

CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA: ¿MEDIDA DE SEGURIDAD PREDELICTUAL O MEDIDA DE PROTECCIÓN PARA LA INFANCIA EN DIFICULTAD SOCIAL?¹

M.^a Asunción Colás Turégano

Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València

Title: *Detention centres for minors with behavioural problems: pre-criminal security measure or protection measure for children in social difficulty?*

Resumen: En el trabajo se analizan los antecedentes, naturaleza jurídica, constitucionalidad y regulación de la medida de acogimiento residencial para menores con problemas de conducta. La estrecha relación de la figura con la medida de internamiento para menores responsables de un delito y las características de su regulación la aproximan a una medida más dirigida a la neutralización de menores molestos que a un verdadero mecanismo de integración y educación del menor, por lo que, en el estudio, tras el análisis, se incorporan recomendaciones para el abordaje jurídico de esta concreta y compleja problemática de la infancia y adolescencia en dificultad social.

Palabras clave: Delincuencia juvenil; medidas de internamiento de menores; medidas de protección de menores; salud mental; peligrosidad.

Abstract: *This paper analyses the background, legal nature, constitutionality and regulation of the measure of residential care for minors with*

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de I+D+i Modalidad «Generación de Conocimiento» 2021, Estudio crítico del uso de sanciones alternativas penales: una mirada a la salud mental y al género PID2021-126236OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER Una manera de hacer Europa», IPs.: Dra. Vicenta Cervelló Donderis y Dra. Asunción Colás Turégano.

behavioural problems. The close relationship of the figure with the measure of internment for minors responsible for a crime and the characteristics of its regulation bring it closer to a measure aimed more at the neutralisation of troublesome minors than a true mechanism for the integration and education of minors, therefore that, after the analysis, the study incorporates recommendations for the legal approach to this specific and complex problem of children and adolescents in social difficulty.

Keywords: *juvenile delinquency; juvenile internment measures; juvenile protection measures; mental health; dangerousness.*

Sumario: 1. Consideraciones previas. – 2. La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. – 3. Problemática especial del nuevo sistema de internamiento para los menores con problemas de conducta. – 3.1. Antecedentes. La caótica regulación en las administraciones autonómicas. – 3.2. Fundamento, naturaleza jurídica y principios específicos. – 3.3. Presupuesto aplicativo: persona menor de edad con una específica problemática conductual. – 3.4. Adecuación constitucional de la medida. – 3. 5. Marco legal. – 3.5.1. Procedimiento para su adopción. – 3.5.2. Régimen de cumplimiento. – 4. Consideraciones críticas y conclusiones. – 5. Bibliografía y otras fuentes.

1. Consideraciones previas

La reforma en 2015 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) incorpora, como novedad, la regulación de una medida de internamiento específica para menores diagnosticados con problemas de conducta. Llama poderosamente la atención las similitudes de esta con la medida de internamiento, prevista para los adolescentes infractores, en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORRPM). Sin embargo, la nueva medida, como bien se encarga de subrayar el legislador en el preámbulo de la reforma, no está dirigida a quienes han cometido un delito ni a los que presentan trastornos mentales, por lo que, con todas las cautelas, podría ser calificada como una suerte de «medida de seguridad» predelictual aplicable a los menores que presentan esta particular problemática, dada la general vinculación de dicho diagnóstico y la comisión de hechos con significación penal.

El propósito de esta investigación es analizar la regulación de la nueva medida con la finalidad de aportar algo de luz sobre su naturaleza jurídica, formalmente declarada medida de protección, pero, con un contenido que se aproxima peligrosamente a las medidas de internamiento previstas en el ámbito de la justicia juvenil. Analizada su naturaleza jurídica y, por tanto, decidida su calificación bien como medida de protección, bien con naturaleza híbrida, —especie de medida protectora-asegurativa—, o como medida de seguridad; se verificará, a la vista de la regulación, su adecuación a las garantías constitucionales y legales

que deben limitar la actuación de los jueces y de la administración, en la aplicación de medidas a la persona menor de edad.

Ciertamente, la tarea de educar a un niño es especialmente compleja. Tradicionalmente esta labor corresponde a la familia, principal responsable, como asimismo refrenda la legislación civil. En la mayoría de los casos, el proceso transcurre naturalmente en el seno doméstico con las dificultades habituales, pero sin especiales inconvenientes. Con todo, en otras ocasiones, tal labor es más compleja exigiendo, en situaciones extremas, la separación del menor del núcleo familiar en su propio interés. Como se destaca en el preámbulo de la ley de reforma, en los últimos tiempos, se ha detectado un incremento de casos de maltrato familiar protagonizados por menores con graves problemas de conducta. En estos supuestos, si el menor tiene más de catorce años, tal conducta de maltrato probablemente sea constitutiva de un ilícito penal, aplicándose lo dispuesto en la LORRPM. Si, por el contrario, el niño no ha alcanzado los catorce años o habiéndolos superado, su irregular comportamiento no da lugar a la comisión de delito, es posible que se le aplique alguna de las medidas contempladas en la LOPJM, entre las que destaca la que es objeto del presente estudio.

La importancia de las relaciones familiares, la decisiva función que la educación en la familia cumple como instrumento de control social informal en la prevención de conductas delictivas, es especialmente contemplada en la CE de 1978, cuyo art. 39 recoge el derecho a la protección de la familia en los ámbitos social, económico y jurídico. Dedicándose una explícita referencia a la protección de los menores, asignando a los padres la obligación de asistir a los hijos durante la minoría de edad y en el resto de los supuestos previstos legalmente. El régimen constitucional destaca por su garantismo para con los niños, recogiendo en el citado precepto el reconocimiento de los derechos previstos en los convenios internacionales (art. 39.4 CE).

Sin embargo, no siempre ha existido una preocupación tan intensa por los niños, especialmente por aquellos que, al no ser atendidos por sus progenitores, se encontraban desamparados. Los primeros sistemas de protección a la infancia se desarrollan a finales del siglo xix y principios del xx. En España, la primera ley que se ocupó de tutelar a los menores desamparados fue la Ley de Tribunales para Niños de 1918 —Ley Montero Ríos— sustituida unos años más tarde, en 1948, por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en adelante LTTM)². Ambos textos entran

² Un estudio de los antecedentes legislativos y de la práctica de los Tribunales Tutelares de Menores: C. AGUSTÍ ROCA, «Golfillos de la calle. Menores, marginación y control social durante el primer franquismo a través de los expedientes del Tribunal Tutelar de Menores de Lleida» en C. NAVA JAS ZUBELDIA, D. ITURRIAGA BARCO (ed.), *Novissima. Actas del II Congreso Internacional de Historia de nuestro tiempo*. Logroño. Universidad de la Rioja, 2010, pp. 310-311. Vid. También A. COLÁS TURÉ GANO, *Derecho Penal de Menores*,

dentro de lo que, en el ámbito del derecho de la infancia y adolescencia, se conoce como sistema tutelar. Este se caracteriza, entre otras notas, por unificar el tratamiento de los menores desamparados necesitados de protección y de los necesitados de reforma por haber cometido un hecho delictivo.

El sistema tutelar se significaba por su acentuado paternalismo, lo que provocaba que al menor se le considerara siempre y en todo caso inimputable y, como consecuencia de ello, se le privara de todo tipo de garantías jurídicas, entre otras, del principio de legalidad. No existía seguridad jurídica para el menor, al que se le podían aplicar medidas, incluso privativas de libertad, por razones tan ambiguas como las recogidas en el art. 9 de la LTTM, pues esta no solo se podía aplicar en los casos en los que el menor de dieciséis años cometiera un delito o una infracción administrativa, sino también a aquellos menores que se consideraran, a juicio del tribunal: «vagos, vagabundos, prostituidos o licenciosos»³. Incluso los padres o tutores, en el ejercicio de la patria potestad o tutela, podían recabar el auxilio gubernativo y solicitar la aplicación de las medidas previstas en la ley a los «menores de dieciséis años indisciplinados»⁴.

El sistema tutelar estuvo vigente en España hasta el año 1992. Un año antes, el TC había declarado la inconstitucionalidad de la LTTM al permitir imponer al menor una medida sancionadora sin necesidad de seguir un proceso previo⁵. Es también en esta etapa, mediados de los años ochenta del siglo xx, cuando se separan las competencias en materia de protección y reforma de menores, situaciones que, en buena lógica, deben recibir un tratamiento diferente. Si bien, en muchos casos, es la situación de riesgo o de efectivo desamparo la que puede llevar al niño a realizar conductas contrarias a las normas sociales imperantes, algunas de las cuales pudieran ser constitutivas de delito. Por lo que, aunque exista una separación de marcos legales, en no pocas ocasiones volvemos a encontrar una situación de indeseable confusión en la práctica; agravada cuando ello supone que en un mismo centro puedan convivir menores de muy diferente perfil⁶.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. pp. 55 y ss. C. E. FERREIRÓS MARCOS, «Ingreso en centros de protección para menores con problemas de conducta. Circular 2/2016 de la FGE». *Curso: Seminario de Especialización en menores. Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*. Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017, pág. 5.

³ Y también a los menores desprotegidos como expresamente fijaba el propio art. 9 citado en el texto: «*TERCERO. De la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación*».

⁴ Art. 11 del Texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, BOE de 19 de julio de 1948.

⁵ STC 36/1991, de 14 de febrero «BOE» núm. 66, de 18 de marzo de 1991.

⁶ Como advierte la doctrina, tal situación de confusión ha pervivido en la legislación autonómica hasta fechas bien recientes, siendo buen ejemplo de ello las legislaciones de Galicia y Asturias. En la primera de ellas se preveía «el ingreso de los menores en situación

Precisamente, en 1996 se aprueba la LOPJM que sistematiza, con carácter estatal, el marco jurídico por el que se ha de regir la protección de los menores, regulando de manera específica el principio del superior interés del menor, principio que ha de regir en toda decisión que afecte a menores. Se recogen los derechos y deberes de los menores y también las situaciones de desprotección, concretadas en dos realidades básicas: situación de riesgo y situación de desamparo. La Ley fue posteriormente desarrollada en el marco de cada Comunidad Autónoma.

Pocos años más tarde, en enero del año 2000, se publica la LORR-PM, aplicable a los menores de catorce a dieciocho años que hubieran cometido un hecho delictivo. En un marco muy garantista, se regula un proceso presidido por la idea educativa y el superior interés del menor y se prevé la posibilidad de imponer medidas en función, no tanto del hecho cometido, cuanto de las circunstancias del menor. Se considera que la comisión de un delito, a tan temprana edad, está seguramente relacionada más con el contexto en el que se ha criado la persona que con su personal responsabilidad. Por ello, a diferencia del régimen penal de los adultos, no hay una estricta proporcionalidad entre el delito cometido y la medida que se impone. Medida que además ha de estar presidida por la idea de la reeducación, pues el fin que persiguen las medidas recogidas en la ley penal del menor es siempre educativo.

Por tanto, pese a la separación de marcos normativos, sigue existiendo una estrecha relación entre el régimen de protección y el régimen de reforma. Un punto de conexión específico lo encontramos cuando el delito es cometido por un menor de catorce años, porque entonces no se aplica la LORRPM sino la LOPJM. Como dispone el art. 3 de la LORRPM, si el responsable del delito es un menor que no ha alcanzado los catorce años, la fiscalía lo pondrá en conocimiento de la autoridad autonómica competente a efectos de la aplicación de la legislación protectora⁷.

de conflicto social en centros de reeducación en los que también se aplican medidas de reforma en ejecución de resoluciones judiciales adoptadas en el marco de la Ley orgánica de responsabilidad penal». A. 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 riesgo de los menores» *AFDUAM*, 15 (2011), pág. 198.

⁷ Como se destaca por la doctrina, a pesar de la separación normativa, seguimos encontrando una franja de menores, sometidos en principio a un régimen de protección, a los que, sin embargo, se les sujeta a medidas de internamiento con importantes medidas restrictivas. FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 15, DE PALMA DEL TESO, ob. cit., pp. 194-200. Sobre la problemática aplicación a estos menores de la legislación protectora, vid. M. J. BERNUZ BENEITEZ, E. FERNÁNDEZ MOLINA, F. PÉREZ JIMÉNEZ. «Menores de 14 años que cometen delitos» *Boletín Criminológico*, N.º 97, mayo 2007, pp.1 —4. También en tono crítico B. FEIJOO SÁNCHEZ en J. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, B. FEIJOO SÁNCHEZ, L. POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pág. 99. S. CARDENAL

Este ha sido el marco jurídico del derecho de menores en los últimos años. En julio de 2015 se aprobaron dos leyes que han modificado el sistema de protección jurídica de los menores y adolescentes. La ley penal del menor no ha sido modificada, sin embargo, la reforma del sistema de protección tiene como novedad más significativa la introducción de una medida de internamiento de seguridad dentro del sistema de acogimiento residencial.

No hay duda de que uno de los elementos que más puede influir en el desarrollo de la delincuencia juvenil es la situación de riesgo o desamparo en un menor, por el peso de la familia en la transmisión de los valores educativos al niño. Sobre dicha premisa, la mejor apuesta para la prevención de la delincuencia juvenil debe dirigirse a articular un adecuado sistema de protección, diverso y atento a las particularidades y necesidades específicas de cada niño⁸. Desde dicho punto de vista, pudiera resultar bienvenida la novedad que nos aporta la reforma de 2015, en tanto viene a dar respuesta a una específica problemática conductual⁹, si bien, en atención a sus características restrictivas, sea siempre el último recurso al que acudir.

No obstante, el análisis de la nueva figura plantea muchos interrogantes en clave garantista pues la misma recuerda, en su contenido, a la medida de internamiento prevista para el menor que ha delinquido, si bien esta última se impone como reproche al menor que ha cometido un hecho delictivo, en tanto la primera se impone a un menor que no ha de-

MONTRAVETA. *La responsabilidad penal de los menores*, 2^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 55.

⁸ En este sentido resulta acertada la reflexión de De Palma, quien, con relación a los menores en situación de dificultad social afirmaba en 2011 lo siguiente: «En primer lugar, las Administraciones competentes deberían elaborar y aplicar programas dirigidos a prevenir y detectar las situaciones de dificultad social, marginación, inadaptación o exclusión social que puedan padecer los menores. Una vez detectada alguna de estas situaciones, se debería proceder a su valoración, con el fin de diseñar el plan de actuación o intervención que permita eliminar o neutralizar los factores que han conducido a la misma. La actuación de las Administraciones debería tener como finalidad primordial la prevención de este tipo de situaciones y la aplicación de medidas en el propio entorno socio-familiar del menor (así lo prevé expresamente la legislación de Andalucía, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y Valencia). Sin embargo, la realidad parece poner de relieve que no siempre se actúa con la intensidad y eficacia deseable en el ámbito de la prevención.» En DE PALMA DEL TESO, ob. cit., pág.197.

⁹ Destaca Galán Rodríguez que los modelos actuales en salud mental infanto-juvenil y en protección a la infancia persiguen la normalización, abordar los problemas con los recursos comunitarios, permaneciendo el niño/adolescente en el seno familiar. Incluso en casos de niños y adolescentes cuyas dificultades personales les llevan a realizar conductas transgresoras muy graves, es posible abordar su problemática con los recursos familiares y comunitarios. Sin embargo, apunta el autor «persiste un reducido grupo que requiere intervención intensiva en...un recurso residencial de media-larga estancia». A. GALÁN RODRÍGUEZ, «Recursos residenciales para menores seriamente disruptivos: aportaciones técnicas a un debate social e institucional». *Papeles del psicólogo*, 2013 (Vol. 34) (1), pág. 23.

linquido, pero que presenta una específica problemática conductual. Son muchas las dudas que suscita la incorporación de esta previsión, sobre todo desde el punto de vista de las garantías que han de regir en la adopción y cumplimiento de una medida privativa de libertad, máxime cuando esta va dirigida a una persona especialmente vulnerable por su edad y situación. Nos hallamos ante un menor en situación de desprotección tutelado por la Administración. Por tanto, los controles de la adecuación constitucional de las limitaciones de derechos a que se somete al menor en cuestión tienen que ser muy escrupulosos¹⁰.

Es por ello que nos proponemos analizar los principios y características de la nueva previsión legal, subrayando los problemas de constitucionalidad y legalidad que la misma pudiera plantear, para ofrecer una interpretación dentro del estricto marco constitucional que dote de vigencia a la norma, pero observando de manera rigurosa los derechos del menor protegido.

2. La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

En primer lugar, siquiera sea de forma breve, cabe que nos planteemos cual es el marco jurídico que se aplica en supuestos de desprotección de menores, ámbito en el que se ha dado carta de naturaleza a esta nueva medida. El sistema de protección de menores regulado en la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor fue modificado mediante dos leyes aprobadas en julio de 2015.

Con carácter de ley ordinaria, se aprueba la Ley 26/2015 de 28 de julio de reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, publicada en el BOE de 29 de julio. Modifica diversas leyes, en concreto, en lo que afecta a la LOPJM, actualiza el estatuto jurídico de los menores extranjeros; se refuerza la protección de los niños víctimas de la violencia, con una especial referencia a los que son víctimas de la violencia de género; en este marco destaca la creación del Registro Central de Delinquentes Sexuales, presupuesto para la limitación en el ejercicio de profesiones que implican estar en contacto con la infancia. Se introduce, asimismo, un capítulo de «deberes del menor»; desde la concepción del menor como ciudadano se articulan, deberes en general y en tres ámbitos: familiar, escolar y social. También se revisan las instituciones de protección con una regulación estatal más completa de las situaciones de

¹⁰ Como nos recuerda la doctrina especializada, quizás no sea el castigo el método educativo más adecuado ante los problemas conductuales del niño o del adolescente, vid. A. SUÁREZ MUÑOZ, G. GARCÍA RIVERA, «Infancia y conflicto. Inadaptación social y respuesta educativa. La importancia de conocer la realidad escolar y laboral para ofrecer respuestas formativas e introducir mejoras eficaces» *Puertas a la lectura*, 2005, pág.166.

riesgo y desamparo. Finalmente, se modifican otras leyes: Código civil, Ley de Adopción internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), entre otras.

En segundo lugar, en este caso como Ley orgánica, se aprueba la LO 8/2015, de 22 de julio, publicada en el BOE de 23 de julio mediante la que se modifica, además de la LOPJM, la LEC, la LO del Poder Judicial (en adelante LOPJ), la LO sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y, finalmente la LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En el art. 1º de esta ley de reforma se contemplan las modificaciones que afectan a la LOPJM, en tanto en el art. 2º las referidas a la LEC, reuniéndose en sendas disposiciones finales, las que afectan al resto de leyes reformadas.

Según expone el legislador en el preámbulo de la ley de reforma, la razón de ser de esta se encuentra en la serie de cambios sociales y en las necesidades de mejora del marco de protección jurídica de los menores tras casi veinte años de vigencia de esta.

Se atiende a una serie de recomendaciones de diversas instituciones, expresamente los informes del Defensor del Pueblo¹¹ de 2009 y 2014, recomendaciones de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) en su memoria de 2010, del Comité de los Derechos de Niño, en sus observaciones a España de 3 de noviembre de 2010, y la Comisión Especial del Senado en materia de adopción cuyo informe fue publicado en el BOCG de 17 de noviembre de 2010. Asimismo, se atiende a la aprobación de una serie de convenios internacionales que exigían una adaptación normativa.

Se modifica, en el marco de la LOPJM, el concepto de interés superior del menor (art. 2). También el derecho del menor a ser oído y escuchado (art. 9), lo que se concreta en la posibilidad de interponer quejas ante el Defensor del Pueblo y homólogos autonómicos. Reforzándose, asimismo, su tutela judicial efectiva a través de la posibilidad de solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial. Una de las principales novedades de la reforma es la regulación del derecho sustantivo y procesal en el tratamiento de los menores con problemas de conducta. Introduciéndose un nuevo Cap. IV (arts. 25 a 35) en el T. II que concreta la regulación de la medida de internamiento aplicable al menor en estas situaciones, cuyo análisis es el objetivo del presente estudio.

Además, el art. 2 de la ley de reforma se dedica a las novedades que afectan a la LEC, en primer lugar, el nuevo art. 778 bis regula el procedi-

¹¹ «Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social» (2009) y «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia» (2014).

miento para el ingreso de los menores en un centro de protección específico para menores con problemas de conducta. Por su parte, en el art. 778 ter se regula el régimen de las autorizaciones para entrada en domicilio y otros lugares para hacer efectivas las medidas de protección al menor.

En la DF 1ª se modifica la LOPJ para ampliar la competencia de los juzgados de 1ª instancia para la ejecución forzosa de medidas de protección.

La DF 2ª modifica la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, para la protección de personas extranjeras en situación irregular y sus hijos, víctimas de trata.

Finalmente, la DF 3ª introduce mejoras en la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, destacando la consideración como víctimas específicas de la violencia de género, de los hijos de las mujeres víctimas.

Pues bien, como ya se ha adelantado, una de las novedades más relevantes de la reforma es la regulación del derecho sustantivo y procesal en el tratamiento de los menores con problemas de conducta. Introduciéndose un nuevo Cap. IV (arts. 25 a 35) en el T. II en el que se regula *el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta*, en el que se prevé la posibilidad de utilizar medidas de seguridad y restricción de libertades o derechos fundamentales.

En el preámbulo se justifica la introducción por la aparición de un nuevo perfil de usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Específicamente, estos se encuentran con un número cada vez más elevado de niños con «problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental». Son situaciones que demandan soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o las familias, considerando más adecuado el ingreso en centros especializados¹².

En el origen de tales conductas, según los expertos, nos encontramos la falta de límites. Son personas a las que nunca se les ha dicho que no,

¹² La doctrina ya había referido desde hacía tiempo la aparición de un nuevo perfil de usuarios del sistema de protección, así A. BRAVO, J. F. DEL VALLE, «Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil» *Papeles del Psicólogo*, 2009. Vol. 30(1), pp. 44 y ss. Afirmándose ya entonces por parte de los autores citados que «Dada la naturaleza del problema es probable que el éxito de las intervenciones pase por reforzar los servicios sociales comunitarios desarrollando programas preventivos, de mediación e incluso intervención en crisis, puesto que es el ámbito privilegiado para incidir en el propio medio familiar y social de los jóvenes». Si bien, también subrayan que en muchas ocasiones la petición de ayuda de los padres llega tras años de conflicto por lo que ya no son muy útiles las soluciones comunitarias o la mediación *ibidem*, pág. 46.

cuando llegan a la adolescencia siguen sin admitir un «no» de sus progenitores y es cuando el problema alcanza verdadera importancia. Los psicólogos y pedagogos han descrito este fenómeno calificándolo como «el síndrome del emperador».

En los últimos tiempos se observa un significativo incremento de episodios de delincuencia juvenil procedentes de ambientes normalizados, de familias no problemáticas, de clase media e incluso media alta. En estos casos, las conductas desviadas pueden tener alguna conexión con la pérdida de la autoridad parental, el descenso del tiempo invertido por parte de los padres con los menores, la menor interacción familiar, así como la falta de control en el proceso de socialización del hijo. No es infrecuente encontrar en este grupo conductas de maltrato del hijo hacia sus progenitores¹³.

Dado que la previsión de medidas de protección especiales para estos casos, implica la afectación a los derechos fundamentales del niño y sus límites de intervención, es necesaria la regulación a través de una ley orgánica.

Resulta importante detenerse en las intenciones del legislador plasmadas en el preámbulo de la ley de reforma, donde se afirma:

(...) estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos...teniendo en cuenta que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos (...). Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta (...) un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación (...) radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico puede ofrecerles (...).

No obstante, es sintomática la afirmación del legislador excluyendo expresamente la concepción de la medida como *instrumento de defensa social frente a adolescentes conflictivos* pues, de la particular configuración del recurso, plagado de mecanismos de contención y seguridad, pudiera parecer que, en realidad, es esa su finalidad. Sin embargo, el estricto control administrativo y judicial en su aplicación, debería mantener la figura en los límites y con la finalidad que se afirma que esta tiene, siendo su exclusivo criterio rector la protección e interés superior de la persona menor de edad. Se pretende proporcionar al niño un entorno de socialización adecuado para su educación y libre desarrollo de su personalidad.

¹³ COLÁS TURÉGAÑO, ob. cit., pág. 25. El maltrato hacia los progenitores es un fenómeno especialmente complejo en el que pueden influir los factores destacados en el texto, pero también otros como situaciones de hiperactividad o personalidad antisocial. Para un análisis más detallado del perfil del menor tirano, vid. la monografía del profesor V. GARRIDO GENOVÉS, *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Barcelona, Ariel, 2005.

No cabe tampoco obviar que la intervención especializada tiene también como finalidad la reintegración del menor al ámbito familiar por lo que, de ser posible, debería intervenir también en la propia familia, lo que se contempla expresamente en los casos en los que ha sido esta la que ha solicitado la asunción por la administración de la guarda del niño¹⁴, mas no con carácter general para esta específica situación conductual.

3. Problemática especial del nuevo sistema de internamiento para los menores con problemas de conducta

El preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio justifica la necesidad de la nueva medida en el cambio de perfil de los menores que llegan al sistema de protección, apreciándose un significativo incremento de niños responsables de hechos de violencia filio parental. En este el legislador lleva a cabo una aproximación al concepto de menor con problemas de conducta aludiendo a situaciones conflictivas derivadas de problemas de «comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental». Se trata de una definición bastante imprecisa y ambigua que hace albergar serias dudas del respeto al principio de seguridad jurídica de los menores destinatarios de la medida. Como veremos, tampoco el texto articulado precisa mucho más el presupuesto aplicativo.

Ciertamente, el perfil de menor con comportamiento disruptivo, hiperactivo, desafiante negativista o disocial, términos empleados por la psicología clínica para describir tal conducta era conocido por los sistemas, tanto de protección como de reforma. De hecho, en el ámbito de reforma un importante número de los niños que llegan a la justicia de menores lo hace como responsable de un delito de maltrato familiar fruto de tales alteraciones del comportamiento. Hoy en día se han tenido que habilitar recursos específicos dentro del ámbito de los centros de reeducación de menores para atender esta problemática específica¹⁵.

¹⁴ Art. 25.3 LOPJM. C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 304.

¹⁵ COLÁS TURÉGANO, ob. cit., pág. 43. Vid. También programa aplicado en el Centro de Reeducación «La Colonia San Vicente Ferrer» en Burjassot (Valencia) reflejado en la tesis doctoral de la Dra. J. SÁNCHEZ HERAS. «Análisis y puesta en práctica de un programa de intervención con familias y menores que maltratan a sus padres en un centro de menores», publicada en *SURGAM Revista Digital de Orientación Pedagógica*, Tercera época, Año LVI, mayo-agosto 2010.

3.1. *Antecedentes. La caótica regulación en las administraciones autonómicas*

En el ámbito protector, las diferentes comunidades autónomas habían recogido una regulación específica de centros para hacer frente a este nuevo perfil de menor. Sirva como ejemplo la Ley de Infancia y Adolescencia aprobada en la Comunidad Autónoma Valenciana en 2008. En esta comunidad, ya en el año 2003, se había aprobado la orden de 19 de junio de 2003 en la que se regulaban las tipologías de centros de protección en cuya disposición adicional tercera, expresamente se aludía a la posibilidad de incorporar medidas de seguridad específicas ante menores con «conductas inadaptadas o de alto riesgo».

Tercera. Medidas de seguridad

Los centros de protección de menores de carácter residencial, con el fin de posibilitar la función educativa de menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo, podrán dotarse de elementos constructivos de seguridad y contención, así como incorporar a sus normas internas de funcionamiento y convivencia, medidas restrictivas de movilidad de entrada y salida de sus usuarios y de ordenación de medidas de control activas y pasivas. Estos centros tendrán el carácter de formación especial o terapéutica, lo que podrá requerir el oportuno profesional especializado.

Por su parte, la ley aprobada en 2008 ahonda en dicha dirección cuando, al describir en su art. 112.3 los tipos de centros en los que se ha de cumplir la medida de acogimiento residencial, establece:

3. Con el objeto de posibilitar la función educativa de los centros de protección de menores, éstos podrán estar dotados de elementos constructivos de seguridad y contención. Y podrán incorporar, a sus normas internas de funcionamiento y convivencia, medidas restrictivas de movilidad de entrada y salida de sus usuarios y de ordenación de medidas de control activas y pasivas. Todo ello dentro del respeto a los derechos que esta Ley y el ordenamiento jurídico reconoce a todo menor y el interés superior de éste. Estos centros o unidades tendrán el carácter de formación especial o terapéutica.

Asimismo, la Orden de 17 de enero de 2008 sobre la «Organización y funcionamiento de los centros de protección y el acogimiento residencial y de estancia de día de menores en la Comunidad Valenciana», concibe el acogimiento residencial como medida subsidiaria de protección al menor cuando no sea posible el acogimiento familiar (arts. 1 y 4). Dentro de los motivos que fundamentan la adopción de la medida, se alude de manera expresa en el art. 9.1.d) a los problemas *de socialización o de conducta que requieren de algún recurso residencial con medios especializados*. Es significativo subrayar que el art. 9.4 determina los plazos de duración de la medida de acogimiento residencial, distinguiéndose entre los centros de recepción o primera atención, en los que el menor no puede estar más de cuarenta y cinco días y el resto en los que, —salvo que el interés del

menor aconseje una mayor duración— el plazo máximo de estancia será de dos años¹⁶.

Se expone, asimismo, que la presencia de conductas inadaptadas en el menor no es factor que aconseje el acogimiento residencial, para los menores conflictivos que viven en ambientes degradados es preferible la intervención en su entorno social y familiar. (art. 9.6).

Especialmente se dedica el art. 10.8 a los menores con conductas inadaptadas o agresivas posibilitando la adopción de mayores medidas de seguridad:

8. Con el objeto de posibilitar la función educativa de los centros con menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo para ellos mismos o para terceras personas, los centros de acogimiento residencial de protección de menores podrán estar dotados de elementos constructivos de seguridad y contención y podrán incorporar a sus normas internas de funcionamiento y convivencia, medidas restrictivas de movilidad de entrada y salida de sus usuarios y de ordenación de medidas de control activas y pasivas. Todo ello dentro del respeto a los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al menor y al interés superior de éste, como alternativa última a la intervención en el entorno social y familiar del menor. Estos centros de protección tendrán el carácter de formación especial o terapéutica, lo que requerirá del oportuno equipo profesional especializado.

La situación de estos centros y el especial rigor que en alguno de ellos se utilizó con los menores dio lugar a una serie de denuncias y a la elaboración de un informe por parte del Defensor del Pueblo en el año 2009 «Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social»¹⁷. En dicho informe, el Defensor del Pueblo denunció la situación en la que se encontraban algunos de los menores internados, pues en muchos casos, más que sometidos a una medida de protección, materialmente se les estaba aplicando una medida de castigo. Así, entre las situaciones denunciadas en el informe:

- Se constató la convivencia de menores con muy diferente perfil, de manera que se podía encontrar a menores de catorce años que habiendo cometido una infracción penal y no podérseles aplicar el régimen de responsabilidad penal previsto en la LO 5/2000, se les lleva a centros en los que conviven con menores afectados por un trastorno mental.
- Se comprobó, asimismo, la aplicación de medidas de contención y seguridad sin un marco jurídico de referencia, así como la in-

¹⁶ Como se analizará, la LOPJM, al regular la medida no fija ninguna duración máxima, siendo las CCAA, como el caso analizado, las que fijan alguna limitación temporal.

¹⁷ <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/centros-de-proteccion-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situacion-de-dificultad-social-2009/>
Consultado el 27 de junio de 2022.

adecuación de los lugares en los que se aplicaban tales medidas de coerción, se refiere la aplicación de la sanción de aislamiento en salas o habitaciones en condiciones deplorables. Se hace hincapié en el contraste de dicha situación frente a los menores sometidos a una medida de reeducación donde dichos aspectos, legales y materiales sí están regulados y cubiertos de manera adecuada.

- Finalmente, se incide en otras cuestiones de no menor relevancia, como el suministro de medicamentos, la disparidad de criterios entre comunidades a la hora de exigir o no la autorización judicial para el ingreso, así como la falta de seguimiento en la ejecución de la medida. A la vista de esta realidad, el informe incorpora una serie de recomendaciones.

En primer lugar, se propone la elaboración de un marco jurídico general, donde la posibilidad de aplicar medidas de seguridad y contención esté configurada como medida de protección del propio menor y no como castigo. Concibiéndose el uso de medios coercitivos siempre como un último recurso.

Por otro lado, se plantea la necesidad de exigir autorización judicial para el internamiento y el control periódico de la medida por parte del Ministerio Fiscal.

Se alerta de la necesidad de revisar el catálogo de especialidades en psiquiatría y psicología clínica para incluir psiquiatría y psicología de la infancia y adolescencia para un mejor conocimiento de la problemática de estos menores, así como de las diversas opciones de tratamiento.

Como consideración final, se recomienda un mejor trato a los profesionales encargados de la atención y cuidado de estos menores.

Pero no fue solo el Defensor del Pueblo quien investigó la situación de estos centros y de los niños en ellos internados, otras organizaciones también se pronunciaron sobre esta realidad. Destacan los dos informes presentados por Amnistía internacional, España que publica, a finales del año 2009, el informe: *Menores en centros de protección terapéuticos. «Si vuelvo, me mato»* (I), completado en el año 2010 por un informe de seguimiento. En estos, ahondando en las irregularidades expuestas por el Defensor del Pueblo, se denuncian situaciones de malos tratos e incluso intentos de suicidio¹⁸. Entre las cuestiones más llamativas destacadas en ambos informes, sobresale la falta de datos sobre el número de menores

¹⁸ <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/12/15/espana/1260883241.html> (consultado 27.06.2022)

http://elpais.com/diario/2009/12/16/sociedad/1260918013_850215.html (consultado 27.06.2022)

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/02/espana/1233584943.html> (consultado 27.06.2022)

tutelados y dentro de estos, del número de menores a los que se aplica esta medida. Se critica, asimismo, la falta de transparencia y accesibilidad a los menores por parte de instituciones de la sociedad civil, la propia Amnistía tuvo dificultades para acceder a dichos menores, ello, como se subraya, incrementa su ya acentuada vulnerabilidad e impide controlar el cumplimiento de los derechos que estos menores tienen reconocidos en normas nacionales e internacionales. En general, no hay supervisión, lo que conduce inevitablemente a una preocupante invisibilidad. En la mayoría de los casos las medidas se cumplen en centros gestionados por entidades privadas. Se denuncia, también, la falta de intervención judicial en muchos casos, sin que los menores tengan derecho a asistencia letrada. Finalmente, se destaca que España es uno de los pocos países europeos sin especialidad en Psiquiatría infantil lo que puede influir en la falta de rigor en el diagnóstico, en algún caso se ingresa a las menores «por ser promiscuas»¹⁹.

Abundando en las críticas, el Comité contra la Tortura²⁰ de la Naciones Unidas, en su informe de 19 de noviembre de 2009 lamenta la falta de información sobre las medidas adoptadas por el Estado Español tras el informe del Defensor del Pueblo y recomienda que se tomen las medidas necesarias para garantizar un cumplimiento humano y digno a los menores en los centros así como que se investigue los malos tratos denunciados.

También en el seno de Naciones Unidas, desde el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones a España en el documento de 3 de noviembre de 2010²¹ manifiesta su preocupación por la situación de los centros de protección para menores con problemas de conducta, destacando la falta de criterios claros por los que los menores son enviados a estos,

¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, ESPAÑA. *Menores en centros de protección terapéuticos. 'Si vuelvo, ¡me mato!'*, 2009, pág. 54. La especialidad ha sido creada en nuestro país recientemente ante la necesidad de atender a la salud mental de la infancia y adolescencia y para armonizar con los sistemas formativos de nuestro entorno. RD 689/2021, de 3 de agosto, por el que se establece el título de médica/o especialista en Psiquiatría infantil y de la adolescencia.

²⁰ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité contra la Tortura. Suplemento N.º 44(A/65/44), pág. 60. «El Comité lamenta la falta de información suficiente sobre las medidas adoptadas para responder a las serias preocupaciones expresadas por el Defensor del Pueblo en su informe de 2009 sobre las condiciones en los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social. En particular, al Comité le preocupan las alegaciones de la práctica de aislamiento en muchos de estos centros, así como de una administración de fármacos que se realizaría sin adecuadas garantías (artículos 11 y 12).» Recomendando que: «El Estado parte debería tomar las medidas necesarias para asegurar unas condiciones humanas y dignas en los centros de protección de menores con trastorno de conducta y en dificultad social. El Estado parte debería también investigar exhaustivamente todas alegaciones de abusos o malos tratos cometidos en estos centros».

²¹ NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del Niño. Observaciones a España. CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010, pág. 8.

advirtiéndolo de la posibilidad de que estos centros especiales «podrían constituir una forma de privación de la libertad». Por ello, se recomienda que si es aplicada la medida lo sea como último recurso, con autorización judicial y habiendo escuchado previamente al menor. Asimismo, se recomienda el establecimiento de un organismo independiente de control que canalice las posibles quejas de los menores, la realización de evaluaciones periódicas de la medida aplicada, que el tiempo de duración de esta sea el mínimo posible. Finalmente, se plantea la adopción de una serie de recursos psicosociales como apoyo a la medida de internamiento.

A la vista de esta serie de informes, el Senado constituye una comisión especial para escuchar la opinión de los expertos sobre la adopción y otras cuestiones relativas al régimen de protección de menores, cuyas conclusiones y recomendaciones se publican en el Boletín General de las Cortes Generales. Senado, de 17 de noviembre de 2010.

De las diferentes intervenciones resulta significativo destacar la opinión de la Fiscalía, representada por la entonces coordinadora de menores en la Fiscalía General del Estado, demandando una unificación legislativa respecto al cumplimiento de la medida de acogimiento residencial para los menores con problemas de conducta, medida que como previamente se había denunciado por el Defensor del Pueblo era de aplicación bastante dispar en función de la Comunidad Autónoma, por ello se demanda:

(...) una normativa de rango orgánico y ámbito estatal que prevea los recursos de protección para menores con trastornos de conducta y dificultades de adaptación social, como centros especializados de protección, debidamente delimitados pero coordinados con los recursos de la red sanitaria, sujetos al régimen de autorización judicial para los ingresos no voluntarios del menor usuario y justificados exclusivamente en razones de protección (educación y terapia) y nunca en razones de defensa social. En tal sentido, sería indispensable delimitar la naturaleza de estos centros, su régimen interno, la disciplina —sanciones y recursos, seguridad (cualificación del personal encargado, registros, contenciones)—, y el control de los tratamientos médicos y farmacológicos²².

Especialmente crítica fue la responsable de Amnistía Internacional, en su intervención refiere la situación de los centros terapéuticos de menores, subrayando la falta de transparencia de las administraciones autonómicas respecto a las condiciones de cumplimiento de las medidas. En concreto denunció, basándose en los datos aportados por el Defensor del Pueblo en su informe, que:

²² SENADO DE ESPAÑA. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la Adopción Nacional y otros temas afines. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura, 17 de noviembre de 2010, núm. 545, pág. 31.

(...) solo el 32% de estos ingresos en centros terapéuticos, que suelen tener un régimen cerrado o semi cerrado, cuentan con autorización judicial; mientras que, en una prisión, cualquier medida de aislamiento debe ser autorizada por un juez de vigilancia penitenciaria, en los centros terapéuticos de menores cualquier medida sobre medicación forzosa, sometimiento a contención física o celdas de aislamiento no tiene apenas supervisión. Muchos de estos menores son sometidos a sanciones disciplinarias prohibidas por el derecho internacional. De las entrevistas mantenidas, se desprende que el abuso físico es considerado como una facultad discrecional del centro²³.

La comisión concluyó sus trabajos formulando, como principal conclusión, la necesidad de centros y programas especiales para los menores con graves trastornos de conducta y enunció las siguientes recomendaciones²⁴:

- Fijar plazos máximos para el acogimiento residencial.
- Diferenciar los supuestos que dan lugar al acogimiento residencial para su adaptación a las necesidades de los menores, refiriéndose de manera especial al caso que nos ocupa.
- Aprobar un marco común de funcionamiento de los centros de acogida garantizador de los derechos de los menores, regulando el régimen interior, (sanciones, controles, recursos, tratamientos médicos, farmacológicos...).

Como respuesta a toda esta serie de críticas, informes y recomendaciones, el Gobierno de España reacciona, en primer lugar, a través de un primer instrumento de coordinación; se adopta por parte de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia un «Protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta»²⁵. Como se aduce por parte del Gobierno español, ante las observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas²⁶ y otras instituciones, para solucionar problemas relacionados con el ingreso de menores con trastornos de conducta en centros de protección se acordó en la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales la elaboración de dicho protocolo básico que fue aprobado en la reunión de la Comisión de directores/as Generales de Infancia que tuvo lugar el 20 de mayo de 2010. En cuya aprobación intervino también el Ministerio Fiscal quién participó en su elaboración y revisión. Los aspectos más destacables de este documento son la especificación de las vías de ingreso, la necesidad de solicitar auto-

²³ SENADO DE ESPAÑA, ob. cit., pág. 40.

²⁴ SENADO DE ESPAÑA, ob. cit., pp. 47-48.

²⁵ Se ha tomado la referencia de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos».

²⁶ CRC/C/ESP/Q/3-4/Add. 1, 2 de septiembre de 2010.

rización judicial si se va a proceder al ingreso en un centro con medidas especiales de protección y contención por el perfil del menor, estableciéndose, asimismo, la especial vigilancia de estos centros por parte del Ministerio Fiscal con visitas semestrales debiendo promover, en su caso, ante el juez, las medidas de protección que estimara oportunas.

En este sentido, la propia FGE aprueba la Circular 8/2011: «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores» en la que se dedica un apartado específico a los centros de protección para menores con problemas de conducta, aconsejando una especial vigilancia sobre los mismos al estar en ellos especialmente en riesgo los derechos de los menores internos, por su mayor vulnerabilidad.

De lo expuesto, se colige la ambigua situación en la que se encontraban los menores internados en estos específicos centros de protección. Como se ha significado en el seno de la doctrina civilista, la situación de estos y la dispersión normativa sobre los mismos, la falta de regulación específica y la ejecución material de las medidas recordaba notablemente al criticado sistema tutelar, con su peligrosa confusión entre los niños necesitados de un régimen de protección especial y los sometidos a un régimen de reforma. Con el añadido de que, una vez modificada la legislación tutelar y aprobada la nueva ley penal juvenil, se daba peor trato, a la vista de lo examinado, a los menores protegidos pero internados en centros de alta seguridad, a los que se privaba de las garantías que sí tenían reconocidas los menores responsables de un delito sometidos al régimen jurídico de la LORRPM²⁷.

3.2. *Fundamento, naturaleza jurídica y principios específicos*

Así las cosas, se plantea la reforma de la LOPJM para incorporar las sugerencias derivadas de los distintos informes emitidos. La novedad legislativa es, por tanto, bienvenida al recoger un buen número de las exigencias plasmadas en estos, como la necesaria autorización judicial, la previsión de un procedimiento, el establecimiento de una serie de controles externos y la regulación del uso de medidas de seguridad, así como explícitas referencias al procedimiento sancionador.

No obstante, a pesar del avance evidente en garantías, pues, hasta el momento de la entrada en vigor de la reforma, se estaba privando a una categoría de menores de sus derechos fundamentales, sin la debida

²⁷ H. DÍAZ GARCÍA, «La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pág. 206.

cobertura legal y sin autorización judicial; parece importante realizar un estudio de la regulación a la luz de los principios constitucionales para verificar si la nueva configuración de la medida protectora, cumple con los parámetros constitucionales exigibles en cualquier supuesto de privación de libertad o, por el contrario, resultaría conveniente modificar algún aspecto de esta, con el fin de cumplir dichas exigencias.

Ciertamente, sin entrar todavía en el juicio pormenorizado de constitucionalidad, sí llama poderosamente la atención, el acentuado carácter punitivista de la solución adoptada²⁸, limitándose a regular, mediante ley orgánica, el régimen jurídico de los «centros de protección específico de menores con problemas de conducta» con el fin de unificar el caos reinante en la normativa autonómica. De esta forma, si bien se da cobertura formal a la medida, sigue generando ciertas dudas al recordar la regulación a las antiguas medidas de seguridad predelictuales.

Como acertadamente se subraya en el Dictamen del Consejo Económico y Social al Proyecto, el abordaje de esta problemática específica no debería quedar reducida a la regulación de los aspectos de régimen interno y disciplinario en esta concreta modalidad de acogimiento residencial²⁹.

Por otro lado, como se ha significado en la doctrina³⁰, la solución propuesta ante los problemas conductuales de los menores toma un enfoque «claramente *adultocéntrico*», al no analizar las razones que han podido llevar al menor a adoptar tal comportamiento, considerando al niño único responsable de su conducta. Una perspectiva bien diferente a la adoptada en el régimen penal, en el que claramente se establece que la medida a imponer al menor responsable de un delito tendrá en cuenta el hecho, pero especialmente la edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (art. 7.3 LORRPM).

A la hora de analizar el fundamento y razón de ser de esta específica modalidad de acogimiento residencial, cogimos de la regulación su estricta finalidad educativa. Así se indica, expresamente, en el art. 25.2 de la LOPJM al exponer que la finalidad del ingreso en el centro es propor-

²⁸ La doctrina especializada cuestiona la utilidad en la aplicación de medidas farmacológicas y de contención. Así afirma Galán Rodríguez que «(...) las estrategias más impositivas (contención farmacológica y mecánica) sean muy eficaces para ofrecer seguridad inmediata (...) pero contribuyen poco al desarrollo del mecanismo de autorregulación. Encontrar el punto óptimo entre seguridad inmediata y proceso de construcción personal, es una decisión que debe ser tomada individualmente en cada caso». GALÁN RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 29.

²⁹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la ley de Protección a la Infancia, pág. 13.

³⁰ C. VILLAGRASA, «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49 (2015), pág. 38.

cionar al niño «un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo». Cuidándose el legislador de separar dichos centros de los dirigidos al tratamiento de problemas de salud mental y de los dedicados a la reinserción social de los menores responsables de delitos³¹.

No obstante, a pesar de dicha declaración general, la concreta regulación del recurso presenta evidentes similitudes materiales con las hoy derogadas medidas de seguridad predelictuales³² y con las vigentes medidas de seguridad, como también, con las medidas de internamiento para los menores responsables de un delito. Dicho punto de conexión tiene que ver con uno de los rasgos individualizadores de esta medida, cuya aplicación no deriva, como el resto de medidas de protección, de la exclusiva situación de riesgo o desamparo del menor; de la desatención de los progenitores o representantes, sino del propio comportamiento del niño, cuyos problemas conductuales son los que determinan el internamiento.

Esa exigencia conductual aproxima la medida a la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídico penales al estar en el origen de los tres instrumentos. En la medida de seguridad, el sujeto lleva a cabo una conducta constitutiva de delito de la que no es responsable en razón a su inimputabilidad, pero que revela su peligrosidad criminal (art. 6 CP); las medidas de reeducación previstas en la LORRPM, son una respuesta sancionadora educativa ante la comisión por el menor de edad de un ilícito penal; finalmente, la aplicación del acogimiento residencial para menores con problemas de conducta, viene motivado por las reiteradas conductas disruptivas o disociales del niño, transgresoras de las normas sociales y de los derechos de terceros.

³¹ En línea con la declaración del legislador: E. M. MARTÍN AZCANO, «Internamiento de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos», *La Ley. Derecho de Familia*, n° 15, julio-septiembre 2017, pág. 5. Sobre el carácter inocuizador de las medidas de internamiento no voluntario en casos de enfermedad mental, con una evidente similitud a la medida que estamos analizando, vid. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental» *UNED. Revista de Derecho Político*, N° 87, mayo-agosto 2013, pág. 199. Referido a dicho internamiento no voluntario especifica el autor: «...el eje normativo en torno al cual giraría el régimen jurídico del internamiento involuntario sería fundamentalmente la libertad personal, pues tal internamiento, más que medida terapéutica, se asemeja a una medida: de inocuidad...que busca evitar determinados riesgos adversos mediante la inocuización del sujeto a fin de reducir su capacidad o potencial de generar daños para sí o terceros...».

³² En palabras del profesor Mir Puig, las citadas leyes recogían «un sistema de medidas de seguridad...de carácter predelictual, que no exigían la previa comisión de un delito, sino sólo que el sujeto se encontrase en uno de los ‘estados peligrosos’ enumerados por la Ley». Pudieran tales problemas conductuales asimilarse a un específico estado peligroso. S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996, pág.781. Vid. también M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*, 5 ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 989.

La finalidad perseguida con la aplicación de los tres recursos es la respuesta a las específicas necesidades del sujeto, médicas o educativas en el caso de las medidas de seguridad, específicamente educativas en el caso de las medidas de reeducación de la LORRPM³³, de protección y educativas en la señalada modalidad de acogimiento residencial de la LOPJM.

Otro importante punto de conexión con las medidas de seguridad y, también, generalmente con las medidas de reeducación, específicamente con los internamientos, es la flexibilidad en su ejecución. Con relación a las medidas de seguridad privativas de libertad, el art. 98 del CP dispone que, anualmente, el juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la oportunidad de mantener, cesar, sustituir o suspender la medida. Principio de flexibilidad que también preside la decisión y ejecución de las medidas de reforma, como así se contempla en el art. 13 de la LORRPM. Algo similar a lo que encontramos en el caso de la medida de protección para menores conflictivos, en el que la flexibilidad es más amplia pues, frente a las anteriores, que sí tienen una inicial duración determinada que puede ir variando en función de las circunstancias, en esta no se establece una determinación temporal inicial, sino solo la exigencia de revisión cada tres meses³⁴.

Así pues, es cierto que podemos afirmar que formalmente nos encontramos ante una medida de protección que tiene la particularidad que no se origina de manera exclusiva en el inadecuado ejercicio de la patria potestad que ha derivado en una situación de desamparo, sino en el propio comportamiento del menor que implica un riesgo para sí mismo y para terceros. Sin embargo, también cabe tener en cuenta que tales desajustes conductuales pueden tener su origen en muy diversas causas, entre las que nos podemos encontrar, también, un deficiente proceso educativo.

El resultado es que aplicamos al niño una medida de protección que materialmente coincide con la medida de mayor gravedad prevista en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la medida de internamiento. Lo que ha llevado a la doctrina a subrayar su

³³ Si bien las sucesivas reformas de la LORRPM, especialmente la de diciembre de 2006 ha dado entrada a las finalidades preventivo generales en los supuestos de mayor gravedad, en los que lo relevante para la decisión de la medida adecuada no son las específicas necesidades educativas del menor sino la propia gravedad del hecho. Arts. 9.2 y 10 de la LORRPM.

³⁴ Dispone el art. 32 de la LOPJM...*deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el oportuno informe motivado de seguimiento...*

Por su lado en el art. 778 bis. 6 de la LEC...*Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior...*

Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y del Director del Centro...oído el menor y el Ministerio fiscal, acordará lo precedente sobre la continuidad o no del ingreso.

carácter híbrido, calificándola de *tertium genus* entre los centros ordinarios de protección y los centros de reforma, en función de sus particularidades³⁵.

Por otra parte, también hay una importante división doctrinal con relación a la oportunidad del recurso protector. Si bien encontramos autores que justifican su necesidad³⁶ para supuestos muy complejos de problemática conductual; otros, por el contrario, son críticos ante la posibilidad de resucitar el sistema tutelar y el denostado concepto de infancia peligrosa. Es por ello que, para reafirmar el carácter tuitivo de la previsión, hubiera sido oportuno y deseable una regulación más completa de los aspectos educativos de la medida, por ejemplo la concreción de los aspectos básico del proyecto educativo³⁷ que es someramente mencionado pero cuyo desarrollo se deja a la legislación autonómica, lo que contrasta con la prolija y detallada regulación de los aspectos asegurativos³⁸.

Para finalizar el apartado es importante detenerse en el análisis de los principios que han de gobernar la aplicación de esta específica y particular medida de acogimiento residencial, algunos de los cuales son comunes a los que rigen en el ámbito de las medidas de internamiento del sistema de reforma, son los siguientes:

1.—Superior interés del menor. El principio es de común observancia siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a una persona menor de edad. Se halla recogido, de manera expresa, en el Art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño en el que se establece: *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se*

³⁵ A. LÓPEZ AZCONA, «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 146-147. Si bien concluye que la medida se concibe en la ley de índole exclusivamente protectora educativa y no reformadora.

³⁶ LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 147. DE PALMA DEL TESO, ob. cit., pp.168-169 y 175. Sin embargo, son críticos: FERREIRÓS MARCOS, ob.cit., pág. 24 y DÍAZ GARCÍA, ob.cit., pp. 277, 279 y 280, por la reminiscencia al concepto de «infancia peligrosa».

³⁷ MARTÍN AZCANO, ob. cit., pág. 7. Como sostiene la autora apoyándose en los razonamientos del Consejo Fiscal, solo la sumisión de los Centros a ese Proyecto Educativo general garantiza que la intervención con los adolescentes acogidos se realice al margen de criterios de defensa social ajenos al superior interés de los niños, y procure exclusivamente el pleno desarrollo de su personalidad y su autonomía». Así también: L. VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, «El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 11, octubre 2016, pp. 142. E. PILLADO GONZÁLEZ, «Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección especial». *Práctica de Tribunales N.º 147, noviembre-diciembre: La tecnología en los juzgados y juicios civiles telemáticos post coronavirus*, N.º 147, 2 de nov. de 2020, pág. 7.

³⁸ LÓPEZ AZCONA, ob. cit., pág.164.

atenderá será el interés superior del niño. Por tanto, es principio básico en todo el ámbito de derechos aplicables a los menores, el de la búsqueda siempre y en todo momento de aquella actuación que redunde en interés del menor. En la legislación española se desarrolla extensamente en el art. 2 de la LOPJM que reconoce el derecho de la persona menor de edad a que *su interés superior sea valorado y considerado primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.* El principio reconocido desde la aprobación de la ley en el año 1996, ha sido ampliamente concretado y desarrollado en la reforma de 2015 fijándose en el ap. 2 sus criterios aplicativos. De especial interés la referencia específica a las garantías procesales recogidas en el ap. 5 del precepto³⁹, entre las que sobresale el derecho del niño a ser informado, oído y escuchado antes de la adopción de una decisión de tan singular trascendencia en su vida.

2.—Principio de proporcionalidad, que debe regir en las decisiones que afecten, como es el caso, al derecho fundamental a la libertad. Este principio de proporcionalidad se traduce, en primer lugar, en el carácter subsidiario de la medida que solo debe ser adoptada en aquellas situaciones en las que los problemas conductuales de la persona menor de edad no puedan ser corregidos mediante medidas preventivas menos aflictivas. La propia ley (art. 25.2 LOPJM) da pie para concebir este recurso de aplicación absolutamente excepcional, como asimismo se mantiene desde la literatura especializada⁴⁰, insistiendo en la necesidad de la prevención y del trabajo temprano con las familias en situación de riesgo. En este punto, se han subrayado las deficiencias de la LOPJM que ha renunciado a ampliar las situaciones de riesgo para incluir las primeras manifestaciones de problemas conductuales, lo que sin embargo, sí se recoge en la legislación autonómica⁴¹.

En segundo lugar, en la limitación temporal puesto que el recurso solo va a poder aplicarse el tiempo estrictamente necesario. En este punto, se echa en falta una expresa declaración legal limitadora de su duración. La ley se ciñe a recoger esa necesaria transitoriedad vinculada a la específica problemática y situación del niño (art. 26.5 LOPJM y art. 778

³⁹ Como nos recuerda Ferreirós Marcos, todas las modalidades de internamientos de menores deben respetar una serie de principios reconocidos internacionalmente, así, la separación de los adultos, recogido en el art. 37c de la CDN, aplicable especialmente al ámbito penitenciario, también plasmado en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 para menores procesados y sentenciados. En la normativa española se recoge expresamente en la LORRPM y también en el art. 763 LEC en el ámbito del internamiento involuntario por trastorno psíquico. También, especialmente relevante, la equiparación de garantías derivado del principio de no discriminación regulado en el art. 2 CDN, en el ámbito del internamiento del niño por problemas de conducta destaca la necesaria intervención de la autoridad judicial. FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 4.

⁴⁰ LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 139, y bibliografía allí citada, not.17. También FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 8.

⁴¹ LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pp. 140-141. PILLADO GONZÁLEZ, ob.cit., pág. 8.

bis.7.1 LEC), fijando unos controles temporales con base en los informes trimestrales que han de emitirse desde la entidad.

Finalmente, el principio de proporcionalidad se manifiesta, asimismo, en el carácter de *ultima ratio* que ha de presidir la aplicación de las medidas de seguridad y el régimen disciplinario, bajo un estricto control y autorización judicial, dado que el juez ha de pronunciarse expresamente sobre dichas medidas en el auto por el que autorice la imposición de la medida (art. 26.3 LOPJM).

3.—Especialización. El principio se recoge en la normativa internacional y también en la propia ley que exige que el informe que da pie a la adopción de la medida venga avalado por un equipo multidisciplinar de expertos en menores. De manera tácita, la concentración de la competencia judicial en un único órgano jurisdiccional dará lugar a una especialización *de facto*. Debería haber previsto la ley la exigencia de especialización que, con la actual regulación, queda al mero voluntarismo de los jueces actuantes. Asimismo, el propio recurso ha de contar con la necesaria especialidad para abordar la particular problemática del niño⁴².

Tras analizar el fundamento, naturaleza y principios de la medida, procede examinar su regulación tanto sustantiva como procedimental. Como ya se ha avanzado, la reforma se ha acometido a través de la modificación de dos leyes, con la introducción de un nuevo Capítulo IV del título II de la LOPJM (arts. 25 a 35), en tanto que las cuestiones relativas al procedimiento se incorporan en la redacción dada al nuevo art. 778 bis de la LEC.

3.3. *Presupuesto aplicativo: persona menor de edad con una específica problemática conductual*

La determinación del perfil de menor al que está dirigido la nueva medida es complejo por su ambigüedad⁴³. De la misma da cuenta la doctrina especializada en este tipo de trastornos⁴⁴. Para concretar las características de la conducta del menor al cual está dirigida la medida contamos, en primer lugar, con el propio texto de la ley. Esta, en el párr. 1 del art. 25 establece que se someterán a las disposiciones del capítulo IV del T. II de la LOPJM «(...) *los ingresos, actuaciones e intervenciones*

⁴² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pág. 13.

⁴³ Criticando la ambigüedad del concepto «menor con problemas de conducta» SÁNCHEZ HERNÁNDEZ ob. cit., pág. 303. Así también en el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 4/2014, de 28 de mayo..., ob. cit., pág. 12 «la noción «trastornos de conducta» está todavía lejos de estar consensuada en la comunidad científica».

⁴⁴ Como evidencia la falta de consenso entre los especialistas, así LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 155, especialmente nota. 68.

en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta (...). Por tanto, la medida está destinada a personas menores de edad que presenten «problemas de conducta», no se concreta más sobre el presupuesto para el internamiento en este primer apartado. En el mismo párrafo, se adelantan algunas de las características de los centros, al señalarse que los mismos serán dependientes de las Entidades Públicas o entidades privadas colaboradoras de aquellas⁴⁵, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y restricción de libertades y derechos fundamentales. Por las características señaladas, estamos ante centros que van a suponer una significativa restricción a los derechos de las personas menores de edad.

El párr. 2 sigue perfilando las características de los niños destinatarios de la medida, así como de los centros en los que pueden ser ingresados. Así, en primer lugar, se indica que los centros, sometidos a estándares internacionales y a control de calidad, estarán dedicados al acogimiento residencial de menores en situación de guarda o tutela de la entidad pública. El texto nos da alguna característica adicional de los niños que van a poder ser internados, tiene que presentar problemas de conducta y además la Administración ha de ostentar su guarda o tutela, se trata por tanto de menores previamente institucionalizados, a los que se les ha diagnosticado⁴⁶ un «problema de conducta». También podrá aplicarse la medida a menores en situación de guarda voluntaria, en aquellos casos en los que los progenitores o tutores no puedan cuidar del niño por situaciones graves y transitorias o cuando así lo acuerde el juez, en los casos en que legalmente proceda. (art. 19 LOPJM) (Art. 172 bis CC). De darse dicha situación podrá indirectamente solicitarse la adopción de la medida por la familia, pero con el compromiso de someterse a una intervención profesional. Ello resulta de particular importancia, desde algún sector doctrinal se apunta a la carencia de patrones educativos en la base de los problemas conductuales del niño⁴⁷.

⁴⁵ Así pues, la medida puede ser ejecutada en centros públicos, pero también, en centros privados. Ello es más preocupante por las dudas que suscita el que se cumplan en este tipo de centros medidas de seguridad privativas y restrictivas de libertades y derechos fundamentales. Al respecto vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pp. 19 a 21.

⁴⁶ El ingreso del menor exigirá un previo diagnóstico, sin embargo, en la ley no se concreta a quién le corresponde elaborar este. El art. 26.1 de la LOPJM, al regular el procedimiento de ingreso indica que este estará motivado y fundamentado en informes psicosociales, por su parte, el ap. 1º del art. 778 bis de la LEC determina que la solicitud vendrá acompañada de la valoración psicosocial que lo justifique. En este sentido se ha apuntado por la doctrina que lo adecuado sería contar con el informe de un equipo multidisciplinar en el que se integraran también psiquiatras especialistas en infancia y adolescencia para descartar una patología que exigiera otro recurso. A. GONZÁLEZ MONJE, «Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta» (1). *Diario La Ley*, N° 9540, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2019, pág. 3.

⁴⁷ Así también VÁZQUEZ PASTOR-JIMÉNEZ, ob.cit., pág. 138.

En este segundo apartado encontramos los motivos que pueden fundamentar el ingreso del niño en esta modalidad de centro, al exponerse que los centros residenciales acogerán a menores diagnosticados con tal problemática que además «presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes», ha de darse por tanto una situación de mal comportamiento duradero. Tales conductas han de transgredir las normas sociales y los derechos de terceros. Por tanto, no basta con que se diagnostique al menor con tal problema conductual, es necesario, además, que de manera reiterada lleve a cabo conductas disruptivas o disociales contrarias a las normas sociales y a los derechos de terceros.

Esta apreciación supone una limitación en la aplicación de la medida puesto que va a exigir comprobar la vulneración de normas sociales que impliquen, a su vez, una afectación a derechos de terceras personas. Tal lectura se deduce de la utilización de la conjunción copulativa, lo que implica que se tiene que presentar la doble afectación: a las normas sociales y a los derechos de terceros. Todo ello unido a la dificultad de concretar qué supone el concepto normas sociales ¿a qué normas se refieren el texto legal? ¿Dónde están publicadas? Tal vez refiere a las normas sociales imperantes en los distintos ámbitos de relación en los que el niño se desenvuelve: escuela, familia, actividades de ocio, etc., espacios en los que podremos encontrar regulaciones que pueden orientar en la concreción del concepto. No obstante, es un ámbito bastante impreciso que puede incluir una amplia panoplia de normativas: costumbres sociales, normas de cortesía, reglamentos escolares, deportivos, normas administrativas, incluso, también normas penales, por lo que se ha denunciado⁴⁸ el posible «fraude de etiquetas» con el sistema de responsabilidad penal de los menores a la hora de concretar el riesgo para terceros de la conducta del menor. El propio legislador lo admite al referir en el preámbulo de la ley, como objetivo de la medida hacer frente a la problemática de la violencia filio parental que muchas veces dará lugar a la comisión de supuestos de violencia domestica tipificados como delito en el CP.

La infracción de derechos de terceros, como vulneración de las normas sociales en las que el niño se desenvuelve, es condición necesaria pero no suficiente para la adopción de la medida, pues el precepto añade que tal acogimiento residencial ha de estar justificado por las necesidades de protección del niño, añadiendo el texto que también habrá de estar determinado por una valoración psicosocial especializada.

En conclusión, colegimos que la decisión de internar al niño en un centro de tales características lo adoptará el personal especializado correspondiente de los servicios de protección, ante la situación en que el niño diagnosticado con «problemas de conducta» presente «conductas disruptivas o disociales recurrentes» que vulnere las normas sociales

⁴⁸ FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 18.

y los derechos de terceras personas, siempre que dicha modalidad de acogimiento sea la más adecuada para la protección de ese concreto niño.

De la interpretación de los preceptos legales nos encontramos ante una definición con límites bastante amplios lo que dificulta establecer criterios claros de aplicación. Ahondando en la necesidad de acotar sus presupuestos de intervención, es importante destacar lo que se afirma en el preámbulo de la ley de reforma: *«estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos»*. De dicha afirmación podemos extraer algunas ideas que pueden ayudarnos a concretar un poco más a qué niños se va a aplicar la medida.

— Se afirma pues, de manera explícita, que la intervención no deriva de la acreditación de la previa comisión de un delito. Si así fuera, de tener el niño más de catorce años y menos de dieciocho, se acogería al régimen jurídico de la LORRPM. De verificarse que el niño ha cometido el hecho como consecuencia de un trastorno, le debería ser de aplicación las medidas terapéuticas recogidas en la misma: internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. Pero, cómo actuar si el niño tiene menos de catorce años, siendo sus problemas de conducta los que le han llevado a cometer el delito. En esos casos, como establece el art 3 de la LORRPM, no se le podrá aplicar una medida de reforma, pero sí una medida de protección puesto que dicho precepto dispone que en estos casos no se aplicará el régimen regulado en la misma sino las medidas de protección previstas en la normativa autonómica, competente en la materia y en el marco de lo dispuesto en la LOPJM. Por tanto, si un niño menor de catorce años comete un hecho tipificado como delito, de darse los presupuestos establecidos en el art. 25 de la LOPJM será posible su ingreso en alguno de estos centros, siempre como medida de último recurso y primando como criterio fundamental el de perseguir la protección de dicho niño. Ello no regirá con los mayores de dicha edad que hayan cometido el mismo hecho a los que les será de aplicación la LORRPM.

— Quedan asimismo excluidos del ingreso en estos centros de alta seguridad, los niños *que presenten enfermedades o trastornos mentales* (art. 26.2 LOPJM) los cuales, según se dispone, recibirán si lo requieren, tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a personas con discapacidad.

Esta expresa exclusión quizás plantea mayores dudas de delimitación del ámbito aplicativo, puesto que, como ha destacado la literatura especializada, los problemas o trastornos de conducta fundamento objetivo para el ingreso en estos centros también vienen siendo calificados por la psiquiatría infantil como enfermedad o trastorno mental. Por ello, tal vez lo adecuado sería tratar a estos menores con medidas de naturaleza mé-

dica en función de su patología y no, con instrumentos exclusivamente asegurativos de corte punitivo.

Así lo consideró Díez García en su estudio sobre la situación anterior a la reforma, basándose en la investigación desde el ámbito de la psiquiatría, al encontrarse dichos problemas conductuales recogidos en el DSM-IV-TR dentro del grupo de los trastornos de inicio de la infancia entre los que se incluyen: *trastorno por déficit de atención y comportamiento perturbador, trastorno disocial, trastorno negativista desafiante y trastorno de comportamiento perturbador no especificado*, afirmando la autora que dado su carácter de anomalías psiquiátricas «el menor debería ser tratado como enfermo afectado por un trastorno psíquico o psicológico» dando lugar a la adopción de las medidas terapéuticas adecuadas en la red sanitaria pública⁴⁹.

Desde dicha perspectiva se considera que los problemas de conducta son un trastorno psiquiátrico infantil común que tiene una mayor incidencia durante la adolescencia y que se caracterizan por una repetitiva y persistente violación por parte del menor o adolescente de las normas, de los derechos básicos de otras personas, incurriendo en conductas de agresión a personas o animales, destrucción de propiedad, engaño o robo u otras infracciones graves⁵⁰.

En consecuencia, resulta contradictoria la expresa exclusión de los niños con enfermedad mental, que es adecuada, puesto que lo correcto es aplicarles un tratamiento médico. Se debe excluir de la aplicación de una medida punitiva a los menores con un trastorno o enfermedad mental, exclusión que también debería aplicarse a los menores con trastornos de conducta con conductas disociales y disruptivas recurrentes, si es que tales comportamientos entran dentro de los que las disciplinas médicas consideran enfermedad o trastorno mental⁵¹.

⁴⁹ DÍAZ GARCÍA, ob.cit., pág. 211. Grupo de trastornos que asimismo se recogen en el DSM-V y en el CIE-11 (clasificación de la OMS).

⁵⁰ R. L. CLANTON ET ALT, «Conduct disorder» EN S. GOLDSTEIN, M. DEVRIES (ed.), *Handbook of DSM-5 Disorders in Children and Adolescents*, Salt Lake City, UT, USA, Springer International Publishing AG, 2017, pág. 499. (traducción propia). Como subraya LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 136; este tipo de conductas además del riesgo que conlleva para terceros también lo implica para el propio menor, interfiriendo en el adecuado desarrollo de su personalidad, y para su propia salud cuando viene acompañado, lo que es frecuente, del consumo habitual de alcohol y drogas.

⁵¹ No obstante, otros sectores doctrinales destacan la «debilidad» como categoría nosológica de los «trastornos de conducta». A lo que se añade, la precariedad de la red de asistencia sanitaria a la hora de atender esta problemática. Lo que ha llevado a que el grueso de la atención a este grupo de menores sea gestionado por servicios sociales. Por lo que se propone concebir los problemas de autorregulación (conductual, emocional, cognitiva) como manifestaciones del comportamiento (en lugar de basarse en diagnósticos clínicos). Y ante ellos se propone una intervención socio-educativa, aprovechando el amplio bagaje técnico y profesional de los servicios de protección a la infancia. GALÁN RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 26-27.

Sin embargo, también encontramos sectores doctrinales que consideran que los problemas o trastornos conductuales no siempre vienen acompañados de una enfermedad mental, siendo resultado de las denominadas «conductas aprendidas» y, por tanto susceptibles de modificación⁵². La causa de tales patrones conductuales es diversa pero, en muchos casos, se apunta, está directamente relacionada con un deficiente proceso educativo⁵³. Por ello, resulta de suma importancia la participación en el proceso de reeducación de los progenitores⁵⁴, teniendo en cuenta que, entre las finalidades de la medida, está la reintegración del menor a la familia, cuando ello sea posible. Sin embargo, la ley solo prevé el compromiso de dicha participación para los supuestos en los que la propia familia ha solicitado la guarda voluntaria del menor⁵⁵.

Por lo que, en aplicación estricta de los preceptos de la ley, el internamiento en centros de protección con medidas asegurativas quedaría reservado a aquellos menores con problemas conductuales, no calificables como enfermedad mental⁵⁶. Con el agravante que la medida está dirigida no a todos los menores con tal problemática, sino de manera exclusiva a los que previamente han sido institucionalizados al asumir su guarda o tutela la administración autonómica. La sombra de sospecha de la creación de una medida asegurativa *ad hoc* para menores conflictivos y vulnerables por su situación sociofamiliar planea sobre la regulación⁵⁷.

— Finalmente queda por determinar en qué franjas, dentro de la minoría de edad, se aplicará la medida. Frente a la legislación penal, que expresamente establece la franja de edad en la que es posible aplicar medidas de reeducación, la LOPJM no concreta ámbito subjetivo de aplicación en la regulación específica de la medida. Es la legislación autonómica la que restringe la posibilidad de aplicación a los niños de mayor edad, por el carácter subsidiario y excepcional de la medida y por lo inadecuado que puede resultar el que se aplique a niños de corta edad.

Dado que en la regulación específica de la medida no se contempla ninguna referencia explícita a la edad de los sujetos, habrá que estar a

⁵² LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 136.

⁵³ LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 137.

⁵⁴ LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 142.

⁵⁵ No es por tanto una intervención obligatoria que tampoco sería muy efectiva. LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 166. Apunta que hubiera sido más eficaz el imponer dicha participación como obligatoria. Advirtiendo que, en todo caso, la falta de colaboración puede considerarse indicio de un incumplimiento de los deberes de protección y, por tanto, llevar a una declaración de desamparo.

⁵⁶ De hecho, el legislador no utiliza el término «trastornos de conducta» por sus vínculos con la enfermedad mental, optando por el término «problemas de conducta». LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 156, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pp. 8 y 9.

⁵⁷ Sobre los difusos límites entre los «menores con problemas de conducta» y los «menores en dificultad social» vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ ob. cit., pp. 294-298.

las previsiones generales de la LOPJM, que en su art. 1 establece que la ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que por la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad, por tanto, no será de aplicación en el caso de que el menor esté emancipado.

Así pues, está claro que la medida se va a poder aplicar hasta que el menor alcance la mayoría de edad, a los dieciocho años o antes, si se trata de un menor emancipado. Respecto al límite mínimo, habrá que estar a las reglas generales sobre el acogimiento residencial. El art. 21. 3 de la LOPJM establece el carácter subsidiario de esta modalidad de acogimiento con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un ambiente familiar, especialmente para los menores de seis años. Estableciendo de manera expresa que no se adoptará el acogimiento residencial de menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad acreditada de adoptar acogimiento familiar, o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor.

La fijación de un límite mínimo a una edad tan temprana, seis años en el mejor de los casos, genera muchas dudas puesto que trasladará a las administraciones autonómicas la determinación del momento a partir del cual se podrá aplicar la medida, si es que se dan el resto de requisitos que la ley establece para la aplicación de la medida de protección restrictiva de libertad. Tal indeterminación genera ámbitos de incerteza y de probable desigualdad incompatible con la seguridad jurídica exigible en cualquier supuesto de privación de libertad, específicamente cuando el destinatario es un sujeto, como el que nos ocupa, de especial vulnerabilidad.

Por otra parte, no parece excesivamente oportuno, adecuado y proporcional aplicar una medida de protección tan estricta, con tan intensos contenidos punitivos, a niños de corta edad⁵⁸. Es por ello que hubiera sido positivo que la propia ley incorporara los límites de edad en este caso, y no dejar tal concreción al albur de las legislaciones autonómicas⁵⁹. De esa manera se evitarían tratos dispares ante situaciones semejantes que pudieran resultar discriminatorios.

Precisamente, la preocupación por la imposición de la medida a niños de corta edad llevó a la FGE a proponer en su Circular 2/2016⁶⁰ a extremar la vigilancia en supuestos de ingresos de menores de doce años,

⁵⁸ Así MARTÍN AZCANO, ob. cit., pág. 8.

⁵⁹ En el mismo sentido: GONZÁLEZ MONJE, ob.cit., pág. 4. LÓPEZ AZCONA, ob. cit., pág.162. PILLADO GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 6.

⁶⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pág. 17.

pues como en el citado texto se advierte, las normas autonómicas fijan diferentes límites mínimos generando una cierta desigualdad⁶¹.

3.4. Adecuación de la medida a las exigencias constitucionales

Frente a la seguridad jurídica que encontramos en la LORRPM, en la que basta con determinar si el hecho imputado al niño de catorce a dieciocho años es constitutivo de delito, la nueva medida de acogimiento residencial para menores con problemas de conducta suscita muchas dudas ya desde la determinación de su presupuesto aplicativo. Dirigida de manera exclusiva a menores previamente institucionalizados con una problemática que podría entrar dentro de la salud mental, de la que, sin embargo, se ven expresamente excluidos, por lo que no resulta fácil concretar el alcance y sentido de la nueva medida. Se introduce una posibilidad de internamiento para menores no responsables de un delito, internamiento que, como veremos, en algunos aspectos puede resultar tan aflictivo como el derivado de la comisión de un ilícito penal.

El TC se ha pronunciado sobre el trato que cabe dispensar a las personas menores de edad en supuestos de privación de libertad. Uno de los principios asentados en la jurisprudencia constitucional y plasmado expresamente en la LORRPM es el de prohibición de trato más gravoso⁶². No se debe tratar al menor más gravemente que al adulto ante la comisión de un mismo hecho. En la legislación penal juvenil, el principio de no discriminación vinculado al de proporcionalidad, opera como garantía del sujeto; aunque es cierto que muchos de los adolescentes que llegan a los centros de reeducación presentan importantes déficits formativos, la respuesta sancionadora no debe nunca sobrepasar la medida de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. En su caso, dichas carencias han de compensarse mediante recursos de naturaleza social y comunitaria⁶³.

La dimensión garantista del principio de proporcionalidad fue recogida por la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 36/91 de 14 de febrero, en la que, como límite implícito a la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales se apela a la proporcionalidad y a la imposibilidad de establecer medidas más graves o de

⁶¹ A título de ejemplo en la citada Circular se indica que Asturias y Castilla León prevén la aplicación a partir de los 12 años, en tanto el País Vasco a partir de los 13. Ob. cit., pp. 17 y 18.

⁶² Recogido expresamente en el art. 8.2 de la LORRPM en el que se establece: *Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7. 1.ª), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.*

⁶³ COLÁS TURÉGANO, ob. cit., pág. 82.

una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Doctrina que fue reiterada por el mismo Tribunal en su sentencia 61/1998, de 17 de marzo⁶⁴.

Si comparamos la posición del menor con problemas de conducta, con la de un adulto en similar situación, no sería legalmente viable la privación de libertad a este, salvo que se dieran las condiciones para su internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC). Medida que, por otra parte, de darse dicho presupuesto, también se podría aplicar al menor de edad (art. 763.2 LEC). Por tanto, no hay posibilidad legal de internar a un adulto que no ha cometido un delito y que no presenta una disfunción psíquica⁶⁵.

Sobre dichas premisas, podría plantearse que con la regulación de esta medida el legislador parece modular un específico sistema de peligrosidad, mediante la introducción de una medida de defensa social frente a sujetos indeseables, similar a las recogidas en las leyes de peligrosidad y rehabilitación social o de vagos y maleantes del siglo xx⁶⁶.

⁶⁴ El 27 de abril de 1994 el juzgado de menores N.º 2 de Madrid dicta una resolución por la que se impone a un menor una medida de cuatro meses de internamiento semiabierto por la comisión de una falta frustrada contra la propiedad castigada en el anterior CP, vigente en aquellos momentos, con la pena de un mes de arresto menor. La sentencia es confirmada por la Audiencia.

En la demanda interpuesta por el menor se considera que se han vulnerado sus derechos a la igualdad, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y a la legalidad. Se considera que se ha aplicado una reacción desproporcionada con relación al hecho cometido y por tanto se dispensa al menor un trato inhumano o degradante, además la pena prevista para el mayor de edad es inferior por lo que se lesiona el principio de igualdad. Finalmente, se considera la vulneración del principio de legalidad puesto que en la resolución recurrida se impone la medida fundamentada, no en la gravedad del hecho cometido, sino por los condicionantes que rodean al joven: se valora solo su conducta antisocial. La resolución responde pues al denostado Derecho penal de autor, no convenciendo el argumento del carácter educativo de la medida, puesto que dicha consideración no justifica la desproporción.

El Ministerio fiscal se muestra favorable a la concesión del amparo por vulneración del principio de legalidad, la medida impuesta implica una privación de libertad superior a la que le correspondería por los mismos hechos a un adulto. No basta que la medida se haya impuesto en interés del menor, se infringe la doctrina sentada en la STC 36/91. El TC estimó la demanda del menor fundamentando su decisión en el hecho de que en la particular «combinación de elementos sancionadores y (re)educativos propia de la justicia de menores, los primeros siguen pesando con la suficiente fuerza para que debamos reiterar la sustancial vinculación a la misma por los imperativos derivados del principio de legalidad penal». Se considera que la resolución no responde a las exigencias del principio de legalidad y se admite el amparo.

⁶⁵ Mención aparte merece el internamiento de personas extranjeras, regulado en los art. 62 y ss. de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Desarrollado en el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el *reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros*.

⁶⁶ Idea de peligrosidad social latente en algunas legislaciones autonómicas, como destaca en su trabajo DÍAZ GARCÍA, ob. cit., pág. 230: «(...) existe el riesgo de incluir en

O en el concreto ámbito de la legislación de menores, conecta con la regulación de la antigua LTTM que permitía la aplicación de medidas a menores en situación irregular, enumerando el art. 9 de aquella a menores *prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos*.

En este punto del trabajo debemos preguntarnos si pudiera esta regulación implicar un trato discriminatorio a los niños, dada la falta de vigencia de las leyes de peligrosidad social respecto a las personas mayores de edad, al permitir la privación de libertad a los primeros en caso de mal comportamiento reiterado, lo que no se contempla para los adultos. Por lo que procede que examinemos la avenencia constitucional de la medida, en tanto pudiéramos encontrar alguna razón que justificara la intervención.

A la hora de examinar su adecuación constitucional, resulta ineludible referir, en primer lugar, la normativa internacional, de cuyos derechos los niños son beneficiarios, así se deriva del art. 39.4 de la CE⁶⁷, como también del art. 1.2 de la LO 5/2000⁶⁸ que a su vez remite a la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor⁶⁹.

En este sentido, es importante destacar el contenido del art. 20.1 de la CDN referido a los niños acogidos por el Estado y privados de su ambiente familiar, señalándose que tienen derecho a una protección especial por parte de aquel. Recogiéndose en el ap. 3 las diferentes modalidades que puede revestir esa especial protección estatal: entre otros, hogares de guarda...instituciones adecuadas de protección de menores.

Es especialmente importante a la hora de establecer las condiciones en las que un niño puede, lícitamente, ser privado de libertad el contenido del art 37 de la CDN, en el que se dispone:

Los Estados Parte velarán por qué:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad;

el tratamiento *resocializador* del menor infractor delincuente al *predelincuente* o al sujeto considerado *peligroso* porque no se adapta a las pautas de convivencia (...).

⁶⁷ Los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velen por sus derechos.

⁶⁸ Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

⁶⁹ Dedicada a los Derechos de los menores el C. II del T.I

- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Tales previsiones son de aplicación al niño del que se sospecha o ha quedado probada su participación en un hecho delictivo, pero también a supuestos como el que nos ocupa, en los que el niño va a ser privado de libertad y sometido a la potestad de la administración. Del contenido del precepto es posible deducir los parámetros fundamentales que deben regir la imposición de sanciones o, como en este caso, la privación de libertad con fines exclusivamente protectores y educativos.

En primer lugar, el principio de humanidad de trato por virtud del cual en este ámbito queda vetado aplicar al niño un trato inhumano o degradante, principio de especial importancia en el tratamiento de las sanciones que en el marco de esta medida se pueden imponer.

En segundo lugar, la privación de libertad no puede ser arbitraria, debiendo tener la oportuna cobertura legal, lo que formalmente se cumple con la nueva regulación, al haberse refrendado la medida mediante ley orgánica; siendo más discutible la cumplimentación de las garantías materiales al no quedar determinado con claridad el presupuesto que puede justificar el internamiento, la duración de este, como tampoco el grupo de menores al que el mismo es aplicable.

Por otro lado, se prevé que el niño debe ser tratado con humanidad, con respeto a su dignidad y con derecho a relacionarse con su familia, salvo circunstancias excepcionales. Como, por ejemplo, cuando el propio interés del menor aconseje limitar dichas comunicaciones.

Finalmente, se contempla el derecho que el menor tiene a la asistencia jurídica y a, en su caso, impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un Tribunal o autoridad competente.

En esta materia es especialmente apropiado el contenido del art. 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Liberta-

des Fundamentales de 1999. RCL 1999\1190 (en adelante CEDH), en el que se considera la excepcionalidad de la privación de libertad por órganos del Estado, si bien, salvándola en algunos supuestos. Uno de ellos contempla la posibilidad de privar de libertad a un menor con la finalidad de salvaguardar su educación. Se advierte la particular posición del niño, persona en fase de formación, lo que conduce a la posibilidad de restringir su libertad por un interés superior cual es el de su educación. Ello está explícitamente regulado en el art. 5.1 d) del citado Convenio:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

(...)

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación⁷⁰, o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

Se distinguen, pues, dos supuestos en los que se considera adecuado al convenio la privación de libertad: internamiento por virtud de una orden legalmente acordada, con la finalidad de vigilar su educación y detención legítima para presentarlo ante la autoridad competente.

Como se encarga de analizar la Circular de FGE 2/2016⁷¹, el TEDH se ha pronunciado expresamente, con relación a la primera modalidad de privación de libertad a menores, considerando que la misma es admisible, siempre que se valore que se realiza por el superior interés del menor y ajustándose a la legalidad, con independencia de «si el menor es sospechoso de haber cometido una infracción penal o es simplemente un menor en situación de riesgo» (STEDH de 29 de Noviembre de 2011, caso A y otros contra Bulgaria TEDH2011\101). En dicha sentencia, las demandantes denunciaron la aplicación de un trato discriminatorio injustificado basado en la edad, que vulneraba, según su parecer el art. 14 del CEDH, dado que a los adultos no se les puede aplicar una medida privativa de libertad por los comportamientos antisociales que se les imputaban (fugas, absentismo escolar, prostitución, vagabundeo). El Tribunal no atendió la petición al considerar que, en este caso, la diferencia de trato estaba justificada, no considerándola discriminatoria, al derivarse del objetivo de protección que persigue el internamiento en un centro educativo. Por tal motivo, se considera que este «responde a una justificación objetiva y razonable».

⁷⁰ Cursiva propia.

⁷¹ Sobre el papel de la Fiscalía en este procedimiento específico y en general en materia de protección de menores, vid. M. R. CALVO GUERRA, «Intervención del Ministerio Fiscal en los centros de acogida para menores con graves problemas de conducta», *Diario LA LEY*, n° 9293, de 7 de noviembre 2018, pp. 1-25.

Cabe pues, al amparo de lo dispuesto en el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal europeo, en determinadas situaciones, por comprobadas y tasadas razones que puedan representar un peligro para el propio menor o para terceros y siempre teniendo en cuenta su interés superior, adoptar la decisión de internarlo en una institución educativa. Mas la previsión de dicha posibilidad, en cuanto la misma afecta al derecho fundamental a la libertad personal, debe realizarse dentro del estricto marco constitucional y salvaguardando todas las garantías.

Si pasamos al análisis del ordenamiento nacional, sabido es que la CE da un valor preponderante a la libertad, al incluirla en su art. 1 como el primero de los valores superiores del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Dicha manifestación se completa en el art. 17.1 en el que se desarrollan los criterios constitucionales imperantes en supuestos de privaciones de libertad personal efectuadas por órganos del Estado⁷².

Al respecto, es interesante examinar la jurisprudencia del TC que se ha pronunciado, de forma expresa, sobre la constitucionalidad de la regulación y condiciones del internamiento involuntario de las personas que sufren una enfermedad mental. Es cierto que la medida que nos ocupa excluye expresamente a los menores que presentan un trastorno psíquico; no obstante, como se ha constatado al analizar los fundamentos aplicativos de esta, la dificultad de la doctrina para deslindar los problemas de conducta de los trastornos psiquiátricos y las evidentes similitudes que en su regulación encontramos, hacen que sea de particular interés el examen de las resoluciones del TC en la materia, siendo que, además, han sido tenidas en cuenta por el legislador en la redacción de la reforma de la LOPJM de 2015, como se admite en el preámbulo de la ley.

En primer lugar, si nos centramos en las SSTC 131 y 132/2010, de 2 de diciembre, la primera declara la inconstitucionalidad del art. 211 del CC⁷³, por ser contrario a los arts. 81.1 y 17.1 de la CE, si bien no se decreta su nulidad para evitar la situación de vacío normativo. En tanto que la segunda estima parcialmente la declaración de inconstitucionalidad del art. 763 LEC.

En ambos casos, la declaración de inconstitucionalidad está fundamentada en el incumplimiento de la garantía formal de la reserva de ley orgánica para aquellas normas que, como estas, desarrollan un derecho

⁷² Derecho que se proyecta sobre cualquier limitación de la libertad personal y no exclusivamente sobre limitaciones de la libertad de carácter punitivo. Así, SÁNCHEZ BARRILAO, ob.cit., pág.184.

⁷³ En su redacción vigente hasta el 7 de enero de 2001, referido a la necesidad de autorización judicial para el internamiento por razón de trastorno psíquico. Disposición derogatoria única, ap. 2 L 1/2000.

fundamental, en el supuesto a la libertad personal, en los términos prescritos por el art. 81.1 de la CE.

Por su parte, la STC 141/2012, resuelve un recurso de amparo presentado por una persona aquejada de una enfermedad mental que fue internada de urgencia, contra su voluntad, en un establecimiento hospitalario. Las razones que el recurrente alega en su recurso de solicitud de amparo son: la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad personal, art. 17.1, CE y a la tutela judicial efectiva, art. 24.1, CE.

Respecto a la vulneración al derecho fundamental a la libertad personal, fundamenta su demanda en el incumplimiento del plazo máximo de privación del derecho pues se tardó diecinueve días en resolver, sobrepasándose ampliamente el término de setenta y dos horas fijado en la CE. Asimismo, se invoca la falta de necesidad y proporcionalidad de la medida pues, en el informe aportado para justificar el internamiento, no se alegan razones de riesgo por lo que hubiera podido adoptarse una medida menos restrictiva, como el tratamiento ambulatorio. Finalmente, se omite la posibilidad de escuchar a familiares, de solicitar un informe médico imparcial o de nombrar un defensor. En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se aduce el no haber obtenido una resolución jurídicamente fundada

El Ministerio Fiscal se adhirió a la estimación del recurso de amparo aduciendo diversos motivos, así, en primer lugar, por la necesaria estimación de los plazos, sobrepasándose con creces en el supuesto en examen el plazo constitucional de setenta y dos horas. También, por la falta de información sobre las razones del internamiento y de sus derechos. Finalmente, porque los autos impugnados no cumplieron el deber de motivación reforzada al ir referidos a un colectivo especialmente vulnerable.

Pese a que el interesado desistió del recurso, el Ministerio Fiscal se opuso, por considerar que las cuestiones tratadas eran lo suficientemente relevantes y novedosas, añadiendo a ello el hecho de afectar a colectivos vulnerables, razones que según su parecer justificaban un pronunciamiento expreso del TC, sin que el mantenimiento del recurso supusiera perjuicio alguno al recurrente.

El TC, siguiendo las tesis del Ministerio Fiscal se opuso al desistimiento alegando razones de interés público, en concreto afirmó:

(...) la concurrencia de ese interés público se deriva, ante todo, del hecho de que se trata del primer recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal, un caso de internamiento psiquiátrico urgente, con las peculiaridades que éste presenta en nuestro ordenamiento al acordarse ab initio sin control judicial, conforme luego veremos. Y en segundo lugar y en línea con lo defendido por el Ministerio Fiscal en el escrito de alegaciones por el que se opuso a dicho desistimiento, en razón a que el colectivo al que afecta esta medida es con alguna frecuencia el de las personas con discapacidad

mental, al cual califica con razón de «especialmente vulnerable», lo que confiere a esta materia una innegable importancia social. Por todo ello corresponde denegar el desistimiento solicitado y entrar al examen de fondo del recurso.

Las similitudes con la medida de internamiento para menores con problemas de conducta son claras, al hallarnos ante un colectivo también especialmente vulnerable y al haber previsto el legislador la posibilidad de internamiento por razones de urgencia, sin autorización judicial, debiéndose solicitar dicha autorización posteriormente, por lo que la resolución resulta especialmente atinente a fin de verificar si el legislador al regular la medida ha cumplido los parámetros de constitucionalidad fijados en la sentencia para un supuesto de evidentes similitudes.

En el examen del fondo del asunto, en primer lugar, el Tribunal refiere que sí tiene doctrina asentada sobre los supuestos en los que el internamiento del enfermo mental no es urgente y se adopta por la autoridad judicial, bien con carácter cautelar o con carácter definitivo. En este caso, aplicando la doctrina derivada de instrumentos internacionales y especialmente del art. 5.1.e del CEDH, la legalidad del internamiento de una persona con trastorno mental ha de cumplir tres condiciones fundamentales:

- Prueba fehaciente de la enfermedad mental, mediante el oportuno dictamen facultativo.
- Que el carácter y amplitud de la enfermedad legitime el internamiento.
- El mantenimiento de la medida exige que subsista el presupuesto.

Por otro lado, el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 impone garantías de legalidad, lo que implica que la decisión del internamiento solo la puede adoptar un juez o tribunal al amparo de una norma con rango de ley orgánica. Refiriéndose a la inconstitucionalidad de los preceptos aplicables declarada en SSTC de 2010 y reiterando la necesidad de su sustitución.

En cuanto al internamiento por razones de urgencia, que es el régimen que se aplicó al recurrente, se establece como presupuesto objetivo la enfermedad mental acreditada con los conocimientos propios de la ciencia médica, al que viene a sumarse la necesidad de intervención médica urgente por razones de protección. La procedencia y duración de esta decisión urgente ha de cumplir los requisitos de necesidad y proporcionalidad y, además, cumplirse cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE):

- Informe médico que acredite el trastorno.
- Información, al afectado o representante, del internamiento y sus motivos.

- Obligación de comunicar al Juez el internamiento en el plazo de veinticuatro horas.
- Control judicial posterior sobre el centro, sin necesidad de traslado físico del enfermo lo que sería incongruente con la medida adoptada, se trasladará el juez. El director sigue siendo responsable de la vida e integridad física del interno mientras no se produzca el alta por decisión judicial o por considerar los facultativos que el enfermo ha mejorado.

En la fase de control judicial no se pueden superar las setenta y dos horas desde que el internamiento urgente es comunicado al juzgado. Plazo en el que se han de practicar las pruebas y ratificar o decretar el cese de la medida.

Con base en dichas consideraciones estimó la demanda de amparo por vulneración de la libertad personal.

Pues bien, como analizaremos en la regulación del procedimiento para la adopción de la medida de acogimiento residencial para menores con problemas de conducta se ha tenido especialmente en cuenta esta doctrina del TC, de manera particular para los supuestos de internamiento con carácter de urgencia al exigirse, como podremos comprobar, los requisitos fijados en la sentencia analizada. No obstante, se ha realizado alguna observación respecto a los plazos pues, desde alguna lectura del precepto, pudiera deducirse la posibilidad de superar al máximo constitucional. Sin embargo, la generalidad de la doctrina como también la FGE, han sido tajantes en la exigencia del máximo constitucional de las setenta y dos horas⁷⁴.

En definitiva, es necesario admitir el avance que ha supuesto la nueva regulación, en primer lugar, por ser respetuosa con las exigencias formales del principio de legalidad, al ser aprobada mediante ley orgánica; asimismo, por unificar y describir los supuestos en los que se puede privar de la libertad al menor por presentar problemas conductuales, excluyendo expresamente (art. 26LOPJM) a las personas menores que padecen alguna patología mental; finalmente, por establecer un procedimiento legal para adoptar tal decisión que va a corresponder a un juez.

Dicho esto, no puede dejar de denunciarse que el texto legal sigue siendo impreciso como se ha destacado por Amnistía Internacional en el informe publicado tras la aprobación de la reforma⁷⁵ censurando la vaguedad del presupuesto aplicativo «problemas de conducta» y sobre el tipo y características de los centros en los que internar a estos menores,

⁷⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso..., ob.cit., pág. 31. LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 179. MARTÍN AZCANO, ob.cit., pág. 11.

⁷⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL. ESPAÑA. *Recomendaciones de Amnistía Internacional a la Ley de Infancia: Una modificación aún insuficiente*, 2015, pp. 12-13.

advirtiendo del riesgo de que estos se puedan convertir en un «cajón de sastre» en el que internar a niños con diversidad de problemáticas, no pudiendo, por tanto, ofrecerles una atención individualizada como sería adecuado.

El concepto de reiterada conducta disruptiva o disocial, sigue siendo lo suficientemente impreciso como para poder incluir cualquier conducta propia de la edad. Tanto desde la psicología como desde la criminología se ha mantenido⁷⁶ que la realización de conductas disociales es muy frecuente durante la adolescencia, suele ser un fenómeno transitorio y claramente expresivo de autoafirmación de la propia personalidad del menor en su camino hacia la edad adulta. Con términos tan imprecisos como los que el legislador utiliza corremos el riesgo de criminalizar la pobreza y la exclusión, con el peligro, destacado en el informe de Amnistía Internacional⁷⁷, de no poder individualizar la medida para dirigirla a la resocialización del niño por el variado perfil de los menores ingresados.

Como conclusión, podemos constatar la obligación estatal de actuar ante niños en situación de riesgo por su inadecuado comportamiento, personas menores de edad cuyo entorno familiar carece de los recursos para hacer frente a tal problema. El Estado, a través de las autonomías debe hacerse cargo de la educación y asistencia a este conjunto de niños. Las administraciones tienen la obligación de trabajar junto a las familias con el fin de superar los problemas que les impiden ejercer una parentalidad positiva y adecuada.

La cuestión es si la mejor manera de hacerlo es mediante el acogimiento residencial y, de manera particular, en centros con elevadas medidas de seguridad, equiparables en términos de restricción de derechos fundamentales a los centros socioeducativos en los que se cumplen las medidas de internamiento impuestas a los menores que han cometido un delito⁷⁸.

Indudablemente, responder tal pregunta supera con creces los objetivos del presente estudio pero tal vez debería replantearse la política en materia de protección infantil, impulsando la búsqueda de alternativas más tuitivas, dirigidas a mejorar las condiciones de vida y desarrollo de los niños y sus familias⁷⁹.

⁷⁶ COLÁS TURÉGANO, ob. cit., pp. 23 y 24 y bibliografía citada en notas 2 y 3.

⁷⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, ESPAÑA, *Recomendaciones de Amnistía Internacional...*, cit. pp. 12-13.

⁷⁸ Ciertamente la problemática de los menores tutelados por el sistema de protección es muy compleja y cabe medir con un análisis individualizado, qué recurso es el más adecuado para cada niño y su compleja y particular circunstancia. Al respecto destacan BRAVO, DEL VALLE el valor del acogimiento residencial para algunos perfiles de adolescentes, ob. cit., pp. 42-43.

⁷⁹ Un análisis y denuncia de la situación de estos centros lo podemos encontrar en el documental: «Así crecen los enanos» Proyecto documental sobre niños y adolescentes

3.5. Marco legal

Además de los presupuestos aplicativos centrados en las específicas características de la conducta del menor y su situación de tutela o guarda dependiente de la administración, se regula en la LOPJM y en la LEC aspectos procedimentales y sustantivos referidos a la adopción y desarrollo de la medida. De esta forma, si bien el art. 26 de la LOPJM detalla el procedimiento para el ingreso del menor en un centro de las características descritas, también se reforma la LEC dando, entre los dos textos legales, un marco jurídico al procedimiento para internar a los menores en los centros específicos para tratar sus problemas de conducta. Con ello se pretende superar la caótica y descoordinada normativa autonómica denunciada por el Defensor del Pueblo en su informe de 2009.

Con la reforma el legislador ha refrendado los centros y unificado el procedimiento para ingresar en los mismos. Este se regula en los art. 26 de la LOPJM y en el art. 778 bis de la LEC, completado con lo dispuesto en el art. 778 ter que regula un procedimiento especial de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de las resoluciones de protección de menores.

Por su parte, la LOPJM en sus art. 25 a 30 aborda otros aspectos relativos a la ejecución y desarrollo de la medida. Al estudio de ambos aspectos se dedican las páginas que siguen.

3.5.1. Procedimiento para su adopción

El procedimiento de ingreso guarda una gran similitud con el previsto para el internamiento no voluntario de personas con enfermedad mental, recogido en el art. 763 de la LEC.

La razón de ser de la regulación trae causa, como ya se ha señalado, de la necesidad de contar con autorización judicial específica dada la privación de libertad a la que se ven sometidos los niños y adolescentes a quienes se puede aplicar la medida.

En el art. 26 de la LOPJM se regula el procedimiento de ingreso. En similares términos en el art. 778 bis de la LEC. La regulación de este en

tutelados. <https://asicrecenlosenanos.com/> consultado 6 de abril de 2022. Así también sobre la situación de la infancia en el régimen de protección el informe del Comité Español de Unicef «Atención a niños, niñas y adolescentes en acogimiento en el sistema de protección de España. Un lugar donde quedarse», noviembre, 2017 <https://www.unicef.es/publicacion/un-lugar-donde-que-darse> consultado 6 de abril de 2022. Llama la atención entre los puntos débiles del sistema de acogimiento residencial la utilización de un enfoque conductual y la utilización de castigos que conllevan violencia emocional ante unos niños y niñas que llegan a los centros con una gran necesidad de calidez y afecto.

dos preceptos diferentes da lugar a ciertas incoherencias y diferencias en la redacción, como se irá indicando⁸⁰.

A. *Legitimación activa*

Se atribuye a la Entidad pública que ostente la tutela o guarda del menor y al Ministerio Fiscal. (art. 26.1 LOPJM y ap. 1 art. 778 bis 1 LEC). Parece por tanto deducirse del tenor literal de ambos preceptos que la imposición de la medida no puede ser solicitada directamente por los padres o representantes legales del niño. Para la eventualidad de que fueran estos quienes plantearan la necesidad de una intervención educativa especializada, restaría la posibilidad contemplada en el art. 25.3 de la LOPJM que expresamente atribuye a la Entidad Pública la obligación de asumir la guarda voluntaria de los menores cuando «los progenitores y tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias»⁸¹. En tal tesitura, la ley prevé, asimismo, la necesaria colaboración de la familia en la normalización educativa del niño, al requerir el compromiso de esta de someterse a una intervención profesional. La medida de guarda voluntaria regulada en el art. 172 bis del CC. al que remite el art. 19 de la LOPJM, establece la duración temporal de esta medida que, en principio, no debe superar los dos años, salvo que el interés del menor aconseje su extensión por más tiempo.

Asumida la guarda por la Entidad Pública ya se dará el presupuesto de legitimación activa para que esta pueda solicitar del juez el ingreso, en caso de resultar necesario, frente a la regulación previa en la que, como expone la Circular de la FGE 8/2011⁸², se diferenciaba los supuestos de tutela de los de guarda: no exigiéndose en estos últimos autorización judicial al conservar los padres la patria potestad, por lo que se admitía la facultad de estos para solicitar la adopción de medidas restrictivas, siempre en beneficio del niño, al amparo del conjunto de facultades y deberes de la patria potestad⁸³.

⁸⁰ Así también lo destaca PILLADO GONZÁLEZ. Ob. cit., pág.9.

⁸¹ Art. 19 LOPJM. 1. «Además de la guarda de los menores tutelados por encontrarse en situación de desamparo, la Entidad Pública deberá asumir la guarda en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

2. La guarda voluntaria tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo.

En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional».

⁸² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 8/2011, «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada de actuación del Ministerio fiscal en materia de protección de menores», pág. 33.

⁸³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pp. 21-22.

Por otra parte, pese a que la dicción tanto del art. 778 bis 1 de la LEC, como del art. 26.1 de la LOPJM pudiera dar a entender que el Ministerio Fiscal puede solicitar la autorización judicial respecto a menores no dependientes de la Administración, la configuración de los centros descrita en el art. 25. 1 párr. 2, lo descarta, al indicarse explícitamente que los menores han de estar en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública⁸⁴.

La solicitud dirigida por la entidad pública o el Mº Fiscal ha de estar *motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores* (art. 26.1). Indicando el ap. 1º del art. 778 bis de la LEC que la solicitud debe ir acompañada de *la valoración psicosocial que lo justifique*. Por tanto, ha de quedar debidamente acreditado en el informe emitido por los expertos el concreto problema de conducta que padece la persona menor de edad, especificando que se trata de una situación recurrente generadora de un riesgo evidente para el propio menor y/o para terceros. Ni la LOPJM, ni la LEC concretan la titulación que ha de poseer el personal competente para emitir el preceptivo informe. En este sentido, es más explícita la LOPJM, al establecer que ha de tratarse de un informe psicosocial, por tanto, ha de exponer las características psicológicas del niño y también referir su entorno social. Por lo que el informe debería ser emitido por expertos en psicología infantil y trabajadores o educadores sociales. Además, se indica que el personal responsable del informe ha de ser especialista en protección de menores. Es por ello que, teniendo en cuenta que estamos ante un menor en situación de tutela o guarda por la administración, lo más adecuado es que el informe sea emitido por los profesionales de dichas titulaciones de la propia administración protectora⁸⁵.

B. Competencia

El ingreso del niño en un centro de estas características ha de ser autorizado judicialmente (art. 26.1. LOPJM). Como se indica en el art. 778 bis. 2 de la LEC, la competencia se atribuye al Juez de primera instancia del lugar donde esté ubicado el centro, se sobreentiende que la refe-

⁸⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso..., ob.cit., pág. 22

⁸⁵ La doctrina se ha planteado quién ha de fundamentar la petición cuando la solicitud parta del Ministerio Fiscal. Es claro que si parte de la Entidad Pública, esta cuenta con profesionales que pueden emitir dichos informes. Sin embargo, la fiscalía no cuenta con ese apoyo, más allá de los equipos técnicos que desempeñan su labor en el ámbito de la justicia de menores. Pese a que se ha sugerido que podrían ser estos los que apoyaran al Fiscal en su petición, parece más adecuado, dada la exigencia legal de que el informe sea emitido por profesionales expertos en protección de menores, que sean los adscritos a la entidad pública quienes también emitan informe a solicitud del Ministerio Fiscal. GONZÁLEZ MONJE, ob.cit., pág. 5.

rencia es al centro específico para menores con problemas de conducta. Aunque con relación al órgano judicial, la ley no dice nada al respecto, debe exigirse la especialización en el trato con menores de los diferentes operadores jurídicos y del resto de disciplinas⁸⁶. En la práctica, la atribución de la competencia a un único juzgado debería dar lugar a una cierta especialización, si bien no sería adecuado que esta se deje al voluntarismo de las personas titulares de los respectivos órganos judiciales. Es importante esta exigencia pues, como sabemos, el principio conecta directamente con el principio del superior interés del menor, la persona que ha de tomar decisiones sobre la vida del niño debería tener una formación específica que le ayudara a comprender la individualidad del menor, sus características particulares y sus necesidades. Solo de esta forma se adoptará la decisión más adecuada y pertinente.

Si bien la concentración en un único órgano judicial puede favorecer la especialización, también presenta inconvenientes que se han destacado por la doctrina. Puede resultar más gravoso para el niño, si su lugar de residencia se encuentra alejado del centro en el que se le quiere ingresar y, por tanto, alejado del juzgado⁸⁷. O que, por carecer la Comunidad autónoma de centro especializado o porque así se considere por el interés del menor, se solicite su traslado al centro especializado de otra. Ello pudiera provocar, dada la problemática conductual que motiva la petición, que se «abuse» del procedimiento de urgencia.

En definitiva, sin desconocer todas las dudas que plantea la nueva regulación, en este concreto punto la reforma implica un avance por el hecho de que la decisión la va a tomar un juez y además ha de venir avalada por la petición de la propia Entidad Pública o, en su caso, del Ministerio Fiscal; petición motivada y fundamentada en informes de expertos en ciencias psicosociales.

No obstante, para que el procedimiento respete al máximo el garantismo hubiera sido pertinente que el menor estuviera obligatoriamente asistido por un letrado especialista, nada se indica al respecto, en un claro agravio⁸⁸ respeto al procedimiento previsto para el internamiento no voluntario del art. 763 LEC en el que expresamente hay una remisión al art 758 LEC que prevé que si la persona no comparece con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia ha de nombrarle un defensor judicial, salvo que dicha defensa le corresponda al Ministerio Fiscal por no haber iniciado este el procedimiento. Es cierto que la LOPJM prevé en su art. 10.2 que el menor tiene derecho a designar abogado y, en su caso, defensor judicial. No obstante, es una po-

⁸⁶ El trato por personal especializado es un derecho del menor en el marco de las garantías del proceso derivado de la necesaria observancia del superior interés del niño. Art. 2.5 b) LOPJM.

⁸⁷ GONZÁLEZ MONJE, ob.cit., pág. 5. También: LÓPEZ AZCONA, ob.cit., pág. 175.

⁸⁸ Así también PILLADO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 11-12.

sibilidad de la que es extraño que haga uso el menor si no es informado expresamente⁸⁹. Por otro lado, siempre va a poder intervenir el Ministerio fiscal en defensa de sus intereses. Aunque aquí se puede plantear el conflicto, cuando haya sido el propio Fiscal quien haya solicitado el ingreso. Situación en la que la ley debería haber previsto el obligatorio nombramiento de un defensor judicial.

Como la decisión puede ser recurrida en apelación, para tal eventualidad, sí será necesario que el menor actúe con letrado y procurador (Art. 750.1 LEC).

C. Modalidades

En la regulación del procedimiento de ingreso podemos distinguir dos situaciones. La ordinaria que implica que se hace la solicitud motivada sin estar el menor ingresado en un centro específico y la modalidad de urgencia, que permite adoptar la decisión de ingreso por la entidad o el Ministerio Fiscal y solicitar a continuación la autorización judicial. Si las analizamos con más detalle:

C.1. Modalidad ordinaria

Tanto para conceder la autorización como para ratificar el ingreso el juez debe examinar y oír al menor en los términos recogidos en el art. 9 de la LOPJM. Resulta, por tanto, esencial para la adopción de una medida que, *de facto*, implica un significativo recorte de libertades, que el niño pueda exponer sus razones y explicar, en su caso, los motivos de su comportamiento⁹⁰. No obstante, va a ser complejo que pueda expresarse de manera libre y fluida si el procedimiento es excesivamente formalizado,

⁸⁹ Si bien la intervención de letrado no es obligatoria, se indica en la Circular que los Fiscales procurarán que el menor sea informado de su derecho a designar abogado y, en su caso defensor judicial. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pág. 25.

⁹⁰ DELGADO CASTRO se muestra especialmente crítico ante falta de concreción legal del objeto de la audiencia al menor. El autor considera que la audiencia tiene como único objetivo informar al menor sobre el ingreso en el Centro. Sin embargo, es posible interpretar desde una postura más respetuosa con los derechos del menor, que el precepto distinga la obligación de escuchar al menor y por tanto dar la oportunidad de explicar las razones de su conducta y, en segundo lugar, la obligación de informar sobre las circunstancias del ingreso. J. DELGADO CASTRO, «Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia» en V. CABEDO MALLOL, I. RAVETLLAT BALLESTÉ, (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 350-351.

por lo que es primordial contar con personal preparado específicamente para este tipo de comparecencias de personas menores de edad⁹¹.

En consecuencia, es especialmente relevante el cumplimiento de lo previsto en el art. 9 de la LOPJM en el cual, explícitamente se indica:

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Por tanto, la comparecencia judicial para decidir una afectación tan importante para la vida personal, familiar y social del niño, debe necesariamente adaptarse a su particular situación y desarrollo. Siendo primordial la asistencia de profesionales cualificados y especializados en el trato con personas menores de edad.

Al tiempo que se establece la obligación del juez de oír al menor, se indica que este ha de ser informado sobre el ingreso. Es de suponer que esta primera información sobre lo que supone un internamiento en un centro de protección de alta seguridad la ha de proporcionar el propio juez, o se le ha de facilitar en el propio juzgado, para ello vuelve a ser pertinente contar con formación especializada para que dicha información se trasmita de la manera más adecuada posible, en un lenguaje sencillo, adaptado a las características y posibilidades de comprensión del niño⁹².

⁹¹ Así se dispone en las reglas 14 y 15 del ap. IV las Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa: European Commission, Council of Europe, Directorate-General for Justice, Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños: adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos, Oficina de Publicaciones, 2015, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/97437>.

⁹² Como se establece en la regla 2. Información y asesoramiento, del ap. IV de las Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa: la información debe facilitarse de manera adaptada a la edad y madurez del niño, en lenguaje que sea comprensible y con sensibilidad a su género y procedencia cultural. European Commission, Council of Europe, Directorate-General for Justice, Directrices del Comité de Ministros del Consejo

Además de escuchar al menor, el juez también tendrá que atender el parecer de las personas y entidades que tienen una efectiva responsabilidad en el proceso educativo de aquel. En primer lugar, a la Entidad Pública, normalmente será la propia entidad que ostenta la tutela o guarda del menor quien habrá solicitado la adopción de esta modalidad de acogimiento residencial ante los reiterados problemas conductuales del niño. Es importante que el juez escuche las razones que han llevado a esta solicitud que, como se ha indicado, ha de venir avalada por los pertinentes informes psicosociales, porque la entidad es quien puede tener un conocimiento más directo de la situación y circunstancias de la persona y puede orientar sobre las necesidades educativas del niño, especialmente el personal que ha elaborado el informe. En este deberían recogerse indicaciones sobre el contenido de la medida y su duración, puesto que el juez en su resolución ha de pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar medidas de seguridad, así como sobre la restricción del régimen de visitas, comunicaciones y salidas.

En segundo lugar, deberán pronunciarse los progenitores o tutores. Es cierto que la medida se adopta respecto a niños tutelados o en situación de guarda, no obstante, es importante escuchar el parecer de los progenitores o tutores, especialmente cuando hayan sido ellos los que hayan solicitado el amparo de la administración ante las dificultades del proceso educativo. En este último supuesto, resulta esencial su colaboración dado que han debido asumir la obligación de someterse a un proceso educativo familiar.

También se puede dar audiencia a cualquier persona que el juez estime conveniente o que haya solicitado comparecer por poder aportar su opinión para mejor perfilar las necesidades educativas del niño⁹³. Finalmente, habrá de emitir informe el Ministerio Fiscal que expresará su parecer respecto a la pertinencia o no de la adopción de la medida.

Por último, aunque de gran importancia, prevé la ley la obligación de recabar, al menos, el dictamen de un facultativo, a modo de prueba pericial, así como cualquier otra prueba que el propio juez considere relevante, o bien haya sido instada por alguna de las partes. Con relación a la intervención del facultativo, el término presenta diversas acepciones según el DRAL. Si bien, desde un punto de vista estricto va referido a la profesión médica, desde una perspectiva más amplia, también recoge el diccionario otra acepción desde la que se referiría a persona experta o especializada. Por tanto, no necesariamente el dictamen lo habrá de

de Europa para una justicia adaptada a los niños: adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos, Oficina de Publicaciones, 2015, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/97437>.

⁹³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ ob. cit., pág. 308. Apunta a los casos en el menor ha sido previamente objeto de un acogimiento familiar o residencial general, cuyos responsables pidan exponer su parecer.

emitir el médico forense adscrito al juzgado, pudiendo ser elaborado por un especialista forense de otros ámbitos de las ciencias psicosociales. La intervención médica, especialmente de un especialista en psiquiatría forense puede tener su importancia para descartar la presencia de una enfermedad o trastorno mental que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 26.2 LOPJM, impediría la adopción de la medida.

C.2. Modalidad urgente

Presenta como característica que, por razones de urgencia, «convenientemente motivadas» (art. 26.3 LOPJM) el menor es internado en el centro, sin previa autorización judicial, por decisión de la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal. En este supuesto, la autorización se solicita posteriormente al ingreso para verificar las razones que han motivado la urgencia de este (art. 778 bis. 3 LEC). Debe ser notificado al juzgado competente lo antes posible, en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes. Disponiendo a su vez el juzgado de setenta y dos horas desde la comunicación del ingreso para resolver, si lo mantiene o, por el contrario, lo considera injustificado. En cuyo caso, ordenará la inmediata puesta en libertad.

Llama la atención lo dilatado de los plazos, especialmente si se comparan con los previstos en el art. 17 de la LORRPM en casos de detención de menores sospechosos de la comisión de un delito. En dicho supuesto, dispone el apartado 4º del precepto que los funcionarios policiales, en el plazo máximo de veinticuatro horas deben dejar en libertad al menor o bien, ponerlo a disposición del Ministerio Fiscal (art. 17.5 LORRPM), quien a su vez, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la detención, deberá decidir sobre su puesta en libertad, sobre el posible desistimiento, o sobre la apertura del expediente poniendo al menor a disposición del juez de menores e instando la adopción de alguna medida cautelar. En el supuesto de la medida de acogimiento residencial, el niño podría llegar a estar hasta noventa y seis horas privado de libertad sin ratificación judicial⁹⁴, frente a las cuarenta y ocho previstas en el proceso penal de menores.

Por otra parte, encontrándonos ante un supuesto de privación de la libertad, no se contempla la posibilidad de recurrir al *habeas corpus*, a di-

⁹⁴ Como expresamente se indicó en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 30 de septiembre de 2014, pág. 108 «el procedimiento que se diseña no resulta adecuado, al demorarse la resolución, al menos 96 horas, sin contar los tiempos empleados para el registro del procedimiento y las citaciones judiciales a aquellos que han de ser oídos. Tiempo que, atendida la naturaleza de la resolución administrativa y la necesaria protección del menor, parece excesivo».

ferencia de lo que ocurre al regularse la detención del menor en reforma, donde sí está expresamente recogido⁹⁵.

Como contundentemente se refleja en el informe de Amnistía Internacional, la previsión incurre en una clara contradicción al tiempo que resulta claramente desproporcionada su duración. Si el ingreso del niño en esta modalidad de centros ha de estar fundamentado en informes psicosociales y, por tanto, se justifica por la existencia de un previo diagnóstico de problemas conductuales, tal exigencia se aviene mal con la posibilidad de un ingreso urgente, sin necesidad de autorización judicial y con una duración claramente desproporcionada. Es por ello que, en aras a la seguridad jurídica de los niños, se exhorta en el informe a especificar las situaciones que avalarían dicho ingreso urgente que debería ser evaluado por el juez con esa máxima urgencia, dado lo aflictivo de la medida⁹⁶.

Muy crítico se muestra el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 30 de septiembre de 2014, con la regulación del procedimiento para su adopción, especialmente el de urgencia al no ser respetuoso con los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva del interesado, que debería ser oído. Por lo que se sugirió la modificación del procedimiento para introducir una regulación más ágil y respetuosa con el derecho de contradicción y audiencia⁹⁷.

La circular de FGE 2/2016 dispone de manera expresa que el plazo para la ratificación de la medida no puede elevarse más allá de las setenta y dos horas al ser vinculante la limitación fijada en el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, que no opera con carácter exclusivo en el orden penal⁹⁸.

D. Contenido de la resolución

En la resolución en la que se autorice el ingreso del menor, debe el juez pronunciarse expresamente sobre la limitación de determinados derechos, en concreto: sobre la posibilidad de aplicar medidas de seguri-

⁹⁵ Sin embargo, como señala la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pág. 34, de darse un exceso en los plazos como la falta de control regular del internamiento pueden dar lugar al procedimiento de *habeas corpus* al amparo de lo dispuesto en el art. 17.4 de la CE y a semejanza de los supuestos previstos en el art. 763 LEC.

⁹⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015). Recomendaciones de Amnistía Internacional..., cit. pág. 15.

⁹⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 30 de septiembre de 2014, pág. 108.

⁹⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso...», ob.cit., pág. 31. De no haberse autorizado el ingreso, trascurridas las setenta y dos horas preceptivas, habría en su caso llevar al niño a un centro de protección ordinario.

dad, concretar límites temporales al régimen de visitas, comunicaciones y salidas (art. 26. 3 LOPJM). De no especificarse tales restricciones en el auto correspondiente, no deberían limitarse tales derechos al niño. En la todavía escasa jurisprudencia que se ha publicado hasta el momento se constata la ausencia de estas referencias, así en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz/Agoitz de 4/12/2020. ROJ AJ-P-II 276/2020 no hay mención expresa a estos extremos, tampoco encontramos ninguna referencia en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz/Agoitz de 19/01/2021. ROJ AJ-P-II 149/2021, como tampoco en el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Aoiz/Agoitz de 16/02/2021. ROJ AJ-P-II 150/2021.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 778 bis 5 de la LEC, frente a la resolución del Juzgado, autorizando o ratificando el ingreso *«podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo»*.

3.5.2. Régimen de cumplimiento

La regulación se completa con una serie de disposiciones relativas al régimen de cumplimiento de esta específica modalidad de acogimiento residencial. Destaca su cierta semejanza con las previsiones de la LORRPM y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante RM), en particular con las directrices para la ejecución de las medidas de internamiento. Es por ello que resulta de un indudable interés su análisis comparativo.

A. Información

Dispone el art. 26.4 de la LOPJM que, en el momento del ingreso, el menor recibirá información escrita sobre sus derechos y deberes, sobre las normas de funcionamiento del centro, las cuestiones de organización general, el régimen educativo, el régimen disciplinario y los medios para formular peticiones, quejas y recursos.

Tal información se ha de proporcionar valorando la edad y circunstancias del niño con el fin de asegurar su comprensión. Por lo que cabrá tener en cuenta, su madurez y, por supuesto, su lengua, con el fin de proporcionarle la información en la que habitualmente use el menor para comunicarse.

El precepto reproduce, prácticamente, la redacción del art. 58 de la LORRPM. La principal dificultad que encontramos en la LOPJM es que

dichos aspectos apenas están regulados en esta o lo están de manera claramente insuficiente, como es el caso del régimen disciplinario.

B. Supervisión y control

En el mismo auto en el que el juzgado acuerde o ratifique el ingreso ha de indicar la obligación de la Entidad Pública y de la Dirección del Centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal de las circunstancias del menor y de la necesidad de mantener la medida. Estos informes periódicos han de ser emitidos cada tres meses, como mínimo, salvo que el juzgado fije una periodicidad inferior. Además, podrá requerir otros informes cuando así lo estime conveniente⁹⁹. (Art. 778 bis.6 LEC)

Por su parte, dispone el art. 32 de la LOPJM:

Con independencia de las inspecciones de los centros que puedan efectuar el Defensor del Pueblo, las instituciones autonómicas equivalentes y el Ministerio Fiscal, la medida de ingreso del menor en el centro de protección específico deberá revisarse al menos trimestralmente por la Entidad Pública, debiendo remitir al órgano judicial competente que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal, con esa periodicidad, el oportuno informe motivado de seguimiento que incluya las entradas del Libro de Registro de Incidencias.

A los efectos de las inspecciones e informes a los que se refiere el párrafo anterior, el Libro de Registro de Incidencias deberá respetar, respecto a los cesionarios de datos, la adopción de las medidas de seguridad de nivel medio establecidas en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

El control de legalidad y adecuación de la medida a las necesidades educativas del menor corresponde a diferentes instituciones. En primer lugar, al órgano judicial competente, asimismo, al Ministerio Fiscal en consonancia con su obligación de tutela de las personas vulnerables, entre las que claramente se encuentran las personas menores de edad, especialmente los que presentan problemas conductuales por su mayor situación de riesgo, marginalidad y exclusión social. Finalmente, la propia Administración autonómica titular de la tutela o, en su caso, guarda del menor, tiene la obligación de velar que en los centros se desarrolle un adecuado ejercicio de dichas potestades, dirigido a crear el clima y las condiciones para la educación y formación de la persona. Y por supuesto, como garantes máximos del adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de su respeto por las administraciones,

⁹⁹ La exigencia de un informe de periodicidad, como mínimo, trimestral viene a coincidir en el plazo con el que asimismo se exige en el cumplimiento de las medidas de internamiento impuestas a menores infractores como así dispone el art. 13.2 del RM.

la institución del Defensor del Pueblo y su homólogo en las respectivas comunidades autónomas.

C. Duración

Ni la LOPJM ni la LEC fijan una duración máxima de la medida, se establece en los dos textos una fórmula análoga, caracterizada por su indeterminación. La literalidad del art. 26.5 de la LOPJM es muy similar a la del art 778 bis 7 de la LEC en este punto. En ambos textos se indica que *los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas*.

Sin embargo, se constatan dos diferencias en la redacción de dichos textos. En el segundo párrafo del art. 778 bis. 7 de la LEC referido al cese de la medida, se concreta que este *será acordado por el órgano judicial competente*, frente a la referencia contenida en el art. 26.5 de la LOPJM que atribuye dicha competencia al órgano judicial *que esté conociendo del ingreso*, en ambos supuestos la resolución se adoptará *de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal*. La segunda diferencia va referida al informe que ha de avalar el cese de la medida, el texto de la LEC indica que ha de tratarse de un *informe psicológico, social y educativo*, en tanto el de la LOPJM exige, solamente, un informe psico-social, obviando los aspectos educativos.

Es poco comprensible que dos preceptos aprobados por la misma ley de reforma y referidos a la misma cuestión presenten tales divergencias. Tal vez hubiera resultado más conveniente diferenciar claramente los temas a abordar en cada uno de los textos legales y no incurrir en inadecuados solapamientos e incomprensibles diferencias.

No se fija un tiempo máximo de duración del internamiento¹⁰⁰ del menor en el centro, por lo que en la práctica se va a poder convertir en una medida de internamiento de duración indeterminada o cuya duración podrá abarcar hasta que el sujeto alcance la mayoría de edad, momento en el cual necesariamente tendrá que ser puesto en libertad¹⁰¹. Si bien, habrán de ser los criterios educativos y la evolución del niño los que determinen la necesidad del mantenimiento de la medida o, en su caso, de su cese. Teniendo siempre muy presente su excepcionalidad.

¹⁰⁰ Si bien la medida ha de ser revisada cada tres meses de acuerdo con lo dispuesto en el art. 778 bis 6 de la LEC.

¹⁰¹ En el DICTAMEN DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL 4/2014..., ob. cit., pág. 13, se indica que debería establecerse un plazo máximo de estancia en estos centros por razones de seguridad jurídica.

D. Derechos y deberes

A diferencia de lo previsto en la LORRPM (arts. 56 y 57) donde al regularse el régimen de ejecución de las medidas privativas de libertad, se concretan los derechos y deberes de los menores internados, no se da tal situación en la regulación de esta figura. Y ello, a pesar de que hay expresas referencias a la obligación de informar sobre los mismos al menor que es internado. Lo cual lleva a plantearnos la cuestión de a qué derechos se referirá el legislador al establecer tal obligación. Si examinamos la LOPJM, esta se refiere en dos momentos a los derechos y deberes de los niños. En primer lugar, con carácter general para toda persona menor de edad, el cap. II recoge los derechos del menor, relacionándose en concreto: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la información, a la libertad ideológica, a la participación, asociación y reunión, a la libertad de expresión y a ser oído y escuchado. También se contempla una relación de deberes en el cap. III diferenciándose tres ámbitos: el familiar, el escolar y el social.

Más específicamente, dirigidos a los niños en situación de acogimiento, el catálogo de derechos contemplado en el art 21 bis. Su apartado primero recoge los aplicables a todos los menores acogidos, relacionándose en el ap. 2 los específicos de los menores en acogimiento familiar. Por ello, en este caso solo serían de aplicación los contemplados en el ap. 1, en particular:

- a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez. Para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento.
- b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo.
- c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento.
- d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública.
- e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas.
- f) Recibir con la suficiente anticipación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad.
- g) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias de su acogimiento.
- h) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen,

medida esta aplicable tanto en acogimiento residencial, como en acogimiento familiar.

- i) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario.
- j) Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

Por el contrario, no hay relación de deberes específicos de los menores en acogimiento. No encontramos por tanto en la regulación estatal el estatuto jurídico completo vigente en estos centros. Es necesario acudir a la legislación autonómica en la que sí podemos encontrar un catálogo de derechos y deberes¹⁰². Quizás hubiera sido deseable para la aplicación de una medida que implica una afectación importante a la libertad ambulatoria del niño, que la relación de derechos y deberes hubiera estado recogida en la propia ley, de igual forma que se recogen, como se analiza a continuación, las medidas de seguridad y contención¹⁰³.

E. Medidas de seguridad y contención

La previsión de medidas de seguridad y contención, así como de un régimen disciplinario, que nos recuerda en bastantes aspectos al previsto para los menores infractores, es quizás la característica más notable de esta específica modalidad de acogimiento residencial. A pesar de la declaración del preámbulo de la ley en el que expresamente se intenta la separación con los menores responsables de un delito, lo cierto es que en su desarrollo y aplicación práctica encontramos notables coincidencias, si bien adolece el régimen de la medida de acogimiento de algunas insuficiencias frente a la más completa regulación de la ejecución de la medida de internamiento.

E.1. Medidas de aplicación general en los centros de protección

En cuanto al fundamento de estas medidas podemos ubicarlas en el conjunto de medidas establecidas en los centros de protección para garantizar la convivencia y seguridad en estos. El art. 21 ter de la LO-PJM añadido por la disp. final 8.11 de la L.O. 8/2021 de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (en adelante LOPIIAFV), incluye una completa regulación de las medidas dirigidas a alcanzar dicha finalidad, destacando como novedades más significativas:

¹⁰² En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la orden de 17 de enero de 2008 de la Consellería de Bienestar Social, recoge en sus Arts. 71 y 72 respectivamente, los derechos y deberes de los menores acogidos. Publicado en el DOCV n° 5693 de 1 de febrero de 2008.

¹⁰³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ ob. cit., pág. 309.

Una descripción de las medidas aplicables en los centros de protección: diferenciándose dos modalidades, las medidas preventivas y las de desescalada¹⁰⁴. Se especifica que solo, excepcionalmente, se podrán aplicar medidas de contención física¹⁰⁵, estando expresamente prohibida la contención mecánica consistente en la sujeción de la persona menor de edad a una cama articulada o a un objeto fijo o anclado a las instalaciones o a objetos muebles.

Se regulan, asimismo, los principios generales a tener en cuenta en la aplicación de las medidas, a saber: legalidad, necesidad, individualización, proporcionalidad, idoneidad, graduación, transparencia y buen gobierno. Y, por otro lado, los principios rectores de la ejecución de las medidas de contención, en particular: excepcionalidad, mínima intensidad posible y tiempo estrictamente necesario, se ejecutarán con respeto a la dignidad, privacidad y derechos de la persona menor de edad.

Se determina la necesaria especialización de los profesionales encargados de la ejecución de las medidas que deberán tener formación especializada en derechos de la infancia y adolescencia, así como en resolución de conflictos y técnicas de sujeción personal.

Para el supuesto que se tengan que aplicar medidas de contención física se establecen unos criterios específicos más rigurosos, en concreto:

Deben ser comunicadas de forma inmediata a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal.

Han de ser anotadas en el Libro registro de incidencias que será supervisado por la Dirección del Centro. También se anotarán en el expediente individualizado del menor.

Si se ha utilizado fuerza en aplicación de la medida de contención, la persona menor de edad tendrá que ser explorada por un médico en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, quien extenderá el correspondiente parte.

¹⁰⁴ El art. 21 ter 4 de la LOPJM define el contenido de las medidas de desescalada: 4. «Las medidas de desescalada consistirán en todas aquellas técnicas verbales de gestión emocional conducentes a la reducción de la tensión u hostilidad del menor que se encuentre en estado de alteración y/o agitación con inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas».

¹⁰⁵ El art. 21 ter 5 de la LOPJM define las medidas de contención física «Las medidas de contención física podrán consistir en la interposición entre el menor y la persona u objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios o movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física del menor por personal especializado del centro.

Como medida excepcional y únicamente aplicable en **centros de protección de menores con trastornos de conducta**, la medida de contención física podrá consistir en la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados, que se aplicará con las garantías previstas en el artículo 28 de esta ley».

Las medidas de contención no pueden ser aplicadas: a personas menores de catorce años, a las menores gestantes, a las menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las personas que tengan hijos e hijas consigo, ni a quienes se encuentren convalecientes por enfermedad grave. Salvo que de la conducta del sujeto pueda derivarse un inminente y grave peligro para su vida e integridad o para la de otras personas.

Finalmente, la dirección o en quien esta delegue debe decidir sobre la adopción de medidas de contención consistentes en la restricción de espacios y movimientos o la inmovilización del menor, se exige motivación y comunicación inmediata a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal.

Esta última referencia resulta un tanto repetitiva por cuanto es la regla general siempre que se aplique cualquiera de las medidas previstas de contención física y no únicamente de las dos que exigen decisión expresa de la Dirección, si bien en este supuesto se añade la necesidad de motivación, no establecida con carácter general.

E.2. Medidas de seguridad en los centros para menores con problemas de conducta

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad aplicables, de manera específica, en esta modalidad de centros, se enumeran tres categorías que son desarrolladas por el texto legal. En concreto, se distinguen en el art. 27 LOPJM: las medidas de contención, el aislamiento provisional y los registros personales y materiales. Cabe destacar que la ley ha sido reformada en este punto por la disp. final 8.12 de la L.O. 8/2021 de 4 de junio PIIAFV que ha matizado la forma de aplicación de estos mecanismos coercitivos, así como los supuestos en los que se pueden emplear.

El apartado segundo del precepto establece en qué casos se pueden aplicar y la formación del personal que puede aplicar estas. En cuanto a los supuestos que pueden dar lugar a su aplicación, se enumeran los siguientes: intentos de fuga, resistencia activa que suponga una grave alteración de la convivencia, o una grave vulneración de los derechos de otros menores, o riesgo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a las instalaciones. Las medidas de seguridad se aplicarán siempre como último recurso puesto que solo podrán utilizarse si han fracasado las medidas preventivas y de desescalada que tendrán carácter prioritario. Esta última referencia se ha incorporado por la disp. Final 8.11 de la L.O. 8/2021, desarrollándose en el nuevo art. 21 ter, como se ha expuesto.

El personal encargado de su aplicación tiene que estar especializado y con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, en resolución de conflictos y técnicas de sujeción.

La decisión de adoptar medidas de seguridad corresponde al Director del Centro o persona en quien delegue. La decisión ha de ser motivada y se ha de notificar con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal y podrán ser recurridas por el menor, Entidad Pública y Ministerio fiscal ante el Juez que conozca del ingreso el cual deberá resolver y tras recabar informe del centro, previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

E.2.1. Medidas de contención

El primer grupo de medidas de seguridad aplicable son las medidas de contención, se aplica la regulación genérica contenida en el art. 21 ter. En dicho precepto ya se indica que, en el marco de la contención física, de forma excepcional en los centros de protección para menores con problemas de conducta, será admisible:

(...) la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados (art. 21 ter. 5)

Completándose la regulación en el art. 28. 3 siempre y cuando se realice bajo un estricto protocolo y no sea posible evitar por otros medios la puesta en grave riesgo de la vida o la integridad física del menor o de terceros. Esta medida excepcional solo podrá aplicarse por el tiempo mínimo imprescindible, que no podrá ser superior a una hora. Durante este tiempo, la persona menor de edad estará acompañada presencialmente y de forma continua, o supervisada de manera permanente, por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro.

Tal excepción parece poco compatible con el criterio general de prohibición de los medios de contención mecánica que se vuelve a reiterar en el ap. 4 del art. 28 para este tipo de medida. La utilización de un mecanismo para la sujeción del menor parece que entra dentro del concepto de contención mecánica, al menos viene a coincidir con la descripción de los supuestos de contención mecánica contemplados en la anterior redacción del art. 28, concebidos también como último recurso y solo para situaciones de grave riesgo para el propio menor o para terceros, mediante equipos homologados.

Es cierto que la nueva regulación ha concretado el procedimiento, exigiendo que el menor esté acompañado durante el tiempo en que se esté aplicando la medida, que será el mínimo imprescindible, no superior a una hora.

E.2.2. Aislamiento provisional

En segundo lugar, el art 29 regula la medida de seguridad de «aislamiento provisional del menor». La finalidad de este, como concreta el precepto, es la prevención de actos violentos, autolesiones, lesiones

a otros menores residentes en el centro, al personal de este o a terceros y también graves daños a las instalaciones de aquel. El texto ha sido reformado por la disp. final 8.14 de Ley Orgánica PIIAFV, que ha reducido el tiempo máximo de aislamiento pasando de seis a tres horas, tiempo en que el menor ha de estar acompañado presencialmente y de forma continua o supervisado de manera permanente por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro. Bajo la anterior redacción se indicaba que la medida se cumpliría preferentemente en la propia habitación o en otro espacio de similar habitabilidad y dimensiones, mención que ahora desaparece, indicándose únicamente que la medida se cumplirá en un espacio adecuado.

Se indica, de manera expresa, que no puede ser aplicada como medida disciplinaria, por lo que solo cabe su aplicación como medida preventiva de conductas violentas, en una regulación similar a la del RM en su art. 55 que también contempla como medida de contención. En este punto encontramos una divergencia con el régimen previsto en la LORRPM al contemplarse la separación del grupo como la medida sancionadora más grave¹⁰⁶ para casos de comisión de faltas graves y muy graves.

Amnistía Internacional advierte en su informe que, pese a que la ley expresamente indica que no puede ser utilizada como medida sancionadora, es práctica de los ordenamientos autonómicos recurrir a esta como medio de sanción¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Condiciones de cumplimiento de la sanción de aislamiento en el art. 60 de la LORRPM y art. 66 del RM:

- Supuestos en que se puede imponer: casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia y cuando haya una alteración reiterada y grave de la convivencia: solo está prevista para faltas muy graves y graves.
- Lugar de cumplimiento: en su habitación o en otra de análogas características durante el horario de actividades del centro.
- Su duración podrá ser de tres a siete días
- Condiciones de cumplimiento.
 - o El menor dispondrá de dos horas al aire libre.
 - o Deberá asistir a las clases de enseñanza obligatoria.
 - o Podrá recibir visitas de familiares, autoridades y profesionales.
 - o Se planificarán actividades individuales para realizar por el menor en la habitación.
 - o Será visitado diariamente por el médico o psicólogo que informarán sobre la salud del menor y sobre la conveniencia de modificar la sanción.
- Exclusiones. En ningún caso la sanción se aplicará a:
 - o Menores embarazadas y hasta seis meses después de la finalización del embarazo.
 - o Madres lactantes y con hijos en su compañía.
 - o Menores enfermos
- Se dejará sin efecto cuando se aprecie que la sanción ha afectado a la salud física o mental del menor.

¹⁰⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015). Recomendaciones de Amnistía Internacional..., cit. pág. 16. Se expone en el informe que a pesar de que en la ley expresamente se establece que no se puede utilizar el aislamiento como medida disciplinaria en los centros de protección, hay legislación autonómica en la que sí se contempla tal posibilidad: Am-

E.2.3. Registros personales y materiales

Finalmente, el art. 30 contempla la regulación de los registros personales y materiales. Ambas modalidades se llevarán a cabo con respeto a la dignidad, privacidad y derechos fundamentales de la persona y con la finalidad de evitar situaciones de riesgo derivadas de la salida o introducción al centro de objetos, instrumentos o sustancias que puedan resultar peligrosos o perjudiciales. Para su ejecución se utilizarán preferentemente medios electrónicos.

El registro personal y cacheo del menor se llevará a cabo al menos por dos profesionales del mismo sexo del menor. Si es necesaria la exposición corporal, esta será parcial, en lugar adecuado, sin la presencia de otros menores, preservando la intimidad del menor.

En cuanto a los registros materiales, el personal podrá registrar las pertenencias del menor, pudiendo retirarle aquellos objetos que pudieran ser de ilícita procedencia, resultar dañinos para sí, para otros o para las instalaciones del centro o no autorizados para menores de edad. Si no pueden realizarse en presencia del menor se le comunicará previamente.

Es criticable la escasa regulación de los registros, siendo que algunos pueden llegar a ser invasivos de la intimidad del menor, por ello merecerían una regulación mucho más exhaustiva.

F. Régimen disciplinario.

Regula el art. 31 el régimen disciplinario. En el precepto se contemplan una serie de criterios generales, si bien no se concreta la relación de

nistía Internacional ha denunciado que, en la Comunidad de Madrid, la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia Ley 6/1995, de 28 de marzo, en su artículo 73 relativo a medidas disciplinarias, incluye la posibilidad de sancionar mediante la «separación del grupo con privación o limitación de estímulos». Igualmente, la Generalitat de Cataluña, en el art. 139 c) de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y Oportunidades en la Infancia y Adolescencia prevé la posibilidad de aplicar la separación del grupo como medida sancionadora. Así también en la Comunidad Valenciana, orden de 17 de enero de 2008 por la que se regula la organización y funcionamiento de los centros de protección, en cuyo art. 81 prevé también como posible sanción la separación del grupo con o sin privación o limitación de incentivos. Esta medida no podrá superar los tres días consecutivos. Todo ello en contra de lo estipulado en normativa internacional de derechos humanos como las Reglas de Naciones Unidas para menores privados de libertad. Al respecto cabe indicar que la jerarquía normativa y la prohibición de imponer como sanción disciplinaria la separación del grupo, va a suponer la imposibilidad de aplicar tal medida con relación a los niños internados por aplicación de la medida protectora. Cabe no obstante destacar la indeseable confusión de menores en régimen de protección y en régimen de reforma que encontramos en alguno de los textos autonómicos, claramente desfasados. Así en la citada ley de la comunidad de Madrid en cuyo art. 67 se da una definición de adolescente en conflicto social al que, de aplicarle medida de internamiento, le podría ser de aplicación, de darse sus presupuestos, la antedicha sanción.

conductas y, en su caso, sanciones aplicables. Refiere el precepto que el mismo se fundará en el proyecto socioeducativo del centro y en el proyecto individualizado de cada menor. A este se le ha de informar de la existencia de tal régimen y, por razones de seguridad jurídica, ha de ser asimismo informado de la relación de hechos que pueden dar lugar a la aplicación de tal régimen y, lógicamente, también de las sanciones que, en su caso, se le podrían aplicar.

En este caso, el problema es que ni las infracciones ni las sanciones se relacionan ni regulan en la normativa estatal, hemos de acudir a la normativa autonómica para encontrar dicha regulación. Ello podría dar lugar a agravios comparativos entre comunidades autónomas, lo cual es censurable, en una materia en la que se está afectando a los derechos fundamentales de la persona y especialmente teniendo en cuenta que el sujeto es especialmente vulnerable por su menor edad y por su específica problemática conductual.

Con relación a los criterios generales que sí se contemplan, se indica que la aplicación del régimen disciplinario será siempre el último recurso, prefiriéndose el recurso a sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa. Se fija como límite máximo de las sanciones las previstas en la LORRPM, al indicarse que no podrán establecerse restricciones de igual o mayor entidad que las previstas en aquella. Asimismo, tampoco podrán utilizarse las medidas de seguridad contempladas en los arts. 27 a 30 (medidas de contención, aislamiento provisional, registros personales y materiales) con fines disciplinarios.

Se indica expresamente, como no podía ser de otra forma, que la normativa autonómica en materia disciplinaria debe ser suficiente y adecuada a los principios constitucionales y a los recogidos en la propia LOPJM y en el T. IX de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo común Ley 30/92, de 26 de noviembre, dedicado a la potestad sancionadora de la Administración, en el que se recogen los principios de esta y los principios del procedimiento. Esta última ley, como es sabido, ha sido derogada por lo que cabrá acudir a la legislación que la sustituye, en concreto la Ley 40/2015 de 1 de octubre: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015 de 1 de octubre: Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas¹⁰⁸. Finalmente se contempla del derecho del menor a un «abogado independiente» y el respeto a su dignidad y derechos, sin que en ningún caso se les pueda privar de los mismos.

¹⁰⁸ Como respectivamente indican la disposición final decimotercera y cuarta de ambas leyes: «Las referencias hechas a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se entenderán hechas a la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda».

G. Traslados

Se le puede trasladar a otro centro sin necesidad de autorización judicial desconociendo la importancia que para el niño tiene mantener las relaciones con su entorno. Tampoco se exige motivar el traslado por razones que podrían justificarlo como las necesidades educativas del niño, razones de seguridad del menor o su interés superior. Si comparamos con la situación de los menores condenados por la comisión de un hecho delictivo¹⁰⁹, en dicho supuesto sí es necesaria la autorización del juez que condenó al menor y, en todo caso, el traslado ha de estar justificado por unas razones muy concretas.

Por ello, resulta especialmente censurable que una decisión de tanta importancia para la vida del niño no precise de una justificación adecuada y no tenga que ser autorizada por el órgano judicial¹¹⁰. Sí se contempla que la decisión de traslado sea notificada al Ministerio Fiscal y a las personas interesadas, quienes podrán recurrirla.

El déficit de garantías para los traslados en la medida de acogimiento residencial, frente a la regulación de los internamientos de la LORRPM, exige que el Ministerio Fiscal, especial garante de las personas vulnerables y, en concreto de los niños, esté especialmente atento ante la eventualidad de un traslado y que, en su caso, recurra dicha decisión si la misma no estuviera fundamentada en la atención a las particulares circunstancias del niño y en su superior interés.

H. Relaciones con el exterior: comunicaciones, visitas y permisos de salida

La intervención está dirigida a que el niño pueda, en su caso, reintegrarse a su entorno social y familiar; siempre que sea posible y así lo aconseje su interés; resulta especialmente importante el análisis de la regulación de las relaciones del niño con su entorno. Entrando en el examen de la previsión normativa, la encontramos recogida en los arts. 34

¹⁰⁹ Dispone el art. 35 del RM: *Para trasladar al menor a un centro de una comunidad autónoma diferente a la del juzgado que lo haya condenado, se requiere la autorización de éste y que se den los siguientes requisitos:*

- *Que se acredite que el domicilio del menor o el de sus representantes se encuentra en dicha comunidad autónoma.*
- *Interés del menor de alejarlo de su entorno familiar y social.*
- *Por razones temporales de plena ocupación de los centros.*

En todos los casos, para trasladar al menor fuera del centro se requerirá la autorización del juez de menores a cuya disposición se encuentre. Sin embargo, tal regla tiene dos excepciones: por razones de urgencia se puede trasladar al menor a una institución sanitaria, sin perjuicio de su comunicación inmediata al juez de menores; para la práctica de diligencias procesales serán ordenadas por el órgano judicial correspondiente, salida que será comunicada al juez de menores si no es él quien la ha ordenado.

¹¹⁰ DELGADO CASTRO, ob.cit., pág. 355.

y 35 de la LOPJM, dedicado el primero a la regulación del régimen de visitas y permisos de salida y el segundo, al régimen de comunicaciones del menor.

H.1. Régimen de visitas y permisos de salida

Dispone el ap. 1º del art. 34 que las visitas de familiares y allegados solo podrán ser restringidas y suspendidas en interés del menor por el director del centro quien habrá de motivarlo. La restricción o suspensión de las visitas solo se puede justificar por razones educativas, cuando así lo exija su tratamiento educativo y conforme a los términos recogidos en la autorización judicial que permitió el ingreso en el centro.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación penal de menores, en la que se regulan, de manera detallada, aspectos como el mínimo de visitas a que tiene derecho el menor; así como su duración; en este supuesto, no encontramos referencia a estos extremos por lo que en situación ordinaria debería tener el niño derecho a mínimos superiores a los reglamentados para los menores infractores (art. 40 RM).

Tampoco se encuentra ninguna referencia a la posibilidad de tener comunicaciones íntimas, lo cual es importante por las edades en las que se puede aplicar esta modalidad específica de acogimiento, que abarca hasta la mayoría de edad. Puede resultar especialmente gravoso para los supuestos en los que se restrinjan las salidas del menor. En el régimen de aplicación de las medidas de internamiento sí se contempla el derecho a visitas íntimas para los menores que durante un plazo superior a un mes no disfruten de salidas de fin de semana u ordinarias (art. 40.8 RM). Hubiera sido conveniente tener en cuenta esta posibilidad para la eventualidad en que queden restringidas las salidas del centro.

No hay referencias al derecho del menor de ser visitado por autoridades: Defensor del Pueblo e instituciones autonómicas análogas, con el Ministerio Fiscal, Defensor Judicial, Juez.

Por otro lado, aunque la ley, como se ha analizado, refiere la existencia de un régimen disciplinario, si bien sin concretar las posibles infracciones y sanciones, que se derivan expresamente a la regulación autonómica; encontramos, no obstante, una limitación al mismo al indicarse expresamente que «el derecho de visitas no podrá ser restringido por aplicación de medidas disciplinarias» (art. 34.1 LOPJM).

Con relación a las salidas del niño del centro, en principio no hay limitación salvo que, por su interés o porque el tratamiento educativo lo aconseje, la dirección del centro pueda considerar su restricción o supresión con la motivación adecuada y de acuerdo con lo indicado en la autorización judicial de ingreso.

Si desde la dirección del Centro se decide limitar las visitas y/o las salidas del niño debe notificarse a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal. La decisión de restringir, suspender o suprimir las visitas o salidas puede ser recurrida ante el juez competente del ingreso, estando legitimados para recurrir exclusivamente, el Ministerio Fiscal y el menor al que se le garantizará asistencia legal de abogado independiente según la dicción legal. No se prevé la posibilidad de que sean los padres o allegados del menor los que puedan recurrir la decisión, lo cual no encaja bien con el derecho del niño de mantener vínculos con su familia de origen. Es cierto que la medida es de aplicación exclusiva a menores que estén en situación de guarda o tutela administrativa, pero encontraremos situaciones en las que los padres (representantes legales) hayan solicitado la asunción de la guarda por la administración ante la dificultad de un adecuado ejercicio de la patria potestad, conservando el derecho a mantener relación con el niño o adolescente. Por ello, no se entiende bien que no puedan solicitar que se reconsidere la restricción o suspensión de visitas y salidas. Se les va a informar, pero, incomprensiblemente, no van a poder recurrir la decisión.

H.2. Régimen de comunicaciones del menor

Regulado en el art. 35 de la LOPJM. Si bien, como se ha señalado, a diferencia del régimen de cumplimiento de la medida de internamiento, no se recoge el derecho del menor a entrevistarse con el Fiscal, Juez, Defensor del Pueblo o Institución análoga, sí se contempla el derecho de los menores acogidos en estos centros a remitir quejas de forma confidencial al Ministerio Fiscal, a la autoridad judicial competente, al Defensor del Pueblo o institución análoga de la comunidad autónoma. Tal derecho no puede ser limitado y tampoco puede ser restringido por medidas disciplinarias.

A continuación, se regulan las comunicaciones con familiares y allegados que según la dicción legal serán libres y secretas. No se distingue en la ley el tipo de comunicación, por lo que habiéndose contemplado en otro precepto las visitas de familiares y allegados, las comunicaciones reguladas en este deben ser las telefónicas, virtuales y postales.

Al igual que las visitas y los permisos, podrán ser restringidas y suspendidas por los mismos motivos que aquellos. La decisión de restringir y/o suspender las comunicaciones será notificada a los interesados, al menor y al Ministerio Fiscal quienes podrán recurrir ante el juez responsable del ingreso. Se amplía en este caso la legitimación activa del recurso a los familiares y allegados.

4. Consideraciones críticas y conclusiones

El examen de la medida de acogimiento residencial para menores con problemas de conducta evidencia la estrecha relación entre los regímenes de protección y de reforma de la infancia y adolescencia. Era una específica característica de los sistemas tutelares, así, la LTTM de 1948 presentaba una indeseable confusión en el tratamiento de los menores que habían cometido un delito y los que simplemente necesitaban una intervención protectora. A pesar del empeño legislativo por deslindar ambos marcos normativos, la realidad nos demuestra que, en la práctica, la compleja problemática que presentan algunos niños nos aboca nuevamente al solapamiento entre ambos regímenes.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la medida a la que se ha dedicado el presente análisis, si bien el legislador expresamente manifiesta que la misma no está pensada para niños responsables de la comisión de un delito; al ilustrar los casos en los que esta sería de aplicación refiere supuestos de violencia filio parental en los que la relevancia penal de las conductas, por el importante adelantamiento de la intervención penal, va a ser inevitable. También, por la propia fundamentación de la figura que exige que el niño lleve a cabo reiteradas conductas disruptivas vulneradoras de las normas sociales y que, al propio tiempo, afecten a derechos de terceros. En consecuencia, va a ser complejo decidir en qué casos debe intervenir la administración competente en materia de protección de la infancia y adolescencia o, por el contrario, la justicia de menores.

Por otra parte, la medida, que es una medida de protección al niño, debe conservar ese carácter y naturaleza jurídica, sin deslizarse por la peligrosa senda de su concepción como medida de seguridad o defensa social. Tales dudas surgen de la propia regulación y de sus específicos destinatarios. De la regulación, pues en la misma se presta excesiva atención a los elementos punitivos y de seguridad con una descripción bastante detallada de las medidas de seguridad aplicables y expresa referencia al régimen disciplinario, pero con una absoluta falta de regulación de los elementos que más podrían contribuir a la efectiva protección del menor: el proyecto educativo y de protección con la necesaria colaboración de su entorno comunitario y familiar; máxime teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la medida es la reintegración del niño a dicho ámbito.

En cuanto a los destinatarios, la ley es imprecisa en el propio diagnóstico, reflejando las dudas de la literatura especializada tocante a si los problemas conductuales son un auténtico trastorno psíquico propio de adolescentes o, por el contrario, son un problema estrictamente educacional. La exigencia de reiteradas conductas vulneradoras de las normas sociales y derechos de terceros añade ambigüedad a la fórmula. Por otra parte, como buena parte de los comportamientos que fundamentan la intervención pudieran entrar dentro de alguna tipología delictiva, si el menor es mayor de catorce años, puede resultarle más favorable que le

apliquen la LORRPM. Por lo que los principales destinatarios de esta específica medida de protección van a ser los menores de catorce años a los que no se puede aplicar aquella.

A todos estos elementos cabe añadir la indeterminación de la edad mínima para su aplicación y, finalmente, el hecho de que la medida sea de exclusiva aplicación a los niños en régimen de tutela o guarda administrativa. Todo ello no aporta demasiados argumentos para su concepción en clave exclusiva de protección y no como mecanismo de defensa social frente a menores inadaptados.

Son todos ellos elementos que siembran muchas dudas sobre la figura, que puede ser necesaria en situaciones de graves problemas conductuales que no han podido ser atendidos de manera preventiva con medidas menos aflictivas, pero a la que, tal vez, le convendría una reforma acentuando los aspectos protectores, educativos, junto con la previsión del compromiso del entorno familiar y comunitario¹¹¹ en la readaptación del niño, frente a los aspectos puramente coercitivos que son los que se desarrollan cumplidamente en la regulación vigente.

Ello nos lleva a la conclusión, mantenida también por otros autores, de que la decisión de internar a un niño no parece ser la medida de protección más adecuada por su carácter despersonalizado y por la excesiva focalización de la regulación en aspectos coercitivos. Quizás resultaría más oportuno plantear la desinstitucionalización progresiva adoptando fórmulas de protección equivalentes al entorno familiar¹¹² y alejar los acogimientos residenciales del modelo de los centros de reeducación, con el fin de respetar el carácter abierto y de servicio público que ha de regir estos¹¹³.

Ciertamente la sociedad tiene el grave problema de los niños a los que por carencias personales o por falta de recursos educativos, no se les ha puesto límites, no han podido ser educados convenientemente, encontrándonos ante un colectivo de personas menores de edad con los que la convivencia cotidiana es muy compleja. Sin embargo, el remedio a tal situación no puede recaer, de manera exclusiva, en la intervención correctiva sobre dicho menor. En tanto quienes tenían que educar al niño

¹¹¹ Como así mantiene PILLADO GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 8.

¹¹² FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 7. A.I. BERROCAL LANZAROT, «El acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio» en M. V. MAYOR DEL HOYO (DIR), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor. Aranzadi, 2017, pág. 280.

¹¹³ FERREIRÓS MARCOS, ob. cit., pág. 15 como sigue afirmando el autor a pesar del esfuerzo por regular la creación de este tipo de instituciones, su concepción es compleja pues, nos recuerda, resulta más cercano al modelo de los centros de reeducación... a formas sancionadoras que se contraponen con el carácter abierto y de servicio público que ha de regir en materia de acogimiento residencial.

no han sabido o no han podido hacerlo, habrá que incluir en el programa de solución a los progenitores o responsables. Si no acudimos a una solución integral y solo incidimos en el menor no vamos a solucionar el problema. No encontramos en la regulación de la medida una previsión de intervención sobre la familia y sobre el entorno que ha moldeado la personalidad de este menor, más allá de las declaraciones genéricas de la ley para los menores en situación de riesgo o desamparo.

En definitiva y como conclusión, la decisión de internar a un menor con problemas conductuales tiene que ser un recurso excepcional. Además, para impedir que esta específica modalidad de acogimiento residencial se convierta en una mera medida de seguridad para menores inadaptados, las administraciones competentes han de realizar un importante esfuerzo preventivo para integrar en todos los ámbitos a los niños en dificultad social. Como señalan Suárez y García Rivera¹¹⁴ la problemática de los niños inadaptados es una problemática social, por lo que la solución también debe ser social, implicando a las familias, a los centros educativos, a la comunidad, en general. No puede simplificarse con el recurso a una mera medida con claros tintes coercitivos.

5. Bibliografía y otras fuentes

Bibliografía

- Agustí Roca, C., «*Golfillos de la calle*. Menores, marginación y control social durante el primer franquismo a través de los expedientes del Tribunal Tutelar de Menores de Lleida» en Navajas Zubeldia, C., Iturrriaga Barco, D. (eds.), *Novissima. Actas del II Congreso Internacional de Historia de nuestro tiempo*. Logroño. Universidad de la Rioja, 2010, pp. 309-322.
- Bernuz Beneitez, M. J., Fernández Molina, E., Pérez Jiménez, F. «Menores de 14 años que cometen delitos» *Boletín Criminológico*, N.º 97, mayo 2007, pp.1-4.
- Berrocal Lanzarot, A. I., «El acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio» en Mayor del Hoyo, M. V. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor. Aranzadi, 2017, pp. 267-292.
- Bravo, A., Del Valle, J. F., «Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil» *Papeles del Psicólogo*, 2009. Vol. 30(1), pp. 42-52.

¹¹⁴ SUÁREZ MUÑOZ, GARCÍA RIVERA, ob.cit., pág. 187.

- Calvo Guerra, M. R., «Intervención del Ministerio Fiscal en los centros de acogida para menores con graves problemas de conducta», *Diario La Ley*, n.º 9293, de 7 de noviembre 2018, pp. 1-25.
- Cardenal Montraveta, S. *La responsabilidad penal de los menores*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Clanton, R. L. *et al.*, «Conduct disorder» en GOLDSTEIN, S., DEVRIES, M. (eds.) *Handbook of DSM-5 Disorders in Children and Adolescents*, Salt Lake City, UT, USA, Springer International Publishing AG, 2017.
- Cobo Del Rosal, M., Vives Antón, T.S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Colás Turégano, A., *Derecho Penal de Menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Cueto Santa Eugenia, E., «La ausencia de garantías en el procedimiento de ingreso de menores con problemas de conducta de la LEC», *Anuario de Justicia de menores*, nº 19, 2019, pp. 225-237.
- Delgado Castro, J., «Aspectos procesales de la protección de la infancia y la adolescencia» en Cabedo Mallol, V., Ravetllat Ballesté, I., (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 366-372.
- De Palma Del Teso, A., «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 riesgo de los menores», *AFDUAM*, 15 (2011), pp. 185-215.
- Díaz García, H., «La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 197-289.
- Díaz Maroto, J., Villarejo, Y., Feijoo Sánchez, B., Pozuelo Pérez, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018.
- Ferreirós Marcos, C. E., «Ingreso en centros de protección para menores con problemas de conducta. Circular 2/2016 de la FGE». *Curso: Seminario de Especialización en menores. Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas*. Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017, pp. 1-24.
- 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.
- Garrido Genovés, V., *Los hijos tiranos. El síndrome del emperador*, Barcelona, Ariel, 2005.

- González Monje, A., «Aproximación a algunos aspectos controvertidos del internamiento de menores por trastornos de conducta» (1). *Diario La Ley*, N° 9540, Sección Doctrina, 19 de diciembre de 2019, pp. 1-11.
- Leiva Rodríguez, B., García Garnica, M^a C., «Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 (I)». *El Genio Maligno, revista de humanidades y Ciencias Sociales*, septiembre 2016, num.19, pp. 96-124.
- López Azcona, A., «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 133-186.
- Martín Azcano, E. M., «Internamiento de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos», *La Ley. Derecho de Familia*, n° 15, julio-septiembre 2017, pp. 1-34.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte general*, 4^a ed., Barcelona, PPU, 1996.
- Pillado González, E., «Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección especial». *Práctica de Tribunales N.º 147, noviembre-diciembre: La tecnología en los juzgados y juicios civiles telemáticos post coronavirus*, n.º 147, 2 de nov. de 2020, pp. 1-32.
- Pozuelo Pérez, L., «Uso (y posible abuso) de los medios de contención en los centros de internamiento de menores». *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 24-08, 2022, pp. 1-35.
- Sánchez Barrilao, J. F., «Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental» *UNED. Revista de Derecho Político*, N° 87, mayo-agosto 2013, pp. 179-222.
- Sánchez Heras, J., «Análisis y puesta en práctica de un programa de intervención con familias y menores que maltratan a sus padres en un centro de menores», publicada en *SURGAM Revista Digital de Orientación Pedagógica*, Tercera época, Año LVI, mayo-agosto 2010. <http://www.surgam.org/articulos/507/index.html>.
- Sánchez Hernández, C., *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Suárez Muñoz, A., García Rivera, G., «Infancia y conflicto. Inadaptación social y respuesta educativa. La importancia de conocer la realidad escolar y laboral para ofrecer respuestas formativas e introducir mejoras eficaces» *Puertas a la lectura*, 2005, pp. 162-187.
- Vázquez Pastor-Jiménez, L., «El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 11, octubre 2016, pp.134-162.
- Villagrasa, C., «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49 (2015), pp. 17-41.

Otras fuentes

- Amnistía Internacional, España. *Menores en centros de protección terapéuticos. 'Si vuelvo, ¡me mato!'*, 2009.
- Amnistía Internacional, España. *Recomendaciones de Amnistía Internacional a la Ley de Infancia: una modificación aún insuficiente*, 2015.
- Comité Español de Unicef, Informe sobre «Atención a niños, niñas y adolescentes en acogimiento en el sistema de protección de España. Un lugar donde quedarse», noviembre, 2017 <https://www.unicef.es/publicacion/un-lugar-donde-quedarse>.
- Consejo Económico y Social, Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la ley de Protección a la Infancia.
- Consejo General del Poder Judicial, Informe al anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 30 de septiembre de 2014.
- European Commission, Council of Europe, Directorate-General for Justice, Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños : adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2010 y exposición de motivos, Oficina de Publicaciones, 2015, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/97437>.
- Defensor del Pueblo, España, «Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social» (2009).
- Defensor del Pueblo, España, «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor; revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia» (2014).
- Fiscalía General del Estado, Circular FGE 8/2011, «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada de actuación del Ministerio fiscal en materia de protección de menores».
- Fiscalía General del Estado, Circular FGE 2/2016, «Sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos».
- Naciones Unidas. Informe del Comité contra la Tortura. Suplemento n.º 44 (A/65/44).
- Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observaciones a España. CRC/C/ESP/CO/3-4, 3 de noviembre de 2010.
- Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observaciones a España CRC/C/ESP/Q/3-4/Add. 1, 2 de septiembre de 2010.
- Senado de España. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la Adopción Nacional y otros temas afines. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, IX Legislatura, 17 de noviembre de 2010, núm. 545.

