

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXX

■ Núm. 2185

■ Enero de 2016

ESTUDIO DOCTRINAL



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

Aurora López Azcona



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

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*

AURORA LÓPEZ AZCONA

*Profª. Contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada a Titular de Universidad.
Universidad de Zaragoza*

*A Iguácel, en su tránsito
de la infancia a la adolescencia*

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer un examen detallado -y crítico de ser necesario- de la nueva regulación estatal en materia de acogimiento y adopción de menores, tal y como ha sido articulada por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ambas leyes, muy ambiciosas, nacen con el propósito de reformar el sistema español de protección de menores a la luz de los últimos convenios internacionales ratificados por España y, lo que es más importante, dotar a todo el territorio español de un marco jurídico uniforme sobre la materia; objetivo éste que se revela muy necesario, dada la diversidad normativa existente al respecto, desde el momento en que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas disponen de su propia legislación de menores.

* El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por su autora a la Jornada sobre El Proyecto de Ley de Protección a la Infancia: Los nuevos instrumentos de protección de menores, organizada por el Gobierno de Aragón (Instituto Aragonés de Administración Pública) y celebrada en Zaragoza el 29 abril 2015.

De este modo, las figuras del acogimiento y adopción, incluida la internacional, han sido objeto de una profunda revisión tanto en orden a su constitución, modalidades y efectos bajo el prisma del interés superior del menor. Las siguientes líneas se dedican a analizar las principales novedades de su nuevo régimen jurídico desde una perspectiva civil, sin renunciar a abordar las importantes dudas interpretativas que plantea.

Palabras claves

Protección de menores. Acogimiento familiar. Acogimiento residencial. Menores con problemas de conducta. Adopción. Adopción abierta. Adopción internacional.

Abstract

The aim of this paper is to give an accurate –and if need be, a critical one- account of the new regulation on Adoption and Foster care in Spain, contained in the recently enacted Acts 8/2015 and 26/2015 on modification of the protection of children and teenagers. Both instruments are quite ambitious: the whole system of child care is redesigned in order to adapt our ancient law to the latest International Conventions signed by our country and, most of all, to create a common frame in such a sensible area for the whole territory, given the fact that the Autonomous Communities (Comunidades Autónomas) have competences in this subject and all of them have legislation on the topic, which sometimes differs a lot from one of another.

As a result of the reform, the types, legal effects and proceedings of foster care as well as national and international adoption have been thoroughly redesigned at the light of the best interest of the child principle. Although the change is to be welcomed, it entails many important questions of statutory construction. The lines that follow will try to give due response to them.

Key words

Child protection. Foster care. Residential Care. Children with conduct disorders. Adoption. Open adoption. International adoption.

Sumario

1. Reflexiones previas sobre la reforma del sistema estatal de protección de menores por la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
2. La nueva regulación del acogimiento
 - 2.1 El acogimiento en general
 - A) La (incompleta) noción legal del acogimiento. La preferencia del acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial
 - B) Los derechos de menor acogido frente a la Administración
 - C) La posibilidad de acordar por la Entidad Pública estancias temporales del menor acogido con familias o instituciones adecuadas
 - 2.2 El acogimiento familiar
 - A) La idoneidad para ser acogedores
 - B) La constitución del acogimiento familiar
 - C) El estatuto del acogedor familiar
 - D) Modalidades del acogimiento familiar
 - E) La remoción de la guarda y el cese del acogimiento familiar
 - 2.3 El acogimiento residencial. En particular, el acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta
 - A) El acogimiento residencial
 - a) Obligaciones de los centros de menores
 - b) Derechos de los menores en acogimiento residencial
 - c) El control administrativo de los centros de menores
 - d) La ausencia de regulación en materia de constitución y cese del acogimiento residencial
 - B) El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta
3. La reforma del régimen jurídico de la adopción. La adopción abierta como nueva modalidad de adopción
 - 3.1 Requisitos a cumplir por los adoptantes
 - 3.2 Requisitos en relación con el adoptando

3.3 El procedimiento de adopción

A) Fase administrativa previa

- a) La declaración de idoneidad
- b) La guarda con fines adoptivos
- c) La propuesta administrativa previa

B) Fase judicial: La constitución de la adopción

3.4 Efectos de la adopción. En particular, la adopción abierta

A) Efectos de la adopción en general

B) La adopción abierta como nueva modalidad de adopción

3.5 El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional

Bibliografía. Documentación complementaria

1. REFLEXIONES PREVIAS SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA ESTATAL DE PROTECCIÓN DE MENORES POR LA LO 8/2015 Y LA LEY 26/2015 DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Las siguientes líneas pretenden ofrecer un análisis detallado -y crítico, de ser necesario- de la nueva regulación en materia de acogimiento y adopción de menores, fruto de la profunda reforma de que han sido objeto tanto el Código civil como la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en virtud de las LO 8/2015 y Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia al régimen jurídico de protección de menores. No obstante, con carácter previo al concreto objeto de este trabajo, me parece oportuno hacer unas breves reflexiones generales sobre los objetivos y el alcance de la legislación recientemente aprobada que, aunque muy ambiciosa y consensuada¹, no deja de plantear importantes dudas interpretativas.

Según consta en los propios Preámbulos de ambas leyes y particularmente en el de la Ley 26/2015, la nueva normativa ha venido impuesta por la exigencia de revisar el sistema español de protección de menores a la luz de los últimos convenios internacionales ratificados por España sobre la materia, tales como el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 enero 1996, la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006 y el Convenio europeo en materia de adopción de menores de 27 noviembre 2008².

Por añadidura, las dos leyes aprobadas nacen con el propósito de garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio español; objetivo éste que se revela muy ambicioso a la par que necesario, habida cuenta la diversidad normativa existente en la materia, desde el

¹ Según resulta de la lectura de *las Memorias del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* elaboradas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en 28 abril 2014 y 11 febrero 2015 respectivamente.

² Como destacan igualmente M.P. ALVÁREZ OLALLA, "Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia", *Aranzadi civil-mercantil*, 2014, vol. 2º, núm. 4, p. 39; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, "Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", *Save the Children*, Málaga, 2015, p. 12; y M. UREÑA MARTÍNEZ, "Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, p. 145.

momento en que la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas se ha dotado de su propia normativa de protección de menores, al amparo de su competencia en materia de asistencia social ex art. 148.1.20 CE, generando no pocas disfunciones e, incluso, desigualdades³. Con todo, la Disposición Final 15ª de la Ley 26/2015 deja a salvo la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, no así en cambio y, a mi juicio, erróneamente la DF 4ª.2 LO 8/2015⁴. Y es que personalmente considero que a partir de esta nueva legislación estatal las

³ Actualmente están en vigor la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención del Menor de Andalucía, la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón, la Ley 1/1995 de Protección del Menor del Principado de Asturias, la Ley 17/2006 Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de les Illes Balears, la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores de la C.A. de Canarias, la Ley 8/2010 de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y Adolescencia de Cantabria, la Ley 14/2002 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, la Ley 3/1999 de Protección del Menor de Castilla-La Mancha, la Ley 14/2010 de Protección de Menores de Cataluña, la Ley 12/2008 de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana, la Ley 4/1994 de Protección y Atención a Menores de Extremadura, la Ley 3/2011 de Apoyo a la Familia y la Convivencia de Galicia, la Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja, la Ley 3/1995 de la Infancia de la Región de Murcia, la Ley Foral 15/2005 de Promoción, Atención y Protección a La Infancia y Adolescencia en Navarra y la Ley 3/2005 de Atención a la Infancia y Adolescencia del País Vasco. Buena parte de estas leyes han sido objeto de desarrollo parlamentario, lo que, aún complica más si cabe, el panorama normativo.

⁴ Interesa advertir que en los trabajos preparatorios de ambas Leyes no se mantuvo un criterio uniforme acerca de la atribución de competencia legislativa sobre esta materia a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Así, mientras en los dos Anteproyectos fue incluida la salvedad del art. 149.1.8 CE referida a esta competencia autonómica (DF 7ª.1 y 2 Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014 y DF 3ª.2 Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014), posteriormente se omitió en los Proyectos de Ley (DF 6ª.1 Proyecto de LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y DF 3ª.2 Proyecto de LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Ya en fase de tramitación parlamentaria esta omisión fue subsanada, con buen criterio, en la DF 15ª de Ley 26/2015, pero no así en la DF 4ª.2 de la LO 8/2015.

De este modo, la LO 8/2015 en su redacción actual invoca exclusivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil, sin hacer referencia a la competencia en materia civil de las Comunidades con Derecho propio, lo que no deja de ser discutible, desde el momento en que dicha Ley contiene preceptos orgánicos que ciertamente son aplicables a todo el Estado (como advierte B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia”, RDC, 2014, vol. I, núm. 4, p. 109), pero también preceptos no orgánicos que, en principio, no resultan de aplicación en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio por tratarse de una “materia civil compartida”. Con todo, la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, cit., p. 17, parece dejar a salvo esta competencia de las Comunidades “forales”.

Comunidades Autónomas forales -que no todas⁵- bien podrán, al amparo de la competencia civil atribuida por el art. 149.1.8 CE, dotarse *ad futurum* de su propio régimen jurídico de protección de menores en aquellas materias no reservadas a Ley Orgánica. Esta nueva normativa autonómica, de aprobarse, necesariamente deberá ser acorde con las previsiones de sus respectivas leyes civiles, pero, sin duda, será deseable y aconsejable que tome como referencia las pautas fijadas por la Ley 26/2015 y la LO 8/2015 -en aquellas materias no orgánicas, que serán las únicas que puedan regular-, a fin de garantizar un marco jurídico uniforme en materia de protección de menores en todo el Estado español, muy necesario en mi opinión⁶. Y es que, como advirtió en su momento el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines* de 15 noviembre 2010 (p. 44), “el sistema ha mejorado mucho en los últimos veinte años, pero el desarrollo legislativo en las CCAA ha sido desigual, con normas que se superponen o entrecruzan, produciendo una merma en la seguridad jurídica e implicando dificultades para determinar la aplicación más idónea para salvaguardar el interés del menor”, interés que, en todo caso, es prioritario y requiere una protección uniforme. Entretanto, y en todo aquello no dispuesto por sus correspondientes normas autonómicas, habrá que aplicarse supletoriamente lo dispuesto en la nueva regulación estatal de protección de menores. El problema, más complejo, se plantea respecto de aquellas cuestiones en las que exista contradicción entre las normativas estatal y autonómica; así sucede p.e. con la constitución del acogimiento familiar, sólo posible por vía administrativa en la legislación estatal y subsidiariamente por vía judicial en la legislación autonómica. En este caso, me aventuro a defender la aplicación preferente de la normativa autonómica, en atención al principio de competencia que rigen las

⁵ Y es que como bien dice el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 27 noviembre 2014 p. 50, “la atribución como competencia exclusiva en los Estatutos de Autonomía de la materia *protección de menores* [...] tiene como límite las competencias exclusivas del Estado, entre las que se encuentra la relativa a la *legislación civil*”; ello sin perjuicio de “que ciertos aspectos de esa regulación se inserten precisamente en ámbitos que han sido objeto de *desarrollo* por las Comunidades Autónomas [con Derecho civil propio] ex artículo 149.1.8 de la Constitución, en su segundo inciso”.

⁶ Participan, asimismo, de esta opinión M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, 24 julio 2015, núm. 8590, p. 2; C. MUÑOZ GARCÍA, “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: Mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme”, *Diario la Ley*, 27 junio 2014, núm. 8342, pp. 4-5; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, *cit.*, pp. 108-110.

relaciones entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles forales o especiales.

Como resulta igualmente de la lectura de sus Preámbulos, con la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 se pretende actualizar e innovar el régimen jurídico de protección de menores, procediéndose a tal fin a revisar hasta quince leyes vigentes⁷. Ahora bien, una lectura sosegada de ambas leyes revela que muchas de las novedades que incorporan no son realmente tales, por cuanto ya se encontraban previstas en la legislación autonómica de protección de menores. Piénsese p.e. en la regulación de la situación de riesgo (art. 17 LOPJM), en la figura de la guarda administrativa provisional previa a la declaración de desamparo (art. 14 LOPJM y art. 172.4 Cc), en la reintegración familiar del menor como medida prioritaria (arts. 172 ter.3 Cc), en la preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial (art. 21.3 LOPJM y art. 172 ter.2 Cc), en la regulación de los derechos de los menores acogidos (arts. 20 bis y 21 bis.1 LOPJM), en la posible constitución del acogimiento familiar en familia extensa o en familia ajena con especial referencia al acogimiento especializado (arts. 20.1 LOPJM y art. 173 bis Cc), en la atribución de competencia a la Administración para modular el régimen de visitas del menor acogido con su familia de origen (art. 161 Cc) o en la configuración del acogimiento preadoptivo -actual guarda con fines adoptivos- como una fase más del procedimiento de adopción (art. 176 bis Cc). Por ello, considero que el principal logro del legislador estatal en este sentido se ha traducido en revisar y actualizar el régimen de la LOPJM y del Código civil en materia de protección de menores a la luz de la normativa autonómica, completando eso sí muchas de sus previsiones (piénsese p.e. en el estatuto de los acogedores familiares o en la regulación sobre los centros de protección de los menores con problemas de conducta) e incorporando algunas previsiones realmente novedosas a fin de adecuarlo a las nuevas necesidades de la infancia y adolescencia en España, entre las que

⁷ Junto al Código civil y la LOPJM se han modificado, igualmente, el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Dc. Legislativo 670/1987), el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Dc. Legislativo 1/1994), el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Dc. Legislativo 1/1995), la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la Ley 40/2003 de Modificación a las Familias Numerosas, la LO 2/2006 de Educación, la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo, la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley de Adopción Internacional; y, en el ámbito procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción laboral.

interesa destacar la figura de la adopción abierta o las medidas dirigidas a la protección de ciertos colectivos de menores especialmente vulnerables como son los discapacitados, los extranjeros o aquellos víctima de violencia o abusos sexuales.

Junto a ello, conviene reparar en la intensificación de que ha sido objeto la intervención administrativa en materia de protección de menores⁸, ya no sólo en detrimento del papel correspondiente a la autoridad judicial -lo que, en ocasiones, se revela excesivo y, por ende, cuestionable-, sino además sin dotarla de unos recursos económicos adicionales, absolutamente necesarios para que las medidas aprobadas sean viables⁹. No obstante, como contrapartida a la aminoración del papel asignado a la autoridad judicial, se observa una importante potenciación de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (vid. p.e. arts. 17, 21.5 y 22 quáter LOPJM, y arts. 172.1.5 y 174 Cc)¹⁰, aunque

⁸ Novedad, asimismo, destacada por B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit., p. 112. Se culmina así el proceso de *administrativización* y consiguiente *desjudicialización* de los instrumentos de protección de menores que, como es sabido, se inició en virtud de la Ley 21/1987 y se intensificó con la LOPJM. Sobre este proceso puede consultarse en la última doctrina C. ALEMÁN BRANCHO, C., “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”, Revista de Derecho político, 2014, núm. 90, pp. 97-134; P. BENAVENTE MOREDA, “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, núm. 15 (*El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), pp. 15-62; M.J. BOCCIO SERRANO, *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el sistema español*, tesis doctoral inédita defendida en la U. de Sevilla en 2015 (Dra.: I. Vivas Tesón), pp. 104-136; y Á. DE PALMA DEL TESO, “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, núm. 15 (*El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), pp. 185-215.

⁹ La Disposición Final 20ª Ley 26/2016 es tajante al respecto, en cuanto dispone que “las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de gasto público, ni de dotaciones, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal”. Lo mismo prevé la Disposición Final 5ª LO 8/2015.

De hecho, ya en fase de Anteproyecto el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 27 noviembre 2014, p. 37, denunció “la manifiesta insuficiencia de la valoración del impacto económico y presupuestario” que contiene la *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, cit., pp. 41-42.

¹⁰ Novedad igualmente reseñada por J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 51.

lo cierto es que sin proporcionarle el suficiente apoyo técnico a fin de que pueda desempeñarlas de una manera efectiva¹¹.

Por lo demás, no puede dejar de cuestionarse la técnica legislativa por la que se ha optado para abordar la reforma, a saber: dos leyes diferentes bajo el mismo título, una con rango de Ley Ordinaria y otra con rango de Ley Orgánica. *A priori* esta opción de política legislativa puede tener su justificación, desde el momento en que la LO 8/2015 ha incorporado novedosamente a la LOPJM (arts. 25 a 35) el ingreso de menores con problemas de conducta en los que está prevista la utilización de medidas de seguridad y restricción de derechos fundamentales, materia ésta reservada a Ley Orgánica por el art. 81 CE. Pero, en cualquier caso, entiendo que hubiera resultado más sencillo articular la modificación del sistema de protección de menores mediante un único texto legislativo, cuando además la Ley 26/2015 se ocupa también de la reforma de la LOPJM en otros aspectos no orgánicos, tales como los principios rectores de la acción administrativa (art. 11), las actuaciones de protección en situación de riesgo y desamparo del menor (arts. 12, 13, 14, 17, 18, 19, 19 bis, 20, 20 bis, 2, 21 bis, 22 bis, 22 ter, 22 quáter y 22 quinquies), el índice de tutelas (art. 23) o la adopción (art. 24)¹².

Asimismo, es de notar la excesiva regulación que se hace de algunos extremos al detalle, lo que, a mi entender, constituye materia más bien propia de un reglamento de desarrollo que de las normas con rango legislativo que aquí se reforman, como son la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) y el Código civil. Puede mencionarse a este respecto la regulación de los extremos a recoger en el documento anexo a la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar (art. 20.3 LOPJM); o las previsiones contenidas sobre la declaración administrativa de idoneidad de los adoptantes en el art. 176.2 y 3 Cc.

Es más, se aprecia en no pocas ocasiones la reiteración de contenidos normativos de que son objeto ambos textos legales, lo que, en mi opinión, complica innecesariamente la aplicación e interpretación de la materia

¹¹ Como en su momento advirtieron el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, 14 julio 2014, p. 119; y el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 37-38.

¹² Cuestiona, asimismo, esta técnica legislativa con apreciaciones similares a las que aquí se ofrecen el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 58.

reformada. Sirva de ejemplo el régimen jurídico del acogimiento que se contiene, por un lado, en el Código civil (arts. 172 ter, 173 y 173 bis) y, por otro, en la LOPJM (arts. 20, 20 bis y 21).

Con todo, y al margen de las matizaciones y objeciones anteriores, no cabe duda que son muy numerosos los aspectos positivos de esta intensa e importante reforma del régimen jurídico estatal de protección de menores. Entre otros, quiero destacar los enunciados a continuación. En primer lugar, respecto al sistema español de protección de menores en general: su adecuación a los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España; la atribución al menor de la condición de sujeto no sólo de derechos sino también de deberes¹³; el fortalecimiento del derecho del menor a ser oído y, por ende, escuchado¹⁴; la concreción del “interés superior del menor”¹⁵; la especial protección otorgada a los menores con discapacidad¹⁶; el reconocimiento de unos derechos básicos a los menores extranjeros y, en particular, el derecho a obtener la preceptiva autorización de residencia si se encuentran tutelados por la Administración española¹⁷; la inclusión de la protección de los menores contra cualquier forma de violencia en general y la violencia de género en particular como

¹³ Novedad que destacan igualmente M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 41; A.M. GÓMEZ MEGÍAS: “Aspectos básicos de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección y la infancia y adolescencia”, Diario La Ley, 30 julio 2015, núm. 8593, p. 1; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 12; A. PANIZA FULLANA, “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”, Aranzadi Civil-Mercantil, 2015, vol. 2, núm. 8, p. 150; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit., p. 110.

¹⁴ Novedad, asimismo, reseñada por A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia”, Diario La Ley, 24 julio 2015, núm. 8590, p. 2; y A. PANIZA FULLANA, *idem*, pp. 143-149, con cita de numerosa jurisprudencia al respecto.

¹⁵ Lo que, igualmente, destacan M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación...”, cit., pp. 3-4; A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley Orgánica 8/2015...”, cit., p. 1; y I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado y dos Anteproyectos de Ley sobre Protección a la Infancia”, El derecho a la protección de los niños y niñas en la Comunidad de Madrid (coords. I. López Serrano, R. García Sedano y Y. García Fernández), vol. 2, Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, Madrid, 2012, p. 191.

¹⁶ Novedad, asimismo, destacada por J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 12.

¹⁷ Novedad a que se refieren, igualmente, M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 41; M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación...”, cit., p. 7; y J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *id. ibid.*

nuevo principio rector de la actuación administrativa con el consiguiente acompañamiento de medidas dirigidas a tal fin¹⁸; el reconocimiento de competencia a las entidades públicas españolas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero¹⁹; el reconocimiento de prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas²⁰; la atribución a las medidas de protección de menores de carácter revisable y personalizado²¹; y las importantes reformas procesales incorporadas a fin de garantizar la tutela más efectiva posible de los derechos de los menores. En segundo término, por lo que se refiere a la situación de riesgo: su inclusión expresa en la normativa estatal, con especial incidencia en la situación de riesgo prenatal²². En tercer lugar, respecto a la declaración de desamparo, la concreción de los posibles supuestos que la determinan, completando así su noción legal²³; y el reconocimiento a los Juzgados de Primera Instancia de competencia para autorizar las entradas en domicilio para ejecutar las declaraciones de desamparo y, en general, las medidas adoptadas por la Entidad Pública en materia de protección de menores, lo que resulta coherente con la naturaleza esencialmente civil de este tipo de actos de la Administración²⁴. En cuarto lugar, por lo que atañe a la tutela y la guarda administrativa: la configuración de la tutela ordinaria como mecanismo de

¹⁸ Novedad, asimismo, reseñada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 42; M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación...”, cit., p. 8; y C. MUÑOZ GARCÍA, “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia...”, cit., p. 4.

¹⁹ Lo que también destaca I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., p. 182.

²⁰ Novedad también mencionada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 43; A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley 26/2015...”, cit., p. 1; y J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 12.

²¹ Novedad reseñada, asimismo, por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 42; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *id. ibid.*; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit., p. 111.

²² Como asimismo ponen de relieve M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 42; I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., p. 180; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *idem*, p. 13; y A. PANIZA FULLANA, “La modificación del sistema de protección...”, cit., p. 151.

²³ Novedad a que se refieren, igualmente, M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 43; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *id. ibid.*; y A. PANIZA FULLANA, *id. ibid.*

²⁴ Como defendí en su día en mi trabajo “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de las declaraciones de desamparo”, *Aranzadi Civil*, núm. 4, 2001, pp. 34-35 y 38-39. Novedad, asimismo, destacada por M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación...”, cit., p. 7.

protección preferente a la tutela administrativa de los menores declarados en desamparo; y la limitación de la guarda administrativa voluntaria a dos años, lo que se justifica por su carácter de medida de protección meramente provisional²⁵. En quinto lugar, en lo atinente al acogimiento: la prioridad del acogimiento familiar como aplicación específica en el ámbito del acogimiento del principio general de prioridad de las soluciones familiares frente a las institucionales²⁶; el reconocimiento de unos derechos específicos al menor acogido²⁷; el reforzamiento de las exigencias en materia de idoneidad los acogedores; la regulación de un estatuto del acogedor familiar que incluye no sólo deberes sino también derechos, tanto frente a la Administración como frente al menor acogido²⁸; el necesario deslinde entre la figura del acogimiento familiar y la guarda con fines adoptivos que pasa a convertirse en una fase más del proceso de adopción²⁹; el incremento de control administrativo de que han sido objeto los centros de menores, lo que ha venido acompañado de la fijación de un catálogo de obligaciones básicas a cumplir por éstos³⁰; y la articulación de un instrumento de protección específico para los menores con problemas de conducta como es el acogimiento residencial en centros especiales³¹. Por último, en relación con la adopción: ante todo, el fortalecimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos y la incorporación de la figura de la adopción abierta³²; la fijación de una diferencia de edad

²⁵ Novedad también reseñada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 43.

²⁶ Previsión, asimismo, destacada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 46; I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., pp. 183 y 194; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit., p. 41; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El marco común...”, cit., pp. 144-146.

²⁷ Novedad, igualmente, reseñada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, *id, ibid*.

²⁸ Novedad que también mencionan I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., p. 194; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 12; A. PANIZA FULLANA, “La modificación del sistema de protección...”, cit., p. 151; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 143.

²⁹ Novedad que también pone de relieve B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 141.

³⁰ Novedad a que también se refiere I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., p. 180.

³¹ Novedad, asimismo, destacada por I. LÓPEZ SERRANO, *idem*, p. 196.

³² Novedades, igualmente, reseñadas por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 48; A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley 26/2015...”, cit., p. 2; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. pp. 12 y 45; y M. UREÑA MARTÍNEZ, “Novedades más significativas en el Código civil...”, cit., p. 148.

máxima entre adoptantes y adoptado, en concreto, cuarenta y cinco años³³; la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios a los efectos de la adopción; el incremento de exigencias en materia de idoneidad; y la importante revisión de que ha sido objeto la adopción internacional a fin de adecuarla al Convenio de La Haya de 1993.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ACOGIMIENTO

2.1 El acogimiento en general

Por lo que atañe al nuevo régimen jurídico del acogimiento, interesa destacar *a priori* la duplicidad normativa de que ha sido objeto, lo que, a mi juicio, dificulta innecesariamente su aplicación e interpretación por los operadores jurídicos. Así, en lugar de ofrecer un tratamiento unitario de la institución, su nuevo régimen jurídico se contiene, por un lado, en el Código civil (art. 172 ter, art. 173 y art. 173 bis) y, por otro, en la LOPJM (art. 20, art. 20 bis y art. 21). En particular, el Código civil se ocupa de ofrecer una regulación genérica de la figura en su art. 172 ter, para, a continuación, centrarse en el acogimiento familiar (arts. 173 y 173 ter). Por su parte, la LOPJM regula esta figura en sus arts. 20 y 20 bis, reiterando en buena medida las previsiones normativas del Código civil, para dedicar específicamente su art. 21 al acogimiento residencial³⁴.

A) *La (incompleta) noción legal del acogimiento. La preferencia del acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial*

La regulación del acogimiento en el Código civil se inicia con el art. 172 ter, precepto que ofrece en la 1ª parte de su aptdo. 1º una suerte de noción legal del acogimiento de la que resulta la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial³⁵, lo que, sin duda, merece una valoración

³³ Novedad, asimismo, destacada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 46; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *idem*, p. 45; y M. UREÑA MARTÍNEZ, *idem*, p. 147.

³⁴ De hecho, ya en fase de Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe sobre el Anteproyecto a la Ley de Infancia* de 30 septiembre 2014, p. 77, calificó de “no adecuada esta fragmentación y dispersión del acogimiento en el Código civil y la LOPJM [...] siendo más adecuada desde el punto de vista sistemático que se realice en una”. Dicha recomendación no fue acogida en fase de Proyecto de Ley ni ulteriormente durante la tramitación parlamentaria de la Ley 26/2015.

³⁵ El art. 172 ter Cc, 1ª parte dice así: “la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”.

muy positiva, ya no sólo porque se adecúa al art. 9 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 -ratificada por España el 30 noviembre 1990-, sino porque además acoge la opinión generalizada de los expertos que consideran el acogimiento familiar como más beneficioso para el menor, en cuanto garantiza su derecho a la convivencia familiar y evita su institucionalización³⁶. Es más, esta preferencia del legislador estatal por el acogimiento familiar -que el Preámbulo de la Ley 26/2015 califica de “ambiciosa”, aunque ya se encontraba presente en la normativa autonómica de protección de menores³⁷- se reitera en el art. 21.3 LOPJM, refiriéndola especialmente a los menores de seis años, siguiendo así la recomendación que en su momento hizo *de lege ferenda* la Comisión especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines³⁸.

Con todo, y en mi opinión, el nuevo concepto legal de acogimiento formulado en el Código civil ha sido innecesariamente simplificado

³⁶ Como hacen constar el *Informe de la Comisión Especial del Senado...*, cit., pp. 46-47 y 52; el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, cit., pp. 37 y 61; el *Informe del Consejo General del Poder Judicial del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, cit., pp. 41, 50 y 74, con cita de las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas* de 24 febrero 2010; y el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 78. Se muestra, igualmente, favorable a esta opción legislativa el Defensor del Pueblo en sus *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección de infancia y de Ley Orgánica complementaria*, 13 mayo 2014, pp. 9-10.

Junto a ello, no pueden silenciarse las razones económicas que subyacen en esta priorización del acogimiento familiar sobre el residencial por parte del legislador estatal. Así, en la *Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 38, se afirma que la aplicación preferente del acogimiento familiar “supondrá una disminución de las partidas económicas destinadas ahora por las Entidades Públicas para la atención de los menores en los centros, ya que el coste de la atención a los mismos suele ser más elevado para dichas entidades que los importes que deben satisfacer en los supuestos de acogimiento familiar. Efectivamente, el coste medio que para las Entidades Públicas supone el internamiento de un menor en un centro de protección (acogimiento residencial) se estima entre 60 y 80 euros diarios (...) Por el contrario, el coste medio del acogimiento familiar se puede estimar entre 20 y 30 euros diarios”.

³⁷ Vid. p.e. el art. 27.a. Ley andaluza 1/1998, el art. 162.2 Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFa) y los arts. 64.2 y 66.1 Ley aragonesa 12/2001, el art. 87.1 Ley balear 17/2006, el art. 120.2 Ley catalana 14/2010, el art. 27 .b. Ley gallega 3/2011, el art. 63.3 Ley de La Rioja 1/2006, el art. 69.b. Ley navarra 15/2005, el art. 115.2 Ley valenciana 12/2008 y el art. 80 Ley vasca 3/2005.

³⁸ Cfr. *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 47 y 52.

respecto de su redacción anterior contenida en el antiguo art. 172.3 Cc³⁹. Así, el art. 172 ter Cc se limita a declarar que “la guarda [asumida por la Administración] se realizará a través del acogimiento...”, suprimiendo la importante precisión relativa a que dicha guarda ha podido ser asumida por la Entidad Pública bien a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor se encuentre en situación de guarda administrativa), bien como tutora *ex lege* (cuando el menor se encuentre bajo la tutela administrativa). Es más, si atendemos a la ubicación sistemática del art. 172 ter Cc, a continuación del art. 172 del mismo cuerpo legal dedicado exclusivamente a la guarda administrativa voluntaria, podría interpretarse en una primera apreciación que la única modalidad de guarda de la Administración susceptible de delegación a través el acogimiento es ésta y no otra; interpretación que, no obstante, debe rechazarse en una lectura integradora de este precepto con el art. 20 LOPJM, según el cual “el acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda...”⁴⁰.

Acto seguido, el mismo art. 172 ter Cc en su 2ª parte no hace sino reproducir las previsiones del antiguo art. 172.3 Cc en orden a la concreta atribución del ejercicio de la guarda del menor en función de la modalidad de acogimiento que se adopte, familiar o residencial. Así, en el acogimiento familiar su ejercicio corresponderá a la persona o personas que designe la Administración para sustituir al núcleo familiar del menor. En cambio, en el acogimiento residencial su ejercicio se atribuye al director del centro donde sea acogido el menor.

B) Los derechos del menor acogido frente a la Administración

También conviene reparar en la incorporación al art. 21 bis LOPJM, párr. 1º un elenco de derechos específicos del menor acogido frente a la Administración⁴¹, algunos de ellos provenientes de legislación autonómica de protección de menores:

³⁹ Recuérdese que el antiguo art. 172.3, 1ª parte Cc decía así: “La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”.

⁴⁰ Interesa clarificar ya, con la DA 1ª Ley 26/2015, que la expresión legal “Entidad Pública” debe entenderse referida a la “Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente”.

⁴¹ Ello sin olvidar, ya no sólo los derechos, sino los deberes que se les imponen genéricamente en los arts. 9 bis a 9 quinquies LOPJM en su condición de menores de edad.

1. El derecho a ser oído, a ejercitar conforme a los parámetros del art. 9 LOPJM (art. 21 bis.1.a LOPJM)⁴².
2. El derecho a ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección (art. 21 bis.1.a LOPJM, en relación con el art. 780 LEC)⁴³.

⁴² Nótese que el art. 9 LOPJM ha sido modificado por la LO 8/2015 a fin de dotar al derecho de audiencia del menor de una regulación acorde con el art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, según puede leerse en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Infancia*, 30 septiembre 2014, p. 17. Así, el art. 9.1.1º LOPJM reconoce genéricamente el derecho del menor a ser ya no sólo oído sino también escuchado, sin discriminación alguna por edad -aunque el derecho de audiencia directa se circunscribe en su aptdo. 2º a los menores con suficiente madurez-, discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Por añadidura, se consagra novedosamente el derecho del menor a recibir la información que le permita el ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado en un lenguaje comprensible, en formato accesible y adaptado a sus circunstancias.

Adicionalmente, el art. 9 en su aptdo. 2º precisa la forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído. Así, cuando el menor tenga “suficiente madurez” -expresión que sustituye a la anterior de “suficiente juicio”- podrá ejercitarlo personalmente -verbalmente o mediante formas no verbales de comunicación y, en su caso, asistido por intérpretes- o a través la persona que designe para que le represente. Si ello no es posible -porque carezca de suficiente madurez o por cualquier otra circunstancia- o no conviene al interés del menor, se contempla la posibilidad de audiencia indirecta; esto es, de conocer su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente.

Por último, el art. 9 en su aptdos. 1º (párr. 2º) y 3º refuerza las garantías del ejercicio de este derecho en vía administrativa o judicial, en línea con lo dispuesto en el art. 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño. En concreto, el párr. 2º. de su aptdo. 1º prevé que las comparecencias o audiencias del menor en los procedimientos judiciales y administrativos tendrán carácter preferente; y, por añadidura, especifica la forma de efectuarlas de modo acorde con la precitada Observación general núm. 12 (2009), a saber: de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales cualificados o expertos de ser necesaria, cuidando preservar su intimidad, utilizando un lenguaje comprensible, informándole de las consecuencias de su opinión y respetando todas las garantías del procedimiento. Por su parte, su aptdo. 3º dispone que la denegación de la petición del menor a ser oído en vía judicial o administrativa deberá estar motivada en su interés superior y habrá de ser notificada al Ministerio Fiscal, al propio menor y, en su caso, a su representante -legal o voluntario-, con indicación de los recursos que caben contra esa decisión.

⁴³ Derecho incorporado a la legislación estatal a fin de adecuarse al art. 5 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 enero 1996 -ratificado por España el 11 noviembre 2014-, conforme a las recomendaciones del *Estudio del Defensor del Pueblo sobre la escucha y el interés superior del menor: Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia* de 27 mayo 2014, p. 44; y del *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia*, cit., p. 99.

3. El derecho a ser notificado de las resoluciones de formalización y cese del acogimiento y, en general, a ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento (art. 21 bis.1.a LOPJM)⁴⁴.
4. El derecho de asistencia jurídica gratuita cuando haya sido declarado en desamparo y, por tanto, se encuentre bajo la tutela de la Administración. No así, en principio, cuando se encuentre bajo guarda administrativa, toda vez que en este caso entiendo que habrán de ocuparse de los posibles gastos derivados de su asistencia jurídica sus propios progenitores o tutor ordinario, en cuanto no han sido suspendidos de la patria potestad o, en su caso, removido de la tutela (art. 21 bis.1.b LOPJM)⁴⁵.
5. El derecho a dirigirse directamente a la Entidad Pública y a ser informado sobre cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento (art. 21 bis.1.c LOPJM).
6. El derecho a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las quejas pertinentes que formule a la Administración sobre las circunstancias de su acogimiento (art. 21 bis.1.g LOPJM). Junto a ello, creo que puede defenderse el derecho del menor a poder formular sus quejas directamente al Ministerio Fiscal, con base en la lectura conjunta de los arts. 21.5 LOPJM y 174 Cc⁴⁶.
7. El derecho a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico necesario, en especial tratándose de menores discapacitados o afectados por trastornos psicosociales (art. 21 bis.1.f, h e i LOPJM)
8. Finalmente, una serie de derechos en orden a su familia de origen, diferentes en función de que ésta sea o no desconocida. Así, en caso de ser desconocida, se les hace extensivo el derecho de los hijos adoptivos a conocer sus orígenes biológicos, si bien sólo se permite su ejercicio a partir de la mayoría de edad, pero no durante su minoría

⁴⁴ Derecho incorporado a la legislación estatal con arreglo a la recomendación formulada por el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 47.

⁴⁵ Derecho incorporado a la legislación estatal en atención las recomendaciones del Defensor del Pueblo (*Estudio sobre los centros de menores con trastorno de conducta y en situación de dificultad social*, 1 enero 2009, p. 405, y *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor...*, cit., pp. 45-46); así como del Consejo de Estado (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 82-83).

⁴⁶ Ello sin olvidar la legitimación que el art. 780.1.2 LEC atribuye al Ministerio Fiscal para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

a diferencia de éstos (art. 21 bis.1.j LOPJM). En cambio, de estar determinados sus vínculos paterno-filiales, se les reconoce el derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas establecido por la Entidad Pública, así como a conocer progresivamente su realidad socio-familiar para facilitarles su asunción paulatina (art. 21 bis.1.d y e LOPJM)⁴⁷.

En particular, el derecho del menor acogido a relacionarse con su familia de origen no puede entenderse sino en atención a lo dispuesto en el art. 161 Cc, precepto que, en su redacción dada por la Ley 26/2015, habilita a la Administración para regular las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores declarados en situación de desamparo, pudiendo acordar, asimismo, su suspensión si así lo justifica el interés del menor⁴⁸. Complementario de este precepto, el art. 20.3.d LOPJM incluye, entre los extremos a contener en el documento anexo a la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar, “el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrán modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor”. Se pone así fin a la polémica existente durante los trabajos preparatorios de la Ley 26/2015 acerca de la instancia competente para fijar y, sobre todo, modificar el régimen de visitas de los menores acogidos, con las opiniones divergentes de la Fiscalía General del Estado (favorable a dotar de esta competencia a la Administración) y del Tribunal Supremo y Defensor del Pueblo (partidarios de mantener la exclusiva competencia judicial, con base en el anterior art. 161 Cc: STS de 6 noviembre 2013)⁴⁹, optándose finalmente por el criterio de la Fiscalía⁵⁰. Obviamente, esta opción legislativa es plenamente coherente con la *administrativización* de que ha sido objeto el acogimiento a mi juicio cuestionable, pero, aún con todo, ha

⁴⁷ Derecho que también destaca B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El marco común...”, cit., p. 148.

⁴⁸ En línea con lo ya previsto por algunas normas autonómicas, tales como el art. 116 Ley catalana 14/2010 o el art. 92 Reglamento aragonés de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (Dc. 190/2008).

⁴⁹ Un comentario de esta sentencia puede verse en A. SERRA RODRIGUEZ, “Suspensión del derecho de visita de los padres respecto de los menores acogidos. Comentario a la STS (Sala 1ª) 663/2013, de 4 noviembre, Revista Boliviana de Derecho, 2015, núm. 19, pp. 536-545.

⁵⁰ Polémica de la que se hace eco *el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., pp. 51-53, valorando muy positivamente la opción del legislador en este punto. La posición favorable del Defensor del Pueblo al criterio del Tribunal Supremo puede consultarse en sus *Consideraciones al Anteproyecto...*, cit., p. 12.

de reconocerse que ha sido dotada de las debidas garantías⁵¹. Así, en concreto, en lo que atañe a la posible suspensión del régimen de visitas -necesariamente temporal⁵²-, el art. 161 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015 prevé que sólo podrá adoptarse por la Administración con previa audiencia de los parientes afectados y del propio menor mayor de doce años o con “suficiente madurez”⁵³ y que habrá de notificarse inmediatamente al Ministerio Fiscal. Por añadidura, el mismo precepto recoge expresamente la posibilidad de oponerse a las resoluciones administrativas recaídas sobre estas cuestiones, otorgando legitimación para ello al menor acogido, a sus parientes afectados y al Ministerio Fiscal. De cualquier modo, los preceptos indicados se refieren únicamente a los menores declarados en desamparo y, por ende, bajo la tutela automática de la Administración, omitiendo toda referencia a los menores bajo guarda administrativa, por lo que respecto a éstos habrá que entender que la competencia en materia de visitas con su familia de origen sigue atribuida a la autoridad judicial, con arreglo a lo dispuesto en el art. 160 Cc⁵⁴.

En definitiva, en atención a lo hasta aquí expuesto, resulta innegable que el nuevo art. 21 bis LOPJM refuerza de modo considerable la posición del

⁵¹ Gracias a las certeras recomendaciones del Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 89-97.

⁵² Y es que, como advirtió en su momento el Consejo de Estado, *idem*, pp. 96-97, la suspensión por parte de la Administración sólo puede ser temporal, pues la suspensión indefinida entrañaría la prohibición de comunicación con el menor que, conforme al art. 158.5º Cc, sólo puede decidir la autoridad judicial.

⁵³ Interesa señalar a este respecto que la LO 8/2015 ha optado por sustituir el criterio del “suficiente juicio” por del “suficiente madurez” del menor, lo que se justifica en su propio Preámbulo, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico comúnmente utilizado por los diversos convenios internacionales sobre la materia, tales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 o el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 mayo 1993, ambos ratificados por España. En cualquier caso, conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 9.2.1 LOPJM, la madurez debe valorarse por personal especializado, que habrá de tener en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

⁵⁴ De hecho, el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., pp. 33, 34 y 53, se mostró partidario de que se aclarase este extremo, en el sentido de negar la competencia de la Administración en este caso, dado que la guarda le ha sido atribuida voluntariamente por los padres, quienes mantienen tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad. No obstante, esta sugerencia no ha sido atendida por el legislador, como hubiera sido aconsejable a fin de aportar claridad en un tema tan trascendente como éste.

menor acogido como titular de derechos y no como mero sujeto de protección, tal y como se recomendó en su momento por la Comisión Especial del Senado⁵⁵. En este sentido conviene reparar especialmente en su derecho a ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección, así como en su derecho a ser notificado de las resoluciones de formalización y cese del acogimiento. Ahora bien, desde el momento en que el menor tiene capacidad de obrar limitada, el ejercicio de tales derechos estará sujeto a las correspondientes prescripciones civiles que rigen esta materia, distintas, como es sabido, en función de que el menor tenga (o no) madurez suficiente y de que esté (o no) emancipado. En particular, en la que hace a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, el art. 780.1.2 LEC en su redacción dada por la Ley 26/2015 matiza la previsión del art. 21 bis.1.a LOPJM relativa a la legitimación de los propios menores para ser parte en este tipo de procedimientos, atribuyendo el ejercicio de sus pretensiones a sus representantes legales o, de existir conflicto de interés con ambos (art. 299.1º Cc), a un defensor judicial designado a tal efecto, entendiéndose siempre que no hayan sido emancipados, pues de estarlo el art. 323 Cc les faculta para comparecer por sí solos en juicio. Junto a esta previsión, el mismo art. 780.1.3 LEC se refiere expresamente al derecho del menor a ser oído en el proceso, en coherencia con lo dispuesto en los arts. 9 y 21 bis.1.a LOPJM⁵⁶.

C) *La posibilidad de acordar por la Entidad Pública estancias temporales del menor acogido con familias o instituciones adecuadas*

Otra previsión reseñable y, por lo demás, acorde con las recomendaciones de la Comisión Especial del Senado⁵⁷ es la referente a la posibilidad que atribuye el art. 172 ter CC en su aptdo. 3º a la Entidad Pública, en su condición de titular de la guarda de los menores acogidos, de acordar estancias temporales, salidas de fin de semana o vacaciones del menor acogido, ya sea con familias -entendiendo que ajenas⁵⁸- o instituciones

⁵⁵ Cfr. *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., p. 51.

⁵⁶ Ello conforme a las recomendaciones del Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 117.

⁵⁷ Cfr. *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 49 y 53. Novedad, igualmente, destacada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, "Modificaciones de Derecho Civil...", cit., pp. 44 y 46; y B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, "El modelo común...", cit. p. 142.

⁵⁸ Lo cierto es que el Preámbulo de la Ley 26/2015 se refiere, asimismo, a la posibilidad

adecuadas. Esta previsión, supeditada en todo caso al interés superior del menor, ha de ser acogida muy favorablemente, en particular, respecto a los menores en acogimiento residencial, en cuanto facilita el contacto del menor con un entorno familiar ajeno al centro al que esté acogido⁵⁹. Más complejo me parece, sin embargo, articular esta delegación temporal de la guarda en el caso de menores en acogimiento familiar, pues ello supone involucrar a tres familias distintas (la de origen, la de acogida y la de delegación temporal), lo que *a priori* puede resultar desestabilizador para el menor acogido y, por ende, no ser beneficioso para su interés, salvo que se configure para periodos temporales breves como pueden ser unas vacaciones o algún fin de semana a fin de dar un “respiro” a la familia de origen⁶⁰.

No obstante lo anterior, esta previsión, a mi entender, quizá podría haberse mejorado en algunos extremos que paso a indicar a continuación. En primer lugar, no parece muy acertada la denominación empleada, “delegación de la guarda”, desde el momento que la guarda delegada ya la tienen los propios acogedores, de tal manera que lo que se está legitimando más bien es una “subdelegación de la guarda”. En segundo término, interesa advertir que la Administración asume esta potestad de decisión con la única obligación de comunicarla a los acogedores -así como a los progenitores no privados de la patria potestad o, en su caso, al tutor removido de la tutela-, pero sin darles audiencia siquiera, cuando, no se olvide, tienen asignada la guarda del menor por delegación suya⁶¹. Con todo, se deja a salvo el derecho a ser oído del menor mayor de doce años o con suficiente madurez. Y por último, creo que hubiese sido deseable la

de acordar salidas del menor acogido en la familia de origen, lo que no tiene mucho sentido desde el momento en que el art. 161 Cc atribuye a la Administración la competencia para fijar el régimen de visitas y comunicaciones del menor con su familia de origen. Por ello, considero que las estancias temporales que éste puede disfrutar con su familia de origen se incardinan en el correspondiente régimen de visitas que haya fijado la Administración.

⁵⁹ De hecho, ya en su momento el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 95, se manifestó sobre la compatibilidad del ingreso de los menores en un centro de protección con su estancia en familias colaboradoras durante fines de semana o periodos de vacaciones.

⁶⁰ Parafraseando la *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 14. Por lo demás, parece participar de la opinión que aquí se defiende el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., pp. 62-63, cuando argumenta que “en ocasiones los acogedores necesitan esta ayuda”.

⁶¹ El legislador hace así caso omiso a la recomendación del *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 75, favorable a dar audiencia a los acogedores.

fijación de un mínimo régimen normativo de obligaciones y responsabilidades a asumir por estos “subacogedores” durante los periodos de convivencia con los menores, en vez de dejar su contenido al arbitrio exclusivo de la Entidad Pública o, en su caso, el Juez, tal y como parece resultar de los términos un tanto ambiguos en que se expresa el párr. 2º del aptdo. 3 del art. 172 ter Cc⁶².

2.2 El acogimiento familiar

De las dos modalidades de acogimiento previstas legalmente es el acogimiento familiar el que ha centrado especialmente la atención del legislador estatal, a fin de dotarlo de un régimen jurídico completo en línea con la normativa autonómica de protección de menores, sin perjuicio de importantes innovaciones a destacar.

A) *La idoneidad para ser acogedores*

La primera modificación reseñable tiene que ver la idoneidad para ser acogedores, cuestión ésta por la que el legislador estatal manifiesta especial preocupación, siguiendo así otra de las recomendaciones de la Comisión Especial del Senado⁶³. Así, la Ley 26/2015 no sólo fija, de conformidad con la legislación autonómica de protección de menores, los criterios a tener en cuenta por la Administración para valorar la adecuación (o no) de la familia para el acogimiento familiar (art. 20.2, 2ª parte LOPJM), sino que adicionalmente declara la inhabilidad para ser acogedores de aquellos que son inhábiles para ser tutores (art. 172 ter.1.2 Cc). De ello resulta, a lo que entiendo, que la concurrencia debidamente acreditada de alguna de las causas legales de inhabilidad previstas en los arts. 243 y 244 Cc en sede de tutela inhabilitará a la persona o familia de que se trate para el acogimiento familiar⁶⁴. De este modo, considero que sólo en caso

⁶² En concreto, dicho precepto, cuya última frase no acierto a entender, dispone que “la delegación de la guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez”. Sobre la necesidad de establecer una regulación *ad hoc* de estas salidas también se pronunció en su momento el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 62.

⁶³ Vid. *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 48 y 52.

⁶⁴ Como es sabido, las causas de inhabilidad se aplican a personas, en principio, plenamente capaces, pero que, por concurrir en ellas determinadas circunstancias, no se les considera idóneas para el desempeño de un cargo tutelar y ahora para ser acogedores. Pueden

de que los acogedores no incurran en causa legal y tasada de inhabilidad, corresponderá valorar a la Administración su adecuación (o no) para la función a desempeñar, tomando como pauta los criterios previstos en el art. 20.2 LOPJM⁶⁵; criterios éstos redactados con la suficiente amplitud para proporcionarle el correspondiente margen de decisión y que, por lo demás, resultan coincidentes con los ya contemplados en la normativa autonómica⁶⁶. En concreto, el citado precepto se refiere a la situación familiar y la aptitud educadora de los acogedores, su capacidad para atender a las necesidades de los menores, la congruencia entre su

responder a motivos muy variados: falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, intereses incompatibles, etc. En cualquier caso, todas ellas persiguen el mismo fin: se trata de apartar a los que estén incursos en ellas del cuidado de la persona y de los bienes del menor o incapacitado; esto es, se pretende dar prioridad en todo caso al interés de la persona protegida.

^{En} particular, de la lectura conjunta de los arts. 243 y 244 Cc resulta que son causas de inhabilidad -algunas de las cuales sería recomendable revisar *de lege ferenda*:- A) Cualquier limitación, absoluta o relativa, temporal o definitiva, del contenido normal de la patria potestad en virtud de resolución judicial. b) La remoción de una tutela anterior. C) La condena a pena privativa de libertad, mientras se está cumpliendo la condena o, *a posteriori*, si el sujeto ha sido condenado por un delito que haga suponer que no desempeñará bien el cargo tutelar. D) La imposibilidad fáctica y absoluta para desempeñar un cargo tutelar, ya sea física o psíquica, lo que puede suceder en los casos de muy avanzada edad, enfermedad o excesiva carga de trabajo. E) la enemistad manifiesta con el menor. F) La mala conducta o no tener manera de vivir conocida, causa obviamente poco acorde a la actual realidad social. G) La existencia de importante conflicto de interés con el menor, como puede ser -como especifica el art. 125.1.h CDFA en su regulación de los cargos tutelares- la existencia de un pleito con el menor sobre el estado civil; piénsese p.e. en el caso del titular del cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes. H) “Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela sólo sea de la persona”, causa que ha de interpretarse de modo acorde con la Ley 22/2003 concursal, en particular, con sus arts. 164 y 172.2, preceptos de los que resulta que las personas afectadas por la calificación de concurso culpable, ya sea el deudor o cualquiera de las personas enumeradas en el art. 164.1, serán inhabilitadas para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona durante un periodo de dos a cinco años; por consiguiente, serán inhábiles para ejercer un cargo tutelar que implique la administración de los bienes de la persona protegida o/y su representación mientras dure la inhabilitación -de dos a cinco años, según precisa la Ley concursal-.

⁶⁵ Previsión igualmente destacada por B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 142.

⁶⁶ Vid, p.e. art. 14 Dc. andaluz 282/2002 de acogimiento y adopción, art. 99 Dc. aragonés 190/2008, art. 68 a 76 Dc. catalán 2/1997 por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción, art. 43 Dc. foral 7/2009 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley foral 15/2005 de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia y art. 48 Dc. 108/2007 por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

motivación y la naturaleza del acogimiento, su disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, en su caso, el programa de reintegración familiar, su edad y su relación previa con los menores, de haberla.

B) *La constitución del acogimiento familiar*

Otra de las novedades fundamentales en materia de acogimiento familiar radica en la necesaria constitución administrativa del acogimiento familiar (art. 20.2, 1ª parte LOPJM)⁶⁷. Se suprime así la constitución judicial en caso de oposición o no comparecencia de los progenitores o tutor ordinario que preveía el antiguo art. 172.3.1 Cc, lo que en el propio Preámbulo de la Ley 26/2015 se ha justificado en aras de la agilidad y del interés de los menores⁶⁸. Ciertamente, la finalidad pretendida con la reforma -esto es, agilizar la constitución del acogimiento en aras de una más eficaz protección del menor⁶⁹- resulta plausible y, en todo caso, la correspondiente resolución administrativa está sujeta a control jurisdiccional, por cuanto es susceptible de impugnación judicial, entre otros, por los progenitores o tutor ordinario (art. 172.2.2 Cc y art. 780 LEC). Pero aún con todo quizá hubiera sido oportuna mantener excepcionalmente la constitución judicial del acogimiento en los términos de la legislación anterior al menos cuando la constitución del acogimiento se torna contenciosa por la oposición de los progenitores, si bien simplificando el procedimiento para evitar dilaciones innecesarias y atribuyéndole carácter preferente, como se ha hecho con el expediente judicial de constitución de la adopción (art. 34 Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV)⁷⁰.

⁶⁷ Como en su momento demandó el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 48 y 53.

⁶⁸ Sobre la justificación de la *administrativización* de la constitución del acogimiento familiar vid. más ampliamente la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., pp. 15-16.

⁶⁹ Con todo, según se desprende del trabajo de F. TOSCANO GIL, "El acogimiento administrativo de menores: Análisis de su problemática en sede judicial", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, núm. 708, pp. 8-10, tampoco puede afirmarse que en sede administrativa los procedimientos de constitución del acogimiento familiar se tramiten siempre con la suficiente celeridad, lo que obedece en muchas ocasiones a las deficiencias de índole material y presupuestarias existentes en la Administración y no sólo en la de Justicia.

⁷⁰ Entre los diferentes órganos que han informado el Anteproyecto de Ley se ha pronunciado a favor de esta opción de política legislativa decididamente el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, cit., p. 33; y no sin vacilaciones con *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, cit., p. 44.

Es más, el legislador estatal ha optado de modo muy discutible por prescindir del consentimiento de los progenitores o, en su caso, del tutor ordinario, habiéndolo sustituido por la notificación de la resolución administrativa y ni siquiera por la mera audiencia⁷¹; y ello siempre que no hayan sido privados de la patria potestad o -entiéndase- removido de la tutela (art. 172 ter.1.3 Cc)⁷².

Se mantiene, no obstante, para la válida constitución del acogimiento, como no podía ser de otra manera, el consentimiento de las partes implicadas, esto es, de los acogedores y del acogido mayor de doce años o, novedosamente, de edad inferior con madurez suficiente (art. 173.2 Cc)⁷³. E igualmente permanece inalterada la exigencia de notificación al Ministerio Fiscal, lo que resulta coherente con la función de vigilancia del acogimiento que tiene atribuida legalmente (art. 172 ter.1.3 Cc, en relación con el art. 174.2.1 Cc)⁷⁴.

⁷¹ De hecho, la omisión del derecho de audiencia de los progenitores o tutores fue cuestionada en su momento por el *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, p. 44, con base en el art. 9.2 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, según el cual en todo procedimiento relativo a la separación de un niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”. A pesar de ello, el legislador ha hecho caso omiso de su recomendación de modificar el texto proyectado en este extremo.

⁷² Me permito hacer esta aclaración, porque literalmente el art. 172 ter.1.3 Cc dispone que “la resolución de la entidad pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela...”. Como es sabido, en atención a lo dispuesto en los arts. 247 a 250 Cc, no hay propiamente privación de la tutela ordinaria, sino remoción.

⁷³ Adviértase al respecto la heterogeneidad de soluciones ofrecidas por la legislación autonómica de protección de menores sobre el papel reservado al menor en la constitución del acogimiento familiar. Así, es posible identificar algunas normas que contienen la fórmula ahora adoptada en el Código civil en el sentido de exigir el consentimiento del acogido mayor de doce años o menor con suficiente madurez (art. 85 Dc. aragonés 190/2008); otras que sólo exigen el consentimiento del acogido cuando sea mayor de doce años o, en su lugar, la audiencia si tiene edad inferior y “suficiente capacidad” (art. 129 Ley catalana 14/2010); y finalmente, otras que se limitan a remitirse a las previsiones del art. 173 Cc (art. 70.1 Ley vasca 3/2005 y art. 117.2 Ley valenciana 12/2008).

⁷⁴ Esta previsión ya se contenía en el antiguo art. 174.2 Cc que imponía a la Administración el deber de remitir copia al Ministerio Fiscal de “las resoluciones administrativas relativas a la constitución, de la variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos”. Tal precepto permanece inalterado tras la reforma. Por su parte, el art. 172 ter.1.3 Cc prevé específicamente la necesaria notificación de la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar al Ministerio Fiscal, junto a los padres o al tutor ordinario.

Por lo demás, se incorpora al art. 20.3 LOPJM lo previsto hasta ahora en el art. 173.2.2 Cc sobre los extremos a contener en el documento anexo a acompañar a la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar⁷⁵. Entre estos extremos, habrá de incluirse novedosamente los recursos de apoyo que necesite el menor acogido en caso de discapacidad; el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o pueda causar a terceros, suprimiendo la referencia a “otros responsables civiles” que contenía el antiguo art. 173.2.2 Cc; y el plazo en el cual la medida va a ser revisada. Dichas previsiones merecen algún comentario adicional.

En particular, interesa señalar que la previsión referente a la concreción de los recursos de apoyo al acogimiento de menores discapacitados denota la preocupación del legislador estatal por dotar a este colectivo de un plus adicional de protección muy necesario y que, por lo demás, ha venido impuesto por la ratificación por España el 23 noviembre 2007 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006, según puede leerse en el propio Preámbulo de la Ley 26/2015.

De otra parte, no pueden obviarse las importantes implicaciones jurídico-económicas de la previsión atinente al sistema de cobertura por la Administración de los daños causados a los o por los menores acogidos, obviando toda referencia a otros responsables civiles, en cuanto ello supone atribuir exclusivamente a la Administración la responsabilidad civil por tales daños, lo que, a mi juicio, se encuentra plenamente justificado, en cuanto la titular de la guarda de estos menores sigue siendo la Administración y, por ende, la responsable civil última de los daños que sufran o puedan ocasionar⁷⁶. No obstante, el art. 172 ter.4 Cc contempla

⁷⁵ En particular, los extremos a contener en el documento anexo son los siguientes: a) la identidad de acogedores y acogido -previsión novedosa-; b) los consentimientos y audiencias necesarias; c) la modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo; d) los derechos y deberes de cada una de las partes y, en particular, el régimen de visitas o comunicación por parte de la familia de origen cuando el acogimiento traiga causa de una declaración de desamparo, el sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños causados o sufridos por el menor -previsión modificada- y la asunción por los acogedores de los gastos de asistencia de los menores acogidos; e) el contenido del seguimiento a realizar por la entidad pública y el compromiso de colaboración al respecto de la familia acogedora; f) los recursos de apoyo que necesite, en su caso, el menor acogido discapacitado -previsión novedosa-; g) la compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y h) el plazo en el cual la medida será revisada -previsión novedosa-.

⁷⁶ Se pone fin así a las dudas existentes al respecto bajo la vigencia del régimen anterior en relación con la responsabilidad civil por los daños causados por el menor acogido a terceros (de

novedosamente la posibilidad de que la Administración exija a los progenitores el reembolso de los gastos que le genere dicha responsabilidad, lo que me parece muy razonable, aunque quizá hubiera sido más correcto articular tal posibilidad, más que como una potestad administrativa, como una acción de repetición en línea con lo dispuesto en el art. 1904 Cc. Por lo demás, quizá hubiese sido conveniente haber dado entrada al principio de proporcionalidad entre los gastos generados y los recursos económicos de los progenitores a los efectos de concretar la cuantía del correspondiente reembolso⁷⁷.

Finalmente, conviene advertir que con la previsión referente a la concreción del plazo de revisión de la medida se pretende dar cumplimiento al deber que impone el art. 12.5 LOPJM a la Administración de revisar las concretas medidas de protección que adopte para cada menor. En concreto, según resulta de este precepto, la revisión de los acogimientos de urgencia y temporales habrá de verificarse cada tres meses si el menor acogido tiene menos de tres años y cada seis meses para los menores acogidos de edad superior. Por su parte, el acogimiento permanente habrá de revisarse el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses⁷⁸.

En cualquier caso, como ya se ha indicado, una vez adoptada la correspondiente resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar, se impone a la Administración el deber de proceder a su notificación a los progenitores no privados de la patria potestad o, en su caso, al tutor no removido de la tutela -los cuales, reitero, ya no están

la Administración, de los padres o de la familia de acogida), ante la ausencia de otra previsión que la del art. 1903 Cc. Las diversas opiniones mantenidas al respecto pueden consultarse en B. SORIANO IBÁÑEZ, "El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas", Actas de los Décimoterceros Encuentros del Foro Aragonés, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 267-269. En cambio, de los daños que pueda sufrir el menor por el mal ejercicio de la guarda o tutela administrativa el art. 174.3 Cc hacía y sigue haciendo responsable civil a la Entidad Pública, sin que pueda eximirse de la misma por las labores de vigilancia encomendadas al Ministerio Fiscal.

⁷⁷ Como apunta el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 80-81.

⁷⁸ Adviértase que realmente el plazo de revisión de seis meses parece tener sentido para los acogimientos temporales, no así para los de urgencia, dado que para éstos el art. 176 bis Cc prevé precisamente una duración máxima de seis meses. Por lo demás, respecto a los acogimientos de menores de tres años, ya sean temporales o de urgencia, parece razonable el plazo de revisión que finalmente ha prosperado, esto es, tres meses, siguiendo así las recomendaciones del Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 66.

llamados a prestar su consentimiento al acogimiento ni siquiera a ser oídos-; así como al Ministerio Fiscal, según resulta de la lectura conjunta de los arts. 20.3 *in fine* LOPJM y 172 ter.1.3 Cc⁷⁹.

C) *El estatuto del acogedor familiar*

En el art. 20 bis LOPJM se incorpora, a solicitud de la Comisión Especial del Senado y del Defensor del Pueblo⁸⁰, un estatuto del acogedor familiar que se integra por un elenco tanto de deberes como de derechos, unos referidos a la Administración y otros al menor acogido, algunos de ellos ya contemplados en la normativa autonómica de protección de menores⁸¹.

En orden a los derechos de los acogedores, son especialmente relevantes los que se les atribuyen frente a la Administración; en concreto, los que se enuncian a continuación:

1. El derecho de información tanto sobre los efectos del acogimiento como sobre el plan individual de protección y las medidas de protección que se adopten respecto del menor acogido (art. 20 bis.1. a y c LOPJM).
2. El derecho a recibir apoyo técnico especializado -que, tratándose de menores discapacitados, habrá de estar adaptado a su discapacidad- y, en su caso, a recabar el auxilio de la Entidad Pública (art. 20 bis.1. a e i LOPJM).
3. El derecho de audiencia previamente a la adopción por la Entidad Pública de cualquier resolución que afecte al menor acogido (art. 20 bis.1.b LOPJM)⁸².

⁷⁹ Como ya se ha indicado, el art. 172 ter.1.3 Cc impone a la notificación de la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar “a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal”. Por su parte, el 20.3 *in fine* LOPJM prevé que “la resolución y el documento anexo se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo de un mes”, omitiendo toda referencia a los padres y tutor, sin embargo, contemplados en el precepto indicado en el Código civil. Ello constituye una nueva muestra de la duplicidad normativa y de la, en ocasiones, falta de coordinación en que incurre la reforma.

⁸⁰ Según puede leerse en el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 48 y 52; así como en las *Consideraciones del Defensor del Pueblo al Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 10.

⁸¹ Vid. p.e. el art. 90 Dc. aragonés 190/2008, los arts. 44 y 45 Dc. foral 7/2009 o el art. 60 Dc. valenciano 93/2001.

⁸² Derecho éste que acoge muy positivamente el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, cit., p. 34, ya que implica el reconocimiento

4. El derecho a ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección de que sea objeto el menor acogido (art. 20 bis.1.d LOPJM, en relación con el art 780.1.2 LEC)⁸³.
5. El derecho a formular quejas o sugerencias (art. 20 bis.1.ñ. LOPJM).
6. El derecho a disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor acogido (art. 20 bis.1.f LOPJM).
7. El derecho a percibir una compensación económica u otro tipo de ayuda de índole patrimonial, siempre que así se estipule (art. 20 bis.1.k LOPJM). El acogimiento especializado será remunerado en todo caso (art. 20.1.2 LOPJM)⁸⁴.
8. El derecho a la protección de sus datos personales respecto de la familia de origen (art. 20 bis.1.n LOPJM); derecho éste que habrá de coordinarse debidamente con el respeto al derecho al menor a relacionarse con su familia biológica.
9. El reconocimiento de la condición de *unidad familiar* a la familia de acogida en materia de derechos frente a la Administración (art. 20 bis.1.o LOPJM)⁸⁵.

del interés legítimo de los acogedores en la toma de estas decisiones, ello sin olvidar la importante información que pueden aportar sobre el menor acogido.

⁸³ Derecho cuya incorporación fue recomendada por el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 99.

⁸⁴ A mi entender, el acogimiento familiar siempre tendría que estar sustentado con una ayuda económica, sea o no profesionalizado, ya no sólo por la importante implicación personal y material que conlleva para las familias de acogida, sino, ante todo, para que el propio acogimiento del menor puede desarrollarse en condiciones adecuadas. Por ello, no puedo sino discrepar de las declaraciones contenidas en la *Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 38, a las que me he referido *supra* en nota 36.

⁸⁵ Lo que, por lo demás, constituye una tendencia legislativa generalizada. Interesa destacar a este respecto la reforma de que ha sido objeto el art. 2.4 Ley 40/2003 de Familias numerosas por la Ley 26/2015 para extender los beneficios de las familias numerosas a las familias de acogida, siempre que se trate de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo -más correctamente una guarda con fines adoptivos-. También puede mencionarse la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social que incluye en el concepto de unidad familiar a “los vinculados por régimen de acogimiento familiar” a los efectos de la aplicación de las diversas medidas de protección de los deudores hipotecarios, siempre que cumplan los demás presupuestos previstos legalmente, según puede leerse en mi trabajo “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, *RGLJ*, núm. 1, 2015, p. 46.

Frente al menor acogido se les hace extensivos en términos muy ambiguos los derechos inherentes al contenido personal de la patria potestad, con referencia específica al derecho de respeto (art. 20 bis.1.g y h LOPJM)⁸⁶. Asimismo, se les reconoce un derecho a relacionarse con el menor tras el cese del acogimiento, aunque condicionado a que la Administración pública lo estime conveniente para el interés del menor y lo consientan tanto el propio menor -mayor de doce años o con suficiente madurez- como su familia de origen o, en su caso, adoptiva -entendiendo que exclusivamente los progenitores- (art. 20 bis.1.m LOPJM)⁸⁷. En cualquier caso, tal derecho se configura como recíproco, en cuanto se atribuye, asimismo, al menor acogido en el art. 21 bis.2 b LOPJM, si bien exigiendo entonces el consentimiento del menor, de la familia de acogida y de la de origen o, en su caso, adoptiva. De esta manera, y como puso de relieve en su momento el Consejo General del Poder Judicial “se establece un distinto sistema de consentimientos según se considere derecho de los acogedores o derecho del menor”, lo que adolece de cierta incoherencia⁸⁸.

Por su parte, los deberes de los acogedores vienen referidos fundamentalmente a la esfera personal del menor acogido, lo que tiene su lógica desde el momento que aquéllos se limitan a asumir el ejercicio de su guarda (art. 172 ter Cc), sin que tengan atribuidas funciones en orden a la gestión de su patrimonio, las cuales corresponden bien a la Entidad Pública que haya asumido su tutela *ex lege*, bien a los progenitores o tutor ordinario de encontrarse el menor en situación de guarda administrativa⁸⁹. De ello resulta, según especifican el art. 20 bis.2 LOPJM y el art. 173.1 Cc -fruto de la duplicidad normativa de que ha sido objeto esta materia⁹⁰-, los

⁸⁶ El art. 20 bis.1 LOPJM incorporado por la Ley 26/2015 prevé que “los acogedores familiares tendrán derecho a ejercer todos los derechos inherentes a la guarda” (letra g) y “a ser respetados por el menor acogido” (letra h).

⁸⁷ Nótese que la exigencia del consentimiento del menor fue incorporada en fase de Proyecto de Ley, de acuerdo con las *Consideraciones del Defensor del Pueblo al Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 10.

⁸⁸ Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p.46.

⁸⁹ Tal y como se prevé expresamente en el art. 163 CDFA y en el art. 228-3.1 Código Civil de Cataluña; e igualmente en la legislación autonómica de protección de menores (vid. p.e. art. 61.3 Ley aragonesa 12/2001, art. 65.3 Ley navarra 15/2005 y art. 103.2 Ley valenciana 12/2008). No así, sin embargo, en el art. 172 Cc, pese haber sido revisado por la Ley 26/2015.

⁹⁰ Así, el art. 173.1 Cc, *inalterado en este extremo, prevé que “el acogimiento familiar impone a quien lo recibe las obligaciones de velar con él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno adecuado”*. Este tenor se reproduce en términos prácticamente idénticos en la letra b del art. 20 bis.2

siguientes deberes inherentes a la guarda y, por ende, al contenido personal de la patria potestad⁹¹: el de velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo -matiza la LOPJM- y, para el caso de menores discapacitados, garantizar la continuidad del apoyo especializado que vinieran recibiendo o, en su caso, de adoptar otro más adecuado para sus intereses. En todo caso, en el ejercicio de la guarda los acogedores habrán de asegurar la plena participación del menor acogido en su vida familiar (art. 21 bis.2 LOPJM); ello sin perjuicio del debido respeto a las relaciones de éste con su familia de origen (art. 21 bis.1.d LOPJM). Adicionalmente, los acogedores tienen el deber de oír al menor mayor de doce años o con suficiente madurez antes de adoptar decisiones que le afecten, así como de transmitir a la Administración las peticiones que éste pueda realizar (art. 20 bis.2.b LOPJM). Y asimismo, el deber de garantizar sus derechos a la intimidad -lo que incluye el deber de respetar la confidencialidad sobre sus antecedentes personales y familiares- y a la propia imagen (art. 20 bis.2.g e i LOPJM)⁹².

Por añadidura, los acogedores tienen una serie de deberes frente a la Administración, plenamente justificados, por cuanto que ésta sigue siendo la titular de la guarda del menor acogido, en particular:

1. El deber de informarle de cualquier hecho trascendente en relación con el menor, incluidos los cambios sobrevenidos en su situación familiar (art. 20 bis.2. d y h LOPJM).

LOPJM incorporado por la Ley 26/2015: “los acogedores familiares tendrán los deberes de velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo”. Por añadidura, ambos preceptos incorporan novedosamente y por duplicado la previsión concerniente al deber de los acogedores de menores discapacitados “de continuar con los apoyos especializados que vinieran recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades”.

⁹¹ Interesa notar a este respecto que el art. 20 bis.2 LOPJM en su letra l –incorporada en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley 26/2015- prevé que “los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad”. Ciertamente la previsión no hace sino introducir confusión al tema, porque tales obligaciones no pueden ser otras que las enumeradas en el art. 154.1 Cc, que ya aparecen transcritas el art. 20 bis.2 LOPJM en su letra a. Con todo, deja patente la clara voluntad del legislador estatal de hacer extensivo al acogimiento el contenido personal de la patria potestad.

⁹² Deber éste último que, obviamente, ha de interpretarse conforme a los parámetros del art. 4 LOPJM, en relación con el art. 3 LO 1/1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

2. El deber de colaborar tanto en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento del acogimiento como, en su caso, en el tránsito a la reintegración familiar del menor o a la adopción de otra medida de protección (art. 20 bis.2. f y k LOPJM)⁹³.
3. El deber de participar en las acciones formativas que se propongan (art. 20 bis.2.j LOPJM).

D) Modalidades de acogimiento familiar

Las diversas modalidades de acogimiento familiar también han sido objeto de una revisión en profundidad. Así, se excluye, de una parte, el *acogimiento provisional* en coherencia con la supresión del acogimiento constituido judicialmente⁹⁴; y, de otra, el *acogimiento preadoptivo* para sustituirlo por la nueva figura de la *guarda con fines adoptivos* del art. 176 bis Cc. De este modo, los supuestos del acogimiento familiar previstos en el nuevo art. 173 bis Cc en razón de su duración y objetivos se reducen a tres:

- a) El nuevo *acogimiento de urgencia*, incorporado conforme a las recomendaciones de la Comisión Especial del Senado, que se circunscribe a los menores de seis años y con una duración limitada a seis meses, mientras se decida la oportuna medida de protección⁹⁵.
- b) El *acogimiento temporal* (hasta ahora denominado *acogimiento simple*): que, como es sabido, procede cuando sea previsible la reinserción familiar del menor o mientras se adopta una medida de protección más estable. Mantiene su carácter transitorio, si bien novedosamente se limita legalmente su duración a dos años,

⁹³ Adviértase que la letra k del art. 20.bis LOPJM -modificada en fase de tramitación parlamentaria- no sólo impone a los acogedores el deber de colaborar en la reintegración del menor a su familia de origen -como decía el Proyecto de Ley-, sino también, en caso de no ser posible ésta, en la adopción de cualquier otra medida de protección, ya sea la adopción del menor, otra modalidad de acogimiento o una medida diferente.

⁹⁴ Interesa recordar que el *acogimiento provisional*, tal y como se regulaba en el antiguo art. 173.3.2 Cc, constituía una modalidad de acogimiento a adoptar por la Administración mientras se tramitaba el correspondiente procedimiento de constitución judicial del acogimiento.

⁹⁵ Modalidad de acogimiento que ya se practicaba en algunas CC.AA., en particular, respecto de los menores de tres años, según información proporcionada por sus servicios sociales. De cualquier modo, su incorporación al Código civil obedece a una de las recomendaciones del *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 49 y 52.

prorrogables en atención al interés del menor, siguiendo así las recomendaciones de la Comisión Especial del Senado⁹⁶.

Dicha institución no debe confundirse con los acogimientos temporales de menores extranjeros contemplados en la legislación de extranjería (arts. 187 y 188 ROEX aprobado por RD 557/2011). En dicha modalidad de protección los progenitores, tutores o guardadores, que permanecen en su país de origen, conservan la guarda del menor, limitándose las personas o familias receptoras a tener al menor en su compañía durante un determinado periodo temporal, que varía en función de los fines perseguidos que no pueden ser otros que escolarización, tratamiento médico, disfrute de vacaciones o razones humanitarias excepcionales.

- c) El *acogimiento permanente*, cuya constitución se prevé en dos supuestos. El primero, ya contemplado en el antiguo art. 173 bis.2º Cc: cuando aquellas circunstancias del menor y de su familia así lo aconsejen, en particular, cuando el menor acogido tenga necesidades especiales. El segundo, novedoso: al finalizar el acogimiento temporal, cuando no sea posible la reintegración familiar del menor. En caso de adoptarse esta modalidad de acogimiento, se faculta a la Administración a solicitar al Juez la atribución a los acogedores de algunas de las facultades de la tutela, a fin de facilitar el desempeño de sus funciones y supeditada en todo caso al interés superior del menor (art. 173 bis.2.c *in fine* Cc)⁹⁷. De cualquier modo, la calificación de este acogimiento como “permanente” permite presumir que el mismo se prolongará, en principio, hasta la mayoría de edad del menor, cesando entonces de modo automático, conforme a lo dispuesto en el art. 173.4.d Cc.

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar adoptada por la Administración, los arts. 20.1 LOPJM y 173 bis Cc recogen la previsión contenida en la normativa autonómica de menores atinente al tipo de familia acogedora⁹⁸, según la cual el *acogimiento familiar* podrá constituirse

⁹⁶ Lo cierto es que el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., p. 52, recomendaba la duración entre doce y veinticuatro meses para los acogimientos de menores de seis años; en cambio, tratándose de menores de seis años, la Comisión era partidaria de limitar el acogimiento a un año.

⁹⁷ Esta previsión ya se encontraba recogida en los mismos términos en el antiguo art. 173 bis.1.3º Cc.

⁹⁸ Vid. p.e. art. 127 Ley catalana 14/2010, art. 116.2 Ley valenciana 12/2008, art. 3.2 Dc. andaluz 282/2002 y art. 72.b Dc. aragonés 190/2008. Novedad, asimismo, destacada por J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 12.

en la propia familia extensa del menor -lo más acertado de ser posible⁹⁹- o *en familia ajena*¹⁰⁰.

Los mismos preceptos también incorporan la posibilidad contemplada en algunas normas autonómicas de que el *acogimiento en familia ajena* sea *especializado*, considerando como tal aquel que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de formación específica para desempeñar esta función con plena disponibilidad respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales, entiendo que excluidos los menores con problemas de conducta, a los que se reserva el acogimiento residencial en centro especializado¹⁰¹. Este acogimiento es, en todo caso, remunerado, sin que ello implique una relación laboral entre la Administración y el acogedor, según aclara con buen criterio el art. 20.1.2 *in fine* LOPJM. De existir tal relación laboral, se atribuye al acogimiento especializado el carácter de *profesionalizado* (art. 20.1.3 LOPJM), posibilidad ésta ya contemplada en el antiguo art. 173.2.2.6º Cc¹⁰².

⁹⁹ Como hace constar el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 31. Participa de esta opinión en la doctrina B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit. p. 139.

¹⁰⁰ Por lo que hace al acogimiento en familia extensa, quizá hubiese sido oportuna la fijación por el legislador estatal de una noción legal de “familia extensa”, en defecto de un concepto unitario sobre la misma en la legislación autonómica, como ya en su momento señaló el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 92. Así, mientras algunas normas autonómicas la restringen a parientes hasta tercer grado (art. 3.2 Dc. andaluz 282/2002), otras la refieren a los parientes sin límite de grado (art. 127.2 Ley catalana 14/2010) e, incluso, hay algunas que la extienden a no parientes, siempre que tengan una especial vinculación con el menor (art. 116.2 Ley valenciana 12/2008, art. 24 Dc. 108/2007 de La Rioja y art. 101 y ss. Dc. aragonés 190/2008).

¹⁰¹ En concreto, esta modalidad de acogimiento parece adecuada para preadolescentes, grupos de hermanos o menores con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales o enfermedades crónicas, según puede leerse en el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio e la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., p. 53; así como en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 41. En concreto, en lo que hace a los grupos de hermanos interesa traer a colación la previsión del art. 172 ter.2 Cc según la cual en el acogimiento se procurará seguir la regla de no separar a los hermanos, de tal manera que “su guarda se confié a una misma institución o persona para que permanezcan unidos”. Por lo que hace a la normativa autonómica, esta modalidad de acogimiento se encuentra contemplada p.e. en el art. 34.b Dc. andaluz 28/2002 y el art. 75 Dc. aragonés 190/2008

¹⁰² Regulan esta modalidad de acogimiento, entre otros, el art. 66 Ley canaria 1/1997, el art. 48 Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha y el art. 86.1 Ley 1/2006 de La Rioja. Sobre las especialidades de este acogimiento me remito a P. JODRÁ JIMÉNEZ, “El acogimiento familiar profesionalizado: Análisis de casos”, ponencia presentada al XI Congreso Internacional

Se prescinde, sin embargo, del *acogimiento en hogar funcional*, modalidad de acogimiento intermedia entre el acogimiento familiar y el residencial que contempla buena parte de la normativa autonómica de conformidad con lo dispuesto en el antiguo art. 173.2.2.6º Cc y que, a mi juicio, se revela muy adecuada, en cuanto proporciona a varios menores acogidos de un núcleo de convivencia similar al familiar a cargo de uno o varios responsables designados por la Administración o, en su caso, por una entidad colaboradora¹⁰³.

E) La remoción de la guarda y el cese del acogimiento familiar

El régimen jurídico del acogimiento familiar se cierra con unas nuevas previsiones en materia de cese que, a mi juicio, plantea no pocos problemas interpretativos. El principal tiene que ver como la distinción que introduce el art. 173 Cc entre la remoción de la guarda y el cese del acogimiento. Así, en su aptdo. 3 contempla novedosamente la posible “remoción de la guarda” por problemas graves de convivencia entre el menor y los acogedores, mientras que en su aptdo. 4 mantiene el “cese del acogimiento” en sus dos variantes tradicionales, administrativo y judicial, e incorpora alguna causa adicional a operar automáticamente. Así las cosas, entiendo que está distinción resulta innecesaria y no hace sino introducir confusión en el tema, por las dos razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, porque se está extrapolando al acogimiento familiar una figura como es la remoción propia de la tutela ordinaria, prescindiendo de las garantías de que se rodea ésta en los arts. 248 a 250 Cc en sede de tutela ordinaria, en relación con el art. 49 LJV¹⁰⁴. Así, en los términos en

de infancia maltratada, Oviedo, 2012 (URL: <http://obelen.es/publico/pjodraoviedo.pdf>, consultada el 8 diciembre 2015).

¹⁰³ Regulan el acogimiento en hogar funcional p.e. el art. 67 Ley canaria 1/1997, art. 83 Ley 1/2006 de La Rioja, los arts. 43 y 48 Dc. catalán 2/1997 y los arts. 23 y ss. Orden de la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana de 19 junio 2003. Sobre esta modalidad de acogimiento puede consultarse M.J. BOCCIO, *El derecho del niño a la familia natural...*, cit., pp. 455-457.

¹⁰⁴ Como es sabido, la remoción de la tutela requiere declaración judicial, previa tramitación de expediente del jurisdicción voluntaria en el que se oirá al tutor o y al menor sujeto a tutela mayor de doce años o de edad inferior pero con suficiente madurez, así como al Ministerio Fiscal. De haber oposición, el expediente se hará contencioso y los interesados serán citados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. En cualquier caso, durante la tramitación del expediente de remoción, el Juez podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial. Y de declararse judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor (arts. 248 a 250 Cc, en relación con el art. 49 LJV).

que se regula en el art. 173.3 Cc, esta nueva modalidad de remoción se atribuye a la Administración, excluyendo toda intervención judicial y sin establecer un procedimiento *ad hoc* ni prever una medida de protección alternativa para el caso de que sea declarada. Como contrapunto, esta medida sólo puede adoptarse por la Administración a instancia de parte, lo que parece prudente. En concreto, se atribuye legitimación para solicitar la remoción de la guarda, por este orden: al Ministerio Fiscal; al propio acogido, sin exigirle sorprendentemente la edad de doce años o, al menos, la suficiente madurez; a los acogedores, a los progenitores no privados de la patria potestad o, en su caso, al tutor ordinario no removido de la tutela; y, en general, a cualquier otro interesado, expresión ésta en la que podría tener cabida la familia extensa del menor¹⁰⁵. Por añadidura, la remoción sólo es factible en el supuesto de que surjan graves problemas de convivencia entre el menor acogido y los acogedores, prescindiendo así -dudo si intencionadamente o por mero olvido del legislador- de las otras causas de remoción de la tutela ordinaria que contempla el art. 247 Cc, lo que a mi juicio hubiera sido lo correcto y más habiendo podido constatarse reiteradamente la intención del legislador estatal de aproximar la figura del acogimiento a la de la tutela ordinaria¹⁰⁶.

Y en segundo término, por la propia terminología empleada, esto es, “remoción de la guarda” que no del acogimiento, expresión que literalmente podría interpretarse en el sentido de que el acogimiento sigue en pie, pero privado de contenido, dado que el acogedor ha sido removido de la guarda, lo que obviamente carece de sentido alguno.

En lo que atañe propiamente al cese del acogimiento familiar, tal y como se regula en el art. 173.4 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015, no acaba de entenderse se mantenga la distinción entre el cese judicial (art. 173.4.a) y el cese administrativo (art. 173.4.b) cuando ha sido suprimido el acogimiento judicial. Y es que, recuérdese, en el anterior art. 173.4.1º Cc el cese en virtud de resolución judicial se reservaba al acogimiento constituido judicialmente¹⁰⁷. De este modo, excluido el acogimiento judicial en la nueva

¹⁰⁵ Por su parte, de acuerdo con el art. 49.1 LJV la remoción judicial de la tutela puede acordarse de oficio o a instancia de parte, en concreto, del Ministerio Fiscal, del sujeto a tutela o de otra persona interesada.

¹⁰⁶ Recuérdese que, en atención a lo dispuesto art. 247 Cc, serán removidos de la tutela los que después de la toma de posesión: a) incurran en causa de inhabilidad; b) se conduzca mal en el desempeño de la tutela, ya sea por incumplir los deberes propios del cargo tutelar o por ejercitar el cargo tutelar con notoria ineptitud; y c) tengan graves y reiterados problemas de convivencia con el tutelado.

¹⁰⁷ En concreto, el antiguo art. 173.4.2 Cc decía así: “Será precisa resolución judicial de

normativa, hubiese sido deseable que se especificase en qué casos procede el cese judicial, so pena de dejar esta previsión vacía de contenido¹⁰⁸.

Por su parte, el cese en virtud de resolución administrativa se circunscribe al supuesto de que la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor acogido “lo considere necesario para salvaguardar los intereses del mismo” con el consiguiente margen de discrecionalidad que ello implica por la propia naturaleza del “interés del menor” como concepto jurídico indeterminado. Con todo, ha de valorarse muy positivamente el hecho de que el art. 2 LOPJM en su redacción dada por la LO 8/2015 haya dotado de este concepto de una mayor concreción, en línea con la Observación núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁰⁹.

cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez”.

¹⁰⁸ Y más cuando la DT 2ª Ley 26/2015 dispone que “los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la ley podrán cesar por resolución de la Entidad Pública sin necesidad de resolución judicial”.

¹⁰⁹ De este modo, y siguiendo las recomendaciones de dicho *Informe*, cit., pp. 45-46 y 51, el nuevo art. 2 LOPJM dota de contenido a este concepto en una triple dimensión: Por un lado, como un *derecho sustantivo del menor* a que su mejor interés sean valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. De otra parte, como *criterio interpretativo*, de forma que si una norma jurídica puede interpretarse de diversas maneras, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, por último, como *norma de procedimiento* a tener en cuenta a la hora de adoptar cualquier medida administrativa o judicial cuyo destinatario sea un menor, lo que se traduce en las siguientes garantías a observar en el correspondiente procedimiento: a) derecho a ser informado, oído y escuchado; b) intervención en el proceso de profesionales cualificados; c) participación en el proceso de sus representantes legales o del defensor judicial en caso de conflicto de intereses y del Ministerio fiscal; d) adopción de resoluciones motivadas; y e) recursos que permitan revisar aquellas decisiones que no hayan considerado como prioritario el interés del menor.

A partir de ahí, el precepto precitado fija novedosamente, en línea con la Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, una serie de criterios generales y elementos comunes de ponderación a tener en cuenta para determinar en cada caso concreto el interés del menor y que, en todo caso, deben precisarse en la motivación de la decisión adoptada (en nuestro caso, del acuerdo de mediación), a fin de conocer si ha sido correcta (o no) la aplicación del principio del interés superior del menor. De no ser así, la decisión será susceptible del correspondiente recurso. En particular, los criterios comunes (o más exactamente, los derechos de los menores) a tener en cuenta son: a) la protección a la vida y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas; b) los deseos y opiniones del menor, en función de su grado de madurez; c) la vida del menor en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; y d) la preservación de la identidad, cultura, y religión del menor. Por otra parte, se contemplan como elementos generales de ponderación: a) la

Por lo demás, dicha decisión puede adoptarse por la Administración de oficio o a instancia de parte, en un planteamiento igualmente coincidente con el régimen anterior. Ahora bien, en lo que atañe al cese a instancia de parte, se aprecia un importante ampliación del círculo de sujetos legitimados, toda vez que, junto a los progenitores y tutor ordinario -sin que se especifique, a diferencia de la remoción de la guarda, que no han de estar privados de la patria potestad o removido de la tutela-, se da entrada a los acogedores, al propio menor acogido con suficiente madurez y al Ministerio Fiscal. A los acogedores, desde el momento en que han sido privados de la facultad de renunciar al acogimiento a que se refería el antiguo art. 173.4.2º Cc; al menor acogido si tiene suficiente madurez y, por tanto, siempre a partir de los doce años, conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 9.2 LOPJM¹¹⁰; y al Ministerio Fiscal, lo que constituye una manifestación más del fuerte protagonismo que le ha sido atribuido en la nueva legislación. Otra novedad tiene que ver con la introducción de un trámite de audiencia previa a la resolución administrativa de cese, donde serán oídos los acogedores; el menor acogido, entendiéndose, respetando las prescripciones del art. 9 LOPJM; y sus progenitores o tutor ordinario, quienes, sin embargo, carecen de derecho de audiencia en la constitución del acogimiento familiar, lo que, de nuevo, no deja de ser un contrasentido.

Finalmente, junto al cese judicial y administrativo se incorporan novedosamente dos causas automáticas de cese como son la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores y la mayoría de edad del menor acogido (art. 173.4.c y d Cc), de modo similar a lo previsto tanto en el art. 169 Cc respecto de la patria potestad como en el art. 176 Cc en sede de tutela ordinaria¹¹¹. Se omite, sin embargo, toda referencia a otra causa de cese automático como es el transcurso del plazo de duración

edad y madurez del menor; b) su especial vulnerabilidad; c) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; y d) la estabilidad en las soluciones adoptadas.

Por añadidura, se fijan unos criterios de resolución de conflictos para el caso de colisión del interés superior del menor con cualquier otro interés legítimo. Así, como criterio prioritario, se otorga prevalencia a las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten los otros intereses en juego; y subsidiariamente, en caso de no ser posible conjugar todos los intereses en juego, se atribuye prioridad el interés superior del menor.

¹¹⁰ Lo que destaca, igualmente, M.P. ALVÁREZ OLALLA, "Modificaciones de Derecho Civil...", cit., p. 46.

¹¹¹ Siguiendo así la Recomendación emitida por el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 76.

fijado para el acogimiento temporal o de urgencia, lo que, sin duda, hubiese sido muy oportuno¹¹².

Según se ha indicado, se prescinde, sin embargo, de la renuncia al acogimiento por parte de los acogedores que contemplaba el antiguo art. 173.4.2º Cc, para, en su lugar, reconocerles mera legitimación para solicitar su cese a la Administración. De este modo, se atribuye carácter obligatorio al cargo de acogedor, lo que, en principio, me merece una valoración positiva, ya que impide que el acogimiento quede al arbitrio de quien lo ejerce, con el consiguiente perjuicio para el menor acogido. No obstante, quizá hubiera sido adecuado extender a los acogedores las excusas previstas legalmente para los cargos tutelares, al igual que se ha procedido con las causas de inhabilidad y con la remoción. En su lugar, se les faculta para solicitar el cese del acogimiento, cuya decisión corresponde a la Administración en atención al interés del menor. Con todo, parece razonable que, si los acogedores muestran su falta de predisposición y voluntad a continuar con el acogimiento, la Administración proceda a su cese para salvaguardar así el interés del menor acogido¹¹³.

Por último, conviene reparar en la ausencia de regulación en la nueva normativa de una cuestión estrechamente relacionada con lo anterior y de indudable importancia práctica, como es la posible modificación del acogimiento familiar por alteración de las circunstancias, contemplada, sin embargo, en la normativa autonómica de protección de menores¹¹⁴. Y es que, a mi juicio, hubiera resultado muy adecuado que el legislador estatal ya no sólo hubiera previsto esta contingencia, sino que, además, hubiese articulado un procedimiento *ad hoc* con audiencia tanto de los acogedores como del menor acogido.

¹¹² Causa de cese prevista específicamente p.e. en el art. 96.1.c Dc. aragonés 190/2008 y el art. 52.1.a Dc. valenciano 93/2001.

¹¹³ Esta supresión también fue en su momento objeto de crítica por el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 76.

¹¹⁴ Vid. p.e. arts. 29.2 Ley andaluza 1/1998 y 29 Dc. andaluz 282/2002, art. 72 Ley foral 15/2005, arts. 78 Ley 1/2006 de La Rioja y 43 Dc. 108/2007 de La Rioja y art. 94 Dc. aragonés 190/2008.

3.2 El acogimiento residencial. En particular, el acogimiento residencial de menores con problemas de conducta

A) El acogimiento residencial

La figura del acogimiento residencial se encuentra regulada en el art. 21 LOPJM en su redacción dada por la Ley 26/2015, sin olvidar los nuevos arts. 25 a 35 de la misma Ley dedicados específicamente a la nueva modalidad estatal de *acogimiento en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta* y redactados conforme a la LO 8/2015.

Como es sabido, esta modalidad de acogimiento consiste en ingresar al menor en un centro de protección adecuado a sus características para que reciba la atención y educación necesarias, tal y como se define en la legislación autonómica de protección de menores¹¹⁵. En tal caso, el ejercicio de la guarda se delega al director o responsable del centro donde esté acogido el menor, quien deberá ejercerla con la colaboración y supervisión de la Entidad Pública y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 172 ter.1 *in fine* Cc, en relación con los arts. art. 21.4 LOPJM y 174 Cc).

A partir de ahí, en la nueva legislación estatal de protección de menores el acogimiento residencial se configura expresamente, en línea con la legislación autonómica¹¹⁶, como un instrumento de protección a adoptar subsidiariamente cuando el acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades resulten imposible o no conveniente para el interés del menor (art. 21.3 LOPJM y art. 172 ter Cc). En línea con este planteamiento, el art. 21.3 LOPJM, excluye, como regla, el acogimiento residencial para los menores de tres años, de tal manera que sólo podrá acudir a esta medida en caso de imposibilidad debidamente acreditada o falta de conveniencia del acogimiento familiar; excepciones éstas también recogidas en el art. 172 ter.1 Cc, aunque sin referencia alguna al límite de edad indicado. Por añadidura, el mismo art. 21.3 LOPJM fija una duración

¹¹⁵ De acuerdo con la definición de esta medida de protección que ofrecen, entre otros, el art. 95.1 Ley castellano-leonesa 14/2002, art. 49 Ley castellano-manchega 3/1999, art. 132.2 Ley catalana 14/2010, art. 71.1 Ley gallega 3/2011 y art. 87.1 Ley 1/2006 de La Rioja y art. 75 Ley vasca 3/2005.

¹¹⁶ Vid. p.e. el art. 27.a. Ley andaluza 1/1998, el art. 162.2 CDFA y los arts. 64.2 y 66.1 Ley aragonesa 12/2001, el art. 87.1 Ley balear 17/2006, el art. 120.2 Ley catalana 14/2010, el art. 27 .b. Ley gallega 3/2011, el art. 69.b. Ley navarra 15/2005, el art. 63.3 Ley 1/2006 de La Rioja, el art. 115.2 Ley valenciana 12/2008 y el art. 80 Ley vasca 3/2005.

máxima de tres meses al acogimiento residencial de los menores de seis años¹¹⁷.

Con todo, la práctica a fecha de hoy revela que las Administraciones autonómicas se han visto obligadas a recurrir a esta medida de protección más de lo sería deseable, dada la dificultad de encontrar familias de acogida con suficiente grado de dedicación y capacitación particularmente para aquellos menores con necesidades especiales y, entre ellos, para los menores ya adolescentes¹¹⁸. Sólo cabe esperar que a partir de esta previsión a nivel estatal se articulen las vías necesarias para potenciar el acogimiento familiar, de tal manera que el acogimiento residencial se convierta realmente en un instrumento de protección de menores residual al que se exclusivamente acuda para aquellos casos en que el acogimiento familiar se revele imposible o inadecuado.

a) Obligaciones de los centros de menores

Sin perjuicio de su carácter residual, con esta reforma se pretende dotar al acogimiento residencial de las debidas garantías, al objeto de ajustarlo tanto a la *Recomendación (2005) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a los derechos de los menores que viven en instituciones* como a los *Estándares de calidad en acogimiento residencial (EQUAR)* que en 2012 publicó el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, lo que se revelaba como absolutamente imprescindible¹¹⁹.

¹¹⁷ Se acogen así las recomendaciones *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., p. 47.

¹¹⁸ Como resulta de la lectura de los trabajos de A. BRAVO ARTEAGA y J. FERNÁNDEZ DEL VALLE, “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30 (1), p. 42; y de los mismos autores y M. LÓPEZ, “El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30 (1), pp. 34-35, quienes califican el acogimiento familiar como una de las grandes asignaturas pendientes del sistema español de protección de menores. Es más, las afirmaciones de estos autores se ven corroboradas por los datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en su *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 2: en 2012 hubo 33.892 menores bajo tutela o guarda administrativa, de los cuales 13.703 estaban en acogimiento residencial y 21.127 en acogimiento familiar.

¹¹⁹ Como es su día recomendó el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 404, con especial incidencia en los centros de menores con trastorno de conducta; así como la Comisión del Senado en su *Informe del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 47 y 52.

De este modo, se incluyen en art. 21.1 LOPJM un catálogo de obligaciones básicas a cumplir por los centros de menores, entre las cuales interesa destacar *a priori la elaboración para cada menor tanto de un proyecto socioeducativo individual* -ya contemplado en la normativa autonómica¹²⁰- *como de un plan individual de protección* a revisar periódicamente, a fin de garantizar al menor un tratamiento personal y permanentemente revisado (art. 21.1.a, b e i LOPJM)¹²¹.

También son reseñables las *obligaciones dirigidas a mantener los vínculos del menor con su familia de origen*, entre las que se encuentran la obligación de fomentar la convivencia y las relaciones entre hermanos, la obligación de programar los recursos necesarios para posibilitar la reintegración familiar cuando sea adecuada para el interés del menor y la obligación de potenciar las salidas del menor en fines de semana y periodos vacacionales con su familia de origen o, de no ser posible, con familias alternativas (art. 21.1.d, e y j LOPJM)¹²².

En tercer lugar, es posible identificar una serie de *obligaciones dirigidas a la formación y preparación del menor para la vida independiente* -lo que específicamente constituye uno de los principios rectores de la actuación administrativa en materia de protección de menores: art. 11.4 LOPJM-, *así como a su integración social*. Tales obligaciones se concretan en:

- 1ª. La obligación de potenciar la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad (art. 21.1.f LOPJM).
- 2ª. La obligación de promover su integración “normalizada” en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que se desarrollen en su entorno comunitario (art. 21.1.k LOPJM).

¹²⁰ Vid. p.e. art. 37.1.c Ley andaluza 1/1998, art. 66 Ley asturiana 1/1995, art. 90.2.d Ley balear 17/2006, art. 90.1 Ley 1/2006 de La Rioja y art. 66 Dc. aragonés 190/2008. Acerca de la importancia de este proyecto me remito a J. DOMÍNGUEZ ALONSO y R. MOHEDANO MENÉNDEZ, “El acogimiento de menores en el actual sistema de protección a la infancia: La importancia del contexto”, Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar, 2014, núm. 13, pp. 154.

¹²¹ Ello en línea con las recomendaciones del *Informe del Defensor del Pueblo sobre los centros de protección de menores*, cit., p. 92 y del *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 47 y 52.

¹²² Obligación ésta de potenciar las salidas del menor que ha sido articulada conforme a la recomendaciones del *Informe del Defensor del Pueblo sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 95 y del *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 37.

- 3ª. La obligación de velar por su preparación para la vida independiente tanto mediante su escolarización y formación, como a través de la promoción de su participación en las decisiones que le afecten, potenciando así su autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades (art. 21.1.f, k y m LOPJM)¹²³. Es más, las entidades públicas habrán de ofrecer programas de preparación para la vida independiente dirigidos a menores acogidos próximos a la mayoría de edad -esto es, entre los dieciséis y los dieciocho años- y, aún cumplida ésta, para prevenir futuros riesgos tras salida del sistema de protección de menores, “con especial atención a los que presentan discapacidad” (arts. 21.1.f y 22 bis LOPJM, en relación con el art. 11.4 LOPJM)¹²⁴.

Un cuarto grupo de *obligaciones* se encuentran *vinculadas a ciertos derechos fundamentales del menor, como son el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la intimidad y a la propia imagen*. Así, los centros, de una parte, se obligan, de una parte, a administrar a los menores los medicamentos que, en su caso, necesiten, bajo prescripción y seguimiento médicos y con respeto a las disposiciones sobre consentimiento informado, así como a llevar un registro con el historial médico de los menores (art. 21.1.h LOPJM)¹²⁵; y de otra, a establecer

¹²³ Novedad que también destaca por B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El marco común...”, cit., p. 149.

¹²⁴ Acerca de los programas de preparación para la vida independiente interesa destacar que venían siendo practicados en no pocas Comunidades Autónomas desde hace años, con sustento normativo explícito (art. 152 Ley catalana 14/2010, art. 85 Ley foral 15/2005 o art. 56 Dc. 131/2003 de Castilla-La Mancha) o sin él (vid. J.M. SUAREZ SANDOMINGO, “Algunos modelos de programas de inserción sociolaboral de los menores tutelados en España”, IPSEds, 2009, vol. 2, pp. 41-61). Así las cosas, con la reforma de 2015 han sido incluidos en la legislación estatal a solicitud reiterada del Defensor del Pueblo en diversos informes anuales a las Cortes generales (según puede leerse en sus *Consideraciones al Anteproyecto...*, cit., p. 10). Ello ha sido valorado muy positivamente por el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 39, dada la indudable relevancia de tales programas para que el trabajo desplegado por los servicios sociales durante la minoría de edad no se pierda y para seguir prestando una estructura de apoyo al sujeto de protección una vez alcanzada la mayoría de edad. Ahora bien, como advirtió en su momento el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 63-64, la inclusión de los menores discapacitados en estos programas debería haberse contemplado con mayor rigor técnico, ya que no debe olvidarse que, cuando su discapacidad conlleve su incapacitación judicial, tales menores, una vez alcanzada la mayoría de edad “no quedarán fuera del sistema de protección” como parece resultar del art. 11.4 LOPJM, sino que seguirán sujetos a la tutela de la Administración (cuando su acogimiento provenga de una declaración de desamparo) o, en su caso, a la patria potestad o autoridad familiar prorrogada de sus progenitores, tutela ordinaria o curatela; circunstancia ésta que ha pasado por alto el precitado precepto.

¹²⁵ Ello de acuerdo con la recomendación *del Informe del Consejo General del Poder Judicial*

medidas educativas y de supervisión que garanticen los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y comunicación (art. 21.1.n LOPJM).

Por último, se contemplan una serie de *obligaciones que tienen que ver con la propia organización de los centros*. En concreto, éstos deben dotarse de un régimen interno de funcionamiento y convivencia que sea adecuado a las necesidades educativas y de protección de los menores e incluya un procedimiento de quejas y reclamaciones, en todo caso, supeditado a las pautas fijadas por la Entidad Pública (art. 21.1.g LOPJM, en relación con el art. 21.2 LOPJM)¹²⁶.

b) Derechos de los menores en acogimiento residencial

Junto a los derechos atribuidos genéricamente a los menores acogidos por el art. 21 bis.1º LOPJM, el mismo precepto reconoce en su aptdo. 3º a los menores en régimen de acogimiento residencial unos derechos específicos derivados de la singular naturaleza del mismo, muchos de ellos contemplados en la legislación autonómica de protección de menores¹²⁷:

- 1º. El derecho a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no resulten inadecuadas para el contexto educativo.
- 2º. El derecho a participar en la programación y desarrollo de las actividades del centro, que tiene su correlativo en las obligaciones del centro dirigidas a su preparación para la vida independiente.
- 3º. El derecho a ser escuchado en caso de queja, debiendo articular a tal efecto el centro un procedimiento *ad hoc* que respete las prescripciones del art. 9 LOPJM.

al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia, cit., p. 49.

¹²⁶ Obligaciones estas ya impuestas por la normativa autonómica de protección de menores (p.e. art. 66 ley asturiana 1/1995, art. 89 y 90 Ley balear 17/2006, art. 97.4 Ley 14/2002 de Castilla y León y art. 114 Ley valenciana 12/2008), pero cuyo cumplimiento por los centros fue en su día puesto en entredicho por el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de menores...*, cit., p. 411.

¹²⁷ Se acoge así la recomendación que hizo en su día el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia, cit., p. 51-52. Por lo que hace a la legislación autonómica de protección de menores vid. p.e. art. 134 Ley catalana 14/2010, art. 100 Ley gallega 3/2011, art. 80 Ley vasca 3/2005 y arts. 5 a 12 Dc. andaluz 355/2003 del Acogimiento Residencial de Menores.

4º. El derecho a ser informado de todos los sistemas de atención y reclamación a su alcance.

c) El control administrativo de los centros de menores

En otro orden de cosas, no puede obviarse la intensificación del control administrativo al que están sujetos estos centros, lo que no es sino una manifestación más de la fuerte *administrativización* que inspira el nuevo régimen jurídico estatal de protección de menores, pero que aquí no deja de tener su lógica, por cuanto la titularidad de su guarda sigue atribuida a la Entidad Pública en virtud de la relación de tutela automática o guarda administrativa que le une con el menor ingresado en el centro¹²⁸. Ello se traduce en la atribución a la Administración de las siguientes funciones en relación con los centros de menores:

1. Otorgarles la correspondiente habilitación administrativa para prestar sus servicios (art. 21.2.1 LOPJM)¹²⁹.
2. Fijar su régimen de funcionamiento y de convivencia, con especial atención a los menores discapacitados (art. 21.2.2 y 6 LOPJM). De ello resulta, a lo que entiendo, que cada centro a la hora de fijar su régimen interno habrá respetar, en todo caso, las pautas fijadas por la Administración al respecto¹³⁰.

¹²⁸ Como advierten certeramente el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 50; y en la doctrina B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, "El marco común...", cit., pp. 147 y 150. Al necesario control de los centros por la Administración también se refirieron en su momento el *Informe del Defensor del Pueblo sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 96; y el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., p. 48.

¹²⁹ A tal efecto el art. 21.2.1 LOPJM especifica que el régimen de habilitación deberá respetar la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado. Nótese que tal remisión normativa fue cuestionada no sin motivos por el Consejo de Estado en fase de Anteproyecto, proponiendo sin éxito su supresión, por entender que "los centros de acogimiento residencial y los servicios que prestan encajan difícilmente en los conceptos de "actividad económica" y "operador económico" que informan la Ley 20/2013 (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 83-84).

¹³⁰ En concreto, el art. 21.6 LOPJM faculta a la Administración a adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia de los centros con el límite no sean atentatorias a la dignidad de los menores. El mismo precepto fija unas pautas de ejercicio de tales medidas, a saber, la inmediatez y proporcionalidad a la conducta del menor. Y, por último, impone la obligación de dar cuenta inmediata de aquellas medidas impuestas por conductas de los menores atentatorias contra la convivencia del centro a "los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal"; previsión ésta cuya redacción no deja de plantear algunas dudas interpretativas: primero, porque no clarifica a quién se dirige -a la Administración o el propio centro-; y segundo, porque incluye entre los sujetos

3. Llevar un registro administrativo *ad hoc* de los centros de acogimiento residencial, entiendo que, de inscripción obligatoria (art. 21.2.2 LOPJM).
4. Proceder a su inspección y supervisión al menos semestralmente (art. 21.4 LOPJM)¹³¹. Ello sin perjuicio de las labores de vigilancia encomendadas al Ministerio Fiscal específicamente en materia de acogimiento residencial por el art. 21.5 LOPJM y genéricamente por el art. 174 Cc¹³².
 - d) La ausencia de regulación en materia de constitución y cese del acogimiento residencial

Por último, es posible detectar dos cuestiones en materia de acogimiento residencial que no hay sido objeto de regulación por la nueva normativa estatal. Me refiero, en concreto, a las atinentes a su constitución y cese, como ya se advirtió en fase de Anteproyecto por parte del Consejo del Poder Judicial, sin que se tomase en cuenta su recomendación cara la elaboración del Proyecto de Ley ni ulteriormente en fase de tramitación parlamentaria¹³³, lo que, sin duda, hubiese sido muy necesario y más aún ante la ausencia de una solución uniforme y debidamente pormenorizada sobre el particular en la legislación autonómica de protección de menores¹³⁴. Es más, a mi modo de ver, lo adecuado hubiera sido dotar de

a notificar a los “representantes legales del menor”, expresión a todas luces innecesaria, ya que olvida que la representación legal del correspondiente a los propios padres o tutor -mencionados explícitamente- si lo que tiene asumida la Administración es la mera guarda administrativa o a la propia Administración en caso de ser tutora *ex lege* del menor, quien se presume ya es conocedora de aquella conducta.

¹³¹ Con ello se trata de poner fin a las deficiencias detectadas en su momento por el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de menores...*, cit., p. 401, en materia de seguimiento de los centros por parte de las Administraciones implicadas.

¹³² Como, igualmente, se constata en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., pp. 50-51, el art. 21.5 LOPJM es una muestra un mayor fortalecimiento del papel asignado al Ministerio Fiscal en el ámbito de protección de menores en la última reforma. Así, a diferencia del antiguo art. 21.4 LOJM que se limitaba a afirmar que el “Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores”, el art. 21.5 LOPJM en su redacción dada por la Ley 26/2015 atribuye al Ministerio Fiscal las siguientes funciones en materia de acogimiento residencial: 1.- ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten; 2.- inspeccionar todos los servicios y centros de acogimiento residencial; 3.- analizar el proyecto educativo del centro y su reglamento interno.

¹³³ Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 52.

¹³⁴ Sirva de ejemplo el art. 132 Ley catalana 14/2010 que prevé que “el acogimiento en

un régimen jurídico unitario a estas cuestiones en sede de las normas generales sobre el acogimiento. En su lugar, el legislador estatal ha optado por regular la constitución y el cese del acogimiento familiar, omitiendo estas cuestiones respecto del acogimiento residencial, lo que genera no pocos problemas interpretativos, tales como los que se enuncian a continuación: cuál es el órgano competente para acordar la constitución o el cese del acogimiento residencial -entiendo que la Entidad Pública, según resulta de la lectura de la legislación autonómica-; qué consentimientos son necesarios o, en su caso, quienes deben ser oídos el correspondiente procedimiento; o qué causas justifican el cese del acogimiento residencial con la consiguiente reintegración del menor en su familia o, de no ser posible, la adopción de otra medida de protección, ya sea una tutela ordinaria, un acogimiento familiar o la adopción del menor.

B) El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta

Mención aparte merece lo que se califica como importante novedad en la nueva legislación estatal, esto es, el *acogimiento residencial de menores con problemas de conducta*. Lo cierto es que este acogimiento ya se recogía fragmentariamente en la legislación autonómica de protección de menores desde hace unos años¹³⁵, aunque ahora se le dota de un régimen

centro debe acordarse cuando se prevé que el desamparo o la necesidad de separación de la propia familia serán transitorios y no ha sido posible o aconsejable el acogimiento por una persona o una familia”, pero sin especificar a quién corresponde esta competencia; el art. 36 Ley andaluza 1/1998 que dispone que “el acogimiento residencial de un menor en centro de protección se establecerá por resolución de la Administración de la Junta de Andalucía o por decisión judicial”, sin concretar en qué casos corresponde dicha competencia a la Administración o al Juez; o el art. 65 Dc. aragonés 190/2008 que, algo más preciso, señala que “el acogimiento residencial de un menor se acordará por la Dirección Provincial correspondiente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales cuando el resto de los instrumentos de protección de menores resulten imposibles, inadecuados o insuficientes y se mantendrá el tiempo estrictamente necesario para la preparación del retorno del menor a su familia o la adopción de otras medidas de protección”.

¹³⁵ Así son varias las normas autonómicas donde se contempla la posible creación de centros especializados dirigidos a la atención socioeducativa de estos menores; vid. p.e. art. 91.2.g Ley balear 17/2006, art. 133 Ley catalana 14/2010, art. 96.3 Ley 14/2002 de Castilla y León, arts. 83 y 84 Ley foral 15/2005 (como último recurso), art. 91.3 Ley de La Rioja 1/2006, art. 28 Ley valenciana 12/2008, y art. 69 Dc. aragonés 190/2008. Ello sin olvidar el *Protocolo Básico de actuación de centros y/o residencias con menores diagnosticados con trastornos de conducta* elaborado en 2010, a requerimiento del Defensor del Pueblo (*Informe sobre los centros...*, cit., p. 393), en el marco de la Comisión Inter-Autonómica de Directores Generales de la Infancia que, a pesar de carecer de rango normativo, se ha convertido en una importante guía de actuación para las Comunidades Autónomas donde se practica esta modalidad de acogimiento, según hace constar A. GALÁN RODRÍGUEZ, “Recursos

jurídico completo, en concreto, en virtud de la LO 8/2015, en cuanto puede afectar a derechos fundamentales¹³⁶. Se trata de una modalidad especial de acogimiento residencial dirigida un colectivo de menores que se ha multiplicado en los últimos años, lo que resulta extremadamente preocupante y quizá debería llevarnos a replantearnos el modelo educativo imperante: los menores diagnosticados con problemas o trastornos de conducta¹³⁷. De acuerdo con el Preámbulo de la LO 8/2015, en esta denominación se engloban aquellos menores que se encuentran bajo la guarda o tutela de la Administración a petición de sus propias familias ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo e inadaptación familiar, lo que genera graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Esta noción es precisada por el art. 25.1 LOPJM, refiriéndose a “menores que presenten conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros”¹³⁸. No son destinatarios de esta medida los menores con enfermedades o trastornos mentales que requieran tratamiento específico (art. 26.2 LOPJM)¹³⁹ ni tampoco los

residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional”, *Papeles del Psicólogo*, 2013, vol. 34 (1), p. 25.

¹³⁶ Como así se argumenta por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 11 febrero 2015, p. 12. Se trata así de responder a la demanda de una regulación estatal con rango de ley orgánica que en su momento hicieron el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre centros de menores...*, cit., pp. 404-405; el Tribunal Constitucional en su Sentencia 131/2010, de 2 diciembre; y la Fiscalía General del Estado en su *Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios de la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de menores*.

¹³⁷ Como ya apuntó en su momento G. GARCÍA CANTERO, “El desamparo y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Actas de los Décimoterceros Encuentros del Foro Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004, p. 250. De cualquier modo, una buena herramienta para reconducir ciertas situaciones puede ser los programas de educación familiar gestionados por los servicios sociales, dirigidos a que los padres adquieran las capacidades y estrategias necesarias para una buena práctica educativa con sus hijos, como señalan J. DOMÍNGUEZ ALONSO y R. MOHEDANO MENÉNDEZ, “El acogimiento de menores...”, cit., p. 154.

¹³⁸ Ahora bien, como señala A. GALÁN RODRÍGUEZ, “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos...”, cit., p. 26, la categoría “trastorno de conducta” recoge tal heterogeneidad de situaciones que frecuentemente resulta poco útil para caracterizar a los menores cuando se trata de diseñar un plan individualizado de intervención.

¹³⁹ Nótese que en fase de Anteproyecto sólo se excluía 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,

menores infractores, en cuanto están sujetos específicamente la LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor, según resulta de la lectura del propio Preámbulo de la LO 8/2015¹⁴⁰.

Para estos menores con problemas de conducta se ha tramitado como último recurso -según matizan los arts. 25.2 LOPJM y 778 bis.4 *in fine* LEC¹⁴¹- su ingreso en centros especializados que ofrezcan un marco adecuado para la normalización de su conducta, pudiendo llegar a aplicarse medidas de restricción de sus libertades y derechos fundamentales, siempre con fines educativos y con arreglo, entre otros, a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad (art. 25.1 y 2 LOPJM)¹⁴². Así, en concreto, la dirección del centro podrá adoptar tanto medidas de seguridad (ya sea la contención física o mecánica del menor, su aislamiento o los registros personales y materiales: arts. 27 a 30 LOPJM) como medidas limitativas de los permisos de salida del menor

esta matización fue suprimida, reconduciendo el tratamiento de todos estos menores, con independencia del grado de gravedad de su enfermedad o trastorno mental, a los servicios competentes en materia de salud mental o, en su caso, de atención a discapacitados.

Con todo, como pone de relieve A. GALÁN RODRÍGUEZ, “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos...”, cit., pp. 25-27, una de los principales problemas que se plantean en la práctica a la hora de concretar el recurso adecuado de intervención radica en la difícil disociación entre los conceptos de “trastorno de conducta” y “trastorno mental”, lo que introduce un importante factor de confusión en los profesionales respecto a quién deben asumir esta responsabilidad, esto es, los servicios sociales o los servicios clínico-sanitarios.

¹⁴⁰ Participa, asimismo, de esta opinión B. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, “El modelo común...”, cit., p. 127. No obstante, como advierte A. GALÁN RODRÍGUEZ, *idem*, p. 30, la solución no resulta tan sencilla en la práctica desde el momento es que muchos menores susceptibles de este recurso incurrir en conductas delictivas, lo que implica que dos sistemas institucionales -protección de menores y reforma- van a confluir en un mismo sujeto, pudiendo surgir discrepancias en cuanto a sus respectivos objetivos y procedimientos de actuación. Ello puede explicar qué algunas leyes de protección de menores como la aragonesa 12/2001 (art. 78) utilice erróneamente la expresión “menores en conflicto social” para incluir tanto aquellos menores “que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros”, como aquellos “a los que les fuera aplicable la LO 5/200 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”.

¹⁴¹ Como recomendó en su momento el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., pp. 390-391.

¹⁴² Siguiendo así las recomendaciones del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 413; y de la Comisión Especial del Senado en su *Informe sobre la problemática de la adopción nacional*, cit., p. 47. Destacan, asimismo, estos caracteres A.M GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley Orgánica 8/2015...”, cit., p. 3; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit., p. 42; y A. PANIZA FULLANA, “La modificación del sistema de protección...”, cit., p. 150.

y de su régimen de visitas con su familia (arts. 34 y 35 LOPJM)¹⁴³. En cualquier caso, y habida cuenta que este recurso es de carácter educativo, los centros habrán de estar dotados de “programas específicos en el marco de un proyecto educativo” (art. 25.2 LOPJM)¹⁴⁴.

Con todo, como clarifica el propio Preámbulo de la LO 8/2015, estos centros “no pueden concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos” cuando “además la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos”¹⁴⁵. Ello justifica que el internamiento en estos centros se haya dotado de unas garantías adicionales, no previstas para los acogimientos residenciales “ordinarios”.

La primera tiene que ver con la exigencia de autorización judicial previa¹⁴⁶, a instancia ya sea de la propia Entidad Pública que ostente la tutela o guarda administrativa del menor o del Ministerio Fiscal¹⁴⁷; ello salvo que razones de urgencia hagan necesaria la inmediata adopción de esta medida, en cuyo caso, cualquiera de ellos deberán comunicarlo al Juez en el plazo máximo de veinticuatro horas, a fin de que la ratifique o deje

¹⁴³ Ciertamente, según resulta de la lectura de los arts. 27.3 y 34.3 LOPJM, las medidas señaladas vienen acompañadas de los debidos mecanismos de supervisión, pero no por ello puede dejar de cuestionarse las amplias competencias atribuidas a los directores de los centros al respecto, pudiendo, incluso, suspender el régimen de visitas de los menores como excepción al régimen general del art. 161 Cc. De hecho, ello fue advertido en fase de Anteproyecto por el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pp. 31-32, sin que se tomase en cuenta su recomendación en la elaboración del Proyecto de Ley ni ulteriormente en fase de tramitación parlamentaria.

¹⁴⁴ Esta previsión, sin duda, merece una valoración positiva, en cuanto resulta acorde con el carácter educativo de este recurso de protección. Con todo, quizá hubiera sido oportuno darle un mayor contenido al objeto de reforzar la vertiente educativa de estos centros, como en su día recomendaron el Consejo General del Poder Judicial (*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 25), el Consejo Fiscal (*Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia*, 30 septiembre 2014, p. 13) y el Consejo de Estado (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pp. 27-28).

¹⁴⁵ Vid. en los mismos términos la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 7.

¹⁴⁶ Como señala el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 27, con base en la jurisprudencia constitucional (SSTC 2/1999 de 1 julio y 1131/2010 de 2 diciembre), la exigencia de autorización judicial viene impuesta constitucionalmente, dado que con este internamiento se restringe el derecho a la libertad personal del art. 17 CE.

¹⁴⁷ En todo caso, la solicitud de ingreso ya provenga de la entidad pública o del Ministerio Fiscal deberá ir acompañada necesariamente de un informe psicosocial emitido por personal especializado en la protección de menores (arts. 26.1 LOPJM y 778 bis.1 LEC).

sin efecto (art. 26.3 LOPJM y art. 778 bis.3 LEC)¹⁴⁸. En cualquier caso, el Juez tanto para conceder la autorización como ratificar el ingreso deberá, de una parte, oír al menor, a sus progenitores o tutor y a la Entidad Pública; y de otra, recabar informe del Ministerio Fiscal y dictamen de un facultativo como mínimo a fin de que diagnostique el trastorno de conducta (art. 25.1 LOPJM y art. 778 bis.4 LEC). Esta resolución judicial será recurrible en apelación, estando legitimados para ello el propio menor afectado, sus padres o tutor, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal (art. 778 bis.5 LEC, en relación con el art. 780 de la misma Ley).

En segundo lugar, esta modalidad de acogimiento está sujeta a la necesaria revisión trimestral de la Entidad Pública, que deberá remitir a tal objeto el correspondiente informe de seguimiento al Juez que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal; ello sin perjuicio de las posibles inspecciones de los centros a efectuar por el Defensor del Pueblo o sus equivalentes autonómicos, así como por el Ministerio Fiscal (arts. 32 LOPJM y 778 bis.6 LEC)¹⁴⁹.

Asimismo, se reconoce a los menores sujetos a esta medida el derecho a ser informados de cualesquiera resoluciones se adopten en torno a la misma, “en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias” (art. 778 bis.8 LEC, en relación con el art. 21 bis.1.c LOPJM).

Ello sin olvidar que se configura como una medida de protección de carácter transitorio, de tal manera que los menores sólo permanecerán en el centro el tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas, correspondiendo su cese exclusivamente al Juez que autorizó el ingreso, ya sea de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal debidamente fundamentada en un informe psicológico, social y educativo (art. 26.4 LOPJM y 778 bis.7 LEC)¹⁵⁰.

A partir de lo hasta aquí expuesto y sin perjuicio de ciertas matizaciones señaladas a pie de página, creo que puede defenderse *a priori* la

¹⁴⁸ Siguiendo así las recomendaciones del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., p. 394.

¹⁴⁹ Previsión que sigue las recomendaciones del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de protección de menores...*, cit., pp. 414-415.

¹⁵⁰ Tal previsión fue modificada en fase de Proyecto de Ley a favor de la competencia judicial y en detrimento de la administrativa como en su lugar preveía el Anteproyecto, siguiendo así las recomendaciones del *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 41.

virtualidad de esta nueva modalidad de acogimiento residencial como último recurso de protección en los casos descritos, siempre que, obviamente, ello venga acompañado del debido respeto a las garantías previstas legalmente, habida cuenta de la importante incidencia que puede tener en los derechos fundamentales de los menores ingresados¹⁵¹; ello sin olvidar su carácter eminentemente educativo, que no disciplinario¹⁵². Con todo, desde el momento en que el propio legislador estatal atribuye a este recurso carácter subsidiario, entiendo que hubiera sido deseable el diseño de recursos intermedios de intervención socio-educativa a desarrollar con la necesaria implicación de las familias previamente al ingreso de los menores en tales centros, como en su momento recomendó el Defensor del Pueblo¹⁵³ y, de hecho, así se prevé en algunas normas autonómicas¹⁵⁴. Asimismo, conviene tener presente las importantes dificultades de poner en marcha este nuevo instrumento de protección, dado que su plasmación legislativa no ha venido acompañada de unos recursos económicos adicionales que realmente posibiliten la creación de unos centros que permitan prestar a estos menores una atención especial que se adecue a los estándares internacionales y criterios de calidad a los que expresamente apela el art. 25.1.2 LOPJM¹⁵⁵.

¹⁵¹ Comparto así el criterio favorable a este recurso de protección del Consejo General del Poder Judicial en su *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 24; el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pp. 22 y 27; y el Consejo Fiscal en *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 11. No obstante, según advierte A. GALÁN RODRÍGUEZ, “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos...”, cit., pp. 29-30, la efectividad de este recurso -que también estima necesario- aún no ha sido debidamente evaluada, en buena medida debido a la heterogeneidad de los centros existentes y de los menores atendidos.

¹⁵² En lo que hace hincapié igualmente el Consejo de Estado, *idem*, p. 32.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ Vid. p.e. art. 40.2 Ley andaluza 1/1998, art. 84.1 Ley foral 15/2005 y art. 28 Ley valenciana 12/2008.

¹⁵⁵ Discrepo así con el Consejo de Estado (*Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., p. 19) de la justificación que, sobre el nulo impacto económico y, por ende, presupuestario del Anteproyecto de LO, ofrece la *Memoria del análisis del impacto normativo de la Ley Orgánica...*, cit., pp. 18-19. Y es que, como en su momento advirtió el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre los centros de menores...*, cit., p. 404, “se deben evitar la habilitación de nuevos recursos que no reúnan las condiciones idóneas para el desarrollo de cualquier proyecto que conlleve el acogimiento residencial de menores”. La misma reflexión se hace M.I. DE LA IGLESIA MONJE, “Ley Orgánica de modificación...”, cit., p. 5.

3. LA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN. LA ADOPCIÓN ABIERTA COMO NUEVA MODALIDAD DE ADOPCIÓN

Otro de los instrumentos de protección de menores profundamente revisado en la última reforma de 2015 ha sido la figura de la adopción. De este modo, la Ley 26/2015 ha llevado a cabo importantes modificaciones en su régimen jurídico tal y como se recoge en el Código civil, con el objeto de adaptarlo al Convenio europeo en materia de adopción de menores de 27 noviembre 2008 ratificado por España el 16 julio 2010. Junto a ello, se incorpora una nueva modalidad de adopción proveniente de los países anglosajones, la adopción abierta que cambia totalmente nuestro esquema sobre esta institución, al permitir la pervivencia de relaciones entre el adoptado y su familia de origen¹⁵⁶.

3.1 Requisitos a cumplir por los adoptantes

Ya por lo que hace a los requisitos a cumplir por los adoptantes se detectan no pocas novedades y modificaciones.

Así, en lo atinente a la capacidad especial para adoptar, el art. 175.1 Cc introduce de modo muy razonable una diferencia de edad máxima entre adoptantes y adoptado de cuarenta y cinco años, a cumplir por solo uno de los adoptantes en caso de adopción conjunta. No obstante, de este requisito se exonera a los estén dispuestos a adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, a fin de facilitar su adopción¹⁵⁷; e, igualmente, no habrá de cumplirse en aquellos casos en que no sea necesaria propuesta administrativa previa. Por su parte, la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado ha experimentado un cierto incremento, toda vez que ha sido elevada de catorce a dieciséis años, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 9.1 Convenio europeo en materia de adopción de menores¹⁵⁸. No se modifica, sin embargo la edad necesaria para adoptar que, como es sabido, se sitúa en los veinticinco años,

¹⁵⁶ Son interesantes al respecto las reflexiones de G. GARCÍA CANTERO, “El desamparo y el acogimiento...”, cit., p. 249.

¹⁵⁷ De razonable califica esta previsión el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley a la Infancia*, cit., p. 68, opinión que comparto plenamente.

¹⁵⁸ En lo que aquí interesa, el art. 9.1 del Convenio europeo dice así: “Deberá existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptante y el menor, y en favor del interés superior del menor esta diferencia deberá ser preferentemente de al menos 16 años”.

aunque en caso que los adoptantes sean pareja o matrimonio, bastará con que uno de ellos haya alcanzado esta edad.

En cuanto a la idoneidad para adoptar interesa destacar la previsión contenida en el art. 175.2 Cc, similar a la formulada en materia de acogimiento familiar, según la cual “no pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este Código”. De ello parece derivarse que la concurrencia debidamente acreditada de alguna de las causas de inhabilidad previstas en los arts. 243 y 244 Cc en sede de tutela inhabilitará *ope legis* a la persona de que se trate para la adopción, sin necesidad de declaración administrativa en tal sentido. Sólo cuando el adoptante o los adoptantes no incurran en causa legal y tasada de inhabilidad, corresponderá a la Entidad Pública declarar su idoneidad (o no) para la adopción como trámite previo a la propuesta de adopción que debe formular al Juez (art. 176 Cc).

En cualquier caso, la adopción, como regla, sigue siendo individual, salvo que los adoptantes sean matrimonio o pareja de hecho, en cuyo caso se permite la adopción conjunta (art. 175.4 Cc). No obstante, la adopción conjunta ha sido objeto de dos precisiones dignas de mención. La primera tiene que ver con la inclusión expresa entre los adoptantes de las parejas de hecho ya no sólo heterosexuales, sino también homosexuales (art. 175.4 Cc)¹⁵⁹, lo que, a mi modo de ver, se encuentra plenamente fundamentado en atención al concepto de familia que baraja la jurisprudencia constitucional, comprensiva tanto de las familias matrimoniales como las no matrimoniales, sin que a efectos de la adopción personalmente considere justificado un tratamiento diferenciado entre ambas realidades familiares¹⁶⁰. La segunda se refiere a la posibilidad de adopción conjunta en el caso de ruptura de la pareja adoptante previa a la propuesta de adopción, siempre que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos adoptantes en los dos años anteriores a aquélla. De este

¹⁵⁹ Como es sabido, en el régimen anterior, aun cuando el art. 175.4 Cc sólo se refería a la posible adopción conjunta por los cónyuges, la DA 3ª Ley 21/1987 asimilaba las parejas heterosexuales a los matrimonios a tal efecto, pero no así a las parejas homosexuales. Con todo, con base a lo dispuesto en el DA 1ª Ley 123/2005 podía defenderse la inclusión de las parejas homosexuales, como sostiene M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 47.

¹⁶⁰ Vid. p.e. la STC 198/2012 de 6 noviembre (FJ 5), la STC 222/1992, de 11 diciembre (FJ 5), la STC 47/1993 de 8 febrero (FJ 2), la STC 19/2012 de 15 febrero (FJ 5) y la STC 93/2013, de 23 abril (FJ 8). Se pronuncia, asimismo, en términos favorables a la inclusión de las parejas homosexuales del Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia, cit., p. 79.

modo se configura una nueva modalidad de adopción conjunta a favor de exparejas que personalmente me plantea muchas dudas a la luz del interés del menor¹⁶¹; ello aparte de que hubiera sido deseable que el legislador clarificase el régimen de convivencia previa con el adoptando exigida como presupuesto adicional en este supuesto (art. 175.5 Cc).

3.2 Requisitos en relación con el adoptando

Por lo que se refiere al adoptando, se mantiene la regla general según la cual ha de tratarse de un menor no emancipado (art. 175.2, 1ª parte Cc); acorde, por lo demás, con lo dispuesto en el art. 1.1 Convenio Europeo en materia de adopción de menores¹⁶². Sí que ha sido modificada, no obstante, al objeto de dotarla de la debida flexibilidad, la excepción atinente a la posibilidad de adoptar mayores de edad o menores emancipados cuando haya existido una situación previa de convivencia estable -entiendo que en régimen de tutela o guarda de hecho- o de acogimiento familiar con los futuros adoptantes; en concreto, se ha suprimido la exigencia relativa a que la convivencia se inicie antes de que el adoptado cumpla catorce años, para requerirse exclusivamente que haya tenido una duración mínima de un año (art. 175.2, 2ª parte Cc)¹⁶³.

3.3 El procedimiento de adopción

El procedimiento de adopción mantiene sus dos fases, tal y como se configuran desde la reforma del Código civil en virtud de la Ley 21/1987: una fase previa en la que, como regla, corresponde a la Administración valorar la idoneidad de los adoptantes y hacer la oportuna propuesta al Juez; y otra, imprescindible, de constitución judicial de la adopción.

¹⁶¹ Un juicio favorable, sin embargo, merece esta previsión al Consejo General del Poder Judicial en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 80, aunque sin ofrecer argumentos al respecto.

¹⁶² El art. 1.1 Convenio europeo delimita su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “El presente Convenio concierne a la adopción de un menor que, en el momento en que el adoptante solicite su adopción, no haya alcanzado la edad de 18 años, que no haya estado o esté casado, que no haya estado o esté registrado como pareja de hecho, y que no haya sido emancipado”.

¹⁶³ Vid., asimismo, en términos de valoración positiva el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 79. Novedad también destacada por I. LÓPEZ SERRANO, “Las conclusiones de la Comisión del Senado...”, cit., p. 186.

A) *Fase administrativa previa*

a) La declaración de idoneidad

Como es sabido, la fase administrativa se inicia con la declaración de idoneidad a que deben ser sometidos los adoptantes por parte de la Entidad Pública. A tal efecto, y en cumplimiento con lo dispuesto tanto en el art. 15 Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional como en el art. 10 Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008, se incorpora al art. 176.3.1 Cc una definición de idoneidad como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”¹⁶⁴. Por añadidura, esta definición viene a coincidir con la ya recogida en el art. 10.1 LAI respecto a la idoneidad de los que se ofrecen para la adopción internacional. Es más, el aptdo. 5º del art. 10 LAI, modificado por la Ley 26/2015 a fin de agilizar la tramitación de las adopciones y evitar duplicidades innecesarias, contempla la posibilidad de una declaración simultánea de idoneidad para la adopción nacional e internacional¹⁶⁵.

Asimismo, se incluye una previsión según la cual no podrán ser declarados idóneos para la adopción aquellos que hayan sido privados o suspendidos de la patria potestad o con hijos sujetos a guarda administrativa (art. 176.3.3 Cc). Aquí olvida el legislador estatal que, desde el momento en que extrapola a la adopción las causas de inhabilidad de la tutela ordinaria, propiamente esta circunstancia es constitutiva de causa de inhabilidad para adoptar de acuerdo con el art. 243.1º Cc y, por tanto, habrá de operar *a priori* y de modo automático, sin que la Administración haya de pronunciarse al respecto.

¹⁶⁴ La incorporación de esta noción legal fue recomendada en su momento por la Comisión Especial del Senado en su *Informe sobre la problemática de la adopción nacional...*, cit. p. 48, y ha merecido la valoración positiva de los Consejos Fiscal y General del Poder Judicial en sus correspondientes *Informes al Anteproyecto de Ley a la Infancia*, cit., p. 71 y p. 80 respectivamente. En la doctrina ha sido destacada esta previsión por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 47; J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., “Modificación del sistema de protección...”, cit., p. 45; y M. UREÑA MARTÍNEZ, “Novedades más significativas en el Código civil...”, cit., p. 147.

¹⁶⁵ Lo que ha merecido la valoración positiva del *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley a la Infancia*, cit., p. 89.

Por lo demás, en lo que atañe propiamente a la declaración administrativa de idoneidad, se hacen varias precisiones, algunas de ellas, a mi entender, más propias de una norma de rango reglamentario que del Código civil, como, de hecho, se desprende de la lectura de la normativa autonómica de protección de menores¹⁶⁶, a saber:

- 1ª. Que debe ser previa a la propuesta de adopción (art. 176.2.1 Cc)¹⁶⁷.
- 2ª. Que requiere una valoración psicosocial “sobre la situación personal, familiar y social de los adoptantes, su capacidad para establecer vínculos estables, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias” (art. 176.3.2, 1ª parte Cc).
- 3ª. Que ha formalizarse mediante la oportuna resolución administrativa (art. 176.3.2, 2ª parte Cc).

Por añadidura, el art. 178.4 *in fine* Cc prevé que en la declaración de idoneidad la Entidad Pública deberá hacer constar la posición, en su caso, favorable de los solicitantes cara la adopción abierta. En los términos en que se expresa este precepto, este dato no habrá de condicionar en ningún caso la declaración administrativa de idoneidad, de tal manera que la Administración sólo lo tendrá en cuenta a los efectos de plantear las propuestas de adopción abierta¹⁶⁸.

b) La guarda con fines adoptivos

Tras la declaración de idoneidad y una vez seleccionados los futuros adoptantes, el art. 176 bis Cc otorga a la Entidad Pública la facultad de

¹⁶⁶ En efecto, en la normativa autonómica de protección de menores la regulación de todos estos extremos han sido reservados a norma reglamentaria; sirva de ejemplo el Dc. andaluz 282/2002 de acogimiento y adopción, el Dc. 188/2005 del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores o el Dc. catalán 2/1997.

¹⁶⁷ Cuestión ésta antes no claramente establecida, como señala M. UREÑA MARTÍNEZ, “Novedades más significativas en el Código civil...”, cit., p. 148.

¹⁶⁸ Nótese que la redacción actual de este precepto obedece a la recomendación del Consejo Fiscal en *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 77, dirigida a modificar su tenor tal como fue redactado en el Anteproyecto de Ley, toda vez que en los términos en que se expresaba parecería presumir que la posición favorable a la adopción abierta sería positivamente valorada para emitir la declaración de idoneidad a la adopción. En concreto, el art. 178.4.3 Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 2014 decía así: “En la declaración de idoneidad deberá valorarse en estos casos la disposición favorable al mantenimiento de esta relación con la familia de origen”.

delegar la guarda del menor adoptando a favor de las personas asignadas para su adopción.

De este modo, se incorpora al Ordenamiento jurídico español la *guarda con fines adoptivos*, figura sustitutiva del *acogimiento preadoptivo* que, según se ha indicado, ha sido suprimido de las modalidades de acogimiento familiar reguladas en el art. 173 bis Cc para ser configurado, en línea con la legislación autonómica, como una fase del procedimiento de adopción¹⁶⁹. No obstante, a mi modo de ver se trata más bien de un cambio meramente terminológico¹⁷⁰, ya que lo cierto es que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ambas figuras y, de hecho, se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares (art. 176 bis.1.2 Cc en relación con el art. 20 bis LOPJM). Ello con una salvedad atinente al derecho del menor a relacionarse con su familia de origen que aquí, como regla, debe suspender la Entidad Pública cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que convenga otra cosa al interés del menor o se den las circunstancias de la adopción abierta (art. 176 bis.2 Cc)¹⁷¹.

Otra previsión coincidente con el acogimiento familiar radica en que esta guarda delegada debe formalizarse mediante resolución administrativa, reconociéndose un mero derecho de audiencia -que no consentimiento, a diferencia del acogimiento familiar- a los adoptantes y al menor mayor de doce años o con suficiente madurez. Por su parte, los progenitores o, en su caso, el tutor ordinario, al igual que en el acogimiento familiar, sólo tienen derecho a que se les notifique la formalización de dicha guarda y

¹⁶⁹ Según puede leerse en la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 16; así como en los *Informes del Consejo Fiscal del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cits., p. 65 y p. 43 respectivamente. De hecho, como tal fase del procedimiento de adopción se contempla en algunas normas autonómicas, p.e. en los arts. 28 y ss. Dc. aragonés 188/2005 y en los arts. 66 y ss. Dc catalán 2/1997.

¹⁷⁰ Que no por ello deja de estar plenamente justificado, a fin de resaltar la diferente finalidad de esta modalidad de guarda, dirigida a la total integración del menor en su futura familia adoptiva con la consiguiente ruptura, en principio, de los vínculos personales con la familia de origen, como apuntó en su momento el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 49 y 52-53.

¹⁷¹ Suspensión de visitas que en su momento recomendó el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 48 y 51.

ello siempre que no estén privados de la patria potestad o -entiéndase¹⁷²- removido de la tutela (art. 176 bis.1, 2ª parte Cc).

Se prescinde, sin embargo, de la necesaria notificación de la resolución administrativa al Ministerio Fiscal, presente en el acogimiento familiar *ex* art. 172 ter.1.3 Cc, lo que no deja de revelar una cierta falta de concordancia entre ambos preceptos y más aún cuando esta omisión fue advertida en fase de Anteproyecto por el Consejo de Estado, pero no subsanada ulteriormente¹⁷³.

Por lo demás, en los términos en que se expresa el art. 176 bis.1, 2ª parte Cc, esta guarda delegada sólo puede formalizarse por la Entidad Pública en el intervalo que media entre la declaración de idoneidad y la presentación de la propuesta de adopción, y no en un momento posterior cuando eleve la propuesta al Juez; posibilidad ésta, sin embargo, que contemplaba el anterior art. 173 bis.1.3º respecto del acogimiento preadoptivo¹⁷⁴.

En lo que atañe a su duración, se mantiene el plazo máximo de un año previsto para el acogimiento preadoptivo, si bien novedosamente se incorpora un plazo mínimo de tres meses. Entretanto, según precisa el art. 176 bis.3.1 Cc, deberá efectuarse la propuesta administrativa de adopción en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo de tres meses a contar desde la formalización de la guarda con fines adoptivos.

c) La propuesta administrativa previa

Según dispone el art. 176.2.1 Cc -inalterado en este extremo-, en principio, la adopción no puede constituirse por el Juez si no es a propuesta de la Entidad Pública formulada por escrito, acompañada de la declaración de idoneidad y en la que especifique las razones de su elección, según

¹⁷² De nuevo el legislador se refiere a la privación de la tutela ordinaria, en lugar de a su remoción, como hubiera resultado más oportuno en coherencia con lo dispuesto en su régimen jurídico específico.

¹⁷³ Vid. *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 99.

¹⁷⁴ Así, el art. 176.bis.1 Cc prevé que “la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción mediante resolución administrativa motivada...”. En cambio, el anterior art. 173 bis.1.3º Cc disponía que el acogimiento familiar preadoptivo “se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor”.

precisa el art. 35.2.a LJV. De este modo, la Administración mantiene su papel de control en la tramitación de las adopciones, a fin ya no sólo a fin de garantizar la adecuada selección de los adoptantes, sino de evitar el tráfico de menores¹⁷⁵.

No obstante, como es sabido, acto seguido el mismo art. 176.2.2 Cc prevé una serie de supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública y que han sido modificados en dos aspectos. Así, respecto al segundo supuesto se ha equiparado la condición de hijo del cónyuge del adoptante a la de hijo de su pareja de hecho, en línea con la inclusión expresa de las parejas de hecho entre los adoptantes. Y en relación al tercer supuesto, se ha sustituido la referencia al acogimiento preadoptivo por la de la guarda administrativa con fines de adopción, en coherencia con lo dispuesto en el art. 176 bis Cc. En lo demás, el precepto se corresponde con su correlativo en su redacción anterior¹⁷⁶.

B) Fase judicial: La constitución de la adopción

Según resulta de la lectura conjunta del art. 176.1 Cc y del art. 39 LJV, se mantiene inalterada la regla según la cual la adopción se constituye en virtud de resolución judicial; eso sí, a instancia de parte, ya sea a propuesta de la Administración -previa declaración de idoneidad de los adoptantes, como regla- o a solicitud de los propios adoptantes -cuando no sea preceptiva la propuesta administrativa previa¹⁷⁷ - y siempre que así lo

¹⁷⁵ Como en su día argumentó el Preámbulo de la Ley 21/1987 para justificar la incorporación al proceso de adopción de la propuesta previa de la Administración, declaración que sigue teniendo plena vigencia en la actualidad.

¹⁷⁶ Si bien en texto sólo se han reseñado las principales novedades legislativas sobre esta cuestión, no está de más recordar los casos en que no es necesaria la propuesta administrativa previa, a tenor del art. 176.2.2 Cc: 1.- ser huérfano y pariente consanguíneo o afín del adoptante en tercer grado (previsto en el anterior art. 176.2.2.1^a Cc); 2.- ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (circunscrito al hijo del cónyuge en el anterior art. 176.2.2.2^a Cc); 3.- llevar más de un año en guarda con fines adoptivos o bajo su tutela (previsto en el anterior art. 176.2.2.3^a Cc, si bien referido al entonces vigente acogimiento preadoptivo); 4.- ser mayor de edad o menor emancipado (contemplado en el anterior art. 176.2.2.4^a Cc).

¹⁷⁷ Para aquellos casos en que no se requiere propuesta administrativa previa, el art. 35.3 LJV exige la presentación por escrito del ofrecimiento para la adopción del adoptante, en que ha de expresar, de una parte, sus condiciones personales, familiares y sociales y medios de vida y sus relaciones con el adoptando; y de otra, las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar, en su caso, que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por el art. 176.2.2 Cc para exonerarlo de la propuesta administrativa previa.

aconseje el interés del adoptando¹⁷⁸. A tal efecto, el art. 34 LJV atribuye novedosamente carácter preferente a la tramitación del expediente judicial de adopción y, por añadidura, prevé la necesaria intervención del Ministerio Fiscal¹⁷⁹.

Por añadidura, la válida constitución del vínculo adoptivo requiere, como es sabido, la concurrencia de ciertos consentimientos. A este respecto, interesa destacar que en el art. 177.1 Cc se sigue exigiendo exclusivamente el consentimiento de los sujetos entre quienes se va a constituir el vínculo adoptivo; esto es: de una parte, el consentimiento del adoptando mayor de doce años, sin introducir alternativamente el criterio de la suficiente madurez¹⁸⁰; y de otra, el consentimiento del adoptante o adoptantes, de ser la adopción conjunta.

De este modo, como en el régimen anterior, se ha optado por prescindir del consentimiento de los progenitores biológicos del adoptando, para requerirse únicamente su asentimiento¹⁸¹, siempre que éste se trate de un menor no emancipado (art 177.2.2º Cc), lo que no resulta muy coherente con la previsión del art. 5.1 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, favorable a la exigencia de tal consentimiento, que -no se

¹⁷⁸ De acuerdo con el art. 176 bis.3.2 Cc, de ser denegada judicialmente la constitución de la adopción, corresponderá a la Administración fijar la medida de protección alternativa que estime conveniente, entendiendo que un acogimiento permanente, en caso de que no sea factible promover una tutela ordinaria.

¹⁷⁹ Siguiendo así las recomendaciones del *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., pp. 49 y 53. En orden a su tramitación procedimental el art. 39 LJV prevé que el procedimiento judicial de adopción se sustanciará por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria, salvo que se sustancie oposición, en cuyo caso el expediente se hará contencioso y su tramitación continuará con arreglo a lo previsto para el juicio verbal

¹⁸⁰ Esta previsión es conforme al art. 5.1.b Convenio europeo en materia de adopción de menores, cuyo tenor es el siguiente: “la adopción sólo se declarará cuando se haya prestado, al menos y entre otros [...] el consentimiento del menor, siempre que la ley considere que tiene el suficiente discernimiento para ello; se considerará que un menor posee suficiente discernimiento cuando hubiere alcanzado la edad prevista por la ley, que no deberá exceder de catorce años”.

¹⁸¹ De acuerdo con la doctrina más autorizada (por todos I. SERRANO GARCIA, “Comentario al art. 177 CC”, Comentario del Código civil, t. I, coords. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch y C. Paz-Arés, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 590; y A. SEISDEDOS MUÍÑO, “Comentario al art. 177 Cc”, Código civil comentado, vol. 1, dtres. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 912), el asentimiento es una suerte de autorización o permiso a la adopción, que implica la aceptación de las consecuencias que les puedan acarrear.

olvide- ha sido ratificado por España¹⁸². Es más, no se requiere tal asentimiento cuando los progenitores hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal de privación (art. 177.2.2º.1 Cc)¹⁸³, o bien se encuentren imposibilitados para prestarlo (art. 177.2.2º.2 Cc)¹⁸⁴, lo que se encuentra plenamente justificado y, de hecho, resulta coherente con el art. 5.4 Convenio europeo¹⁸⁵. Pero también se prescinde novedosamente de su asentimiento cuando hayan sido meramente suspendidos de la patria potestad por encontrarse el menor bajo tutela automática de la Administración, eso sí, siempre que hayan transcurrido dos años sin impugnar la declaración de desamparo o la hayan impugnado sin éxito (art. 177.2.2º.3 Cc)¹⁸⁶. Con todo, interesa destacar respecto al asentimiento de la madre biológica que la legislación española ha procedido a adecuarse a las previsiones del precitado Convenio europeo acerca del plazo para su emisión (art. 177.2º.2.4 Cc)¹⁸⁷. En concreto, ha sido ampliado de los treinta días previstos en la anterior regulación a las seis semanas posteriores al parto, aunque lo cierto es que no deja de ser el plazo mínimo contemplado por el Convenio europeo en su art. 5.5 y, por

¹⁸² El art. 5.1.a Convenio europeo requiere específicamente “el consentimiento de la madre y del padre; o, en caso de no haber padre ni madre que puedan otorgarlo, el consentimiento de cualquier persona o entidad facultada para prestarlo en lugar de los padres”.

¹⁸³ Nótese con A. SEISDEDOS MUÍÑO, “Comentario al art. 170 Cc”, cit., pp. 840-841, que el art. 170 Cc prevé la privación judicial de la patria potestad por dos posibles vías: bien en un proceso matrimonial o en un proceso civil *ad hoc* por incumplimiento -grave y reiterado: STS 9 noviembre 2015- de los deberes inherentes a la misma; bien en una causa criminal como pena accesoria a la comisión de ciertos delitos -la llamada “pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad”-, en concreto, los tipificados en los arts. 149, 153, 171, 172, 173, 192, 220, 221, 225 bis, 226 y 233 Código Penal).

¹⁸⁴ Imposibilidad de asentir que puede obedecer a causas muy variadas, tales como el fallecimiento de los progenitores, su ausencia no necesariamente declarada o su falta de capacidad suficiente física o psíquica (cfr. I. SERRANO GARCIA, “Comentario al art. 177 CC”, cit., pp. 591-592; y A. SEISDEDOS MUÍÑO, “Comentario al art. 177 Cc”, cit., p. 914) y que, en todo caso, habrá de apreciarse motivadamente en la resolución judicial constitutiva de la adopción, de acuerdo con el art. 177.2.2º.2 in *fine* Cc -cuyo tenor no ha sido modificado-.

¹⁸⁵ El art. 5.4 Convenio europeo dice así: “Si el padre o la madre no fueran titulares de la responsabilidad parental para con su hijo o, en cualquier caso, del derecho a prestar el consentimiento para la adopción, la ley podrá prever que no se requiera su consentimiento”. De hecho, tal previsión ya se contenía en el antiguo art. 177.2.2º Cc, inalterado en este extremo.

¹⁸⁶ Lo que, como señala certeramente M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 48, es buena muestra de la pérdida de peso del asentimiento de los padres biológicos en el proceso de la adopción.

¹⁸⁷ Como, asimismo, ponen de relieve M.P. ALVÁREZ OLALLA, *idem*, p. 47; y M. UREÑA MARTÍNEZ, “Novedades más significativas en el Código civil...”, cit. p. 148.

cierto, para emitir su consentimiento, que no mero asentimiento¹⁸⁸. De cualquier modo, según especifica el art. 177.2 *in fine* Cc, en aquellas adopciones que requieran propuesta administrativa previa -que son la mayoría-, el asentimiento de los progenitores no podrá referirse a adoptantes determinados, previsión a todas luces lógica y que, por lo demás, ya se recogía en el art. 1830.3 LEC de 1881 en su redacción dada por la Ley 21/1987.

Asimismo, salvo en el caso de adopción conjunta por un matrimonio o pareja de hecho, se exige el asentimiento del cónyuge o, en su caso -novedosamente-, de la pareja del adoptante, en cuanto personas no vinculadas, pero sí directamente afectadas por la adopción (art. 177.2.1.1º Cc)¹⁸⁹. Esta previsión obedece, sin duda, a la filosofía del legislador estatal de equiparar los matrimonios a las parejas de hecho a efectos de la adopción que personalmente comparto. Conviene advertir, sin embargo, que en el art. 5.1.c Convenio europeo en materia de adopción de menores se exige el consentimiento del cónyuge o pareja, que no su mero asentimiento.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio europeo en materia de adopción de menores, los consentimientos y asentimientos necesarios han de reunir unos determinados requisitos de validez a que se refiere el art. 177.4 Cc; en concreto, deben ser libres -en el sentido de no adolecer de vicio alguno-, informados -sobre los efectos de la adopción- y por escrito¹⁹⁰. A ello añadir, conforme a los arts. 36 y 37 LJV, que su emisión debe verificarse, en principio, en presencia judicial durante la tramitación

¹⁸⁸ El art. 5.5 Convenio europeo dispone que “el consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo prescrito por la ley, que *no deberá ser inferior a seis semanas*, o cuando no se hubiera especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre habría podido restablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento” (la cursiva es nuestra).

¹⁸⁹ Como, igualmente, señala M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 47.

¹⁹⁰ Se sigue así la recomendación del Consejo General del Poder Judicial en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 81, acerca de la necesidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5.2 Convenio europeo, cuyo tenor es el siguiente: “Las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen. Este consentimiento deberá otorgarse libremente en la forma legal requerida, y deberá prestarse o hacerse constar por escrito”.

del oportuno procedimiento. No obstante, en la adopción *post mortem*¹⁹¹ se flexibiliza este requisito, admitiendo el art. 176.4 Cc la validez del consentimiento otorgado por el adoptante no sólo ante el Juez, sino también en documento público o testamento -entiéndase, éste último en cualquiera de sus modalidades-. Por su parte, los asentimientos pueden emitirse ante el Juez durante la tramitación del expediente de adopción, pero también, como sucedía hasta ahora¹⁹², con carácter previo ante la Administración o en virtud de documento público, en cuyo caso están sujetos a un plazo de caducidad de seis meses, transcurridos los cuales sin haberse iniciado la tramitación del expediente judicial, habrán de verificarse de nuevo en presencia judicial (art. 37.1 LJV).

Junto a los consentimientos y asentimientos necesarios, el art. 177.3 Cc regula el trámite de audiencia a verificar siempre en presencia judicial, destacando a este respecto la inclusión de la familia acogedora entre los sujetos con derecho a ser oídos por el Juez¹⁹³. Junto a ella, se mantiene inalterado el derecho a ser oídos de los padres no privados de la patria potestad “cuando su asentimiento no sea necesario” o, en su caso, del tutor o guardador de hecho; y asimismo, del adoptando menor de doce años “en función de su edad y madurez”¹⁹⁴. A partir de ahí, varias observaciones me merecen la lectura de este precepto. En primer lugar, considero que hubiese sido oportuno en aras de una mayor claridad la fijación expresa en el art. 177.3.1º Cc de los supuestos en que no resulta necesario el asentimiento de los progenitores, pero sí su audiencia¹⁹⁵, aunque el art. 37.2 LJV se dirija a salvar este vacío legal, atribuyendo a aquéllos la facultad de solicitar que se les reconozca la necesidad de

¹⁹¹ Adviértase que, de acuerdo con el art. 176.4 Cc, es posible la adopción *post mortem* en caso de concurrir alguna de las circunstancias enunciadas en los núms. 1 a 3 de su aptdo. 2.2.

¹⁹² En atención a lo dispuesto en el art. 1830.1 y 2 LEC de 1881, en su redacción dada por la Ley 21/1987.

¹⁹³ Novedad, asimismo, reseñada por M.P. ALVÁREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil...”, cit., p. 48.

¹⁹⁴ Previsión acorde con las *Consideraciones del Defensor del Pueblo al Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 5.

¹⁹⁵ Con todo, de la lectura conjunta de los aptos. 2.2º y 3.1º del 177 Cc parece resultar que no será necesario el asentimiento de los progenitores, pero sí darles audiencia en los siguientes casos: a) cuando el adoptando sea mayor de edad o menor emancipado; b) cuando los progenitores estén incurso en causa de privación de patria potestad, pero todavía no hayan sido privados de la misma; y c) cuando hayan quedado suspendidos de la patria potestad como consecuencia de la asunción por la Administración de la tutela automática y no hayan impugnado la declaración de desamparo en el plazo de dos años o la hayan impugnado sin éxito.

prestar su asentimiento en el expediente, a resolver por el Juez por los trámites del art. 781 LEC. En segundo término, respecto a la audiencia del adoptado menor de doce años, quizá debería haber sido equiparado al mayor de doce años, siempre que tuviese madurez suficiente, a fin de emitir el consentimiento necesario para la adopción, en vez de darle mera audiencia. Y por último, creo que debería haberse mantenido la audiencia de la Entidad Pública a fin de valorar la idoneidad de los adoptantes cuando no sea necesaria su propuesta previa, tal y como se contemplaba en el antiguo art. 177.3.4º Cc, por oportuna y más si se atiende a la intensa *administrativización* que inspira la reforma¹⁹⁶.

3.4 Efectos de la adopción. En particular la adopción abierta

A) *Efectos de la adopción en general*

Como es sabido, una vez constituida judicialmente la adopción, el efecto principal de la misma se deriva del principio de equiparación de las filiaciones consagrado en el art. 108 Cc. De ello resulta que en Derecho español la única adopción admitida es la plena, de tal manera que la filiación adoptiva produce los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, ya sólo entre adoptantes y adoptado (*status filii*), sino también entre éste y la familia de aquellos (*status familiae*).

En coherencia con este planteamiento, el art. 178.1 Cc declara la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, salvo en lo concerniente a los impedimentos matrimoniales que rigen con plena efectividad (art. 178.3 Cc). No obstante lo anterior, la regla de la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen es objeto de dos excepciones en el art. 178.2 Cc que se mantiene inalterado en este extremo, salvo en la excepción relativa al adoptado hijo del cónyuge del adoptante, respecto de la cual se incluye una referencia expresa a la pareja del adoptante, de nuevo, al objeto de dispensar un tratamiento igualitario a los matrimonios y las parejas de hecho en materia de adopción¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Como advirtieron en su momento el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 74; y el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 101. No obstante, sus recomendaciones no prosperaron en fase de Proyecto de Ley ni ulteriormente durante la tramitación parlamentaria de la Ley 26/2015.

¹⁹⁷ En particular, el art. 178.3 Cc prevé que excepcionalmente subsistirán los vínculos jurídicos con la familiar del progenitor en dos supuestos: 1º.- cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal,

Complementario del precepto anterior, el art. 180.1 Cc atribuye carácter irrevocable a la adopción como regla. Acto seguido, al objeto de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, su aptdo. 2º permite excepcionalmente, en los mismos términos que en el régimen anterior, la posible extinción judicial de la adopción a solicitud de cualquiera de los progenitores que no hayan intervenido en el procedimiento de adopción sin culpa suya, si bien novedosamente la supedita al consentimiento expreso del adoptado en caso de ser mayor de edad.

En todo caso, el adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos, derecho que, como es sabido, fue incorporado al Código civil en virtud de la LAI¹⁹⁸ y del que ahora se ocupa su art. 180.5 y 6, articulando una serie de mecanismos a fin de reforzarlo y atribuirle la debida eficacia¹⁹⁹. Así, se impone a la Entidad Pública el deber de conservar la información de que disponga sobre los orígenes de los adoptados durante un plazo mínimo de cincuenta años a contar desde que la adopción se haya hecho definitiva -en coherencia con lo dispuesto en el art. 22.5 Convenio europeo en materia de adopción de menores²⁰⁰-, si bien a los únicos efectos de

aunque el cónyuge o la pareja hubiese fallecido; y 2º.- cuando sólo uno de los progenitores haya sido legamente determinado, siempre que tal efecto sea solicitado por el adoptante, el adoptado y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

¹⁹⁸ Como clarifica M. UREÑA MARTÍNEZ, “Novedades más significativas en el Código civil...”, cit., p. 148, este derecho está limitado al acceso a la información sobre los orígenes biológicos, sin que legitime al adoptado al ejercicio a una acción de reclamación filiación. Sobre el reconocimiento de este derecho en Derecho español y comparado me remito a L. GARCÍA VILLARLUENGA y M.A. LINACERO DE LA FUENTE, *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Observatorio de la Infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

¹⁹⁹ Así, con una confusa sistemática el antiguo art. 180.5 Cc, donde se reconocía propiamente el derecho a conocer los orígenes biológicos, pasa a convertirse en el nuevo art. 180.6 Cc, con el añadido relativo al deber de colaboración de cualquier entidad; y se da nueva redacción art. 180.5 Cc para imponer una serie de deberes a la Administración a fin de garantizar su efectividad. Y digo que con una discutible sistemática, porque, a mi entender, hubiera sido más lógico mantener la redacción del anterior art. 180.5 Cc en el sentido de declarar *ab initio* el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos y su forma de ejercicio, para luego precisar los compromisos de la Administración y del resto de entidades al respecto. Recuérdese que el mismo derecho se reconoce en el art. 12 LAI -mínimamente modificado por la Ley 26/2015- a los adoptados vía adopción internacional, “sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de procedencia de los menores”.

²⁰⁰ El art. 22.5 Convenio europeo dice así: “Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva”.

que los adoptados puedan ejercitar su derecho²⁰¹; y, por añadidura, el deber de facilitarles la ayuda que precisen para hacerlo efectivo. Es más, se obliga a cualquier Entidad Pública o privada -piénsese p.e. en el centro sanitario donde haya tenido lugar el parto- a colaborar con aquélla y con el Ministerio Fiscal cuando les sean requeridos los informes y antecedentes necesarios sobre el adoptado y su familia de origen.

Otra novedad a destacar tiene que ver con el modo de ejercicio de este derecho durante la minoría de edad del adoptado, en cuanto que se posibilita el mismo ya no sólo a través de sus padres adoptivos, sino, en general, a través de sus representantes legales; expresión más amplia en la que podrán tener cabida, junto a los padres adoptivos, p.e. un defensor judicial nombrado *ad hoc* ex art. 299.1º Cc; el tutor ordinario, en caso de que los padres adoptivos hayan fallecido o hayan sido privados de la patria potestad ex art. 222.1º Cc; o, por lo que hace al Derecho aragonés, los titulares de la autoridad familiar distintos de los padres adoptivos ex arts. 85 a 87 Código del Derecho Foral de Aragón²⁰².

²⁰¹ Precisión ésta última incorporada en fase de Proyecto de Ley por recomendación de la Agencia Española de Protección de Datos en su *Informe referente al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, 25 julio 2014, p. 13, desde el momento en que la conservación de tales datos se justifica exclusivamente en el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

²⁰² La autoridad familiar es la institución equivalente en Derecho civil aragonés a la patria potestad del Código civil, si bien existen importantes diferencias entre ambas instituciones, especialmente en orden a sus titulares y contenido, como puede consultarse más detenidamente en J.A. SERRANO GARCÍA, “Comentario a los arts. 63 a 74 CDFA”, en *Comentarios al Código civil de Aragón. Doctrina y jurisprudencia*, (dtor. J. Delgado Echeverría y coords. C. Bayod López y J.A. Serrano García), Dykinson, Madrid, pp. 166-181.

^{Así}, en cuanto a los titulares de la autoridad familiar, de acuerdo con el art. 63 CDFA, en principio, son los padres -al igual que sucede en la patria potestad-, siempre que la filiación esté determinada respecto de los dos y ninguno haya sido privado o excluido de la autoridad familiar (arts. 90 y 61 CDFA, respectivamente). No obstante, en su defecto o cuando de hecho no atiendan a sus hijos menores, la autoridad familiar se atribuye otras personas diferentes, siempre que se hagan cargo voluntariamente del menor: en particular y por este orden, al padrastro o madrastra, los abuelos y los hermanos mayores (art. 85 a 87 CDFA). En cualquier caso, al igual que sucede con la patria potestad, están sujetos a autoridad familiar los menores hasta que alcancen la mayoría de edad o, en su caso, sean emancipados (art. 63.1 CDFA).

Su contenido es estrictamente personal, a diferencia de la patria potestad y conlleva los derechos y deberes que enuncia el art. 65 CDFA. Ahora bien, cuando la autoridad familiar corresponde a los progenitores -que no a sus restantes titulares- lleva vinculada como función aneja la gestión de los bienes del hijo, incluida tanto la administración como la disposición hasta que éste cumpla catorce años (art. 94 CDFA). Esta situación cambia a partir de que el hijo cumpla catorce años. Así, desde ese momento la disposición de sus bienes le corresponderá en exclusiva a éste, si bien con asistencia de uno cualquiera de sus padres hasta que

A ello añadir el importante papel que la legislación autonómica sobre mediación familiar viene reservando a este procedimiento en orden a la resolución de los conflictos que puedan surgir entre la familia adoptante, adoptado y familia biológica en la búsqueda de los orígenes biológicos, lo que se revela muy adecuado, dado el especial cuidado que requiere el adecuado ejercicio de este derecho, en atención a los diferentes intereses en juego²⁰³.

B) *La adopción abierta como nueva modalidad de adopción*

Pero sin lugar a dudas, la principal novedad en relación con los efectos de la adopción tiene que ver con la incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de la figura de la adopción abierta. Según consta en el propio Preámbulo de la Ley 26/2015, se trata de una modalidad de adopción procedente del Derecho anglosajón que el legislador español ha decidido importar al Derecho español, a fin de flexibilizar dicha institución y dotar de la necesaria estabilidad familiar a ciertos menores, en especial adolescentes, cuya adopción resulta más complicada²⁰⁴. Así, como

alcance la mayoría de edad (art. 23 CDFA). En cambio, mientras sea menor de edad los actos de administración seguirán incumbiendo a sus progenitores, si bien el art. 26 CDFA faculta al propio hijo para que los realice también por sí mismo con la debida asistencia como regla general e, incluso, sin asistencia cuando tengan por objeto ciertos bienes.

²⁰³ Art. 1.2.f Ley andaluza 1/2009, art. 5.2.g Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón, art. 2.1.d Ley catalana 15/2009 de mediación en el ámbito del Derecho privado, DA 4ª Ley 1/2006 de Mediación familiar de Castilla y León, art. 8.1.d Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y art. 3.b Ley 7/2001 reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Es más, en algunas normas autonómicas (en concreto, la Ley 1/2015 del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha en sus arts. 27 a 29 y la Ley vasca 3/2005 de atención y protección a la infancia y adolescencia en su art. 84) se ha articulado a tal efecto un procedimiento *ad hoc* de mediación.

²⁰⁴ La conveniencia de incorporar esta modalidad de adopción a nuestro Ordenamiento Jurídico parece tener su origen en el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines*, cit., donde se contemplaba como una posibilidad excepcional, según puede leerse en su p. 49. Por lo demás, según puede leerse en el texto de la conferencia de A. FERRANDIS TORRES sobre “Los retos de la adopción abierta” en el *I Congreso sobre El interés superior del niño. Acogimiento y adopción* organizado por la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar y la Asociación de Acogedores de Menores de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013 (URL: <http://www.adamcam.org/documentos/Revista%20congreso.pdf>, consultada en 8 diciembre 2015), entre los factores que han propiciado la posibilidad de la adopción abierta se encuentran: el reconocimiento del derecho la identidad y al conocimiento de los orígenes, la propia experiencia de los adoptados en su búsqueda de información y comprensión de su historia, el creciente respeto por las madres biológicas, la positiva influencia normalizadora de la adopción internacional, la búsqueda de medidas de protección estables para los menores distintas del acogimiento residencial y la creciente demanda de niños adoptables en los países occidentales.

alternativa a la adopción tradicional, la adopción abierta permite el mantenimiento de vínculos afectivos entre el adoptado y su familia de origen, no así la pervivencia de vínculos jurídicos que quedan extinguidos como regla. A este respecto, el art. 178.4.1 Cc se refiere a la posibilidad de mantenimiento de “alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la familia biológica, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre hermanos biológicos”²⁰⁵. De esta fórmula legal resulta, por consiguiente, que la modalidad de adopción abierta por la que opta el legislador español contempla dos posibles niveles de contacto del adoptado, ya sean visitas y/o comunicaciones²⁰⁶, con “los miembros de su familia de origen que se considere”²⁰⁷ y, en especial, con sus hermanos.

Por añadidura, la adopción abierta, tal y como se articula en Derecho español -a mi juicio, de modo muy razonable-, se trata una forma de adopción a constituir potestativamente por el Juez a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal cuando el interés del menor así lo

²⁰⁵ No obstante, es posible identificar como precedente de esta figura en Derecho español algunas leyes autonómicas de mediación familiar (art. 3 Ley 7/2001 reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, art. 5 Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y arts. 3.e y 24 Ley 1/2015 del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha) que reconocen un importante papel a este procedimiento de resolución de conflictos en orden a posibilitar el encuentro o relación del adoptado con su familia biológica.

²⁰⁶ De acuerdo con Laura CASAÑA GONZÁLEZ, *La nueva figura de la adopción abierta a la luz del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia* (TFG inédito dirigido por Aurora López Azcona y defendido en 2015), p. 29, es posible identificar diferentes grados de contacto o relación del adoptado con su familia biológica, de menor a mayor intensidad: a) la mera comunicación al adoptado de ciertos datos sobre su familia biológica; b) la fijación de un régimen de comunicaciones o intercambio de información entre adoptado y familia biológica, ya sea por vía telefónica o cualquier otra; y c) la fijación de un régimen de visitas entre adoptado y familia biológica, lo que implica un contacto físico a través de encuentros programados periódicamente.

^A partir de ahí, el legislador español ha optado por consagrar los tres posibles niveles de contacto, de una parte, mediante el reconocimiento en el art. 180.5 y 6 Cc a todo adoptado del derecho a conocer sus orígenes biológicos; y, de otra, con la referencia en el art. 178.4.1 Cc a la posibilidad de mantener el contacto del adoptado con su familia de origen “a través de visitas o comunicaciones”.

²⁰⁷ Personalmente creo que puede defenderse que, aunque la elección los miembros de la familia de la corresponde en principio a la entidad pública o al Ministerio Fiscal en su propuesta de adopción abierta (como presume L. CASAÑA GONZÁLEZ, *idem*, p. 15), ello no impedirá al Juez alterar dicha elección a la hora de constituir la adopción, si lo estima más conveniente para el interés del menor.

aconseje y, en todo caso, siempre que medie su consentimiento si es mayor de doce años o tiene suficiente madurez, así como el de la familia adoptiva –entendiendo, circunscrito al adoptante o adoptantes²⁰⁸-. De optar por esta modalidad de adopción, el Juez habrá de determinar adicionalmente su periodicidad, su duración y las condiciones en que se va a desarrollar el contacto entre el menor y su familia de origen, ya sean visitas y/o comunicaciones (art. 178.4.2 Cc).

Es más, la adopción abierta no se contempla como una solución inalterable y definitiva, en cuanto que el art. 178.4.2 y 3 Cc, con una redacción muy confusa, atribuye al Juez la competencia de modificar –entiéndase, ya sea en el sentido de ampliar o restringir el régimen de visitas-, suspender o, incluso, acordar el cese de la relación personal del adoptado con su familia biológica. Ciertamente, esta previsión se encuentra plenamente justificada, habida cuenta del difícil equilibrio de los intereses en juego inherente a esta nueva modalidad de adopción, pero no deja de plantear ciertos interrogantes por los ambiguos términos en que está redactada. El más obvio tiene que ver con la falta de uniformidad terminológica en que incurre el art.178.4 Cc en orden al contenido de esta competencia judicial: Así, mientras su párr. 2º se refiere a la posible “modificación y finalización” de la relación entre adoptado y familia biológica, su párr. 3º habla de “suspensión y supresión”, expresiones en absoluto coincidentes. Pero, sin duda, el principal problema interpretativo a resolver radica en la propia forma de operar de esta competencia judicial, de oficio o a instancia de parte, dados los términos contradictorios en que se expresan los preceptos citados; en concreto, el párr. 2º utiliza la expresión “el Juez podrá acordar...”, de lo que parece resultar su actuación de oficio, y, en cambio, el párr. 3º se refiere a que “están legitimados para solicitar...”, de lo que se deriva la necesaria solicitud por parte interesada, en concreto, la Entidad Pública y las partes implicadas en la adopción abierta -adoptantes, padres biológicos y el adoptado de doce años o con suficiente madurez-.

Por último, interesa advertir que la intervención de la Entidad Pública respecto a esta modalidad de adopción no se agota con la mera propuesta de constitución, toda vez que complementariamente se le atribuyen importantes y amplias facultades respecto a la misma. Así, ya en la declaración de idoneidad de los adoptantes la Administración debe hacer

²⁰⁸ Según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 26/2015 no existe un único modelo de constitución de la adopción abierta, “que va desde un acuerdo privado de las partes con supervisión y apoyo de las entidades públicas hasta su establecimiento por el Juez, a quien correspondería [también] la decisión sobre su posible modificación o finalización”. Por este segundo modelo ha optado el legislador español.

constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían la adopción abierta (art. 178.4.4 Cc). Asimismo, se le atribuye la competencia de valorar las circunstancias que aconsejen la constitución de la adopción abierta, a los efectos de proponerla al Juez (art. 178.4.2 Cc). Una vez constituida, se le confiere la supervisión de su desarrollo, con remisión de informes periódicos al Juez -los dos primeros años, de oficio y, una vez transcurridos éstos, a instancia judicial- e, incluso, su intermediación “si fuese necesario” (art. 178.4.2 Cc). Por último, se le legitima para hacer propuestas de mantenimiento o modificación de la adopción abierta, así como para pedir su suspensión o supresión (art. 178.4.3 Cc).

3.5 El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional

Por último, no puede cerrarse este trabajo sin hacer una breve referencia a las innovaciones y modificaciones más destacadas de que ha sido objeto el régimen jurídico en materia de adopción internacional en virtud de la Ley 26/2015, al objeto de poner fin a las deficiencias de la LAI y, por ende, a la no poca confusión que había generado en la práctica²⁰⁹.

La primera de ellas tiene que ver con la incorporación de un nuevo concepto legal de adopción internacional, acorde al Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, ratificado por España el 30 junio 1995 y, por ende, más perfilado²¹⁰. Así, el nuevo aptdo. 2º del art. 1 LAI define la adopción internacional, en términos prácticamente idénticos a los del art. 2.1 del referido Convenio, como “aquella en la que un menor considerable adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España”.

²⁰⁹ Sobre este particular puede consultarse S. ADROHER BIOSCA, “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los *santos inocentes*”, RCDI, 2009, núm. 711, pp. 14-54; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 73-139; y J.M. DÍAZ FRAÍLE, “Problemas actuales de la adopción internacional”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15 (El menor ante el Derecho en el Siglo XXI), pp. 125-141.

²¹⁰ Vid., asimismo, en términos favorables el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 86; y en la doctrina A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley 26/2015...”, cit., p. 2; y J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, “Modificación del sistema de protección...”, cit. p. 14.

En segundo lugar, es de destacar el deslinde de competencias de que ha sido objeto esta materia entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas, optando por un importante protagonismo a favor de la Administración estatal²¹¹. Así, se atribuye a la Administración General del Estado, por afectar a la política exterior, la decisión de iniciar, suspender o paralizar la tramitación de adopciones con los países de origen de los menores (art. 4 LAI), así como la acreditación de los organismos para actuar como intermediarios en las adopciones internacionales, acogiendo a tal efecto la terminología del Convenio de La Haya de 1993 (art. 7.2 LAI); ello sin perjuicio de la necesaria colaboración -sin determinar en qué consiste- de las entidades públicas de las Comunidades Autónomas. De otra parte, aunque se mantiene la competencia de las Administraciones autonómicas en materia de control y seguimiento de los organismos acreditados respecto de las actuaciones que éstos llevan a cabo en el correspondiente territorio de cada Comunidad Autónoma (art. 5.j y art. 7.3 LAI), se confiere a la Administración General del Estado el control de dichos organismos respecto a las actividades de intermediación a desarrollar en el país de origen de los menores (art. 7.2.1 LAI). Por lo demás, se mantiene, entre otras, la competencia de las Administraciones autonómicas en orden a declarar la idoneidad de los adoptantes, recogándose a tal fin novedosamente un concepto de idoneidad y los criterios a valorar, de modo coincidente con las previsiones incorporadas al respecto en materia de adopción nacional (arts. 5.1.d y 10 LAI).

Igualmente, resulta reseñable la reforma de que ha sido objeto la figura de la adopción consular, circunscribiéndola a los supuestos en que no resulta necesaria la propuesta administrativa previa con arreglo en lo dispuesto en el art. 176.2.2 Cc (art. 17 LAI).

Por añadidura, se refuerzan las previsiones de garantía de las adopciones internacionales y, en especial, de las constituidas en el extranjero²¹². Así, el art. 6.2 LAI decreta que las adopciones internacionales sólo podrán

²¹¹ Como igualmente constatan la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 24; el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 87; y el *Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., pp. 53 y 104-105.

²¹² Como, de hecho, se pone de relieve en la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 24. E igualmente destacan en la doctrina A.M. GÓMEZ MEGÍAS, "Aspectos básicos de la Ley 26/2015...", cit., p. 2; y J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ, "Modificación del sistema de protección...", cit. p. 14.

llevarse a cabo a través de la intermediación de organismos acreditados y, en el caso de países signatarios del Convenio de La Haya de 1993, por la intermediación directa de las entidades públicas siempre que concurren determinados presupuestos. Por su parte, el art. 26.1.2º LAI, en defecto de tratado internacional aplicable, supedita el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero a que no sean contrarias al orden público español, considerando a tales efectos que vulneran el orden público español las adopciones en cuya constitución no se haya respetado el interés superior del menor²¹³, en particular, cuando se haya prescindido de los consentimientos y audiencias necesarias o carezcan de los requisitos requeridos por la legislación española a los efectos de su validez. Complementario del anterior, el art. 27 LAI intensifica el control de validez de las adopciones constituidas en el extranjero a realizar por el Encargado del Registro Civil en el que se inste su inscripción, exigiendo su adecuación a las normas del Convenio de La Haya de 1993 y adicionalmente, para el caso de menores procedentes de países no signatarios del mismo, la concurrencia de ciertos presupuestos, a saber:

- 1º. Que las autoridades del país de origen hayan facilitado la información necesaria sobre el propio menor y los consentimientos necesarios requeridos por la legislación del país de origen (art. 5.1.e LAI).
- 2º. Que la Entidad Pública haya dado su conformidad a la adecuación de las características del menor asignado por el país de origen a las que constan en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad (art. 5.1. f LAI).
- 3º. Que la adopción haya sido constituida por autoridad pública competente y sea acorde al orden público español (art. 26.1 LAI).

Es de destacar, asimismo, la modificación de que ha sido objeto el art. 29 LAI en el sentido de exigir la inscripción obligatoria en el Registro Civil del nacimiento del menor y de su adopción, al objeto de que ésta, de haberse constituido en el extranjero, tenga plena efectos en España, -entiendo, siempre que sea plena: art. 30.1 LAI *a sensu contrario*-.

Por lo demás, se regulan con mayor detalle que en el régimen anterior las obligaciones de los adoptantes, distinguiendo a tal efecto entre

²¹³ Se incorpora así una noción de “orden público” en materia de adopción internacional acorde a los requisitos fijados por el art. 4 Convenio de La Haya de 1993 para que las adopciones internacionales sean tomadas en consideración por el referido texto internacional. Por su parte, el concepto de “interés superior del menor” se encuentra novedosamente definido en el art. 2 LOPJM en los términos expuestos *supra* en la nota 109.

obligaciones preadoptivas y postadoptivas (art. 11 LAI)²¹⁴. En concreto, en la fase preadoptiva se les impone novedosamente la obligación de asistir a las sesiones de información y preparación previas a la solicitud de la declaración de idoneidad, recogiendo así una práctica que se viene desarrollando en varias Comunidades autónomas (art. 11.1 LAI)²¹⁵. Como obligaciones postadoptivas se mantienen inalteradas, de una parte, la de facilitar la información necesaria requerida a efectos de seguimiento; y de otra, la de cumplir en tiempo los trámites previstos por la legislación del país de origen del menor adoptado. No obstante, se introduce novedosamente la previsión referente a que la falta de colaboración en este fase podrá dar lugar a sanciones administrativas e, incluso, podrá ser considerada como causa de inidoneidad en un proceso ulterior de adopción (arts. 11.2 y 3 Cc)²¹⁶.

Pero, en cualquier caso, a mi modo de ver, la novedad más relevante desde una perspectiva civilística tiene que ver con la introducción de la regla según la cual las autoridades españolas denegarán la constitución de adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba o no las contemple, salvo que se trate de menores en desamparo tutelados por la Administración española (art. 19.4 LAI)²¹⁷. Complementariamente, el art. 34 LAI -cuyo tenor no se ha modificado- prevé que las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera que no generen vínculos de filiación -piénsese p.e. en la *kafala*²¹⁸- se equipararan

²¹⁴ Lo que, igualmente, destaca A.M. GÓMEZ MEGÍAS, “Aspectos básicos de la Ley 26/2015...”, cit., p. 2.

²¹⁵ Como puede leerse en *Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 92.

²¹⁶ Esta previsión ha sido cuestionada, con buen criterio, por el Consejo de Estado en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, cit., p. 112, ya no sólo porque contempla la posibilidad de una doble sanción para la falta de colaboración, sino, porque, por añadidura, se refiere a esta conducta sin tipificarla mínimamente, cuando en la práctica puede obedecer a causas muy variadas, voluntarias o involuntarias, en cuyo caso no habría de ser sancionable.

²¹⁷ Participa de este planteamiento el Código civil francés, toda vez que en su art. 370.3 prevé que “la adopción de un menor extranjero no puede ser constituida si su ley personal la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia” (la traducción es nuestra).

²¹⁸ Como defendí en su momento (“La problemática de los menores en situación de desamparo (o abandono) en Derecho español y marroquí”, ADC, núm. 3, 2013, pp. 1087-1093), la *kafala* es una institución singular del Derecho islámico que no resulta asimilable a ninguno de los mecanismos de protección de menores que contempla la legislación española, aunque presente similitudes con la tutela ordinaria y, sobre todo, con el acogimiento

al acogimiento familiar o, en su caso, a la tutela y ello siempre que se cumplan ciertos presupuestos, a saber:

- 1º. Que sus efectos sustanciales sean equivalentes a los del acogimiento familiar o tutela, tal como se regulan en Derecho español y adicionalmente no vulneren el orden público español -previsión ésta última novedosa-.
- 2º. Que hayan sido acordadas por autoridad competente, judicial o administrativa, y formalizadas en virtud de documento que reúna los requisitos de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y traducción al español. Queda así excluida, con buen criterio, la *kafala* notarial -esto es, la constituida en virtud de la voluntad de los propios progenitores mediante acto adular o notarial-, tan frecuente en la práctica, pese a los importantes riesgos que puede implicar para los menores²¹⁹.

familiar. En concreto, el contenido exclusivamente personal de la *kafala* la convierte en una institución equivalente a la *hadana* -o guarda de los progenitores-, en la que las funciones de guarda y custodia del menor son asumidas voluntariamente, y en defecto de progenitores que puedan ejercerla, por otra persona, ya sea física (un matrimonio o una mujer soltera o viuda) o jurídica (un establecimiento público o privado competente en materia de protección de menores). Dicha institución no crea, sin embargo, un vínculo de filiación entre el *kafil* -o guardador- y el *makful* -o menor sujeto a la *kafala*-, por lo que no es equiparable a la adopción. De hecho, la existencia misma de la *kafala* se justifica en la prohibición de la adopción que rige en Derecho marroquí (art. 149 *Mudawana*), así como en la mayor parte de los Derechos islámicos, con base en el principio de preservación de los lazos de sangre que inspira a estos Ordenamientos Jurídicos, por abierta influencia del Islam.

²¹⁹ Con N. MARCHAL ESCALONA, "La *kafala* islámica: problemática y efectos", Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI, (dtor. F.J. Durán Ruiz), Comares, Granada, 2013, pp. 239-241, interesa aclarar que en Derecho marroquí, así como en otros Derechos islámicos, se contemplan dos modalidades de *kafala*, la judicial y la notarial.

En particular, la *kafala* judicial se circunscribe a los menores declarados en abandono en virtud de resolución judicial. Se constituye judicialmente y se regula por la Ley marroquí núm. 15-01 relativa a la *kafala* de los menores abandonados. Sólo a esta modalidad de *kafala* se le reconocen efectos jurídicos en España (Resolución-Circular de la DGRN de 15 de julio de 2006, por aplicación del art. 34 LAI), habiendo sido equiparada bien a la tutela ordinaria (Instrucción DGI/SGRJ/06/2007), bien al acogimiento (Resolución-Circular de la DGRN de 15 julio 2006, Resoluciones DGRN de 21 marzo 2006 y 23 marzo 2011, entre otras), pero nunca a la adopción.

Por su parte, la *kafala* notarial no requiere intervención judicial y se constituye respecto a menores no abandonados, pues no existe declaración judicial de abandono. En este caso son los propios progenitores los que entregan a su hijo al *kafil* y lo hacen de manera privada, mediante un acto adular o notarial. A partir de ahí, las obligaciones que corresponden al *kafil* de una *kafala* notarial coinciden sustancialmente con las que impone la Ley marroquí 15-01 al *kafil* de una *kafala* judicial. En cualquier caso, la *kafala* notarial suele constituirse en el

Esta nueva previsión, a mi entender, resulta muy acertada, en cuanto revela un cambio de criterio del Estado español, en aras de garantizar el pleno respeto a la legislación de aquellos países -entre ellos y en especial, Marruecos y su *Mudawana* o Código de Familia- que no admiten la figura de la adopción²²⁰. Se cierra así el paso al uso fraudulento -no generalizado, ciertamente- de que han sido objeto ciertas instituciones extranjeras de protección de menores y, en particular, la *kafala*, con el único objeto de lograr la posterior adopción del menor en España y sin intención alguna de cumplir las obligaciones que la legislación del país de origen impone a los guardadores o *kafiles*²²¹. Lo más cuestionable es que esta práctica se encontraba amparada por la propia LAI en su redacción anterior a la reforma de 2015, ya que, si bien es cierto que no contemplaba la conversión automática de la *kafala* en adopción sino en acogimiento o tutela (art. 34), en su art. 18 posibilitaba la ulterior adopción del menor conforme a la ley española cuando el menor tuviese residencia habitual en España en el momento de constituirse la adopción o bien hubiese sido o fuese a ser trasladado a España en el fin de establecer aquí su residencia habitual²²². Como se ha indicado, con la Ley 26/2015 se trata de poner fin a esta práctica, manteniendo inalterado el art. 34 LAI e incorporando un nuevo aptdo. 4º al art. 19. De ello resulta que a partir de ahora una *kafala* siempre que haya sido constituida judicialmente podrá equipararse en

entorno familiar del menor, de manera que el menor es encomendado a algún familiar, pero también puede constituirse a favor de personas ajenas a la familia. Lo discutible de esta modalidad de *kafala* radica en que no se encuentra sometida a los controles y prevenciones que la Ley marroquí 15-01 prevé para los menores abandonados, lo que puede ser perjudicial para los menores que, en ocasiones, serán objeto de abusos y maltrato sin el conocimiento de sus progenitores (el fenómeno de las *petites bonnes*).

²²⁰ Discrepa, sin embargo, de esta solución legal el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, cit., p. 92, haciéndose eco de la *Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011...*, cit., donde, entre otras conclusiones, se formuló la siguiente: “La posible prohibición o desconocimiento por parte del Derecho del país de origen del menor de la institución legal no será óbice para la constitución de ésta”.

²²¹ Como hacen constar, igualmente la *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., p. 25; y el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, cit., p. 92.

²²² Sobre el conflicto suscitado por este precepto entre las autoridades españolas y marroquíes P. DÍAGO DÍAGO, “Denegación de constitución de *kafala* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular núm. 40 S/2 Reino de Marruecos”, Millenium Dip (consultado el 8 diciembre 2015. URL: <http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>).

España al acogimiento familiar o, en su caso, a la tutela ordinaria²²³, pero no convertirse *a posteriori* en adopción.

Se mantiene, sin embargo, la posible conversión de la adopción simple²²⁴ en adopción plena -como es sabido, la única que rige en nuestro país desde 1987- mediante expediente de jurisdicción voluntaria a tramitar conforme a lo dispuesto en el art. 42 LJV²²⁵. Ciertamente, esta posibilidad resulta acorde con las previsiones del art. 27 Convenio de La Haya de 1993, pero no por ello pueden dejar de cuestionarse las condiciones de conversión previstas a tal efecto en la legislación española, toda vez que su eficacia se supedita exclusivamente al consentimiento libre e informado del adoptado mayor de doce años o con suficiente madurez y de los adoptantes, pero se prescinde absolutamente de la voluntad de los progenitores biológicos, quienes pudieron estar conformes con la adopción simple pero, sin embargo discrepar de la adopción plena (art. 42.4 LJV)²²⁶.

²²³ Personalmente, y como defendí en su momento (“La problemática de los menores en situación de desamparo...”, cit., p. 1093), considero que la *kafala* está más próxima a la figura del acogimiento que de la tutela. Ello es así dado que la *kafala* y el acogimiento tienen atribuidas funciones coincidentes como son las derivadas del ejercicio de la guarda, sin perjuicio de que la *kafala* genere otros efectos adicionales (p.e. en materia de nacionalidad y régimen de apellidos), no así el acogimiento. En cambio, resulta obvio que no es una tutela, tal y como se configura en Derecho español, en cuanto que, de una parte, su contenido se restringe al ámbito personal y, de otra, permite la concordancia de apellidos entre el *kafil* y el *makful*.

²²⁴ Entendiendo por tal “aquella constituida por autoridad extranjera cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos por la legislación española para la adopción” (art. 15.1 LAI) que no son otros que, de una parte, la ruptura de vínculos jurídicos con la familia de origen; y de otra, la irrevocabilidad de la adopción.

²²⁵ Se pone fin así a la laguna existente en materia procedimental acerca de la conversión de la adopción simple en plena, según constata la *Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley...*, cit., pp. 28-29.

²²⁶ Lo que entra en colisión con los criterios que propugna en materia de conversión de adopción internacional el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR) “Adopción plena *versus* adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, *Ficha de formación* núm. 29, enero 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S., “La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de los *santos inocentes*”, RCDI, 2009, núm. 711, pp. 14-54.
- AA.VV., *Comentario del Código civil*, t. I, coords. L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch y C. Paz-Arés, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- AA.VV., *Código civil comentado*, vol. 1, (dtres. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- AA.VV., *Comentarios al Código civil de Aragón. Doctrina y jurisprudencia*, (dtor. J. Delgado Echeverría y coords. C. Bayod López y J.A. Serrano García), Dykinson, Madrid, 2015.
- ALEMÁN BRANCHO, C., “Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España”, *Revista de Derecho político*, 2014, núm. 90, pp. 97-134.
- ALVÁREZ OLALLA, M.P., “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Aranzadi civil-mercantil*, 2014, vol. 2º, núm. 4, pp. 37-49.
- BENAVENTE MOREDA, P., “Riesgo, desamparo y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15 (*El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), pp. 15-62.
- BOCCIO SERRANO, M.J., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el sistema español*, tesis doctoral inédita defendida en la U. de Sevilla en 2015 (URL: <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/25429>).
- BRAVO ARTEAGA, A. y FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30 (1), pp. 42-52.

- y LÓPEZ, M., “El acogimiento familiar en España: implantación y retos actuales”, *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30 (1), pp. 33-41.
- CALVO CARAVACAA.L. y CARRASCOSA, J., “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 73-139.
- CASAÑA GONZÁLEZ, L., *La nueva figura de la adopción abierta a la luz del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia* (TFG inédito, dirigido por Aurora López Azcona y defendido en la Universidad de Zaragoza en junio de 2015).
- CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA (SSI/CIR), “Adopción plena *versus* adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, Ficha de formación núm. 29, enero 2007 (URL: <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/esp/29.pdf>).
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *Diario La Ley*, 24 julio 2015, núm. 8590.
- DE PALMA DEL TESO, Á., “El derecho de los menores a recibir protección: El papel de la familia y de las Administraciones Públicas. La actuación de las Administraciones Públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15 (*El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), pp. 185-215.
- DÍAGO DÍAGO, P., “Denegación de constitución de *kafala* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular núm. 40 S/2 Reino de Marruecos”, *Millennium DIPr* (URL: <http://www.millenniumdipr.com/e-68-5-n%C2%BA-2-denegacion-de-constitucion-de-kafala-por-parte-de-extranjeros-que-no-residen-habitualmente-en-marruecos-circular-n%C2%BA-40-s-2-reino-de-marruecos>).
- DÍAZ FRAÍLE, J.M., “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15 (*El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), pp. 125-141.

DOMÍNGUEZ ALONSO, J. y MOHEDANO MENÉNDEZ, R., “El acogimiento de menores en el actual sistema de protección a la infancia: La importancia del contexto”, *Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, 2014, núm. 13, pp. 149-155.

FERRANDIS TORRES, A., “Los retos de la adopción abierta”, ponencia presentada al *I Congreso sobre El interés superior del niño. Acogimiento y adopción* organizado por la Asociación Estatal de Acogimiento Familiar y la Asociación de Acogedores de Menores de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013 (URL: <http://www.adamcam.org/documentos/Revista%20congreso.pdf>).

GALÁN RODRÍGUEZ, A., “Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional”, *Papeles del Psicólogo*, 2013, vol. 34 (1), pp. 23-31.

GARCÍA CANTERO, G., “El desamparo y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Actas de los Décimoterceros Encuentros del Foro Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004, pp. 239-250.

GARCÍA VILLARLUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 1991-1992, núm. 4-5, pp. 89 a 103.

GARCÍA VILLARLUENGA, L./LINACERO DE LA FUENTE, M.A., *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*, Observatorio de la Infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

GÓMEZ MEGÍAS, A.M., “Aspectos básicos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia”, *Diario La Ley*, 24 julio 2015, núm. 8590.

- “Aspectos básicos de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección y la infancia y adolescencia”, *Diario La Ley*, 30 julio 2015, núm. 8593.

JODRÁ JIMÉNEZ, P., “El acogimiento familiar profesionalizado: Análisis de casos”, ponencia presentada al XI Congreso Internacional de infancia maltratada, Oviedo, 2012 (URL: <http://obelen.es/publico/pjodraoviedo.pdf>).

LÓPEZ AZCONA, A., “La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de las declaraciones de desamparo”, *Aranzadi Civil*, 2001, núm. 4, pp. 15-45.

- “La problemática de los menores en situación de desamparo (o abandono) en Derecho español y marroquí”, *ADC*, 2013, núm. 3, pp. 1045-1107.

- “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, *RGLJ*, 2015, núm. 1, pp. 29-81.

LÓPEZ SERRANO, I., “Las conclusiones de la Comisión del Senado y dos Anteproyectos de Ley sobre Protección a la Infancia”, *El derecho a la protección de los niños y niñas en la Comunidad de Madrid*, (coords. I. López Serrano, R. García Sedano y Y. García Fernández), vol. 2, Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, Madrid, 2012, pp. 177-196.

MARCHAL ESCALONA, N., “La *kafala* islámica: problemática y efectos”, *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, (dtor. F.J. Durán Ruiz), Comares, Granada, 2013, pp. 237-270.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., “Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Save the Children*, Málaga, 2015.

MUÑOZ GARCÍA, C., “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: Mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme”, *Diario la Ley*, 27 junio 2014, núm. 8342.

PANIZA FULLANA, A., “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, vol. 2, núm. 8, pp. 141-152.

SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, B., “El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia”, *RDC*, 2014, vol. I, núm. 4, pp. 107-153.

SERRA RODRIGUEZ, A., “Suspensión del derecho de visita de los padres respecto de los menores acogidos. Comentario a la STS (Sala 1ª) 663/2013, de 4 noviembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 536-545.

SUÁREZ SANDOMINGO, J.M., “Algunos modelos de programas de inserción sociolaboral de los menores tutelados en España”, IPSEds, 2009, vol. 2, pp. 39-61.

SORIANO IBÁÑEZ, B., “El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas”, *Actas de los Décimoterceros Encuentros del Foro Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2004, pp. 251-270.

TOSCANO GIL, F., “El acogimiento administrativo de menores: Análisis de su problemática en sede judicial”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2006, núm. 708, pp. 8-10.

UREÑA MARTÍNEZ, M., “Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, pp. 145-148.

ZEKRI, H., “La *kafala* en Derecho marroquí”, en A. Quiñones Escámez, A. Rodríguez Benot, H. Zekri y H. Ouhida, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009, Madrid, 2009, pp. 10-86.

DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

Textos preparatorios

Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia (URL: http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4298).

Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia (URL: http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=4299).

Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOGC, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 131-1, de 27 febrero 2015.

Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOGC, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 130-1, de 27 febrero 2015

Convenios y textos internacionales

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 (Instrumento de ratificación por España), BOE, núm. 313, de 31 diciembre 1990, pp. 38897 a 38904.

Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 mayo 1993 (Instrumento de ratificación por España), BOE, núm. 182, de 1 agosto 1995, pp. 23447-23454.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 enero 1996 (Instrumento de ratificación por España), BOE, núm. 45, de 21 febrero 2015.

Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006, (Instrumento de ratificación por España), BOE, núm. 96, de 21 abril 2008, pp. 20648-20659

Convenio europeo en materia de adopción de menores de 27 noviembre 2008 (Instrumento de ratificación por España), BOE, núm. 167, de 13 julio 2011, pp. 77734-77743.

Directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, 24 febrero 2010 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/66.pdf).

Observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (URL: <http://www.observatorio.delainfanciadeasturias.es/foromunicipal/2011/01/observacion-general-n%C2%BA12-del-comite-de-los-derechos-del-nino-el-derecho-del-nino-a-ser-escuchado>).

Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (URL: <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>).

Recomendación (2005) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a los derechos de los menores que viven en instituciones, 16 marzo 2005 (URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=835913&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>).

Informes, dictámenes y otros documentos

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe referente al Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia*, 25 julio 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/13.pdf).

- *Informe referente al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la infancia*, 25 julio 2014 (http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/5.pdf).

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 27 noviembre 2014, (http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/16.pdf).

- *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 30 septiembre 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/8.pdf).

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de Infancia*, 28 mayo 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/12.pdf).

- *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia*, 28 mayo 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/4.pdf).

CONSEJO FISCAL, *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, 14 julio 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/14.pdf).

- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia* 30 septiembre 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/6.pdf).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (PLENO), *Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, 30 septiembre 2014 (http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/15.pdf).

- *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de protección a la infancia*, 30 septiembre 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/7.pdf).

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre los centros de protección de menores con trastorno de conducta y en situación de dificultad social*, 1 enero 2009 (URL: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009>).

- *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de protección a la infancia y de Ley Orgánica complementaria*, 13 mayo 2014 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/3.pdf).

- *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, 27 mayo 2014 (URL: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor-revision-judicial-de-medidas-de-proteccion-y-procesos-de-familia-mayo-2014>).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2011, de 16 noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores* (URL: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular9_2011_Reforma_Menores.pdf?idFile=d29f2db6-3c03-435a-b7e5-3b65fba53ee7).

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Estándares de calidad en acogimiento residencial (EQUAR)*, 2012 (URL: http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/Estandares_de_calidad_en_acogimiento_residencial.pdf).

- *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 28 abril 2014 (http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/10.pdf).

- *Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 11 febrero 2015 (http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/2.pdf).

SENADO, *Informe especial de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG, Senado, IX, Serie I, núm. 545, de 17 noviembre 2010 (URL: http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/89.pdf).

