guarda administrativa de la persona menor de edad o del Ministerio Fiscal³³; sin embargo, en situaciones urgentes se admite adoptar esta medida, con el requisito de comunicación al juez en veinticuatro horas, el cual deberá ratificarlo o no (art. 26.3 LOPJM y art. 778 bis.3 LEC). Para tomar esta decisión, el juez deberá escuchar al menor, al tutor o progenitores y a la Entidad Pública, a la vez que debe obtener informe del Ministerio Fiscal y un dictamen de parte de un facultativo como mínimo en el que se diagnostique dicho trastorno de conducta (art. 25.1 LOPJM y art. 778 bis.4 LEC). La resolución judicial podrá ser recurrida en apelación por parte del menor afectado, sus progenitores o tutor, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública (art. 778 bis.5 LEC).

Por otra parte, en este tipo de acogimiento especial, la Entidad Pública será responsable de realizar una revisión trimestral, que deberá poner en conocimiento tanto al Juez que aprobó el ingreso como al Ministerio Fiscal. También podrán realizarse inspecciones por parte del Defensor del Pueblo o sus equivalentes autonómicos y por el Ministerio Fiscal (arts. 32 LOPJM y 778 bis.6 LEC)³⁴. A su vez, los menores involucrados y protagonistas de esta medida tienen

³² Esto ya fue señalado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica..., pág. 27, con sus pilares en la jurisprudencia constitucional (SSTC 2/1999 de 1 julio y 1131/2010 de 2 diciembre), la exigencia de autorización judicial es impuesta constitucionalmente, pues con este internamiento se restringe el derecho a la libertad personal del art. 17 CE.

³³ La solicitud para ingresar en estos centros, emane de un sitio u otro, a su vez ha de acompañarse de un informe psicosocial que emita personal especializado en protección de menores (arts. 26.1 LOPJM y 778 bis.1 LEC).

³⁴ Esto se prevé a partir de las recomendaciones aportadas por el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, pp. 414-415.

derecho a ser informados de las resoluciones que sean adoptadas y, tal y como expresa el art. 778 bis.8 LEC, en consonancia con el art. 21 bis.1.c LOPJM, en términos comprensibles y adaptados a la edad y las circunstancias de dicho sujeto.

En relación a la atribución de carácter subsidiario a este recurso por parte del legislador estatal, surge el problema fundamental visible y palpable en la práctica, pues destaca la ausencia de diseños de recursos intermediarios de intervención socio-educativa con finalidad de realizarse con las familias anteriormente al ingreso de los menores en los centros de protección, tal y como recomendó el Defensor del Pueblo³⁵ y se ha recogido en determinadas normas autonómicas³⁶. A su vez, surge otro problema en su puesta en práctica ya que no se han plasmado recursos económicos adicionales legislativamente para posibilitar el surgimiento de centros que posibiliten la prestación de atención especial a los menores de forma adecuada adaptándose a los estándares internacionales y a los criterios de calidad, tal y como expresa la LOPJM en su art. 25.1.

También cabe destacar que, hace poco, la Fiscalía General del Estado emitió la Circular 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de específicos. Este texto se ahonda interpretando, tanto las obligaciones de los fiscales en este ámbito, como la vigilancia de dichos centros, recogidos inicialmente en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LOPJM).

3. Perfil del menor

Existen indicios que llevan a la presencia de un trastorno de comportamiento por parte de un menor, como puede ser la agresividad ante los padres y tutores y la dificultad a la hora de relacionarse socialmente. También son comunes otros comportamientos como el enfado constante, malas contestaciones, comportamiento desafiante, desobediencia, reflejo de culpa en terceros, actitud rencorosa y vengativa, crueldad o la comisión de hurtos. Este trastorno va

³⁵ Cfr. Informe del Defensor del Pueblo sobre los centros de menores..., cit., 405. La misma propuesta hizo, asimismo, en fase de Anteproyecto B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 128

³⁶ Ejemplo: art. 40.2 Ley andaluza 1/1998.

unido a un malestar por parte del individuo y de terceros de su entorno social inmediato, y suele proyectarse negativamente en distintas áreas como la educativa, la social o la profesional.³⁷.

El perfil de estos menores se caracteriza por lo siguiente³⁸:

- Los menores han de encontrarse en guarda o tutela por parte de la Entidad Pública, según el art. 25.1 LOPJM; esto conlleva la presencia de una resolución administrativa que así lo relate.
- Siguiendo también el art. 25.1 LOPJM, los menores han de haber sido diagnosticados con “problemas de conducta”.
- Según el art. 26.2 LOPJM, los niños o niñas han de manifestar de forma actual “conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros”. A su vez, este artículo aclara que no podrán ser ingresados “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”.
- También aparecen exigencias subjetivas como son la motivación, debido, según el art. 25.1 LOPJM, a la necesidad de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada; la necesidad, referente, a partir de los arts. 25.2 LOPJM y 778 bis, 4 LEC, a la aplicación cuando no sea posible atender al menor de una forma menos restrictiva; y la proporcionalidad, según la cual, y apoyada por el art. 26.5 LOPJM y 778 bis, 7 LEC, el menor habrá de permanecer el tiempo justamente necesario para atender a sus necesidades concretas.

3.1 Interpretación de la palabra “diagnóstico”

Existen indicios que llevan a la presencia de un trastorno de comportamiento por parte de un menor, como puede ser la agresividad ante los padres y tutores y la dificultad a la hora de relacionarse socialmente. También son comunes otros comportamientos como el enfado

³⁷ Fundació Adana (2019). “Trastornos de la conducta: ¿Cómo identificar a un niño con un trastorno del comportamiento?” Disponible on line: <http://www.fundacionadana.org/diagnostico-y-tratamiento-trastornos-de-la-conducta>. Fecha de consulta: 29/04/2019.

³⁸ Figueroa Navarro, C. (2016). “Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.” *Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado*. P. 642.

constante, malas contestaciones, comportamiento desafiante, desobediencia, reflejo de culpa en terceros, actitud rencorosa y vengativa, crueldad o la comisión de hurtos. Este trastorno va unido a un malestar por parte del individuo y de terceros de su entorno social inmediato, y suele proyectarse negativamente en distintas áreas como la educativa, la social o la profesional..

Esta actitud puede resultar desbordante, y para ello, han de diagnosticarse dichos trastornos de conducta para, posteriormente, ser tratados de forma adecuada.

La responsabilidad del diagnóstico de los trastornos del comportamiento recaerá sobre un equipo de profesionales expertos, que mayoritariamente se encabezará por un psicólogo. La evaluación de la familia y del menor es necesaria para diferenciar entre un trastorno de conducta y otras posibles conductas que se engloben dentro de la “normalidad”, posibles conductas transitorias y que puedan tener los menores, como puede ser, la transición de la infancia a la adolescencia³⁹.

El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales vigente, el DSM-5, instrumento de profesionales para el diagnóstico de trastornos mentales, clasifica los criterios diagnósticos para los distintos trastornos del comportamiento de la siguiente forma: un patrón de enfado o irritabilidad o de discusiones, vengativa o actitud desafiante en un periodo mínimo de seis meses y exhibido durante la interacción con un sujeto diferente a su hermano, y que practique un mínimo de cuatro de los síntomas siguientes: pérdida de la calma, susceptibilidad, enfado y resentimiento, constante discusión, constante desafío a personas de autoridad o normas, continua actitud dirigida a molestar a terceros, sentimiento de culpabilidad ajena por actos propios y rencor, como mínimo, dos veces en seis meses.

La interpretación del término “diagnóstico” no es tarea fácil, ya que engloba, por un lado, acepciones puramente sanitarias, como es la determinación de la naturaleza de una enfermedad a partir del análisis de sus síntomas o el resultado que ofrece el médico en referencia a la enfermedad a partir de los signos que advierte; por otro lado, también puede interpretarse de modo más general como puede ser recoger y analizar datos para la posterior evaluación de problemas de diversos tipos.

³⁹ Fundació Adana (2019). “Trastornos de la conducta: ¿Cómo identificar a un niño con un trastorno del comportamiento?” Disponible on line: <http://www.fundacionadana.org/diagnostico-y-tratamiento-trastornos-de-la-conducta>. Fecha de consulta: 29/04/2019.

En el primer campo terminológico mencionado, el uso adecuado de esta palabra ha ocasionado varios debates científicos, jurídicos y profesionales. Muestra de ello son SSTS, Sala 3.^a, de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 48/1999, de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 43/1999; de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 49/1999 y de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 154/1999. De otro lado, cabe destacar que la interpretación ofrecida por el art. 778 bis LEC en cuanto a este término va más allá del significado estrictamente médico.

El Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de LO complementaria de la Ley de Protección a la infancia y el Informe del Defensor del Pueblo afirman que el término “trastorno de conducta” permanece distante en cuanto a su imposición en la comunidad científica.

La normativa actual, visible en el art. 26.1 LOPJM, in fine, expresa que la solicitud del ingreso del menor ha de estar motivada y fundamentada en informes psicosociales realizados por profesionales especializados en protección de menores, y la propuesta de cese, según el art. 778 bis, apartado 7 LEC, habrá de fundamentarse en un informe social, psicológico y educativo.

En cuanto al art. 763 LEC, en ciertos aspectos semejante al 778 bis, resaltan dos importantes factores; en primer lugar, el tipo de centro, en este caso específico para menores con problemas de conducta; y, en segundo lugar, la finalidad educativa, en el campo de protección de menores. Esto excluye el internamiento en un centro de salud mental adecuado a la edad según el art. 663.2 LEC. No obstante, la doctrina del TEDH admite la coincidencia de causas sanitarias y sociales en el ingreso. Si esto se llevase a cabo, las razones sanitarias habrían de revestir solamente un carácter accesorio, debido a que, si el caso exige el internamiento en un centro de salud mental o de personas con discapacidad, no correspondería el ingreso en centros específicos para trastornos de conducta.

En conclusión, los Fiscales serán los encargados de interpretar el término “diagnóstico” como acto de análisis y recolección de datos para posteriormente evaluar los problemas de conducta, conformando la metodología aplicable de protección de menores, destacable por su carácter multidisciplinar⁴⁰.

⁴⁰ Figueroa Navarro, C. (2016). “Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.” *Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado*. Pp. 643,644.

3.2 Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: El riesgo propio o de terceros

Según la Circular 2/2016, es necesario que los desajustes conductuales se manifiesten a un nivel que ocasionen un riesgo visible de daños o perjuicios graves, tanto propios como a terceros. También menciona al límite al que se refiere el art. 26.2 LOPJM, según el cual se encuentran excluidas de este campo las patologías psíquicas más graves que requieren abordaje concreto; esto no implica que se excluyan los menores que presenten trastornos mentales asociados o dependencia al alcohol o sustancias tóxicas, siempre que no impliquen la necesaria atención en centros sanitarios debido a ello⁴¹.

La idea de originar perjuicios a sí mismos o a terceros aparece en el concepto de menores “en conflicto social” recogido en legislaciones de protección de menores de varias Comunidades Autónomas, como el art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, o el art. 40 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la CCAA de Andalucía.

Otras Comunidades Autónomas se refieren de una forma más general a los menores con una “conducta inadaptada”, como es el caso del art. 46 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, según el cual “aquel que, por la insuficiencia de sus aptitudes o por los desajustes de su comportamiento y sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, se encuentra en dificultad o en prolongado conflicto con las circunstancias propias de su edad o de su ambiente familiar o social. La conducta inadaptada está integrada por acciones que infrinjan las normas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas y que perturben gravemente la convivencia en su entorno familiar y social, o que entrañan un grave riesgo para sí mismo o para terceros”.

Por su parte, la LO 8/2015, en su Preámbulo, también incorpora a estos sujetos, expresando “la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias”. Concretamente quiere referirse a menores de edad que

⁴¹ García Pérez, C.L. (2018). “Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2018. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. Universidad de Murcia. Pp. 27-52.

ingresan en centros de protección, en una cantidad en aumento, a instancia de sus familias, debido a situaciones extremadamente conflictivas originadas por problemas de comportamiento agresivo, situaciones de violencia filioparental, dificultades para realizar la responsabilidad parental e inadaptación familiar.

3.3 La necesidad de protección

Las necesidades de protección de los menores están unidas de forma coherente con el objetivo del ingreso, que, según el art. 25.2 LOPJM, es posibilitar al menor de edad un entorno favorable para su educación, procurar la normalización de su conducta y su reintegración en el núcleo familiar lo antes posible, y permitir el desarrollo de su personalidad, siempre unido a un contexto estructurado y con programas específicos con finalidad educativa.

Por otra parte, el art. 11.2 LOPJM, establece un principio que rige la actuación de los poderes públicos en lo concerniente a los menores, consistente en que las medidas adoptadas siempre habrán de adoptar carácter educativo. A falta de este fin educativo, el art. 25.2 LOPJM proclama que el internamiento en cuestión no estaría justificado.

3.4 El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad implica que la adopción de una medida adecuada conlleva el hecho de la inexistencia de medidas menos restrictivas para surtir un efecto semejante. Cobra importancia la privación de libertad, la cual, siguiendo SSTEDH Witold Litwa contra Polonia, y de 5 de octubre de 2000, caso Varbanov contra Bulgaria, solo se ve justificada cuando otras medidas menos restrictivas no se ajusten o se consideren insuficientes, a la vez que habrá que analizar las circunstancias concretas del caso.

Para determinar las características de los menores que pueden ingresar pueden fijarse los siguientes criterios básicos, que, pueden aparecer de manera individual o conjuntamente⁴².

En primer lugar, se encuentra la especialización, resultante de la sofisticación del recurso en estas conductas, el contexto estructurado que posibilita y los programas concretos que

⁴² Figueroa Navarro, C. (2016). “Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.” *Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado*. Pp. 645-648.

contiene. Además, también es relevante el hecho de que la valoración específica será resultado del análisis de la magnitud del trastorno y de los factores de riesgo.

En segundo lugar, aparece la posible necesidad de contención que puede atravesar un menor. Los centros de protección europeos, se basan en la noción de servicio público, resaltando por dos aspectos: el carácter abierto y voluntario, y la flexibilidad, dependiendo del menor y buscando su protección. Por otra parte, es de resaltar el hecho de que la educación y cuidado de un niño o niña conlleva decisiones sobre la residencia y sobre restricciones de su libertad, circunstancias no contempladas en el art. 5 CEDH; en definitiva, en base a la SRC nº 94/2003, de 19 de mayo, el status libertatis se contextualiza “por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad”.

En cuanto a los adolescentes “fugitivos”, el sistema de respuesta ante las fugas se basa en una búsqueda policial y un sistema de atención a las familias afectadas. Por otra parte, en cuanto a protección de menores, es considerado como un factor de riesgo al implicar la desconexión del menor con su familia o institución. Como trastorno de conducta, podría ser síntoma de algún problema más grave⁴³.

La contención, por tanto, es un rasgo notable ya que puede ser detonante a la hora de evitar riesgos a los menores en ciertas circunstancias.

3.4.1 Delimitación del “riesgo para terceros”

Las características anteriormente ocasionaban riesgos para el propio menor, pero también puede generarse un riesgo para terceros. Concretamente resaltan dos situaciones.

Por un lado, las conductas opuestas a la convivencia al imposibilitar el correcto funcionamiento de los centros ordinarios. Esto puede ser producto de una alteración de la convivencia o un perjuicio contra los derechos de los demás usuarios y la imposibilidad de alternativas, como pueden ser medidas educativas o el traslado de centro. En referencia a esto, la Entidad Pública será responsable de imposibilitar que los demás usuarios perciban cualquier forma de abuso durante su internamiento en el centro, tal y como se apunta en los arts. 19 de la

⁴³ Martín Azcano, E. M. (2015). “El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.” *La Ley, Derecho de familia*, 13 de octubre de 2015. Editorial LA LEY. Pp. 114-137.

Convención de Derechos del Niño y CM/Rec [2005]5, de 16 de marzo, sobre los derechos de los menores que viven en situaciones residenciales. El art. 21.6 LOPJM, proclama que “la administración pública competente podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.” Además, el apartado 7 del art. 21 LOPJM impone la obligación de comunicación a los tutores y progenitores de las medidas impuestas debido a conductas atentatorias contra la convivencia en centros de acogimiento residencial. Cuando se valore la necesidad de aplicación de la medida de acogimiento en un centro específico, los Fiscales seguirán los criterios de dicho art. 21.6, junto al historial de medidas del expediente de protección, en el cual se reflejarán las comunicaciones de la Entidad Pública.

La segunda situación nace cuando los menores incluidos en la franja de edad establecida en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Su art. 3 expresa que cuando el sujeto sea menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad, sino que se le aplicará lo que dispongan las leyes sobre protección de menores actuales. Esto se respalda por la idea contenida en la Exposición de Motivos, según la cual las infracciones realizadas por menores no suelen ser relevantes, y cuando puedan producir alarma social, no sería necesaria la intervención judicial sancionadora del Estado, sino que bastaría con una contestación familiar o civil. Este mismo artículo, también incide en que el Ministerio Fiscal tendrá el deber de remisión, hacia la Entidad Pública de protección de menores, de testimonio de los sujetos que se consideren en relación al menor con el objetivo de crear una valoración de la situación, y en contraparte, la entidad correspondiente deberá proporcionar medidas de protección ajustadas a la situación del menor.

Por último, Entidad Pública reviste su intervención con un fin protector. Las notas que debe seguir el principio de subsidiariedad llevan a la idea de dimensiones, como la entidad e los hechos, los factores de riesgo o la reiteración; y a la presencia de un gran conjunto de medidas alternativas que se pueden aplicar con carácter preferente. Debido a esto, la decisión de ingreso en estos centros de protección específicos habrá de presidirse con excepcionalidad, apoyada por los principios de proporcionalidad y necesidad. Sin embargo, esta decisión no podrá ser un producto sancionador de la comisión de un delito.

3.5 La franja de edad

La normativa vigente no establece un mínimo en cuanto a la edad necesaria de los menores para ser atendidos en este tipo de centros, ya que ni la LOPJM, ni el art. 778 bis LEC lo rigen. Entonces, el límite máximo se situaría en el cumplimiento de la mayoría de edad, es decir, los 18 años; sin embargo, en principio, no existiría un mínimo de edad.

En contraste, la Dirección General de Servicios Sociales y Menor, en la Instrucción nº5/2015, de 12 de febrero de 2015, establece, como edad prioritaria para el ingreso de los menores, una franja que versa entre los 12 y los 17 años. Sin embargo, se han dado casos de internamiento de menores de 12 años, tal y como declara el informe de la Conselleria de Igualdad y Políticas⁴⁴. Esto se ve alterado según la Comunidad Autónoma en cuestión, al haber impuesto límites mínimos, como en Castilla-León, que se impone la edad de 12 años, según el art. 6.i del Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección; o en el País Vasco, que se establece un mínimo de 13 años, tal y como disponen los arts. 4.2.2 y 7.2 del Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social

La Ley 26/2015, a su vez, en relación con la modificación del artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, incluye la presunción de minoría de edad hasta la perfecta prueba de mayoría de edad de la persona en cuestión.

4. El centro específico

4.1 Caracteres generales

A veces, las Comunidades Autónomas, envuelven dentro de sus expresiones de menores en conflicto social o con conductas inadaptadas, a los menores infractores, como ocurre, por ejemplo, en el art.78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

⁴⁴ Síndic de Greuges Comunitat Valenciana (2018). *Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*. Ed. Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana. Quinta Impresión. P. 9

Los centros específicos de menores con problemas de conducta se engloban dentro del campo de protección, por lo que su consideración como establecimientos de ejecución de medidas privativas de libertad de menores con carácter específico sería errónea, tal y como se extrae del art. 54.1 LORPM y la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006⁴⁵.

Este tipo de centros específicos han de cumplir ciertos requisitos como son la adecuación de la infraestructura conforme a la seguridad y recursos necesarios para cumplir fines pedagógicos. Además, tal y como expresa el art. 3.3 CDN, deberán cumplir normas “en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Por otra parte, el art. 25.1 LOPJM, menciona la sumisión de dichos centros a estándares internacionales y control de la calidad, y, por otro lado, el art. 25.4, que concluye que poseerán una ratio adecuada entre el número de menores y el personal que se destine a su atención para lograr un tratamiento específico para cada menor. Este mismo artículo, en su apartado segundo, impone la necesidad de disponibilidad de los programas concretos que justifican su finalidad, remarcados por su flexibilidad.

En definitiva, tal y como se ha comentado anteriormente, este tipo de centro específico es un modo de acogimiento residencial. Esto implica que la regulación de su funcionamiento caerá a cargo de la Entidad Pública, la cual, a su vez, y siguiendo el art. 21.2 LOPJM, deberá atender a “la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos”. La LO 8/2015, en su segunda disposición, alude a que el Gobierno se unirá a las Comunidades Autónomas para promover criterios generales y estándares mínimos de calidad, cobertura y accesibilidad en toda España, en lo referente a este tipo de centros específicos.

4.2 La cuestión de los centros privados

En relación a los centros que se gestionan a través de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas, se manifiesta la Ley 26/2015 en su cuarta disposición final, imponiendo que se aplique a los mismos del título II, capítulo IV LOPJM, y que habrán de poseer la debida

⁴⁵ Figueroa Navarro, C. (2016). “Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.” *Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado*. Pp. 648,649.

autorización administrativa para su funcionamiento, la cual se emitirá por parte de la Entidad Pública correspondiente.

El tipo de centros para esta modalidad de internamientos poseen ciertas características, según su regulación concreta, al competir a las CCAA. Sin embargo, el Gobierno también debe fomentar la construcción de criterios comunes junto a pilares que cubran la cobertura, calidad y accesibilidad para todo el territorio (DA 2ª LO 8/2015).

La intervención privada se limita a la ya incluida en el art. 25.1 LOPJM y la disposición adicional cuarta Ley 26/2015, por lo que la ley, en principio, solo admite la gestión a los centros públicos o a los que se gestionan por entidades privadas colaboradoras. Sin embargo, esto no implica su eliminación completa, ya que, cuando nos referimos a lo que engloba “problemas de conducta”, esto podría incluir: la intervención con menores con problemas de conducta en un lugar abierto, es decir, con ausencia de vinculación a centros de internamiento, necesitará de recursos de atención especializada profesional, los cuales no han de tener carácter público; perspectivas relacionadas con recursos sanitarios, tal y como expresa el art. 26.2 LOPJM; y al sistema educativo (art. 73 LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

En cuanto al ámbito sanitario, habrá que seguir lo dispuesto en el art. 763 LEC.

Respecto al sistema educativo, cabe destacar la presencia real de establecimientos de enseñanza en régimen de internado. En principio, el art. 27.6 CE apoyaría la libertad de creación de dichos centros docentes. Por lo que a exigencias se refiere, se necesitará de autorización del órgano competente en el campo de educación, como antes se mencionó, a la vez que aparecen límites, tanto de carácter general (art. 19 CDN), como, en la intensidad de las restricciones ya establecidas; dicho de otro modo, un centro educativo no podrá practicar una disciplina que infrinja los derechos que hayan sido consagrados en normas internacionales, de lo que cobra gran importancia la Observación General nº13[1999] del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, aptdo. 41, sobre el art. 13 del Pacto referido al derecho a la educación (Circular 2&2016) .

5. Procedimiento de ingreso y vías para solicitar el acogimiento residencial del menor con problemas de conducta en un centro específico

5.1 Legitimación activa

La legitimación activa para pedir la autorización judicial para el ingreso le corresponde, tanto a la Entidad Pública poseedora de guarda o tutela del menor (arts. 778 bis CC y 26.3 LOPJM), como al Ministerio Fiscal (art. 26.1 LOPJM), tanto para internar a menores de carácter ordinario como urgente. Quedan excluidos del posible ingreso en estos centros específicos los menores con enfermedades o trastornos mentales que necesiten tratamiento específico proveniente de servicios competentes en salud mental o atención a las personas con discapacidad. De ahí la exigencia de motivación y fundamentación de las solicitudes de ingreso en informes psicosociales, emitidos por personal especializado en protección de menores de forma previa.

Es importante que, para que el menor ingrese en dichos centros, el Ministerio Fiscal o la Entidad Pública obtengan, de forma previa, la autorización judicial, con motivo de facilitarle al menor el cumplimiento de su derecho a ser oído. Esta autorización se obtendrá después de tramitar el procedimiento que dispone el art. 778 bis LEC, y se habrá de pronunciar en cuanto a la posible aplicación de medidas de seguridad, como a las probables limitaciones temporales sobre el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pueda adoptarse (art. 26 LOPJM).

En cuanto a la actuación de los tutores o progenitores que posean responsabilidades parentales cuando el menor se encuentre en guarda voluntaria, según lo dispuesto en el art. 25.3 LOPJM, la familia habrá de comprometerse a someterse a intervención fiscal.

Por otra parte, el art. 673 bis del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 ya preveía, en relación con los progenitores y tutores poseedores de patria potestad o tutela, la posibilidad de solicitud de ingreso en un centro privado para menores con medidas de contención y restricción de derechos y libertades fundamentales que no estuviesen sometidos bajo alguna medida de protección de la Entidad Pública.

Antes de la gran reforma en la legislación sobre protección a la infancia y adolescencia, la Circular 8/2011 diferenciaba entre tipos de tutela (administrativa u ordinaria), y de guarda, matizando que era innecesaria la autorización, debido a que se incluía en las facultades y deberes derivados de la patria potestad, pudiendo pedir el “auxilio de la autoridad”, como

dispone el art. 154 CC. La legislación actual, sin embargo, no las distingue. En su caso, aparecen⁴⁶ exigencias: la situación del menor bajo guarda o tutela de la Entidad Pública, y, si estuviese en situación de guarda, se sumaría la posibilidad de exigencia de autorización judicial.

Por último, habría que destacar el hecho de que, para que los menores puedan ingresar en centros de acogimiento residencial a solicitud del Ministerio Fiscal, habrán de estar bajo guarda o tutela de la Entidad Pública (art. 25.1 LOPJM). Sin embargo, el consentimiento del menor es irrelevante respecto a la necesidad de autorización judicial.

5.2 La tutela ex lege de la Entidad Pública

La reforma también tuvo su impacto sobre la tutela ex lege al incluirse en el nuevo art. 18 LOPJM, según el cual, cuando un menor esté en situación de desamparo, la Administración deberá actuar según lo indique el art. 172 CC y sus sucesivos, asumiendo la tutela de aquél por ministerio de la ley, y ejecutando las medidas necesarias de protección, siempre con puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal.

Dicha tutela será obtenida automáticamente, con la obligación de notificación a los progenitores, guardadores y menores, siempre que se tenga suficiente madurez o tenga doce o más años. Este deber de notificación del menor constituye algo novedoso, lo cual fue plasmado en la reforma de la LOPJM, en cuya antigua redacción, no se contemplaba tal trámite. Con esto se consigue la participación del menor en el procedimiento, transmitiéndole continua información, de manera presencial preferentemente. Por su parte, la automaticidad se refiere al deseo de que la Administración de auxilio de forma instantánea a los menores que necesiten esto. Ciertas sentencias han sido partidarias de esta última idea, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 165/2009, de 3 de julio (AC 2009/2797), la cual indica que “el desamparo se configura como base imprescindible para una necesaria intervención administrativa de protección”; otras sentencias que se posicionan a favor de esto son la de la

⁴⁶ Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía (2016). *El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección*. Editorial Reinad. Sevilla.

Audiencia Provincial de Málaga 202/2003, de 4 de abril, y la de la Audiencia Provincial de Alicante, 169/2008, de 15 de abril⁴⁷.

Por primera vez, es obligatoria la práctica de las diligencias que fuesen necesarias de forma inmediata para conocer la identidad del menor, investigar sus circunstancias y asegurarse de que su situación de desamparo era real, en un límite de tres meses. Sin embargo, no se menciona la situación de riesgo, y esto puede deber ser a que entonces no se asumiría la tutela automática. En el art. 172.5 CC aparecen novedosas causas de fin de tutela administrativa, entre las que destacan el hecho de que el menor haya ido a otro país de forma voluntaria, que el menor esté en una Comunidad Autónoma distinta y la entidad Pública de esta última ya hubiese emitido la declaración de desamparo o asumido su tutela, o que hayan transcurrido seis meses desde el momento en el que el menor se fue del centro de protección.

Por otra parte, que la Administración disponga de la tutela implica la paralización de la patria potestad a sus titulares, sin perjuicio de actos de ámbito patrimonial que supongan beneficio para el menor.

La tutela automática, por tanto, se presenta como una función administrativa destinada a la protección de menores que sean privados de asistencia material o moral. Se clasifica como una medida de amparo de tiempo provisional que, por motivos de urgencia, reviste carácter automático, y resalta por su provisionalidad, transitoriedad y subsidiariedad frente a la tutela ordinaria⁴⁸. En definitiva, se establece una tutela real, cuyo objetivo es la protección y cuya esencia se encuentra en su función tuitiva.

Por último, interesa recordar que también existe la tutela ordinaria, la cual necesita de intervención judicial para su establecimiento. En esta, el juez se corona como el sujeto con potestad de nombramiento como tutor a la Administración o a la familia extensa del menor. Primero nombrará el juez y, a continuación, el representante legal correspondiente de la Entidad

⁴⁷ Díaz Fernández, M. (2015). *El acogimiento de menores a la luz del nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Trabajo Fin de Grado de Derecho, curso académico 2014-2015. Universidad de Cantabria. Pp. 13-18.

⁴⁸ Salvador Gutiérrez, S. (2015). “Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral.” *Actualidad civil*, núm. 23, 1998. Pp. 549-571. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=115836. Fecha de consulta: 30/05/2019.

Pública, lo que implicaría que se haya nombrado a la Administración como tutora, intervendrá para la obtención de su cargo⁴⁹.

5.3 La guarda voluntaria del artículo 172 bis CC

El artículo 172 bis del Código Civil se añade tras la reforma legislativa, al ser añadido por el art. 2.14 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, y regula la situación de guarda voluntaria.

En su primer apartado, dispone que cuando los tutores o progenitores, debido a circunstancias transitorias y graves acreditadas adecuadamente, se vean imposibilitados para cuidar al menor, tendrán la posibilidad de realizar una solicitud a la Entidad Pública con el fin de que ésta última se ocupe de la guarda del menor durante el período estrictamente necesario, con un límite de dos años, excepto que, atendiendo al interés superior del menor, sea recomendable prorrogar las medidas. Cuando el período o la prórroga finalice, el menor volverá con sus tutores o progenitores, y si esto no fuese posible debido a que no se dan las circunstancias idóneas para ello, será declarado en situación legal de desamparo⁵⁰.

La forma de entrega voluntaria de guarda revestirá carácter escrito, y se plasmará la recepción de información, a los tutores o progenitores, sobre las responsabilidades que siguen poseyendo en cuanto al menor y el modo de ejercer la guarda por parte de la Entidad Pública.

En cuanto a la resolución administrativa sobre el otorgamiento de la guarda a la Entidad Pública, y sobre cualquier ulterior cambio sobre su ejercicio, se fundamentará y comunicará a los tutores o progenitores, y al Ministerio Fiscal.

La Entidad Pública también podrá ejercer la guarda del menor cuando el Juez lo acuerde, en los casos que proceda legalmente, adoptando la medida de protección que corresponda.

La LOPJM también se pronuncia en cuanto a la guarda voluntaria, expresando en su art. 25.3 que, en dicha situación, se exigirá el compromiso de la familia para someterse a intervención profesional.

⁴⁹ Moreno-Torres Sánchez, J. (2005). *El desamparo de menores*. Editorial Aranzadi. Navarra. P. 81.

⁵⁰ La guarda voluntaria también aparece regulada, repitiendo lo concerniente a la duración máxima y la admisión de prórroga, en el artículo 19 LOPJM, sobre guarda de menores.

6. Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad aparecen reguladas en el art. 27 LOPJM, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Estas pueden versar sobre la contención física o mecánica del menor, sobre su aislamiento o sobre sus registros materiales personales. Habrán de perseguir una finalidad educativa y responderán a los principios de necesidad, proporcionalidad, excepcionalidad, prohibición de exceso y provisionalidad, a la vez que habrán de ponerse en marcha aplicando la medida menos agresiva posible y durante el periodo necesario y respetando la privacidad, dignidad y derechos del menor (art. 217.1 LO 8/2015).

Su aplicación se realizará personalmente, de forma especializada y con formación en cuanto a la protección de menores; sin embargo, no especifica la formación necesaria por parte del personal. Solamente podrán realizarse como última alternativa, en defensa propia o en situaciones de intentos de fuga, resistencia física ante una orden o riesgo directo de autolesión, de lesiones ajenas o de daños fuertes a la propiedad.

Su adopción correrá a cargo, según impone el mismo art., del Director del Centro o a quien se le haya delegado dicha decisión. Esta habrá de motivarse y comunicarse inmediatamente a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, pudiendo recurrirse por parte de estas últimas y del menor ante el órgano judicial responsable del ingreso, quien resolverá, después de recibir el informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Por su parte, el director del centro será el encargado de supervisar el Libro Registro de Incidencias, documento en el que habrá de constar cada medida de seguridad que sea aplicada (art. 27 LOPJM).

6.1 Medidas de contención

Las medidas de contención tratan generalmente de malos tratos físicos realizados habitualmente por educadores y/o vigilantes de seguridad en los centros. Durante dichas contenciones, es probable la producción de lesiones, debido a la violencia. A veces se actúa a partir de formas encubiertas de maltrato físico, como puede ser la imposición de hacer

ejercicio hasta la extenuación. A esto se añade el trato despectivo, la violencia verbal, etc., que, no es sino una contradicción, ya que, estos tratos, atentan contra la figura del menor⁵¹.

La L.O 8/2015 incluye ciertos aspectos de estas medidas modificando el art. 28. Según este, las medidas de contención pueden manifestarse de forma verbal y emocional, de tipo físico y de tipo mecánico, según las circunstancias.

Las medidas física o mecánica podrá realizarlas el personal si ya han intentado la contención verbal y emocional con ausencia de fuerza física y les ha resultado imposible.

En cuanto a la contención verbal y emocional, posee la finalidad de orientar las situaciones de tensión y agresividad, buscando el apaciguamiento a través de la comunicación con el menor, de lo que resulta indispensable el establecimiento previo de una relación de confianza, respeto y empatía. Esta modalidad se enfoca a menores con pérdida total del control y con capacidad de interacción en la terapia verbal⁵².

Por otra parte, se encuentra la contención física, consistente en la interposición entre el menor y la persona en cuestión o el objeto en peligro, en la restricción física de movimientos y espacios, y, a veces, en la inmovilización física. Es una alternativa extraordinaria y su objetivo es terapéutico, siendo solo aceptada en situaciones de emergencia que desplieguen una gran amenaza instantánea para la integridad del menor o de otros sujetos. A partir de esta, se restringe la movilidad del menor a partir del uso físico o dispositivos mecánicos que la imposibilitan en cierto grado. En su puesta en marcha concurren dos situaciones especiales; su aplicación con ausencia del consentimiento del paciente y su consecuente privación de libertad de movimientos temporalmente. Debido a esto, se exige que el personal sepa actuar conforme a los derechos fundamentales del menor paciente⁵³. Por último, la contención mecánica solamente podrá aplicarse en situaciones en las que se busque la evasión de un gran riesgo para el menor o terceros, y siempre que no se pueda

⁵¹ Colectivo no a O'Belen (2019). "¿Qué pasa con los centros?" Artículo página web Colectivo No a O'Belen. Disponible on line: www.colectivonoaobelen.blogspot.com/p/que-pasa-con-los-centros-de-menores. Fecha de consulta: 13/05/2019.

⁵² Liaño Escobedo, C. (2014). *Contención física como medida de seguridad en el servicio de urgencias psiquiátricas*. Trabajo Fin de Grado de Enfermería, curso académico 2013-2014. Universidad de Cantabria. P. 18.

⁵³ Núñez Zorrilla, C. (2016). *El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* Pp. 150 a 154.

disminuir el estrés o trastorno del menor a partir de otras formas. Habrá de llevarse a cabo por equipos homologados de contención mecánica que sigan un protocolo (art. 28 LOPJM).

6.2 Medida de aislamiento

La medida de aislamiento aparece regulada en la modificación del art. 29 LOPJM inherente en la LO 8/2015, de 22 de julio, que dispone que, esta, durante la permanencia del menor en un espacio idóneo en el cual se le vea imposibilitado salir, únicamente podrá llevarse a cabo con la finalidad de prevenir lesiones, autolesiones o actos violentos hacia terceros, como pueden ser menores que residan en el centro o personal del mismo, y de evitar grandes daños a sus infraestructuras. Su aplicación se realizará de forma puntual y cuando se precise, y prioritariamente en la habitación del menor en cuestión; si no fuese posible, se realizará en otro lugar semejante en cuanto a habitabilidad y dimensiones.

Su duración máxima aparece en este mismo art. 29, limitándose a un máximo de 6 horas seguidas, e imponiéndose la obligación de acompañamiento o supervisión por parte de un educador durante la duración de esta medida.

En los centros de acogimiento de menores con trastorno de conducta, las infraestructuras suelen estar diseñadas con visión hacia la vigilancia y las medidas de seguridad, pero no en la habitabilidad. En estos, las habitaciones de los menores suelen destacar por ser celdas con poca ventilación, consecuencia de las ventanas de seguridad. Las dependencias destacan por la seguridad, a partir de puertas metálicas y de cerrojos. Además, los espacios disponibles para los menores son pequeños y no disponen, prácticamente, de libertad de movimiento.

A la hora de aplicar medidas de aislamiento, existen muchas sanciones, debido, en gran parte, a la ausencia de control externo, por lo que muchas medidas, debido a la falta de supervisión, pueden interiorizarse en el centro como medidas educativas. Una de las más destacadas es la “separación del grupo”, en la que se puede llegar a aislar al menor de cualquier contacto físico con terceros. También, en ocasiones, se sanciona la “comunicación visual no autorizada”, con el fin de evitar que los menores organicen cualquier cosa. Las penas de este tipo de medida pueden durar un máximo de 7 días seguidos, pero debido a la posibilidad de acumulación de sanciones, estas pueden encadenarse, provocando el aislamiento del menor durante meses. La separación del grupo puede ser resultado de una

inadecuada contestación, desobediencia o actitud desafiante, y el riesgo de suicidio se incrementa exponencialmente en el periodo activo del aislamiento⁵⁴.

6.3 Registros personales y materiales

Por último, la LO 8/2015, con la reforma del art. 30 LOPJM, introduce los registros personales y materiales, aclarando que deberán realizarse respetando la privacidad, dignidad, intimidad y derechos fundamentales, y electrónicamente como forma prioritaria.

El registro personal del menor se llevará a cabo por el personal indispensable y necesario, requiriéndose, como mínimo, dos profesionales del propio centro y de igual sexo que el menor. Si implica exposición corporal, habrá de realizarse en un lugar adecuado y en ausencia de los demás menores.

El registro material podrá realizarlo el personal del centro, quien estará capacitado para quitarle objetos cuya procedencia sea incierta y se considere que los ha poseído de forma ilícita, que puedan ser dañinos para él, para terceros o para las instalaciones del centro, o que estén prohibidos para menores de edad. Si el registro de las pertenencias del menor no pudiese realizarse con él presente, se le habrá de comunicar anteriormente.

Por último, cabe destacar que dichas medidas no podrán llevarse a cabo con finalidades disciplinarias (art. 31.3 LOPJM).

7. Otros aspectos novedosos de la Circular 2/2016

Inicialmente, cabe hablar de la CE, ya que en su art. 17.4 establece que “la ley regulará un procedimiento “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. También se regula por la LO 6/1984, de 24 de mayo, la cual proporciona al Juez de Instrucción competencia para su conocimiento. Por tanto, será posible encontrarse con solicitudes de “habeas corpus”.

⁵⁴ Colectivo no a O’Belen (2019). “¿Qué pasa con los centros?” Artículo página web Colectivo No a O’Belen. Disponible on line: www.colectivonoaobelen.blogspot.com/p/que-pasa-con-los-centros-de-menores. Fecha de consulta: 13/05/2019.

Siguiendo la Circular mencionada, el recurso de apelación será preferente y sin efecto suspensivo, y se regirá por criterios de flexibilidad al deber ajustarse a los acontecimientos producidos en las circunstancias del menor desde la resolución de primera instancia.

Los progenitores, el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, y los tutores con legitimación para oponerse a resoluciones sobre protección de menores, podrán interponerlo, excluyéndose otros sujetos como el guardador de hecho o el acogedor.

La intervención principal es la proveniente de la revisión de las circunstancias concretas que justifiquen la privación de libertad, según el art. 5.4 CEDH. El plazo es de tres meses, siendo menor al marcado en el art. 763 LEC. La Circular también expresa que cuando este dure más de 9 meses, se realizará un seguimiento especial.

Existen otros recursos extraordinarios que pueden darse mientras el menor está en el centro y que son motivadores de la intervención judicial, como el recurso contra las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salidas adoptadas por el Director del Centro, el recurso contra la adopción de medidas de seguridad⁵⁵ acordadas por el Director del Centro, el recurso contra las decisiones de traslado de centro, o el recurso contra las medidas de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas adoptadas por el Director del Centro.

Finalmente, destaca el régimen visitas respecto del sistema general establecido en el art. 161 CC. En los centros de protección específicos del art. 778 bis LEC, el director del centro es la persona facultada para restringir o suspender tanto visitas, como comunicaciones y salidas, siempre que esto ocurra de forma motivada y acorde a los términos de la autorización judicial de ingreso, y siempre en interés del menor y negándolo como medida disciplinaria.

En cuanto al cese de la medida, según el art. 778 bis LEC, el Juez acordará el cese, y podrá hacerlo de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal o la Entidad Pública, debiendo estar fundada en un informe social, psicológico y educativo. Además, expresa que el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de impulsar la celeridad de estos trámites para impedir que los menores permanezcan internados más tiempo del necesario.

⁵⁵ Estas medidas de seguridad podrán ser de contención mecánica, contención física, aislamiento o registros personales y materiales, según la Circular 2/2016 en su página 36.

8. Situación actual

Hoy en día, los centros de protección de menores parecen estar alejándose continuamente de su razón de ser, debido al aumento paulatino de ingresos de menores en estos centros y el aumento de menores con problemas o conductas que impliquen el ingreso en un centro. Esto se complica con la constante llegada de menores extranjeros no acompañados, unido a la falta de información facilitada sobre los menores por parte de la Consejería de Políticas Sociales, lo que lleva a que los sindicatos den voz de alarma.

El pasado verano en Andalucía, según los datos aportados por CCOO y UGT, la situación se desbordó y los centros cordobeses duplicaron su capacidad máxima, y, por consiguiente, los ratios, inhabilitando salas para ocuparlas por colchones para este exceso de menores internados. Cuando este finalizó, la situación no mejoró del todo, al seguir situándose el aforo en su máximo. Todo esto, se une a la falta de individualización del menor en el centro, ya que, junto a estas entradas masivas, se une la mezcla de menores con problemas de distinta índole, la falta de precisión en cuanto a la efectiva edad del supuesto mena, la dificultad de comunicación con ellos y la ausencia de un protocolo sanitario. A esto se une la carencia de medios y personal necesario, que incluso sobreexplotando este último, no se llega a abordar plenamente el ámbito educativo y social de estos menores, ni siquiera a poseer una seguridad eficiente⁵⁶.

La Fiscalía Superior de Andalucía registró en el año pasado un aumento de criminalidad respecto a los menores, mayoritariamente delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico y robos con violencia. Concretamente se registraron 15.293 diligencias preliminares y 6.494 expedientes de reforma. En relación a las infracciones contra las personas, el Ministerio Público expresa que se abrieron 14 expedientes de reforma incoados por asesinato u homicidio; uno en Huelva, otro en Melilla, dos en Almería y Málaga, tres en Cádiz y cinco en Sevilla. En cuanto

⁵⁶ R. Arjona, A. (2018). “Los centros de protección de menores, al límite tras un verano de masificación.” *Diario Córdoba, Local*. Publicación: 29/10/2018. Disponible on line: www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/centros-proteccion-menores-limite-verano-masificacion_1260402.html. Fecha de consulta: 05/06/2019.

a delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el mismo Ministerio precisa que se han incoado 248 expedientes, tratando la mayoría de ellos de delitos de abuso sexual⁵⁷.

Por otra parte, destaca la cifra en alza de menores ingresados por problemas de conducta. Jesús Tamayo, presidente de Proyecto Hombre en Córdoba, es partícipe de este hecho tal y como recalca en una entrevista dada a Diario Córdoba en abril de este mismo año⁵⁸. Según afirma en dicha entrevista, el 90% de los menores que acuden a ellos lo hacen debido a problemas de conducta en el entorno doméstico, generalmente de violencia, con origen en el mal uso de las TICs, las apuestas online, las redes sociales y algunos juegos; también señala que entre un 5 o 10% de ellos tienen experiencias de consumo, mayoritariamente de marihuana y alcohol, aunque la mayoría no consume ningún estupefaciente. Según Jesús, para prevenir estos comportamientos en los menores, lo principal es ser conscientes de los hábitos mantenidos en las relaciones familiares, como la comunicación real entre la familia. Hay que ser conscientes de que, si los conflictos ocurren en el ámbito familiar, se está resolviendo; de la actitud con la que nuestro familiar afronta las relaciones en su entorno social, y en cuanto a los adolescentes, habrá de verse si están poseyendo de capacidad para decidir sobre sus decisiones, dónde se posicionan, cómo resuelven los conflictos con las amistades, etc. También, habrá que preocuparse por educar en responsabilidad y en ver el criterio con el que los menores valoran las cosas que observan.

Los trabajadores del centro de menores de Hortaleza, situado en Madrid, también se han sumado como portavoces en este ámbito apuntando al declive que está sufriendo este centro hasta ser insostenible, debido mayoritariamente a la falta de personal y a la escala creciente de violencia por parte de los menores. Esta situación, según el personal, es debida a la actitud de los menores, que, por ejemplo, rompen cristales para entrar en otras habitaciones con el fin de robar; a la oleada de menores inmigrantes, que, según Javier Prieto, delegado del sindicato CSIF de Hortaleza, prácticamente ha llevado a convertir al centro en un albergue de menores extranjeros no acompañados; al cambio de perfil del menor que necesita de tratamiento, ya que

⁵⁷ EP Granada (2018). “Sube criminalidad de menores en Andalucía, sobre todo los robos con violencia.” *Diario Sur*. Publicación: 29/09/2018. Disponible on line: www.diariosur.es/andalucia/sube-criminalidad-menores-20180929152808-nt.html. Fecha de consulta: 29/05/2019.

⁵⁸ Muñiz, T. (2019). “El 90% de los menores vienen por problemas de conducta”. *Diario Córdoba*. Publicación: 14/04/2019. Disponible on line: www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/el-90-menores-vienen-problemas-conducta_1294774.html. Fecha de consulta: 09/06/2019.

ha aumentado el número de menores con problemas de consumo de estupefacientes; y, sobre todo, a la violencia, la cual provoca bajas médicas por agresiones, amenazas o problemas que surgen de ellas como depresión o ansiedad. También concluyen que, si el contexto está desestructurado, es imposible hacer un proyecto educativo, lo cual genera frustración y provoca agresiones. La posible solución que aporta este centro es la reforma del sistema de Protección al Menor para aumentar y reforzar personal, para controlar dichos incidentes y las bajas de la plantilla, y la solicitud a la Fiscalía para que acelere las pruebas en las que se determina la edad de los menores, ya que, según los trabajadores de este centro, llegaron a tener a un hombre de 40 años⁵⁹.

Sin embargo, muchas veces, estas medidas cuyo fin es proteger al menor, consiguen sus resultados. Un ejemplo de ello es Wynna Zady. Esta fue una adolescente problemática denunciada por parte de su madre. Esta estuvo pisando los tribunales hasta los 21 años durante muchas ocasiones por peleas y delitos del patrimonio generalmente. Hoy en día, con 30 años, está acabando la carrera de Derecho y realiza las prácticas en un juzgado, el número 1 de Las Palmas, cuya titular es Reyes Martel, magistrada que determinó el ingreso de Wynna hace años en un centro de menores, y que ahora cambia su papel, siendo ahora su mentora⁶⁰.

8.1 Atención a menores por parte de padres, tutores y profesionales

La crisis económica ha tenido un impacto directo en el aumento de los menores con problemas de conducta. Según el informe “Adolescentes con trastornos de comportamiento, ¿cómo podemos detectarlos? ¿Qué se debe hacer?”, editado por el Hospital Sant Joan de Déu de Barcelona en colaboración con Laboratorios Ordesa, en los últimos años se ha presenciado un gran aumento en el diagnóstico de trastornos de conducta en menores, debido en parte al aumento de familias con problemas económicos y los cambios sociales vividos. El informe sobre este tema, que se presentó en la sede de la Organización Médica Colegial en Madrid, ha creado una encuesta entre padres, profesores, pediatras y profesionales de la salud mental de

⁵⁹ Núñez-Villaveirán, L. (2019). “De centro de referencia a un infierno, el declive del centro de menores de Hortaleza.” *El Mundo, Sociedad*. Publicado el 25 de abril de 2019. Disponible on line: www.elmundo.es/madrid/2019/04/25/5cc0a59a21efa07d408b46ee.html. Fecha de consulta: 16/06/2019.

⁶⁰ Guede, Araceli (2019). “De adolescentes infractores a jóvenes promesas: Ahora quiero ser jueza de menores”. *20 minutos, Nacional*. Publicado el 26/03/2019. Disponible on line: www.20minutos.es/noticia/3594330/0/adolescentes-infractores-jovenes-promesas-jueza-menores. Fecha de consulta: 19/06/2019.

toda España con el objetivo de buscar nuevas necesidades, implementar la prevención, la detección rápida y proponer recomendaciones para mejorar la situación de los menores con problemas de conducta. La mayoría de los profesionales coinciden en la detección de un aumento en las demandas por problemas de conducta, concretamente el 96% de los pediatras⁶¹.

Aparte de la situación económica, hay otras situaciones que han tenido gran impacto en la situación del menor, provocando un aumento de trastornos de comportamiento que afectan al entorno de este. Estas situaciones se refieren a los cambios en la sociedad respecto a las estructuras familiares que se viven actualmente, el actual poder de la idea de individualismo o la falta de tolerancia hacia el malestar.

Estadísticamente, alrededor de uno de cada cinco menores sufrirá algún trastorno de conducta, ya sea en su infancia o en su adolescencia, siendo el auge de estos entre los trece y dieciséis años. Muchas veces, existen factores de riesgo visibles que pueden provocar la aparición de algún trastorno de comportamiento, por lo que es conveniente tenerlos en cuenta y trabajar sobre ellos. Estos pueden ser, entre otros, situaciones personales, como el comportamiento disocial, inicio precoz de conductas agresivos, escasos vínculos sociales, abuso de sustancias, leve capacidad de atención, impulsividad, actitud negativa escolar, bajos resultados académicos, baja tolerancia a la frustración y pérdida de valor a la autoridad; esto también se puede ver en situaciones familiares, como en padres que no tienen tiempo para sus hijos, familias desbordadas, control parental inadecuado, falta de conocimiento y comunicación de los problemas de los hijos, bajo nivel socio-económico o padres abusivos.

Sin embargo, también hay factores que protegen ante una posible aparición de los diferentes trastornos de conducta, como la posesión de una orientación social positiva, grado alto de inteligencia, gozar de habilidades para afrontar adecuadamente el estrés o establecer relaciones de calidad y apoyo con adultos.

La cuestión competente ahora es ver que se puede hacer. Ante esta duda, la mayoría de profesionales coinciden en que se deben ampliar los recursos, mejorar la coordinación entre profesionales y proporcionar más información, tanto de los problemas de conducta, como de

⁶¹ S. F. (2016). “Aumenta el número de adolescentes con trastornos de conducta.” *ABC, Familia, Padres e hijos*. Publicación: 4/02/2016. Disponible on line: www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-aumenta-numero-adolescentes-trastornos-conducta-201602032238_noticia.html. Fecha de consulta: 22/05/2019.

los recursos para luchar contra estos. Combatir por separado para mejorar la situación del menor es menos eficiente que conjuntamente. Por tanto, sería más eficaz el constante mantenimiento en contacto y puesta al día por parte de los padres, médicos, educadores, psicólogos y personas análogas que posean tutela sobre el menor o puedan contribuir a su buen desarrollo e integridad social; si no fuese así, unos profesionales podrían generar obstáculos a otros, por lo que el trabajo, si quieres hacerse persiguiendo el buen desarrollo social del menor, habrá de realizarse coordinadamente y de forma conjunta.

La mayoría de los padres acaban buscando ayuda por parte de un psicólogo o pediatra, y en el 49,25% de los casos la familia no comunica el problema en la escuela. En este caso los pediatras son el mayor referente, pero, sin embargo, los profesores quedan oprimidos por la carencia de información en cuanto al menor se refiere, complicando esto el desarrollo. A su vez, el 90% de los profesores expresan que se poseen recursos adecuados para intervenir, pero, sin embargo, son insuficientes y esto se remarca con su descenso en los últimos años⁶².

⁶² G. Portalatín, B. (2016). “Trastornos de comportamiento. Aumentan los problemas de conducta en los adolescentes españoles.” *Informe El Mundo* Publicación: 27/01/2016. Disponible on line: www.elmundo.es/salud/2016/01/27/56a8c85146163f5a7e8b4584.html. Fecha de consulta: 03/06/2019.

CONCLUSIONES

Llama la atención la evolución que ha seguido la protección de la figura del menor a lo largo del tiempo. Cobra gran importancia la reforma a nivel estatal sobre protección de menores por parte de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aún pesar de poder ser completada, las reformas y matizaciones positivas son inmensas. Entre ellos, destacan, la atribución al menor de derechos y deberes, la intensificación y concreción de su derecho a ser oído, la especificación del “interés superior del menor”, la gran protección al menor con discapacidad, el otorgamiento de derechos básicos a menores extranjeros, la protección de los menores ante cualquier tipo de violencia, la prioridad de medidas estables frente a temporales, de familiares ante residenciales y de consensuadas ante impuestas, la imposición de carácter revisable y personalizado a las medidas de protección de menores, y, por último, las reformas procesales que buscan la garantía de tutela efectiva de derechos de los menores. Por tanto, se puede afirmar un papel activo del legislador estatal en materia de protección de menores.

En segundo lugar, y en consonancia con lo dispuesto anteriormente, destaca el papel que han adoptado las Comunidades Autónomas, al luchar contra obstáculos que planteaban diversas lagunas, a partir de regulaciones forales que, aunque diferentes en cada autonomía, han ayudado en gran medida al buen funcionamiento de la protección del menor y a la regulación de los centros de acogimiento de menores.

Por cuanto se refiere a estos centros de acogimiento, destaca un tipo concreto de centro residencial consagrado a partir de las dos Leyes promulgadas en 2015: el internamiento en centros específicos de menores con problemas de conducta. Esta modalidad se ha incrementado exponencialmente en los últimos años, lo que hace cuestionarse el actual modelo educativo que impera ya que es preocupante. La legislación dota a este tipo de carácter subsidiario, lo que también lleva a plantearse la falta de unos posibles recursos intermedios de intervención-educativa que se desarrollasen con ayuda de la familia, y todo esto, anteriormente al ingreso del menor en estos centros, como ya recomendó en su momento el Defensor del Pueblo⁶³, junto a determinadas normas autonómicas que así lo expresan⁶⁴. A su vez, destaca la dificultad para aplicar esta forma de protección, debido a que su legislación carece de previsión de recursos económicos adicionales que faciliten la creación de centros que posibilitan prestar a los menores

⁶³ Cfr. Informe del Defensor del Pueblo sobre los centros de menores..., cit., 405. La misma propuesta hizo, asimismo, en fase de Anteproyecto B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 128.

⁶⁴ Vid. p.e. art. 40.2 Ley andaluza 1/1998, art. 28 Ley valenciana 12/2008 y art. 84.1 Ley foral 15/2005.

una atención especializada en coherencia a los estándares internacionales y los criterios de calidad que expresa el art. 25.1.2 LOPJM.

En definitiva, llama la atención la expansión seguida últimamente de menores con trastornos y problemas de conducta demandantes de centros de acogimiento y de esta idea se extraen dos ideas principales. Una primera, referida a la legislación actual, la cual ha mejorado ampliando, reformando y especificando muchos aspectos sobre protección del menor, pero que, sin embargo, aún está lejos de posibilitar realmente una completa garantía de protección al menor que proporcione su integración social. Por otra parte, llama la atención la implantación de nuevos centros que, finalmente, no consiguen hacer efectivo muchas veces su contenido, debido a la carencia que presentan para realmente llevar a cabo un proyecto educativo específico para cada menor según sus circunstancias personales y concretas, por lo que quizás, por parte del legislador, sería interesante la ampliación de medidas que posibiliten e incrementen la reintegración de estos menores en un seno familiar y su adecuado desarrollo social mientras permanecen en estos centros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adana Fundació (2019). “Trastornos de conducta”. *Adana Fundació*. Disponible on line: www.fundacionadana.org/definicion-y-tipos-trastornos-de-la-conducta. Fecha de consulta: 24/03/2019.
- Algarra Prats, E. (2010): “La corrección de los hijos en el Derecho español.” *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 5. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3278832. Fecha de consulta: 14/03/2019. Pp. 45-96.
- Algarra Prats, E. y Barceló Doménech, J. (2016). “Libertad de los hijos en la familia: deberes de los hijos y derecho de corrección de los padres. Situación en el derecho español.” *Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 4, febrero de 2016. Disponible on line: www.idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/3._Algarra-Barcel%C3%B3_pp._59-74.pdf. Fecha de consulta: 15/03/2019. Pp. 62-70.
- American Psychiatric Association (2002). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM-IV-TR), 1ª Ed. Barcelona. Editorial MASSON.
- American Psychiatric Association Publishing (2016). *Suplemento del Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales* (DSM-5 Actualización). Quinta Edición.
- Colectivo no a O’Belen (2019). “¿Qué pasa con los centros?” Artículo página web Colectivo No a O’Belen. Disponible on line: www.colectivonoaobelen.blogspot.com/p/que-pasa-con-los-centros-de-menores. Fecha de consulta: 13/05/2019.
- Cruz López, L. (2011). “Sobre el acogimiento residencial y las condiciones socioeducativas en las que se debe desarrollar la medida.” *Revista de Ciències Socials Aplicades: Pedagogia i Treball Social*, núm 2. Pp. 66-88.
- Defensor del Pueblo (2009). “Defensor del Pueblo: Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social.” *Informes, Estudios y Documentos*.
- Díaz Fernández, M. (2015). *El acogimiento de menores a la luz del nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Trabajo Fin de Grado de Derecho, curso académico 2014-2015. Universidad de Cantabria.

- Díez García, H. (2010). *La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)*. Universidad de León. Publicación: 10/12/2010.
- EP Granada (2018). “Sube criminalidad de menores en Andalucía, sobre todo los robos con violencia.” *Diario Sur*. Publicación: 29/09/2018. Disponible on line: www.diariosur.es/andalucia/sube-criminalidad-menores-20180929152808-nt.html. Fecha de consulta: 29/05/2019.
- Ferreirós Marcos, C. E. (2010). “Centros de protección con medidas de seguridad y contención destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo. “Jornadas de especialistas en menores.” *Estudios jurídicos*, núm. 2010, 2010. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4175292. Fecha de consulta: 04/06/2019. Pp. 95-98.
- Ferreirós Marcos, C.E. (2017). “Ingreso en centros de protección para menores con problemas de conducta.” *Circular 2/2016 de la FGE, Novedades legislativas*.
- Figueroa Navarro, C. (2016). “Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.” *Circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado*.
- Fiscalía General del Estado (2016). *Circular 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*.
- FUNDACIÓ ADANA (2019). “Trastornos de la conducta: ¿Cómo identificar a un niño con un trastorno del comportamiento?” *Artículo web Fundació Cadana*. Disponible on line: <http://www.fundacionadana.org/diagnostico-y-tratamiento-trastornos-de-la-conducta>. Fecha de consulta: 29/04/2019.
- Fundación Cadah (2019). “Qué es el TDAH”. *Artículo web Fundación Cadah*. Disponible on line: www.fundacioncadah.org/web/articulo/tdah-dsm-iv-tr.html. Fecha de consulta: 04/04/2019.
- Galán Rodríguez, A. (2013). “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional.” *Papeles de un Psicólogo*, 2013,

vol. 34. Pp. 23-31. Disponible on line: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2168.pdf>.
Fecha de consulta: 04/05/2019.

- G. Portalatín, B. (2016). “Trastornos de comportamiento. Aumentan los problemas de conducta en los adolescentes españoles.” *Informe El Mundo* Publicación: 27/01/2016. Disponible on line: www.elmundo.es/salud/2016/01/27/56a8c85146163f5a7e8b4584.html.
Fecha de consulta: 03/06/2019.
- García Pérez, C.L. (2018). “Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2018. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. Universidad de Murcia. Pp. 27-52.
- Guede, Araceli (2019). “De adolescentes infractores a jóvenes promesas: Ahora quiero ser jueza de menores”. *20 minutos, Nacional*. Publicado el 26/03/2019. Disponible on line: www.20minutos.es/noticia/3594330/0/adolescentes-infractores-jovenes-promesas-jueza-menores. Fecha de consulta: 19/06/2019.
- Jorqui Azofra, M. (2018). “Régimen jurídico de la autonomía de los menores de edad en el marco de las decisiones sanitarias.” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 272, septiembre-diciembre 2018. Disponible on line: www.researchgate.net/publication/329009040_Regimen_juridico_de_la_autonomia_de_los_menores_de_edad_en_el_marco_de_las_decisiones_sanitarias. Fecha de consulta: 23/05/2019.
- Nicolás Jiménez, P. y Romeo Malanda, S. (2009). “El régimen jurídico de la minoría de edad.” *Instituto Roche, Legal y bioética*. Publicado el 10/08/2009. Disponible on line: www.institutoroche.es/legalnaciones/6/vi_el_regimen_juridico_de_la_minoria_de_edad.
Fecha de consulta: 16/03/2019.
- Jaso Cortés, E. (2013). “Criterios médicos y jurídicos para determinar la capacidad de las personas.” *Hospital Universitario La Paz, Foro Sanidad y Derecho*. Comunidad de Madrid. Disponible on line: <http://www.madrid.org>. Fecha de consulta: 23/05/2019.
- Liaño Escobedo, C. (2014). *Contención física como medida de seguridad en el servicio de urgencias psiquiátricas*. Trabajo Fin de Grado de Enfermería, curso académico 2013-2014. Universidad de Cantabria.

- López Azcona, A. (2016). “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.” *Estudio doctrinal Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero 2016. Gobierno de España. Disponible on line:
www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4983_d_BolMinJust.pdf. Fecha de consulta: 02/05/2019.

- Marín López, J. J. (1999). “Los locos y su libertad. El artículo 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio).” *Derecho privado y Constitución*, núm. 13. P. 203.

- Martín Azcano, E. M. (2015). “El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.” *La Ley, Derecho de familia*, 13 de octubre de 2015. Editorial LA LEY.

- Moreno-Torres Sánchez, J. (2005). *El desamparo de menores*. Editorial Aranzadi. Navarra. N

- Muñiz, T. (2019). “El 90% de los menores vienen por problemas de conducta”. *Diario Córdoba*. Publicación: 14/04/2019. Disponible on line:
www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/el-90-menores-vienen-problemas-conducta_1294774.html. Fecha de consulta: 09/06/2019.

- Muñoz, M. (2016). Psicología y bienestar. “Los trastornos de conducta en adolescentes, primera causa de consulta en salud mental.” *EFE: SALUD, Psicología y bienestar*. Publicación: 10/02/2016. Disponible online: www.efesalud.com/los-trastornos-de-conducta-en-adolescentes-primera-causa-de-consulta-en-salud-mental. Fecha de consulta: 18/05/2019.

- Núñez-Villaveirán, L. (2019). “De centro de referencia a un infierno, el declive del centro de menores de Hortaleza.” *El Mundo, Sociedad*. Publicado el 25 de abril de 2019. Disponible on line:
www.elmundo.es/madrid/2019/04/25/5cc0a59a21efa07d408b46ee.html. Fecha de consulta: 16/06/2019.

- Núñez Zorrilla, C. (2016). *El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Parra Lucán, M.A. (2012). *Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia, en Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*. Consejo General del Notariado, Madrid.
- Pérez-Baro, M. J. (2015). “Lo que los menores pueden hacer legalmente a partir de los 14 años.” *ABC, Familia, Padres e hijos*. Publicación: 20/09/2015. Disponible on line: www.abc.es/familia-padres-hijos/20150930/abci-capacidad-obrar-201509291938.html. Fecha de consulta: 08/05/2019.
- R. Arjona, A. (2018). “Los centros de protección de menores, al límite tras un verano de masificación.” *Diario Córdoba, Local*. Publicación: 29/10/2018. Disponible on line: www.diariocordoba.com/noticias/cordobalocal/centros-proteccion-menores-limite-verano-masificacion_1260402.html. Fecha de consulta: 05/06/2019.
- Salvador Gutiérrez, S. (2015). “Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral.” *Actualidad civil*, núm. 23, 1998. Pp. 549-571. Disponible on line: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=115836. Fecha de consulta: 30/05/2019.
- S. F. (2016). “Aumenta el número de adolescentes con trastornos de conducta.” *ABC, Familia, Padres e hijos*. Publicación: 4/02/2016. Disponible on line: www.abc.es/aisians/familia/padres-hijos/abci-aumenta-numero-adolescentes-trastornos-conducta-201602032238_noticia.html. Fecha de consulta: 22/05/2019.
- Síndic de Greuges Comunitat Valenciana (2018). *Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*. Ed. Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana. Quinta Impresión.
- Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía (2016). *El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección*. Editorial Reinad. Sevilla.