

La Ley 4/2023, de 22 de marzo, de derechos, garantías y protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid: un modelo de protección a la infancia centrado en el interés superior del niño y apoyado en las familias¹

Law 4/2023, of March 22, on rights, guarantees and comprehensive protection of children and adolescents of the Autonomus Community of Madrid: a child protection system centered in the best interest of the child and based in families

Fecha de recepción: 26/04/24

Fecha de aceptación: 07/06/24

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA ESPAÑOL EN DATOS.—III. EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA.—IV. UN SISTEMA DE PROTECCIÓN CENTRADO EN EL NIÑO.—4.1. El derecho del niño a ser escuchado y el fortalecimiento de la participación infantil.—4.1.1. El derecho de cada niño a ser informado, oído y escuchado.—4.1.2. El derecho a ser oído colectivamente: la participación infantil.—4.2. Un sistema de protección centrado en cada niño concreto.—4.3. Una regulación adaptada a los desplazamientos internacionales de los niños.—V. UN SISTEMA DE PROTECCIÓN APOYADO EN LAS FAMILIAS.—5.1. Familias de origen.—5.1.1. Familias que renuncian.—5.1.2. Familias en las que se produce riesgo o desamparo.—5.2. Familias protectoras.—5.2.1. Familias colaboradoras.—5.2.2. Familias acogedoras.—5.2.3. Familias adoptantes.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El trabajo analiza las novedades que la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de derechos, garantías y protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid aporta al sistema de protección desde la perspectiva del interés superior del niño y considerando a las familias como principal recurso de protección.

* Profesora Propia ordinaria en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas. <https://orcid.org/0000-0003-3656-3318>

¹ Este trabajo se publica en marco del proyecto I+D «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (Análisis del DIPR español y de la UE)». PID2020-114611RB-I00, 8 IP Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros. Ministerio de Ciencia e Innovación (2021-4).

PALABRAS CLAVE: Ley 4/2023, Sistema de protección, interés superior del niño, familias protectoras.

ABSTRACT

This work analyzes the Law 4/2023, of March 22, on rights, guarantees and comprehensive protection of children and adolescents of the Autonomous Community of Madrid, underlining its innovations concerning the Spanish child protection system from the perspective of the best interests of the child and considering the families as the main resource of protection.

KEYWORDS: Law 4/2023, Child protection system, best interest of the child, protective families.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación hace un año de la Ley 4/2023, de 22 de marzo, de derechos, garantías y protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid (en adelante Ley 4/2023), ha supuesto un hito legislativo muy relevante, no solo para la Comunidad de Madrid, sino para el sistema de protección a la infancia español en general.

Para la Comunidad de Madrid porque su predecesora, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, que fue pionera entre las leyes autonómicas españolas en el desarrollo de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (en adelante CNUDN)², se publicó un año antes de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM). Era evidente la necesidad de una adaptación de la legislación madrileña a dicha ley orgánica estatal, pero también, como se señala en el preámbulo, a otras muchas normas jurídicas nacionales e internacionales que se han publicado desde entonces. De entre las normas estatales posteriores que la legislación madrileña debía desarrollar, destacan las dos grandes reformas en materia de infancia: las leyes de 2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA)³, y la Ley Orgánica de 2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (LOPVI)⁴.

² BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.

³ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 de julio de 2015) y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015).

⁴ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia (BOE n.º 134, de 5 de junio de 2021).

Debe advertirse, que pocas normas autonómicas se han adaptado, todavía a estas dos importantísimas normas estatales: la primera fue la Ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía⁵, que sin embargo desarrolla escasamente la LOPIVI, al ser prácticamente coetánea a ella; la Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha⁶ y la Ley vasca 2/2024, de 15 de febrero, de Infancia y Adolescencia⁷. Otras normas autonómicas, por ser anteriores a la LOPIVI solo han adaptado la normativa autonómica a la LMSPIA (Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia⁸ y Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears⁹), y llamativamente la Ley Foral 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad¹⁰, solo ha adaptado el Derecho foral navarro a la LMSPIA, pero no a la LOPIVI siendo posterior a ella. Por tanto, podríamos decir que la norma madrileña, es una de las pocas que adapta de manera completa e integral las previsiones de la normativa estatal de infancia.

Además, llama la atención, en contraste con otras normas autonómicas coetáneas, e incluso con alguna estatal, la completísima mención que realiza la Ley 4/2023 madrileña en su preámbulo a los Convenios internacionales y otros instrumentos de «soft law». internacional que luego desarrolla en su articulado. Se trata de un valor indudable del texto estudiado y que demuestra un profundo conocimiento del legislador madrileño de las obligaciones y estándares internacionales que vinculan a España y que coherentemente el legislador incorpora al texto legal.

De Naciones Unidas menciona la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006¹¹, con previsiones que afectan a los niños con discapacidad, pero también tres protocolos facultativos de la CNUDN: el relativo a la participación de niños en los conflictos armados¹², el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹³, y el relativo a un procedimiento

⁵ BOE n.º 189, de 9 de agosto de 2021.

⁶ BOE n.º 82, de 3 de abril de 2023.

⁷ BOE n.º 63, de 12 de marzo de 2024.

⁸ BOE n.º 39, de 14 de febrero de 2019.

⁹ BOE n.º 89, de 13 de abril de 2019.

¹⁰ BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2022.

¹¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008.

¹² Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. BOE n.º 92, de 17 de abril de 2002.

¹³ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. BOE n.º 27, de 31 de enero de 2002.

de comunicaciones¹⁴. Pero además son muy relevantes otros instrumentos que, si bien podrían catalogarse de «soft law», tienen un valor muy destacable, como son las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño (en adelante CDN)¹⁵, las Directrices de Naciones Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2010¹⁶, y por supuesto las Observaciones finales del CDN dirigidas a España, la última de 2018¹⁷. En estas Observaciones se señalan las carencias del sistema jurídico español de protección a la infancia y se realizan las recomendaciones correspondientes, y en muchos casos las materias abordadas por el CDN son competencia autonómica en España, y por tanto el legislador debe estar atento a ellas para incorporar dichas recomendaciones a la legislación de Madrid.

En segundo lugar, el preámbulo menciona los convenios aprobados en el marco del Consejo de Europa relativos a la infancia y ratificados por España; el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996¹⁸, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007¹⁹, y el Convenio en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008²⁰. Sin embargo, otros Convenios de esta organización, no mencionados explícitamente en la Ley 4/2023, son también relevantes, particularmente el Convenio de Estambul, en la medida en que la violencia contra la mujer muchas veces es violencia también contra los niños²¹.

¹⁴ Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. BOE n.º 27, de 31 de enero de 2014.

¹⁵ Recojo aquí las más relevantes en el tema que vamos a estudiar: n.º 5 (2003), Medidas generales de implementación de la CDN, (CRC/GC/2003/5, 3 octubre 2003); n.º 7 (2005), sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 Septiembre 2006); n.º 8 (2006), sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (CRC/C/GC/8, 2 marzo 2007); n.º 9 (2006) sobre los derechos del niño con discapacidad, (CRC/C/GC/9/Corr.1, 13 noviembre 2007); n.º 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, (CRC/C/GC/12, 1 julio 2009); n.º 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13, 18 April 2011); n.º 14 (2013) sobre el principio del interés superior del niño, (CRC/C/GC/14, 29 mayo 2013) (en adelante OG14); n.º 19, sobre Presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (CRC/C/GC/19, 21 julio 2016).

¹⁶ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>

¹⁷ Comité de derechos del niño de Naciones Unidas Observaciones Finales a España 2018 al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/C/ESP/CO/56. <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/observaciones-finales-v-iv-informes-aplicacion-convencion-derechos-nino-en-espana.pdf>

¹⁸ BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2015.

¹⁹ BOE n.º 274, de 12 de noviembre de 2010.

²⁰ BOE n.º 167, de 13 de julio de 2011.

²¹ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE n.º 137, de 6 de junio de 2014).

Pero además se recogen numerosas Recomendaciones del Consejo de Europa en materia de infancia. El preámbulo cita algunas de ellas tales como la R (87) 6 sobre familias de acogida, la R (98) 19, sobre la participación de los niños en la vida familiar y social, la R (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, la R (2005) 5 sobre los derechos de los niños que viven en residencias, la R (2011) 1 sobre los servicios sociales amigables para los niños y las familias; o la R (2012) 2 sobre la participación de niños y jóvenes menores de 18 años de edad, si bien existen otras muchas recomendaciones que conviene recordar en el tema que nos ocupa²².

Finalmente el preámbulo alude a los instrumentos normativos aprobados por dos organizaciones internacionales como son la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la Unión Europea. De la primera, se mencionan el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993²³, y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996²⁴. De la Unión Europea, se menciona la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil²⁵, pero cabe destacar también la importancia del Reglamento 1111/2019 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores²⁶ y la Directiva de Protección Temporal que ha sido el marco jurídico empleado para articular el desplazamiento de menores ucranianos con motivo de la guerra, respecto de los cuales la Ley 4/2023 contiene importantes previsiones a las que me referiré²⁷.

²² Recomendación Rec. (84) 4 sobre responsabilidad parental; Recomendación Rec. (91) 9 sobre actuaciones de urgencia en materia familiar; Recomendación (2006)19 sobre apoyo a las políticas de parentalidad positiva; Recomendación CM/Rec. (2009)10 sobre estrategias integrales estatales de protección a los niños frente a la violencia; Recomendación Rec. (2011)12 sobre derechos del niño y servicios sociales amigables con los niños y las familias; Guía práctica del Comité de Ministros sobre servicios de salud amigables para los niños; Recomendación Rec. (2015)4 sobre prevención y resolución de conflictos en casos de colocación de niños. Además, destacan las siguientes Resoluciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa: 2232 (2018) sobre el balance entre el superior interés del niño y la necesidad de mantener unidas a las familias; 2049 (2015) sobre los servicios sociales en Europa; 1762 (2010) sobre niños privados de cuidado parental: necesidad de adopción de medidas urgentes; 1714 (2010) sobre niños testigos de la violencia; 1071 (1988) sobre bienestar infantil en el cuidado institucional.

²³ BOE n.º 182, de 1 de agosto de 1995.

²⁴ BOE n.º 291, de 2 de diciembre de 2010.

²⁵ DOUE n.º 335, de 17 de diciembre de 2011.

²⁶ DOUE n.º 178, de 2 de julio de 2019.

²⁷ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de su acogimiento.

Además de estas normas, son reseñables las dos Estrategias de Derechos de la infancia aprobadas por las dos principales organizaciones internacionales europeas citadas en el preámbulo y a las que responde la Ley 4/2023: la Estrategia sobre los Derechos del Niño de la Unión Europea de 2021²⁸ y la Estrategia de derechos de la infancia 2022-7 del Consejo de Europa²⁹. Posteriormente a la aprobación de la Ley 4/2023 se ha aprobado una Estrategia estatal en 2023 (Estrategia infancia, 2023) a la que haré alusión a lo largo de este trabajo³⁰.

Pues bien; todo este abundante marco normativo, hacía imprescindible una actualización de la normativa madrileña en la materia que ya había sido reclamada por la doctrina en esta misma revista (Martínez, 2018). Si bien la Ley 4/2023 es integral, y como tal abarca todas las cuestiones relevantes en materia de infancia, el objeto del presente trabajo es analizar las grandes novedades que aporta en relación al modelo del sistema de protección de menores.

Y es que, como bien se señala en el preámbulo, la razón de ser de la aprobación de esta Ley no es solo la necesaria adaptación normativa ya expuesta, sino también, y sobre todo, dar respuesta a los desafíos sociológicos de la infancia en este siglo XXI. Pues bien, de todos ellos, la reforma del sistema de protección no solo en Madrid, sino en toda España, y en parte de Europa, es urgente, dado que están comprometidos derechos fundamentales de muchos niños y los datos de la realidad no son positivos como expondré a continuación.

II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA ESPAÑOL EN DATOS

El CDN ha hecho en los últimos años recomendaciones a España que evidencian los problemas del sistema de protección a la infancia español.

En 2010 (CDN 2010), se refería a las carencias que se advierten en el apoyo a las familias biológicas, ya que un apoyo adecuado sería la mejor prevención para evitar que los niños terminen siendo separados de ellas:

«El Comité, si bien acoge con agrado la gran variedad de servicios sociales para las familias, preocupa al Comité que muchas de ellas sigan sin contar con asistencia adecuada para ejercer sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño. Bruselas, 24.3.2021 COM (2021) 142 final.

²⁹ <https://www.coe.int/es/web/children/strategy-for-the-rights-of-the-child>

³⁰ *Estrategia estatal de derechos de la infancia y de la adolescencia 2023-2030*. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Estrategia_Estatal_Derechos_InfanciaYAdolescencia.pdf

Inquieta especialmente al Comité la situación de los niños de familias afectadas por la actual crisis económica, que necesitan medidas sociales afirmativas, en particular familias de origen extranjero y monoparentales.

El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, la falta de vivienda adecuada o la separación. También le recomienda que vele por que se satisfagan las necesidades de todos los niños y que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que ningún grupo de niños viva por debajo del umbral de la pobreza. El Comité recomienda igualmente al Estado parte que refuerce el sistema de prestaciones familiares y por hijo para apoyar a los padres y los niños en general y que preste apoyo adicional a las familias monoparentales, las que tienen muchos hijos y aquellas cuyos padres... están desempleados».

En 2018, (CDN 2018), se refería al sistema de protección denunciando las carencias del mismo, la elevada institucionalización, las características inadecuadas de los centros residenciales, y el escaso acompañamiento en la transición a la vida adulta:

«El Comité está seriamente preocupado por:

a) El elevado número de niños atendidos en centros de acogida y el hecho de que, en la práctica, este tipo de atención es la opción principal utilizada como medida inicial;

b) La insuficiencia de recursos, que tiene como consecuencia demoras en la asunción de la tutela por el Estado y las deficiencias de las instalaciones y el hacinamiento en algunos centros de acogida;

c) Los casos de malos tratos y de trato degradante de niños atendidos en centros de acogida, incluso denuncias de reclusión en condiciones de aislamiento, diagnósticos médicos erróneos y tratamiento médico incorrecto, además de la falta de sistemas de vigilancia y denuncia centrados en los niños y de mecanismos de queja a disposición de estos;

d) El apoyo insuficiente a los niños en su transición de la infancia a la edad adulta.

28. Recordando las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños y las recomendaciones anteriores del Comité el Comité recomienda que el Estado parte aumente los recursos para actividades encaminadas a prevenir la separación de los niños de sus familias y asegurar una disponibilidad suficiente de apoyo y asistencia, incluidas las subvenciones y el apoyo profesional, particularmente a las familias con niños en situaciones desfavorecidas o de marginación. También recomienda que el Estado parte:

a) Acelere el proceso de desinstitucionalización, a fin de asegurar que la atención en centros de acogida se utilice como último recurso, y vele por

que todos los centros de acogida restantes cumplan por lo menos unas normas de calidad mínimas;

b) Vele por que en todos los casos sea un juez quien adopte o revise las decisiones sobre la separación de un niño de su familia, y ello solo después de evaluar a fondo el interés superior del niño en cada caso particular;

c) Asigne recursos humanos, técnicos y financieros adecuados a la promoción de la atención en familias de guarda y a mejorar y desarrollar las competencias de los padres y las familias de guarda y de los cuidadores profesionales especializados;

d) Garantice unas condiciones humanas y dignas en los restantes centros para niños con dificultades de conducta o de socialización e investigue a fondo todas las denuncias de abusos o malos tratos en esos centros;

e) Vigile y supervise constantemente la calidad de las modalidades alternativas de cuidado para los niños, incluso ofreciendo canales accesibles para denunciar, vigilar y remediar el maltrato de los niños, y vele por que existan mecanismos accesibles de queja para los niños en los centros de acogida estatales y los hogares de guarda;

f) Formule y aplique programas de apoyo para ayudar a los niños de los centros de acogida en su transición a la edad adulta».

Estas Recomendaciones del Comité de 2018, siguen sin cumplirse 6 años después, como ponen de relieve los últimos datos oficiales de 2022 (Gobierno de España 2023.2) que se exponen en la siguiente tabla y que podrían glosarse en cuatro ideas:

En primer lugar, hay más niños atendidos por el sistema de protección: si en 2019 eran 50.272, en 2020 bajaron a 49.171 y en 2021 a 48.357, esta tendencia a la baja se ha revertido en 2022 ya que este año han subido a 51.203. Hay un 5,89 % más de menores atendidos en 2022 que en 2021. En Madrid, también ha subido pero más ligeramente: se ha pasado de 3.714 en 2021 a 3.781 en 2022. Es evidente que este aumento es, en parte, debido a la llegada de menores extranjeros migrantes no acompañados.

En segundo lugar, están disminuyendo los acogimientos residenciales y aumentando los familiares: desde 2020 son ligeramente superiores los segundos frente a los primeros. Sin embargo, en 2022 la tendencia ha empeorado en un punto: hemos pasado de 53 a 52 % de acogimiento familiar frente a residencial. En Madrid, en 2022, la situación es mejor que la media nacional: de 3.781 niños con medida de protección, 1.554 estaban en acogimiento residencial y 2.227 en familiar. Además, sigue habiendo demasiados niños muy pequeños en acogimiento residencial; en el conjunto de España, en 2022 fueron 553 frente a los 503 de 2021; en Madrid, de 1.554, 62 tenían de 0 a 3 años, y 54 de 4 a 6. El porcentaje de acogimiento familiar en familia extensa (59 %) es superior al de familia ajena (41 %), también en Madrid, que de 2.227 niños en acogimiento familiar, 1.184 lo estaban en familia extensa y 1.043 en ajena.

En tercer lugar, el cambio en la medida de protección no apunta en la línea de la desinstitucionalización: en 2022 solo un 8 % de las bajas en acogi-

miento residencial fueron por pasar a un acogimiento familiar, lo cual supone un empeoramiento claro, ya que en 2021 la cifra fue del 11 %. En Madrid, de 748 bajas en acogimiento residencial, solo 93 lo fueron por reintegración familiar y 74 por paso al acogimiento familiar.

Finalmente, si bien la discapacidad de los niños no está sobre representada en acogimiento residencial (6 %) frente al familiar (5 %) (en Madrid de 1.555 solo 110 son niños con discapacidad), la extranjería tiene un sesgo muy claro: si en acogimiento residencial 7.432 son extranjeros (44 %) y 9.629 son niños españoles (56 %), en acogimiento familiar 1.680 (el 88 %) son españoles frente a 2.097 (12 %) que son extranjeros. En Madrid, de los 1.554 acogidos en acogimiento residencial, 813 son españoles y 741 extranjeros.

ACOGIMIENTOS FAMILIARES Y RESIDENCIALES EN ESPAÑA POR EDAD DE LOS NIÑOS

ESPAÑA	2018	2019	2020	2021	2022
TOTAL	40.828	42.529	35.883	34.632	35.238
FAMILIAR TOTAL	19.545 (47,9 %)	19.320 (45,4 %)	18.892 (52,6 %)	18.455 (53 %)	18.177 (52%)
0-3 años	3.280 (17 %)	3.366 (17 %)	3.338 (18 %)	3.411 (19 %)	3.374 (18 %)
4-6 años	2.955 (15 %)	2.916 (15 %)	2.857 (15 %)	2.781 (15 %)	2.565 (14 %)
7-10 años	4.675 (24 %)	4.365 (23 %)	4.093 (22 %)	3.920 (21 %)	4.105 (23 %)
11-14 años	4.877 (25 %)	4.927 (26 %)	4.803 (25 %)	4.643 (25 %)	4.502 (25 %)
11-17 años	3.758 (19 %)	3.746 (19 %)	3.831 (20 %)	3.700 (20 %)	3.631 (20 %)
RESIDENCIAL TOTAL	21.283 (52,1 %)	23.209 (54,6 %)	16.991 (47,4 %)	16.177 (47 %)	17.061 (48 %)
0 -3 años	619 (3 %)	599 (2 %)	537 (3 %)	503 (3 %)	557 (3 %)
4 -6 años	665 (3 %)	702 (3 %)	640 (4 %)	536 (3 %)	529 (3 %)
7 -10 años	1.905 (9 %)	13.484 (9 %)	1.911 (11 %)	1.835 (11 %)	1.799 (11 %)
11-14 años	4.610 (22 %)	4.588 (20 %)	4.323 (26 %)	4.283 (27 %)	4.243 (25 %)
15-17 años	13.484 (63 %)	15.283 (66 %)	9.580 (56 %)	9.020 (56 %)	9.933 (58 %)

Fuente: Boletines estadísticos de medidas de protección a la infancia y a la adolescencia (<https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/home.htm>)

Estos datos muestran que el sistema de protección a la infancia no está basado en el apoyo a las familias, como principal recurso. A las familias de origen de los niños a las que los poderes públicos deberían fortalecer para que puedan recuperar sus competencias parentales, y a las que pocos de sus

hijos regresan, y a las familias «protectoras» ya sean de acogida o adoptantes, priorizando el acogimiento familiar frente al residencial.

En todo caso, estos datos oficiales del Ministerio competente en materia de infancia y suministrados por las CC.AA. deben leerse e interpretarse con bastante precaución. A la escasa fiabilidad de los mismos, denunciada tanto por el CDN como por otros organismos (Sindica, 2023) quiso responder la LMSPIA con el artículo 22 ter que no se ha desarrollado desde 2015 y que prevé la creación de «un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, con datos desagregados por género y discapacidad, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores como a efectos estadísticos». A esta misma necesidad, ha querido responder el artículo 56 de la Ley 4/2023. Esperemos que, al menos en Madrid, podamos contar pronto un sistema de información que permita tener datos completos y actualizados, no solo a efectos estadísticos que faciliten la planificación de las políticas, sino, sobre todo, como más adelante señalaré, a efectos de seguimiento de cada uno de los expedientes de protección.

Por otra parte, y según un reciente y completo estudio de campo sobre los recursos residenciales actuales (Poole, et al., 2022), en España hay un total de 1.345 centros de protección con 20.057 plazas, con una media de 15 plazas por centro, y Madrid, es una de las comunidades con más plazas de media, 19. Aunque en toda España el 63 %, de centros son de tipo hogar, en Madrid solo lo son un 48 %. Si en toda España hay 64 centros de protección muy grandes (considerando como tales los de más de 30 plazas), Madrid tiene 19 centros de este tipo (un 30 % del total). El modelo de acogimiento residencial en España necesita, como ha destacado la doctrina, una reflexión profunda de conjunto (Fernández Fuertes, 2000; Fernández Millán, et al., 2009).

Los datos en Europa son también preocupantes. El Consejo de Europa estima que más de 626.000 niños viven en acogimiento residencial en 22 países del centro y este de Europa. En los países de la UE, se estimaba en 2019 que aproximadamente 340.000 niños vivían en acogimiento residencial. Particularmente, en los países bálticos se estima que un 1.22 % de la población infantil está en el sistema de protección. Los datos disponibles, sugieren que la causa principal de que estos niños ingresen en el sistema es que sus padres tienen dificultades de todo tipo para cuidarles. Por ello, se insiste en la importancia de «strengthening family support services in response to the multiple needs of families» (Wenke, 2021:15) y en otros países de Europa también se está promoviendo la desinstitucionalización (Costa, 2014). Sin embargo, en un reciente estudio que analiza la situación en 46 países europeos y de Asia central (UNICEF 2023), se señala que más de dos tercios de los niños en acogimiento alternativo formal se encontraban en tipos de acogimiento familiar formal en 2021 en estos países. Pero además, se señala que la tasa de niños que viven en centros residenciales en Europa y Asia Central

duplica la media mundial: 232 por cada 100.000 niños viven en centros residenciales, frente a 105 por cada 100.000 en todo el mundo.

Estos datos han llevado al Consejo de Europa, a crear un grupo de expertos que están preparando una Recomendación sobre el interés superior del niño en los procedimientos de protección, grupo del que formo parte³¹, y en la misma dirección el Gobierno de España ha aprobado la Estrategia infancia 2023 (Gobierno de España 2023.1), y acaba de aprobar la de desinstitucionalización (<https://estrategiadesinstitucionalizacion.gob.es/>), que afecta no solo a los niños sino también a otros colectivos como los mayores o las personas sin hogar³².

En relación al sistema de protección, hay dos grandes objetivos en los que coinciden las estrategias nacionales e internacionales:

La prevención, fortaleciendo y apoyando a las familias frágiles en sus competencias parentales para evitar que los niños entren en el sistema, y si entran para posibilitar y facilitar el retorno familiar en el menor tiempo posible.

La protección con un cambio en el modelo de cuidados: incrementando el acogimiento familiar en sus distintas formas y transformando el residencial con un «cambio físico de los espacios, promoviendo espacios seguros y cálidos emocionalmente y cerrando o transformando recursos residenciales que no sen pequeños flexibles y abiertos a la comunidad» (Estrategia infancia 2023). El bienestar de los niños está en juego (Llosada y Casas, 2017).

A lo largo de este trabajo, analizaré en qué medida la Ley 4/2023 está alineada con este cambio de modelo.

III. EL DERECHO DEL NIÑO A VIVIR EN FAMILIA

El título I de la Ley regula, en primer lugar los derechos y deberes de los niños, desarrollando en 24 artículos los derechos relativos a la persona (vida, integridad física y psicológica, identidad, libertad de ideología, conciencia y religión, libertad de expresión, derecho a la información, a la protección frente a contenidos que puedan dañarlos, al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal, derecho a ser informado, oído y escuchado...), los derechos derivados del estado del bienestar (educación, sanidad, vivienda, servicios sociales...) y los derechos de ciudadanía (asociación, reunión, empleo, cultura y deporte, medio ambiente y entono urbano...).

De todos estos derechos, destaco, en el contexto de este trabajo, la regulación en el artículo 8 de un derecho, de «nueva generación», como lo califica el preámbulo: el derecho al desarrollo y al crecimiento en el seno de una familia. Este precepto debe ponerse en estrecha relación con el artículo 67 titulado «respeto a la vida familiar como ámbito adecuado para el desarrollo de

³¹ <https://www.coe.int/en/web/children/cj/enf-ise>

³² <https://estrategiadesinstitucionalizacion.gob.es>

los niños», el cual desarrolla este derecho respecto de los niños del sistema de protección, no solo garantizando el apoyo público preventivo a las familias con dificultades para que puedan desarrollar sus responsabilidades parentales, sino además, en caso de que la permanencia con las mismas no sea posible, priorizando de forma absoluta un cuidado alternativo de tipo familiar.

La psicología evolutiva fundamenta este derecho en las evidencias científicas que demuestran la necesidad básica que tiene todo niño de mantener una relación afectiva y estable con uno o varios adultos que le proporcionen seguridad y cariño, siendo esta relación, o vínculo de apego un elemento esencial en su desarrollo personal, vínculo que se genera en el seno de la familia. (Cáceres, et al., 2016; Paniagua, et al., 2016; Román, et al., 2009; Palacios, et al., 2022). Por ello, los niños «institucionalizados» están privados de este derecho básico, y su bienestar subjetivo es mucho menor que los que viven en familias³³, y están en riesgo de sufrir situaciones peores: «Children placed in alternative care face risks of neglect and violence, including corporal punishment and sexual violence. Poor quality care has a negative impact on the development of the child's cognitive, emotional and social skills with effects persisting into adulthood. Children who are not able to grow up in a caring family environment have higher risks of suffering mental health problems, such as anxiety and depression, as well as substance abuse issues» (Wenke, 2021: 15).

A pesar de ser tan evidente el carácter fundamental de este derecho, no está, sin embargo consagrado como tal por los principales Convenios internacionales, y en particular por la CNUDN: si bien su preámbulo afirma que «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión», en su articulado no prioriza el cuidado familiar frente al residencial para aquellos los niños cuya familia de origen no puede cuidarles.

La importancia de la familia como elemento básico de la sociedad ya se recogió en la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1958 que la señala como «elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (art. 16.3), afirmación que se reproduce, casi textualmente, en todos los Convenios universales y regionales que afirman la protección de la vida familiar sin injerencias arbitrarias, ilegales o no previstas por la ley. Este es el tenor del Pacto internacional de la ONU de 1966 de Derechos civiles y políticos y también del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH). Pues bien; ha sido precisamente la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo interpretando este artículo 8 de este CEDH (Breen, et al., 2020) como diversas Observaciones de la ONU, consideradas como «soft law», las que están avanzando progresi-

³³ «The evidence clearly shows that family-based care is overwhelmingly preferable to institutional care. Policy and legislation in most countries now support this, but there are still many countries in the world that need to prioritize family care over institutional care in their legal and policy frameworks and day-to-day practice» (Palacios, et al., 2019; p. 67).

vamente en la formulación de este nuevo derecho (Adroher, 2022). Destaca, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del niño de 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (OG14), y, en particular, de la Observación general n.º 6 (2018) del Comité de Derechos de las personas con discapacidad sobre la igualdad y la no discriminación, ya que son precisamente los niños con discapacidad los más institucionalizados³⁴.

Sin embargo, a pesar de no existir obligaciones internacionales que prescriban la garantía de este derecho, la legislación española, ha dado un paso importante en el reconocimiento del mismo: la LMSPIA para definir el concepto jurídico indeterminado del *interés superior del menor*, incluyó en él no solo los tres derechos básicos que señala en la OG14 (derecho a la vida, a ser escuchado y a la no discriminación), sino también el derecho a «una vida familiar libre de violencia», añadiendo en el artículo 12 la primacía de las medidas de protección familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. La reciente Estrategia estatal de infancia 2023 se refiere también y en estos términos al «derecho a vivir en familia», parte de la doctrina española alude a él abiertamente (Gómez y Berástegui, 2009; Martínez, 2020), y en este reconocimiento se inscriben la Ley 4/2021, de 27 de julio, de infancia y adolescencia de Andalucía y la madrileña, no así, sin embargo, y lamentablemente, otras leyes autonómicas aprobadas tras las reformas estatales³⁵.

Sin embargo, en España, diez años después de que la LMSPIA promoviese un cambio de modelo primando las «soluciones familiares frente a las residenciales», se advierten algunos avances pero todavía estamos lejos de que se reconozca a todo niño el derecho a un entorno familiar cálido, estable, seguro y responsable en el que crecer y desarrollarse.

IV. UN SISTEMA DE PROTECCIÓN CENTRADO EN EL NIÑO

La Ley 4/2023 se caracteriza por diseñar un marco jurídico de protección integral de los derechos de los niños, poniéndoles en el centro. Si bien este puerocentrismo se advierte en todo el articulado, voy a destacar algunas de sus manifestaciones más relevantes.

³⁴ CRPD/C/GC/6 de 26 de abril: Los Estados partes deberían poner fin a los actos de violencia y las medidas de institucionalización contra los niños y las niñas con discapacidad, a los que se niega el derecho a crecer en el seno de su familia como forma de discriminación. Los Estados partes deben implementar estrategias de desinstitucionalización que ayuden a los niños a vivir con sus familias o en formas alternativas de acogimiento familiar en la comunidad.

³⁵ Alguna de las leyes no menciona ningún derecho relacionado con la familia, como es el caso de la Ley Foral 12/2022 navarra y de la Ley 7/2023, de Castilla-La Mancha. Otras se refieren al derecho de relación y convivencia, pero sin vincularlo a los niños en el sistema de protección; es el caso del art. 23 de la Ley valenciana 26/2018, del artículo 26 de la Ley 9/2019 balear; La reciente Ley vasca 2/2024, se refiere en su artículo 29 al *derecho a la crianza, a la convivencia y a las relaciones familiares, en las relaciones con la familia biológica, pero respecto de los niños en desamparo no prioriza las soluciones familiares*.

4.1. El derecho del niño a ser escuchado y el fortalecimiento de la participación infantil

El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos los procedimientos y situaciones que le afectan, es un derecho fundamental recogido en la CNUDN, y desarrollado ampliamente en el artículo 9 de la LOPJM tras la reforma operada por la LMSPIA. Como señala la OG n.º 12 del CDN de 2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado, estamos ante un derecho de cada niño, pero también de los grupos de niños, organizados a través de estructuras de participación infantil. Es decir, es un derecho individual pero también grupal. Me referiré a ambas situaciones.

4.1.1. *El derecho de cada niño a ser informado, oído y escuchado*

La Ley 4/2023 garantiza el derecho del niño a ser escuchado de forma integral en muy numerosos preceptos a lo largo de todo el texto, desde el artículo 3 que lo considera un principio rector de la actuación administrativa, hasta el artículo 132 que califica como infracción grave de la administración el no escuchar al niño en los procedimientos. Sin embargo, el precepto más relevante al respecto es el artículo 11, que incluye en la formulación de este derecho a ser oído y escuchado, el derecho a ser informado, cuestión muy relevante dado que en muchas ocasiones la información previa es esencial para un ejercicio adecuado del derecho de ser oído y escuchado.

Sin embargo, quiero destacar en este punto, la novedosa regulación que la Ley 4/2023 hace del derecho de los niños que han sido víctimas o testigos de violencia sexual a ser escuchados de forma segura evitando su victimización secundaria. En el artículo 33 la Ley crea en Madrid la «casa de los niños» o *Barnahus*, que se trata de un recurso seguro, adaptado y específico que garantiza una atención integral por un equipo multidisciplinar de profesionales expertos coordinados ente sí (Johansson, et al., 2017). Si bien todos los niños están expuestos a la violencia sexual, los que están en el sistema de protección «son un blanco de preferencia para los abusadores, proxenetas o explotadores sexuales», como señala el Plan de acción contra la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes del sistema de protección a la infancia que pretende dar una respuesta a esta realidad³⁶.

La *Barnahus* considerada por el Consejo de Europa como buena práctica, tiene su origen en los Children's Advocacy Centers de los Estados Unidos, pero en Europa se creó por vez primera en 1998 en Islandia (Pereda, et al., 2021). En 2015 se puso en marcha el proyecto PROMISE *Barnahus* Network³⁷ que tiene como objetivo potenciar la adopción del modelo *Barnahus* como una práctica estandarizada en Europa. Este proyecto, con apoyo de la Comisión Europea,

³⁶ https://www.mdsocialesa2030.gob.es/eu/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Conferencia_Sectorial/Plan_de_Accion_contra_ESI_sistema_de_proteccion.pdf

³⁷ <https://www.barnahus.eu/en/>

presenta como principales objetivos compartir buenas prácticas, experiencias, conocimiento y recursos y desarrollar unos estándares de calidad comunes a todas las Barnahus. En los últimos años, muchos países europeos han creado sus propias Barnahus, a través de una red de centros que comparten características y objetivos comunes. Actualmente, existen más de 50 Barnahus en toda Europa y, en marzo de 2023, la Red Barnahus de PROMISE contaba ya con 26 países miembros representados por 42 organizaciones y entidades.

En el informe publicado por el Consejo de Europa en octubre del año 2023, 22 de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa encuestados indicaron que tienen al menos una Barnahus en sus países (incluidos los proyectos piloto) y se estima que próximamente un total de 28 Estados miembros del Consejo de Europa dispondrán de servicios Barnahus o de tipo Barnahus, es decir, el 61 %³⁸. En España, la carencia de este tipo de recursos se había puesto de relieve en diversos informes (Save the children 2018.a y 2018b), y el Consejo de Europa y la Unión Europea han financiado un proyecto de *Fortalecimiento de la justicia adaptada a la infancia a través de la cooperación y coordinación efectiva entre diferentes servicios Barnahus en las regiones de España*, en una de cuyas consultorías he participado³⁹. A nivel legislativo nacional en esta década ha habido importantes avances: la LOPIVI reguló la prueba preconstituida, a la que el legislador considera «un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», pero el paso definitivo para la implantación en nuestro país del modelo Barnahus lo dio la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LOGILS)⁴⁰. En su Exposición de Motivos hace mención directa al mismo, junto al Children's House anglosajón, como modelo que sitúa en el centro de la intervención al niño víctima de violencia sexual y da respuesta a dos importantes objetivos: reducir drásticamente las fuentes de victimización secundaria y ofrecer mayores garantías de obtener un testimonio en condiciones de seguridad y tranquilidad, aumentando así las posibilidades de concluir satisfactoriamente la investigación de unos hechos, de por sí complejos de acreditar.

Los requisitos del servicio de asistencia integral a los niños víctimas de violencia sexual se recogen en el artículo 35, que compromete a las administraciones públicas a promover servicios de atención especializada como servicios adaptados y adecuados a sus necesidades, que proveen asistencia psicológica, educativa y jurídica, y que se constituyen en el lugar de referencia para las víctimas, al que se desplaza el conjunto de profesionales intervinientes en los procesos asistenciales y judiciales.

³⁸ <https://rm.coe.int/barnahus-a-european-journey-mapping-study-on-multidisciplinary-and-int/1680acc3c3>

³⁹ <https://www.coe.int/es/web/children/barnahus-spain>

⁴⁰ BOE n.º 215, de 7 de septiembre de 2022.

A nivel autonómico, la Ley 4/2023 ha sido pionera en la incorporación de este recurso. En el preámbulo recuerda que el legislador autonómico no solo responde a un mandato estatal sino también las obligaciones derivadas del Convenio de Lanzarote y la Directiva europea 2011/93/UE, lo que se traduce la creación de entornos seguros y la promoción del buen trato en todos los ámbitos: «El capítulo, que se abre con un derecho de nueva generación, el derecho a ser protegido frente a todo tipo de violencia, regula a continuación los mecanismos de sensibilización, prevención, detección precoz, comunicación protección y reparación del daño en estos casos. En particular, destaca el de compromiso ofrecer una respuesta integral a los niños víctimas de agresión y explotación sexual a través de recursos especializados e integrales, coordinando a todos los agentes implicados para prevenir y evitar el riesgo de victimización secundaria». El precepto que regula este recurso es el artículo 33.1 y la Comunidad de Madrid ya ha resuelto un proyecto de contratación pública para poner en marcha un proyecto piloto⁴¹.

4.1.2. *El derecho a ser oído colectivamente: la participación infantil*

En relación al derecho colectivo a ser oído, la Ley 4/2023 regula dos vías de participación estable: el Consejo autonómico de participación de la infancia y la adolescencia y la Comisión de participación de la infancia y adolescencia en el seno de los consejos locales de derechos de la infancia y la adolescencia. La creación de estos órganos responde a objetivos compartidos tanto por el CDN que en 2018 propuso reforzar los consejos de infancia a todos los niveles, como a las Estrategias del Consejo de Europa⁴² y de la Unión Europea⁴³. En España la LOPIVI estableció que el gobierno debía crear un Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia, lo cual se llevó a cabo mediante Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre. Este Consejo pretende «favorecer la construcción de ciudadanía activa de las niñas, niños y adolescentes, como parte de una sociedad democrática (...)», mediante un foro «en el que expresen libremente sus ideas y propongan medidas (...), formulen propuestas sobre cuestiones que les afectan (...)», y se convierta en

⁴¹ <https://contratos-publicos.comunidad.madrid/contrato-publico/proyecto-piloto-barnahus-ca-sa-ninos-adjudicar-procedimiento-abierto-cargo-plan>

⁴² Uno de los siete objetivos de la Estrategia del COE se define como «Giving voice to every child», y en él se señala: «Child participation is often overlooked and fragmented at national level, and there is a need for a more coordinated and stable approach provided through permanent mechanisms that offer easy access to children and allow them to participate in decision making more systematically».

⁴³ En esta estrategia se insiste en la importancia de mecanismos de participación infantil a nivel local y nacional que estén coordinados entre sí para poder posibilitar la participación en el ámbito de la Unión Europea: «establish, jointly with the European Parliament and child rights organisations, an EU Children's Participation Platform, to connect existing child participation mechanisms at local, national and EU level, and involve children in the decision-making processes at EU level».

interlocutor de la infancia y adolescencia ante las instituciones públicas, con unas relaciones de poder más equitativas. Se trata de un órgano permanente y estable de consulta, representación y participación, adscrito al Ministerio competente en materia de infancia, y se compone de una Asamblea que se reúne al menos dos veces al año, está formada por 34 menores de entre 8 y 17 años, representantes a su vez de consejos locales o autonómicos o entidades sociales, con mandato renovable de dos años.

En este contexto, es muy relevante la creación en el artículo 53 de la Ley 4/2023 del Consejo Autonómico de Participación de la Infancia y la Adolescencia, como órgano de participación de los niños residentes en la Comunidad de Madrid, con objeto de articular el conocimiento directo sobre sus intereses y necesidades. Lamentablemente un año después de la creación por Ley de un órgano que se constituye con carácter obligatorio y permanente, la falta del imprescindible desarrollo reglamentario hace que dicha participación infantil no esté debidamente garantizada. Esta participación no es solo esencial para la propia Comunidad de Madrid, sino para que los niños residentes en ella puedan participar en el Consejo estatal y en los europeos.

4.2. Un sistema de protección centrado en cada niño concreto

Si el sistema de protección debe estar centrado en cada niño, el niño no puede ser solo un expediente para la administración, sino que deben articularse mecanismos para que la medida adoptada se ajuste a sus necesidades. El camino para que el sistema de protección de la Comunidad de Madrid responda verdaderamente a este principio es muy largo, pero quiero destacar algunos preceptos relevantes en este sentido.

En primer lugar el artículo 68 que entre los principios generales de la actividad administrativa en el ámbito del sistema de protección, recoge el siguiente: «La administración de la Comunidad de Madrid centrará su intervención en las trayectorias vitales de los niños protegidos, que determinarán, en cada momento, la elección de la medida de protección más adecuada y su duración». La importancia de no establecer medidas estandarizadas e iguales para todos, sino adaptadas a la realidad de cada niño en concreto, ha sido planteada por la doctrina (Ramiro, 2015), pero además viene exigida por los Estándares internacionales de protección, como es el caso de la OG N.º 15 del CDN (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, y las Directrices de Naciones Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2010, entre otros.

En segundo lugar, la exigencia de que cada niño tenga su plan individual de protección (art. 88) e incluso su propio profesional de referencia («al asumir la tutela o/y guarda de un niño se le asignará un profesional de referencia al que acudirá siempre que lo considere. Este profesional de referencia le acompañará en los procesos de toma de decisiones, audiencias, procedimientos, y a

lo largo de la ejecución de las distintas medidas que puedan adoptarse, durante todo el tiempo que permanezca en relación con el sistema»).

En tercer lugar dado que, como expondré en el siguiente epígrafe, las administraciones competentes en el sistema de protección son la municipal en la fase de riesgo y la autonómica en la de desamparo, es esencial que exista «trazabilidad» del expediente de protección del niño para que todas las autoridades que intervienen tengan la información completa que les permita tomar las mejores decisiones sobre él. Uno de los elementos clave de la Ley 4/2023 es la creación de un sistema de información y gestión en infancia y en adolescencia, que se crea en el artículo 56 que permite que todas las autoridades que intervienen tengan acceso a toda la información relevante del expediente de cada niño en concreto tal como se prevé en el artículo 79.

4.3. Una regulación adaptada a los desplazamientos internacionales de los niños

La Ley 4/2023 dedica varios preceptos a los niños extranjeros en el sistema de protección.

En primer lugar, el artículo 120 regula la recepción y tramitación de ofrecimientos de adopción internacional. Si España a principios de este milenio fue uno de los países del mundo con un número más elevado de adopciones internacionales, hoy no solo en España sino en todo el mundo, esta medida de protección transfronteriza ha disminuido drásticamente. En todo caso, era importante que la Ley 4/2023 regulara determinados aspectos de la misma, toda vez que cuando se aprobó su antecesora apenas había adopciones internacionales y esta institución no fue contemplada.

En segundo lugar la Ley dedica algunos preceptos a los menores extranjeros que se encuentran en el sistema de protección, en particular a los no acompañados, tanto en relación a su identidad y determinación de la edad (art. 7.4), como en relación a la reagrupación familiar, que se regula en el artículo 108, pero además a ella se refiere el artículo 67.2 introducido durante la tramitación parlamentaria, en un artículo que nada que ver tiene con esta materia, y cuya redacción es manifiestamente mejorable.

Sin embargo, quiero destacar dos preceptos muy relevantes, los artículos 83 y 84, que hacen a la Ley 4/2023 especialmente innovadora y garantista en relación a dos situaciones que afectan a menores extranjeros: la guarda temporal en casos de estancias temporales de niños extranjeros por tratamiento médico, escolarización y vacaciones, y la guarda provisional para la protección temporal de niños que se encuentren afectados por una crisis humanitaria.

En relación a la primera de las situaciones, programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros a España (particularmente bielorrusos y saharauis) por motivos de salud, escolarización y vacaciones, que comenzaron

en los años 90⁴⁴, el marco normativo es complejo e incluye desde un convenio internacional⁴⁵, a leyes⁴⁶ y reglamentos estatales⁴⁷ y alguna normativa autonómica⁴⁸. Como he recogido en otro trabajo (Adroher, 2019), han llegado en estos años a España un número nada desdeñable de menores a través de este mecanismo, particularmente a través del programa Vacaciones en paz, para niños saharahuis⁴⁹. La normativa española de extranjería distingue dos supuestos de desplazamientos temporales: los desplazamientos «por razones humanitarias» (que incluyen dos causas, vacaciones o tratamiento médico⁵⁰), y los que tienen por objeto los estudios⁵¹. El procedimiento para solicitar el desplazamiento es el mismo, pero si es por razones humanitarias, su duración no puede ser superior a los 90 días, mientras que si son por estudios no puede superar un curso académico.

En ambos casos, el programa puede ser promovido o financiado por administraciones públicas o por asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, y deberá solicitarse bien por estas entidades o bien por personas físicas. La concesión del visado está supeditada tanto a la autorización expresa del titular de la patria potestad o tutela del niño como a los informes preceptivos, tanto de la Entidad Pública española competente en materia de protección de menores, como del Delegado o Subdelegado del Gobierno. Si bien los requisitos exigidos en los informes de la Delegación y Subdelegación del Gobierno han sido desde siempre únicos y públicos, el contenido y alcance de los informes sociales no han sido regulados a nivel estatal, pero en 2019 la Comisión Delegada de Servicios sociales, aprobó

⁴⁴ Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros surgieron a finales de los años 90 debido a catástrofes naturales y episodios bélicos fuera de nuestras fronteras catástrofe de Chernóbil, guerra de los Balcanes, etc. que ocasionaron que las organizaciones no gubernamentales se preocuparan por la situación de los menores en esos lugares, promoviendo programas de acogida temporal por vacaciones y tratamiento médico. El éxito de dichos programas ha contribuido a su desarrollo año tras año. [Preámbulo del Decreto Balear 11/2013, de 22 de marzo, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento para emitir informes relativos a programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros (BOIB n.º 40 de 23 de marzo de 2013)].

⁴⁵ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Belarús sobre las condiciones de la mejora de la salud de menores nacionales de la República de Belarús en el Reino de España, hecho en Minsk el 1 de junio de 2009 (BOE n.º 223, de 15 de septiembre de 2009).

⁴⁶ Artículo 4.3. de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE n.º 312, de 29 de diciembre, modificado por BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015).

⁴⁷ Artículos 187 y 188 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n.º 103, de 30 de abril de 2011).

⁴⁸ Como es el caso del Decreto balear 11/2013 ya citado.

⁴⁹ <https://www.europapress.es/epsocial/cooperacion-desarrollo/noticia-programa-vacaciones-paz-anima-madrilenos-acoger-menor-saharai-verano-20240221142209.html>

⁵⁰ Artículo 187 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento de Extranjería). BOE n.º 103, de 30 de abril de 2011.

⁵¹ Artículo 188 del mismo Reglamento.

los «Estándares de calidad en programas de estancias temporales de personas extranjeras menores de edad⁵²» con el objetivo de unificar criterios y proponer buenas prácticas.

La Ley 4/2023 ha sido la primera y la única ley de infancia autonómica en regular esta cuestión en el artículo 83 incorporando los estándares de calidad de 2019, y dotando de seguridad jurídica a estos programas.

En segundo lugar, y en relación a la llegada de niños ucranianos a España a raíz de la guerra de Rusia contra su país, la UE ha decidido activar por primera vez, la Directiva de Protección Temporal⁵³, a través de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de la Unión Europea por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal⁵⁴. En desarrollo de esta Decisión, en España se han dictado importantes disposiciones que he analizado en otro trabajo (Adroher, 2023), entre las que destaca el Real Decreto 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania⁵⁵, que dedica el artículo 49 a los menores que llegan a España como consecuencia del conflicto bélico.

Para regular la aplicación de las disposiciones señaladas, el Ministerio del Interior ha dictado unas Instrucciones relativas a la protección temporal de menores ucranianos desplazados a España⁵⁶ y algunas Comunidades autónomas, singularmente la de Madrid, en la que, según los datos del INE la presencia de ucranianos desplazados es muy elevada, desarrolló un protocolo que regula el procedimiento a seguir en estos casos⁵⁷. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 4/2023, el grupo parlamentario popular presentó una enmienda para regular los desplazamientos internacionales de niños a través del mecanismo de protección temporal que se incorporó al texto definitivo en el artículo 84. Gracias a ella, la Ley 4/2023 es la primera regulación autonómica en abordar estos nuevos y peculiares «movimientos migratorios» desde una perspectiva de seguridad jurídica.

⁵² https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/docsTecnicos/pdf/Estandares_de_calidad_en_programas_de_estancias__temporales__de_personas_extranjeras_menores_de_edad.pdf

⁵³ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de su acogimiento.

⁵⁴ DOUE núm. 71, de 4 de marzo de 2022.

⁵⁵ BOE n.º 76, de 30 marzo de 2022.

⁵⁶ https://www.policia.es/_es/extranjeria_ukrania_consultas.php

⁵⁷ *Protocolo relativo a la protección de niños, niñas y adolescentes desplazados desde Ucrania a la Comunidad de Madrid como consecuencia del conflicto bélico.* https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/gobierno_abierto/protocolo_ukrania.pdf_23.3.22.pdf

V. UN SISTEMA DE PROTECCIÓN APOYADO EN LAS FAMILIAS

El preámbulo de la Ley 4/2023 señala en varios momentos que una de las claves del cambio de modelo es el apoyo a las familias. Tanto a las familias de origen, para que pueden recuperar adecuadamente sus responsabilidades parentales; como a las familias de acogida, adoptantes y colaboradoras, a las que el preámbulo califica de aliadas fundamentales:

«El cambio esencial del modelo del sistema de protección existente hasta el momento, va a apostar por un apoyo más decidido a las familias. Primero preventivo en casos de riesgo, y más tarde sanador, cuando deba acordarse la separación del niño de su familia de origen, debiendo valorarse como primera opción la reunificación familiar, si se dieran las circunstancias favorables para ello y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el niño, en especial, con respecto a los hermanos, hasta una apuesta absoluta por el acogimiento familiar y la adopción como principales figuras de protección, en línea con la estrategia de desinstitucionalización mencionada».

Me referiré a continuación a unas y a otras analizando críticamente la regulación que se hace en la Ley 4/2023.

5.1. Familias de origen

5.1.1. *Familias que renuncian*

La primera y «especial» familia de origen a la que voy a referirme, es la de aquellas madres que renuncian a su hijo tras el parto. Son mujeres valientes, que en lugar de interrumpir su embarazo, siguen adelante con él y ceden la guarda de su hijo después de nacer. Se trata de una situación muy difícil, en la que es imprescindible apoyar a las madres, pero también garantizar los derechos de estos niños.

La LMSPIA prestó especial atención a estos casos, tal y como se había reclamado en diversos estudios (Moreno Torres, 2009) que ponían de relieve los problemas a los que se enfrentaban estas mujeres, tenían que renunciar a su hijo tres veces. En el hospital ante los servicios sociales hospitalarios; un mes después ante la Entidad pública; y finalmente, en un plazo indeterminado pero que podía llegar a ser de dos años o más, debía prestar su asentimiento ante el juez que instruía el procedimiento de adopción. Las reformas de 2015 implicaron importantes novedades tendentes a mejorar el bienestar de estas madres (Adroher, 2018).

En primer lugar para posibilitar una mayor distancia emocional y confirmación de la decisión, se amplió el plazo de un mes a seis semanas entre la primera

renuncia en el hospital y la segunda en la Entidad pública, ampliación exigida por el Convenio Europeo de adopción de 2008 ya mencionado.

En segundo lugar se estableció en el artículo 45 de la Ley de Registro civil que ya no sería obligación de la madre que promoviera la inscripción de nacimiento en el Registro civil ya que en algunas provincias se instaba a la madre, al salir del hospital sin su hijo a inscribirlo ella misma, lo cual no tenía sentido dado que en ese momento ya estaba bajo la tutela de la Entidad pública, además del impacto emocional consiguiente.

En tercer lugar, la LMSPIA modificó la regulación registral para que en la inscripción de nacimiento del niño, en casos de renuncia, la publicidad del domicilio de la madre fuera restringida. Esta modificación respondió al hecho de que al inscribir el nacimiento en el Registro civil se rellenaba un parte estadístico del parto que se remitía al padrón, quedando el menor empadronado en el domicilio de la madre, lo cual, lógicamente carecía de sentido y además podía vulnerar el derecho de intimidad de estas mujeres que en muchos casos no habían hecho público su embarazo en su entorno familiar o social, y esta circunstancia facilitaba que en dicho entorno llegara a conocerse tanto embarazo como la renuncia (art. 49 de la Ley 20/2011 de Registro civil).

En cuarto lugar, en relación al procedimiento de adopción, el nuevo asentimiento de la madre ya no es necesario si la renuncia se ha hecho ante la Entidad pública o en documento público, salvo que hayan transcurrido 6 meses desde la renuncia (art. 37.1 Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria). Normalmente, y lamentablemente, el proceso de adopción no suele tener lugar antes de este plazo, debido al trabajo acumulado de gran parte de los juzgados, por lo cual, la madre en casi todos los casos debe reiterar su decisión una vez más y ante un juez. Esta nueva renuncia puede producir no solo daños emocionales al reabrir heridas, sino problemas prácticos e incluso legales: estas mujeres recibían una citación del juzgado en su domicilio, y en ocasiones eran citadas por edictos, lo cual implicaba para muchas que su entorno personal y familiar en este momento se enteraba que habían tenido un hijo al que habían entregado en adopción. En todo caso, su no comparecencia no paraliza el procedimiento de adopción (art. 38 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

Estas importantes reformas legales, debían ser complementadas por la protocolización de los aspectos socio-sanitarios. Así se recogió en la medida 66 del Plan integral de apoyo a la familia 2015-7 coordinado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: *Elaborar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un protocolo socio-sanitario común como guía para coordinar las actuaciones en los casos de entrega de un recién nacido por su madre en adopción cuando ésta y su entorno más próximo no pueden hacerse cargo del mismo*⁵⁸. Y es que según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anualmente se producen en España entre 300 y 380 renunciaciones hospitalarias, y se advierten diversas cuestiones que deberían ser protocolizadas.

⁵⁸ <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/home.htm>

Pues bien; la Ley 4/2023, es la primera ley autonómica en regular los aspectos socio sanitarios en estos casos, completando, en lo que es competencia autonómica, la regulación estatal mencionada. Así se señala en el Preámbulo:

«Este apoyo a las familias se inicia incluso antes del nacimiento del niño a través de la regulación del riesgo prenatal, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal vigente. La presente ley no solo contempla, como hacen las mencionadas leyes estatales, medidas preventivas que garanticen el buen trato prenatal del nasciturus, sino además prevé el apoyo a las madres, ofreciéndoles recursos económicos, residenciales y sociales. Este apoyo a las mujeres en dificultad se completa con una novedosa disposición que regula las entregas hospitalarias de aquellas que deciden renunciar a su hijo tras el parto. No hay precedentes de una regulación similar a nivel autonómico, y su objetivo es promover que el proceso de la entrega del recién nacido en adopción, cuando la madre y su entorno más próximo no pueden hacerse cargo del mismo, se desarrolle con las mayores garantías de los derechos de la madre y del bebé, tanto en el ámbito sanitario como en el de protección de la infancia».

La regulación prevista en el artículo 113, se refiere a todos los aspectos que según los datos del entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, son los más relevantes, debe, no obstante, ser objeto, como se señala, de desarrollo reglamentario. La falta de un reglamento completo, fue una de las carencias de la ley autonómica anterior, y no debería reproducirse en relación a esta. En el plan normativo de 2024, no está previsto ningún desarrollo de la Ley 4/2023 que reclamo en este trabajo como imprescindible.

5.1.2. Familias en las que se produce riesgo o desamparo

La CNUDN en su artículo 18 señala que, si bien a la familia corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental, los poderes públicos están obligados a la *asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño*, y, como hemos visto, el CDN, en sus dos últimos informes sobre España, detecta importantes carencias en el apoyo público a las familias y propone aumentar los recursos de asistencia destinados a ellas, especialmente a las monoparentales, pobres, o en especial dificultad.

Por ello, el sistema de protección debe descansar en un apoyo preventivo y reparador a las familias, y así lo señala el artículo 66 de la Ley 4/2023, «el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad de Madrid comprende el conjunto de actuaciones y medidas adoptadas por los poderes públicos destinadas a prevenir, detectar y reparar las situaciones de riesgo y desamparo en las que puedan hallarse los niños, asumiendo su tutela

o guarda en los casos en los que sea preciso, al objeto de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y su desarrollo integral».

Por ello, la primera fase del sistema de protección, es la prevención y la detección, que técnicamente se denomina, tanto en la legislación estatal como en la autonómica como la fase de «riesgo». Esta fase implica una intervención pública con las familias que presentan determinados indicadores de riesgo para que estos disminuyan y se evite un agravamiento que desemboque en una declaración de desamparo. La LMSPIA y la LOPIVI realizaron un avance muy notable al haber incorporado modificaciones que han supuesto una regulación estatal mas amplia y completa de esta primera fase del sistema de protección en varios aspectos.

En primer lugar en la propia definición del término «riesgo» que en la LOPJM de 1996 era indeterminada y dio lugar a una gran diversidad en la regulación autonómica de primera generación (Martínez, 2007). La LOPIVI ha concretado un listado de indicadores de riesgo que se ha incluido en el artículo 17 de la LOPJM.

En segundo lugar, en relación a la administración competente en esta fase de la intervención, la LOPIVI en su artículo 77 señaló la competencia de los servicios sociales de atención primaria, es decir de la administración municipal. En coherencia con ella, la Ley 4/2023 señala en su artículo 77 al regular la competencia para la aprobación del proyecto de intervención social y educativo familiar y de la declaración de riesgo que «los servicios sociales de las entidades locales son los competentes para elaborar el proyecto de intervención social y educativo familiar, detectar y valorar las situaciones de riesgo». La necesaria coordinación entre los servicios sociales de base y los especializados se prevé en el artículo 74.2 cuando señala: «el proyecto de intervención social y educativo familiar será adoptado por el órgano municipal competente y de él se informará, para su seguimiento, a la Comisión de Apoyo Familiar correspondiente al municipio de residencia del niño».

En tercer lugar, la finalidad de la intervención en estos casos a tenor del artículo 17.4 de la LOPJM es «la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar». La Ley 4/2023 regula de forma pormenorizada los objetivos de esta intervención en el artículo 72.

En cuarto lugar, la LMSPIA, partiendo de que la intervención administrativa en estos supuestos no se traduce en una separación familiar, sino que está enfocada a disminuir las circunstancias que pueden comprometer el bienestar del niño, regula un procedimiento en dos fases. En un primer momento se elabora un proyecto de intervención social y educativo familiar, con la participación y colaboración de los padres y del niño, y en coordinación con los centros escolares, servicios sociales y servicios sanitarios. Solo en el caso de que haya una falta de colaboración de la familia, y los indicadores

no mejoren, se procede a la declaración formal de riesgo por resolución administrativa con todos los requisitos y garantías. Si la situación continúa empeorando, la administración local remitirá la información a la Entidad pública competente en materia de protección de la Comunidad autónoma para que esta valore la posibilidad de declarar el desamparo.

La Ley 4/2023 desarrolla esta regulación estatal, destacando en ella los siguientes elementos. En primer lugar se establecen plazos en la intervención; doce meses en la primera fase y doce en la segunda. La razón de ser de esta temporalización, es la de activar la intervención temprana de los servicios sociales evitando la cronificación de las situaciones de riesgo que se advierte en muchas ocasiones. Además, se prevé en el artículo 78.2 un seguimiento temporalizado de las medidas adoptadas, y condicionado a la edad de los niños, para evitar que sea el mero transcurso del tiempo el que implique el paso de una fase a otra: «El proyecto de intervención social y educativo familiar y la resolución administrativa de riesgo, así como las medidas contenidas en ellos, serán objeto de seguimiento y evaluación periódica por la Comisión de Apoyo Familiar al menos cada seis meses, con carácter general; o tres meses para menores de tres años, y siempre que se estime necesario a propuesta de su coordinador». En segundo lugar, la declaración administrativa de riesgo, debe incluir toda la información relevante (art. 75.2) tanto de las causas de la declaración, como de los objetivos y medidas propuestos para corregir el riesgo. En este sentido sería importante que en Madrid se adoptara un sistema unificado de valoración de estas situaciones y de las de desamparo, como el sistema BALORA del País Vasco, que posibilitara una mayor objetivación de la intervención y menos subjetividad de la intervención técnica (Arruabarrena y Hurtado, 2018).

En quinto lugar, la LOPIVI detalla, en los artículos 26 y siguientes algunas medidas que se pueden adoptar en casos de riesgo. Básicamente se hace referencia a la formación en parentalidad positiva, en valores y competencias emocionales, a las habilidades para la negociación y resolución de conflictos intrafamiliares, etc... Sin embargo, siendo estas medidas las más relevantes «sistémicamente» deben adoptarse también complementariamente aquellas que impliquen un apoyo socioeconómico a estas familias que, en muchas ocasiones, se encuentran en una situación de exclusión social. La combinación del apoyo social y funcional es esencial para disminuir los indicadores de riesgo, pero como ha señalado la Sindica de Greuges de Cataluña en relación a esta Comunidad autónoma, aunque fácilmente extrapolable al resto de España, «el modelo de intervención es más asistencialista y de control, que vela por cubrir las necesidades más básicas, por dar respuesta a las situaciones de emergencia social que se van produciendo y por detectar eventuales situaciones de desprotección, y no tanto de apoyo y acompañamiento a las familias para la mejora de sus funciones parentales, con un abordaje de carácter más preventivo y terapéutico» (Sindica, 2023:43).

La Ley 4/2023 ha supuesto un avance importantísimo en relación a esta fase. Como se destaca en el preámbulo se advierte un «firme compromiso,

traducido en medidas concretas, de apoyar a las familias en el ejercicio de sus responsabilidades parentales. Se adoptan, así, medidas de prevención, en el capítulo II, de apoyo antes y después de la declaración de riesgo en el capítulo III, y del cuidado de los contactos, la relación con los niños y el seguimiento en los casos, así como la declaración de desamparo. Asimismo, prevé la intervención intensiva con la familia de origen de cara a un posible retorno, pero con tiempos limitados en función de las circunstancias y edades de los niños». En diversos preceptos, la Ley 4/2023 regula el apoyo social (así en el artículo 6 regula el «Derecho a la inclusión social, a una vivienda y a condiciones de vida dignas» detalla los derechos relevantes en este ámbito) y el apoyo funcional (así el artículo 34 recoge las actuaciones de apoyo a las familias en el ejercicio de sus responsabilidades parentales como desarrollo de lo establecido en la LOPIVI al respecto).

Este carácter completo y holístico de la intervención tanto social como funcional con las familias, se recoge de forma integral en el artículo 71 que regula las actuaciones preventivas que típicamente se sitúan en esta fase de riesgo y en particular en el artículo 78.1.

La intervención en la fase de riesgo puede ser exitosa, cuando se disminuyen los indicadores y se consiguen los objetivos propuestos, pero en ocasiones, desemboca en una declaración de desamparo y la consiguiente asunción de la tutela administrativa del niño por parte de la Entidad pública, separándolo de su familia. El niño entra en el sistema de protección con una medida de acogimiento familiar o residencial, pero es esencial seguir interviniendo con su familia biológica para posibilitar el retorno lo antes posible. Sin embargo, a la vista de los datos que se recogían en el epígrafe II, en España muy pocos niños declarados en desamparo regresan con su familia. La Sindica de Greuges (2022) apuntaba algunas causas del mismo, vinculadas al régimen de visitas pero también a otros problemas más estructurales:

- El régimen de visitas con la familia biológica se aborda, en ocasiones, desde una perspectiva restrictiva: Poca frecuencia y visitas a espacios cerrados, a menudo con horarios que interfieren en el horario escolar.
- Falta de garantía del derecho de relación entre hermanos y/o hermanastros tutelados que se encuentran en recursos diferentes.
- Carencias de los profesionales (educadores) para trabajar el apego de los niños a sus progenitores, especialmente cuando estos últimos se oponen a la medida, que terminan limitando las visitas para evitar que los progenitores puedan interferir en la adaptación del niño.
- Reducción de visitas, como si fuera un castigo, por la «falta de colaboración» de los progenitores, sin tener en cuenta cómo afecta esta reducción a los niños.
- Planes de trabajo con objetivos poco asumibles por los progenitores.

- Lenguaje excesivamente burocrático para trabajar con las familias que no contribuye a tejer una relación de confianza.
- Intervenciones en las que predomina el control y no el tratamiento: pocos tratamientos terapéuticos y mucho control con el establecimiento de visitas supervisadas.
- En algunas ocasiones, los profesionales no favorecen el mantenimiento del vínculo, y se detectan discursos deslegitimadores que generan conflictos de lealtad de los niños hacia sus familias. Habría que mejorar la supervisión del trabajo de los profesionales (educadores) para mejorar las potencialidades de cada familia.

El necesario cambio y mejora en la gestión del riesgo y del desamparo infantil en España y en Madrid requiere de varias medidas.

Por una parte de la adopción de normas adaptadas a las nuevas formas de intervención, más holísticas y menos asistencialistas, y que apuesten de forma decidida por el apoyo a las familias y por priorizar el interés superior de los niños, como hace la Ley 4/2023.

En segundo lugar por un mayor compromiso presupuestario, tanto en las ayudas sociales como en las que tienen que ver con el refuerzo de las competencias parentales (Martínez y Hernández, 2023). En España el porcentaje del PIB dedicado a políticas de protección social de infancia y familia es del 1,6 %, y la media en la UE es del 2,5 %; esta falta de medios ha sido señalada como un desafío evidente por parte de la Comisión Europea en los sucesivos informes del semestre europeo⁵⁹. Se ha llegado a aventurar que son razones presupuestarias las que explican que en España se declare de desamparo de algunos niños, cuya situación podría haber sido abordada desde el «riesgo» sin separarlos de sus familias: el coste de apoyar económica y profesionalmente a las familias es mayor que el coste del sistema de protección residencial y por supuesto que las ayudas a familias de acogida (Ordás, 2016). Yo no tengo claro este diagnóstico económico que debería sustentarse en un análisis presupuestario. Como ya he recordado, la ONU recomendaba a España en 2018 un aumento de los recursos de asistencia y asesoramiento, por una parte, y de las prestaciones familiares por otra (CDN, 2018). En el contexto de

⁵⁹ El último, *Commission staff working document Country analysis on social convergence in line with the features of the Social Convergence Framework (SCF)*. Brussels, 6.5.2024 SWD(2024) 132 final. En él se afirma: «In the context of the first-stage analysis presented in the JER 2024, Spain was identified as facing potential risks to upward social convergence based on 6 headline indicators of the Social Scoreboard flagging. These notably concern social protection and inclusion, regarding the at-risk-of-poverty or social exclusion rate for children» (p. 19). Y se precisa: «the rate of children at risk of poverty or social exclusion (ARPE) decreased by 0.8 pps in 2022 but remained one of the highest in the Union (at 32.2 %, corresponding to more than 2.6 million children) and increased again by 2.3 pps in 2023. The high level of child poverty in Spain is linked to both the labour market situation of their parents and the limited effectiveness of the tax and benefit system in mitigating such risks, with income support for children being among the lowest in the EU» (p. 26).

la participación infantil impulsada por el CDN al elaborar la OG 19 sobre *Presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño* de 2016, uno de los niños afirmó: «invertir en nuestras familias también es una forma importante de proteger nuestros derechos» (n.º 8).

Finalmente, la mejora y transformación del sistema tiene que ver con un urgente cambio profundo de perspectiva y de «cultura» de los técnicos que intervienen en estos procesos, tanto de las administraciones como de los jueces y fiscales, ya que, durante demasiado tiempo, el interés superior que en la práctica ha primado, no ha sido siempre, y en todos los casos, el del menor (Adroher y Gómez, 2020).

5.2. Familias protectoras

Bajo la denominación de familias protectoras, voy a incluir fundamentalmente tres figuras que suponen de menor a mayor intensidad, el compromiso de personas y familias de ofrecer un entorno cálido y familiar a los niños que viven en el acogimiento residencial: las familias colaboradoras, acogedoras y adoptantes, a las que se refiere el Preámbulo de la Ley considerándolas aliadas fundamentales:

«El sistema descansa en unos aliados fundamentales para lograr la desinstitutionalización y la protección familiar estable de los niños: las familias acogedoras, adoptantes y colaboradoras (...)

Se prevén, además, entre otras cuestiones, que los centros residenciales sean supervisados permanentemente y deberán tender a un número adecuado de plazas y la promoción de la creación de redes de apoyo para fomentar las relaciones de los niños con personas y familias de referencia con las que establecer vínculos fuera de los centros contando así con figuras de referencia para favorecer que la atención y el ambiente en el que viven los niños sean similares a los de una familia».

Junto a ellas, debe destacarse la labor de personas o familias voluntarias, que atienden a los niños de los centros tanto en apoyo escolar como en actividades de ocio y tiempo libre. La gran diferencia entre estas y las anteriores a las que voy a referirme, es que en este caso no se llevan a los niños a su casa, sino que realizan actividades con ellos bien en el centro, bien fuera de él pero siempre regresando al centro a dormir. A ellas se refiere el artículo 107.4: «La Comunidad de Madrid podrá acordar con entidades de voluntariado, y de acuerdo con la normativa aplicable, la participación solidaria de personas voluntarias en centros de protección de menores que contribuyan a la mejor atención de los niños que se encuentren en acogimiento residencial en los términos establecidos en el artículo 104.1.b)».

Y es que, la Ley 4/2023 fomenta la iniciativa social en el artículo 60 desde el convencimiento de que los niños que están en centros deben salir, si es

posible a acogimiento o adopción, o al menos deben tener familias y personas de referencia con las que haya un cierto vínculo personal y que puedan ser su capital social cuando lleguen a la mayoría de edad. Por eso, dentro de los principios de actuación de los centros se recoge precisamente el fomento de estas redes de apoyo «dirigidas al ejercicio efectivo del derecho de los niños a vivir en una familia (art. 104)».

Voy a referirme a continuación, de menor a mayor intensidad, a las familias colaboradoras, acogedoras y adoptantes.

5.2.1. Familias colaboradoras

La Comunidad de Madrid ha puesto en marcha, en los últimos años, los programas de *Vacaciones en familia*⁶⁰ y *Un curso en familia*⁶¹ que responden a la finalidad de que los niños institucionalizados tengan la oportunidad de una convivencia familiar, aunque sea limitada en el tiempo, con familias colaboradoras.

La figura de las familias colaboradoras se incluyó a nivel estatal por primera vez en 2015 por LMSPIA en el artículo 172 ter del Código civil como figura nueva que el legislador estatal quería potenciar: «La Entidad Pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor».

Algunas leyes autonómicas han desarrollado este precepto. La primera fue la Ley andaluza de 2021 (arts. 32 y 110), la segunda la Ley de Castilla La Mancha que en su artículo 77 regula el programa de «Personas o familias referentes», la tercera la Ley 4/2023 que en el artículo 107 regula las familias colaboradoras y en el 89 la delegación de guarda para salidas, estancias o vacaciones, y más recientemente la Ley vasca que regula en el artículo 215 la delegación de guarda para estancias, salidas y vacaciones, y en el 218 las relaciones con personas voluntarias. Sin embargo no se refieren a esta figura las leyes valenciana, balear y navarra.

Andalucía ha sido la comunidad autónoma con una mayor experiencia de muchos años en esta forma de abordar la «familiarización» de los niños institucionalizados un poco mayores, que no van a tener fácil salida en un acogimiento familiar, pero sin embargo que tienen, como los demás, un derecho a vivir en familia o al menos a construir vínculos positivos con familias que puedan ser su referente durante su infancia y cuando salgan del

⁶⁰ <https://www.comunidad.madrid/notas-prensa/2024/04/12/comunidad-madrid-inicia-xvii-edicion-vacaciones-familia-menores-tutelados>; <https://sede.comunidad.madrid/prestacion-social/acogimiento-familiar-periodo-estival>

⁶¹ <https://sede.comunidad.madrid/prestacion-social/curso-familia>

sistema. Ya la Ley 1/1998, de 20 de abril, regulaba esta figura en su artículo 36: «la medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y periodos vacacionales».

La larga experiencia de esta Comunidad autónoma en el desarrollo e implantación de esta figura, le ha llevado a protocolizar el procedimiento de información, preparación selección y asignación de estas familias⁶², y hay muy interesantes estudios publicados analizando la experiencia de estos programas y sus beneficios pero también los retos que tienen por delante (León, et al., 2019 y 2021 y Cano, et al., 2021). Los niños muestran mejoras evidentes en todas las áreas tanto personales y académicas; cuando son ex tutelados tienen «familias» a quienes acudir a buscar apoyo o con quienes celebrar la navidad; y muchas familias que tienen miedo o prevención hacia el acogimiento y se ofrecen como colaboradoras, viven una experiencia positiva que les hace terminarse ofreciendo como acogedoras. Los directores y educadores de los centros advierten una mejora en el bienestar infantil y en la convivencia.

Estas familias se han constituido en Andalucía en una asociación (Crecer con futuro: <https://crecerconfuturo.org>), y como tal son colaboradores de la administración pública en diversas fases del proceso.

Madrid, es por tanto, junto con Andalucía, pionera en poner en marcha estos programas y regularlos; el siguiente paso en nuestra Comunidad autónoma será el de protocolizar esta figura, a través del desarrollo reglamentario de la Ley y apoyar a las asociaciones de familias colaboradoras que, con toda seguridad, se crearán en el futuro.

5.2.2. *Familias acogedoras*

La Ley 4/2023 establece, en coherencia con la legislación estatal, la prioridad del acogimiento familiar frente al residencial en el artículo 87. Además, para que los niños que entran en el sistema de protección menores de 6 años, no vayan por defecto al sistema residencial, se establece que el acogimiento familiar de urgencia será la medida preferente (art. 91.2).

La Ley 4/2023 regula, en desarrollo de la regulación estatal las clases de acogimiento familiar, el procedimiento de su constitución, desde el ofrecimiento, la preparación, la selección, la asignación... No voy a referirme a todas estas cuestiones sino a las dos que suponen una novedad o que resultan, a mi juicio, especialmente relevantes: el fomento y apoyo al acogimiento familiar, y la supresión del muro entre acogimiento y adopción.

⁶² <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/inclusion-social-juventud-familias-e-igualdad/areas/in-fancia-familias/familias-colaboradoras.html>

A) Fomento y apoyo del acogimiento familiar

En relación al fomento y apoyo, como ha señalado el Defensor del Pueblo, para que el acogimiento familiar sustituya progresivamente al residencial, es imprescindible que haya más familias acogedoras porque son insuficientes, y ello se traduce en dos acciones positivas por parte de las administraciones: el fomento del acogimiento familiar, y un mayor reconocimiento y apoyo al mismo (Defensor del Pueblo, 2022).

El artículo 93 regula el fomento del acogimiento familiar, cuestión de enorme trascendencia. A pesar de la realización de campañas de fomento e información sobre estas familias, las mismas no están teniendo el efecto deseado. Por ello, el fomento del acogimiento debe realizarse también de manera individualizada o más focalizada; por una parte, con la regulación que acabamos de exponer de las familias colaboradoras, pero también con la promoción del acogimiento en familia extensa, siempre que esta sea adecuada para el interés superior del menor. No todas las abuelas son las mejores acogedoras (alguien afirmó en un congreso que si no vale como madre la «fotocopia», menos todavía el «original», es decir, la abuela), pero la Ley 4/2023 señala en el artículo 95 la obligación de una «búsqueda activa» por parte de la Administración de familiares del niño como primera opción y la prioridad de los mismos en la asignación en el artículo 98. Por otra parte, el apoyo al acogimiento familiar está recogido en el artículo 101 de la Ley 4/2023.

Además de mejorar la captación, es imprescindible que las Administraciones Públicas adopten políticas integrales de apoyo a las familias de acogida, mejorando las cuantías de las prestaciones, ayudas y beneficios que reciben⁶³.

Pero además, deben incrementarse los medios personales y materiales de los equipos dedicados a la gestión, supervisión, apoyo y acompañamiento de los acogimientos. Todos los niños acogidos tienen necesidades especiales, porque llegan a la familia tras el duelo de una separación. Las leyes de 2015, establecieron entre los derechos de estas familias, que les sea facilitada formación, orientación y apoyo técnico durante el acogimiento y que se realice un seguimiento regular y continuo del proceso de acogimiento. En general, este apoyo es muy escaso (Alcaide, 2023).

Finalmente, es importante, el reconocimiento social de estas familias tanto a través de la creación de un Estatuto de familia acogedora (como en Andalucía, Castilla León y Madrid) como de la acreditación documental que facilite a la familia realizar actuaciones ante las administraciones y que pueda llevar aparejados beneficios sociales y con entidades públicas y privadas.

⁶³ Algunas comunidades, como Madrid, están apostando decididamente por un apoyo económico más comprometido con las familias de acogida: <https://www.comunidad.madrid/noticias/2023/10/31/comunidad-madrid-aumentara-30-ayudas-familias-acogedoras#:~:text=La%20Comunidad%20de%20Madrid%20aumentar%C3%A1%20en%202024%20m%C3%A1s%20de%20un,pasando%20de%20300%20a%20400.>

En definitiva, «actualmente el sistema depende del altruismo de las familias oferentes, lo cual es imprescindible pero no suficiente, si se quiere que el acogimiento familiar sustituya al residencial, o al menos que aumente de forma significativa» (Defensor del Pueblo, 2022).

B) Derribar el muro entre acogimiento y adopción

En segundo lugar, las leyes de infancia autonómicas y la práctica administrativa en España, se han basado en una férrea separación entre acogimiento y adopción. Existen procedimientos diversos para seleccionar a adoptantes y acogedores, registros distintos de unos y otros y se ha evitado que los segundos puedan convertirse en los primeros si el niño que tienen acogido deviene en adoptable, para no generar expectativas a quienes acogen de que podrán «quedarse» con el niño. Incluso algunas legislaciones, como la aragonesa, prohíbe expresamente que el acogedor se convierta en adoptante del niño que ha tenido acogido⁶⁴.

Este «muro infranqueable» entre acogimiento y adopción ha sido criticado por la doctrina desde la perspectiva del vínculo de apego (Palacios, 2011), pero también por otras instituciones. Así, la Valedora del Pobo gallego (2022) refiriéndose a la transición del acogimiento a la adopción, critica el denominado «corte limpio», es decir, la práctica administrativa que promueve la ruptura total de contacto entre la familia acogedora y el niño cuando éste se asigna a otra familia en adopción.

Si el niño ha sido acogido por una familia y deviene en adoptable, no tiene sentido asignarle a otra familia si se encuentra encajado en la familia acogedora, esta acepta convertirse en adoptante y es idónea para ello. Ha habido algunos casos que han saltado a los medios de comunicación de niños que han sido literalmente arrancados de una familia de acogida en la que por fin habían encontrado estabilidad familiar para entregarlos a una familia distinta de adopción⁶⁵, y las familias de acogida han pedido públicamente que se revise ese muro infranqueable⁶⁶.

Este planteamiento de romper el muro entre ambos procedimientos es totalmente consistente con la LOPJM que establece en su artículo 2 que el interés superior del niño deberá ponderarse, entre otros criterios teniendo en cuenta «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efec-

⁶⁴ Artículo 9.3 del Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores. (BOA n.º 120, de 7 de octubre de 2005): *Serán incompatibles las solicitudes de acogimiento no preadoptivo con las solicitudes de adopción nacional.*

⁶⁵ https://www.eldiario.es/castilla-la-mancha/matrimonio-acogida-nino-pide-paralizar-inminente-adopcion-no-pierda-vinculo-familia-biologica_1_6220610.html

⁶⁶ <https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-familias-piden-revisen-medidas-paso-acogida-adopcion-algunas-ccaa-20231004174143.html>

tiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro». Permitir el tránsito entre acogimiento y adopción, dando importancia a la continuidad de los cuidados y de los vínculos de apego del niño muy por encima de los procedimientos administrativos, considerar a las familias acogedoras las más idóneas para adoptar al niño que tienen acogido, es lo que ha previsto de forma novedosa la Ley 4/2023, haciendo alusión en el preámbulo al denominado «Concurrent planning»:

«Si el apoyo a las familias es uno de los ejes de este título, el núcleo central del mismo es la primacía del interés superior de los niños en el sistema de protección, promoviendo la desinstitucionalización de los mismos centrandó la intervención en sus trayectorias vitales que determinarán, en cada momento, la elección de la medida de protección más adecuada y su duración, así como en la búsqueda de la estabilidad. Una de las herramientas que se utilizan para ello es un modelo implantado con éxito en otros países con situaciones de partida parecidas a la española denominado Concurrent Planning: un elevado número de niños a cargo del sistema de protección sujetos a medidas supuestamente temporales que acaban alargándose durante muchos años y fundamentalmente, en acogimiento residencial, y con escasas experiencias exitosas de retorno con la familia de origen.

Para lograr estos objetivos, la ley introduce plazos y acciones muy concretos en cada una de las fases de intervención del sistema de protección, prioriza el cuidado familiar frente al residencial, la permanencia con la familia que inicialmente se hizo cargo del niño cuando entró en el sistema de protección en los casos de no retorno, a través de las declaraciones de idoneidad simultáneas para la adopción y el acogimiento, y la posible revisión de las mismas en función de la evolución de la trayectoria vital del niño».

Este sistema, que se ha generalizado en otros países que tenían la misma situación de partida de España, muchos niños separados de sus familias, poco retorno a las mismas, y muy pocas adopciones, supone un trabajo concurrente:

«el inicio de un doble procedimiento se hace con el conocimiento de todos los implicados y seleccionando, para hacerse cargo de los niños, familias dispuestas a asumir el cuidado temporal de los menores mientras se procura que sus familias de origen se puedan volver a hacer cargo de ellos, pero resueltas también a convertirse en su familia definitiva en caso de que el retorno no fuera posible. De modo que se precisa de familias decididas y preparadas para dos posibles resultados diferentes. Esto supone crear una situación en la que los niños disfrutaran de una acogida familiar estable con visitas regulares con su familia de origen hasta que regresen con ella, o, si finalmente no es posible el retorno y son adoptados, habrán estado con su familia adoptiva desde el primer momento posible, sin interrupciones ni rupturas de vínculos ya creados» (Gómez, 2019:137).

Los preceptos de la Ley 4/2023 que se refieren a esta importantísima novedad son los siguientes: el artículo 65 que unifica acogimiento y adopción al crear el «Registro de familias adoptantes y acogedoras de la Comunidad de Madrid»; el artículo 95 que prevé que el ofrecimiento pueda ser para acogimiento y adopción, considerando a la familia que ha sido acogedora de un niño concreto como la preferida para un nuevo acogimiento (art. 96), o para una adopción (art. 118) siempre que sea idónea y esté dispuesta.

5.2.3. *Familias adoptantes*

La regulación que la Ley 4/2023 hace de la adopción, es una regulación completa, que adapta el marco jurídico madrileño al estatal derivado de las reformas de 2015 (Adroher, 2018). Sin embargo, voy a referirme a las dos novedades más relevantes. En primer lugar, al igual que el acogimiento, la Ley introduce previsiones de promoción y de apoyo a la adopción. En segundo lugar incorpora tanto el derecho de acceso a los orígenes como la adopción abierta, figuras que se están abriendo camino decididamente en el panorama de derecho comparado por la función esencial que tienen en la construcción de la identidad de los adoptados.

A) Promoción de la adopción y apoyo postadoptivo

La Ley 4/2023 regula en el artículo 111 y bajo el título equívoco «promoción de la adopción» lo que, en realidad, son los criterios técnicos para tomar la decisión de poner en marcha esta medida de protección, básicamente cuando exista un pronóstico técnico de imposibilidad de reintegración en la familia, como es el caso, por ejemplo, de las renunciaciones hospitalarias. Así, tanto la Ley 4/2023 como la Estrategia de infancia 2023 se refieren a la promoción del acogimiento familiar, aludiendo a todas aquellas medidas impulsadas por las administraciones públicas para buscar familias que se ofrezcan para el acogimiento, esta lógica no tiene sentido en el ámbito de la adopción. De hecho, la adopción no se considera a nivel internacional como una medida a promocionar, pero si una medida más del sistema de protección (Palacios, et al., 2019).

Sin embargo, es muy oportuno recoger en el artículo 121 el apoyo postadoptivo, uno de los desafíos indudables de la figura de la adopción (Adroher, 2008), que básicamente se traduce en el «asesoramiento y orientación para afrontar las necesidades específicas que se derivan de las situaciones de desprotección vividas y de las particularidades de la filiación adoptiva», que la Ley propone realizar con el apoyo de la iniciativa social de las organizaciones de personas adoptadas o de familias adoptivas.

B) Adopción abierta y derecho de acceso a los orígenes

En segundo lugar, la Ley 4/2023 incorpora dos cuestiones introducidas en el Derecho español en los últimos años: la adopción abierta y el derecho de acceso a los orígenes. Se trata de dos novedades que forman parte de una tendencia legislativa global, basada en evidencias científicas según las cuales, la garantía de ambas contribuye significativamente a promover el desarrollo saludable de la identidad de los niños, adolescentes y adultos adoptados, ayudándoles a integrar su condición de adoptados en la imagen que tienen de sí mismos (Palacios, 2017).

En el Derecho español, la adopción abierta, se incorporó novedosamente en el artículo 178.4 del Código civil tras la reforma de 2015 operada por la LMSPIA, si bien ya estaba regulada desde 2010 en el Código civil catalán.

Esta figura, existente también en otros sistemas jurídicos implica que aunque la adopción rompe los vínculos jurídicos con la familia de origen, pueda acordarse en algunos casos y siempre que responde al interés superior del menor, el mantenimiento de contactos con dicha familia tras la adopción. El contacto pueden ser visitas o meras comunicaciones, particularmente con los hermanos, y debe ser propuesto al juez por la Entidad pública o el Ministerio fiscal, y puede ser mediado por la Entidad Pública que remitirá al juez informes a lo largo de 2 años.

En un reciente estudio sobre esta figura (Adroher, et al., 2023), se recogen datos las adopciones abiertas constituidas en España desde 2015. Las tres comunidades autónomas que más han aplicado esta figura son Andalucía con más de 80, País Vasco con 72, y Madrid con 69. El estudio advierte que no existe una relación directa entre el número de adopciones abiertas por territorio y la regulación autonómica correspondiente. Así, en Cataluña, que reguló esta figura en 2010, no se ha constituido todavía ninguna adopción abierta; la Comunidad Valenciana y Navarra la contemplan en sus leyes como opción preferente y por defecto pero allí se han consituido muy pocas en relación con las de otras Comunidades en las que no se plantea como opción prioritaria. La todavía escasa implantación de esta figura probablemente responde a una falta de decisión de los equipos técnicos de las Entidades públicas de impulsarla debida, quizá, a una falta de formación y reflexión colectiva sobre su utilidad. El modo en que se está empleando, es excepcional, limitada fundamentalmente a hermanos, y con un contacto centrado en las visitas. Poco a poco va incluyéndose esta posibilidad en todo el procedimiento de la adopción en las diversas Comunidades Autónomas pero con desigual grado de desarrollo, tanto en la información, la preparación, la idoneidad, la asignación y el seguimiento y apoyo postadoptivo.

A pesar del mandato del legislador estatal de 2015, muchas de las normas autonómicas todavía no se han adaptado al marco estatal en relación con esta cuestión y, las que lo han hecho, han regulado la adopción abierta

de forma dispar, de modo que la homogeneidad que sería deseable en un ámbito como este tampoco parece que se esté logrando por esta vía. Así, no han incorporado la figura la Ley balear, ni la Ley de Castilla-La Mancha. En el extremo opuesto, la han regulado, considerándola como la opción preferente, la Ley Valenciana (art. 150), y la Ley Foral Navarra que prácticamente reproduce textualmente la regulación valenciana (art. 153). Finalmente, la contemplan sin dicha consideración preferente, la Ley de Andalucía, de una forma excesivamente genérica y breve (art. 119), y tanto la Ley 4/2023 (art. 119) como la Ley vasca (art. 267) contienen una regulación completa y muy ajustada y que responde a la experiencia que han desarrollado estas Comunidades Autónomas en esta materia a lo largo de estos últimos años.

La búsqueda de orígenes de los adoptados, como parte del derecho fundamental a la identidad filial (García y Linacero, 2006; Gómez, 2007) estaba ya prevista en el artículo 180 del CC, pero la LMSPIA la reguló de una forma más completa, concretando el tipo de información que las Entidades públicas deben custodiar y el tiempo que debe conservarse, cumpliendo así con lo previsto en el Convenio Europeo de Adopción de 2008. Además se establece la obligación de las entidades públicas o privadas que hayan tenido relación con el adoptado y puedan tener información relevante sobre él, a colaborar con las entidades públicas en este ámbito.

La legislación autonómica debe desarrollar este nuevo derecho, y así lo ha hecho la Ley 4/2003; por una parte en el artículo 7.3 al regular el derecho a la identidad señalando las obligaciones de la Entidad Pública en relación a los niños separados de sus familias, y por otra parte en el artículo 122 regulando específicamente el derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo he querido destacar las novedades, más reseñables y los planteamientos más innovadores que la Ley 4/2023 aporta al sistema de protección de la infancia español desde la perspectiva del interés superior del niño.

En línea con la Estrategia de Infancia 2023 y con todas las obligaciones y recomendaciones internacionales, la Ley hace una apuesta valiente y decidida por la desinstitucionalización infantil y por el apoyo a las familias como principal agente de protección. Como señalara Palacios (2003) las instituciones para niños no siempre son sinónimo de protección sino en muchos casos de riesgo y por tanto es importante también un cambio de modelo de estos centros para que sean seguros y protectores (Olaguibel, 2022).

El apoyo a las familias de origen, con un planteamiento no exclusivamente asistencialista sino integral y reparador de las competencias parentales, y el

apoyo a las familias que he denominado «protectoras», no solo las adoptantes y acogedoras sino también las colaboradoras como recurso de menor intensidad pero enormemente importante sobre todo para niños más mayores, es una de las características clave de esta Ley que se atreve a referirse al «derecho al desarrollo y al crecimiento en el seno de una familia» (art. 8). Una de las novedades más reseñables, y que no está presente en otras normas autonómicas, es la permeabilidad de las fronteras entre las distintas modalidades de acogimiento familiar y adopción para procurar mayor estabilidad al niño. El muro infranqueable que la práctica y legislación autonómica española ha levantado entre acogimiento y adopción es derrumbado por esta Ley, en línea con los planteamientos de Derecho comparado del denominado «concurrent planning», que apuestan por los derechos del niño y por la continuidad y estabilidad en los cuidados.

Además, la Ley 4/2023 regula la *Barnahus*, como recurso protector para los niños que han sido víctimas o testigos de violencia sexual, en línea con el impulso que este recurso está recibiendo del Consejo de Europa y la Unión Europea; a pesar de que algunas Comunidades autónomas cuentan ya con algún centro que responde a este modelo, la regulación del mismo por ley convierte a la Comunidad de Madrid en pionera. Y, como es sabido, los niños que están en el sistema de protección, son especialmente vulnerables a este tipo de delitos y de violencia.

Los desafíos que plantean los desplazamientos internacionales de menores por causas diversas tales como la guerra, o los desplazamientos por razón de salud, han sido también objeto de regulación específica por la Ley 4/2023, dotando de seguridad jurídica a estas situaciones de especial vulnerabilidad por las que pasan los menores en muchos países.

No obstante, si la LMSPIA de 2015 no pudo por si sola modificar un sistema de protección a la infancia caduco y desprotector, podría suceder lo mismo con esta Ley 4/2023. Es absolutamente esencial que el desarrollo reglamentario se lleve a cabo cuanto antes para concretar la operativa de muchos de los derechos reconocidos y contemplados para que no se queden en «papel mojado».

Pero además, es esencial que los técnicos del sistema de protección sean formados y entrenados en esta nueva forma de acometer su tarea; que realmente perciban a las familias como aliadas, y pongan al niño en el centro. La desinstitucionalización es un cambio cultural muy importante que implica a muchos agentes, incluidos los sindicatos, y requiere una transformación de modos de actuar, de recursos públicos y de las entidades sociales, y sobre todo de las personas que trabajan en ese sector (Barranco, 2024).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2008). «Desafíos jurídicos de la etapa post-adoptiva» en *Post-adopción y vínculo familiar*. (Pérez Testor, C. Coord.). Fundación Vidal y Barraquer Barcelona, pp. 119-146.
- ADROHER BIOSCA, S. (2018). «La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor». *Revista crítica de Derecho inmobiliario* 2018, n.º 796, pp. 2429-2463.
- ADROHER BIOSCA, S. (2019). «Estancias temporales de menores extranjeros en España; régimen jurídico vigente y desafíos de futuro». *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2019, Vol. 11. N.º 1, pp. 51-62.
- ADROHER BIOSCA, S. y GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2020). «Entorno familiar y cuidado alternativo». En *Infancia, pandemia y derechos: treinta años de la Convención de Derechos del niño en España*. (Coord. Clara Martínez García). Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, pp. 669-758.
- ADROHER BIOSCA, S. (2022). «El acogimiento familiar español ante el tribunal de Estrasburgo». En *Cuestiones actuales del Derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. (Duplá Marín, M.T. Dir.). Tirant lo Blanch. pp. 32-64.
- ADROHER BIOSCA, S. (2023). «Desplazamiento internacional de niños ucranianos a España: marco jurídico general y desafíos». En *El Derecho internacional en la frontera de los Derechos humanos. Libro homenaje a la prof. Dra Cristina J. Gortázar Roateche*. (Dir. Adroher Biosca, S. y Claro Quintans, I.). Comillas, Madrid 2023. pp. 341-355.
- ADROHER BIOSCA, S.; GÓMEZ BENGOCHEA, B.; BERÁSTEGUI PEDROVIEJO, A.; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, M.; (2023). «La adopción abierta en el Derecho español. Sus antecedentes, y su aplicación administrativa y judicial» *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. N.º 800, pp. 3147-3191.
- ALCAIDE MILIA, O. (2023). *La acogida familiar en la infancia y la adolescencia. Un cambio de paradigma del actual modelo de acogida*. Tesis doctoral. Universidad CEU Abat Oliba.
- ARRUABARRENA MADARIAGA, I., HURTADO PEDROSO, M. A. (2018). «Instrumento BALORA para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo infantil: elaboración, implantación, fundamentos conceptuales y contenido». *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzueta-rako aldizkaria. Revista de servicios sociales*, n.º 66, 2018, pp. 5-19.
- BARRANCO AVILÉS, C. (2024). *Estudio sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios*. Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba.
- BREEN, CLAIRE & KRUTZINNA, JENNY & LUHAMAA, KATRE & SKIVENES, MARIT (2020). «Family Life for Children in State Care. An Analysis of the European Court of Human Rights' Reasoning on Adoption Without Consent». *The International Journal of Children's Rights*. 28.

- CÁCERES, I.; LEÓN MANSO, E.; MARÍN OLLER, C.; ROMÁN RODRÍGUEZ, M.; PALACIOS GONZÁLEZ, J. (2016) «Conductas facilitadoras del apego en las interacciones parento-filiales y función reflexiva parental en familias adoptivas». *Apuntes de Psicología*, vol. 34, n.º 2, pp. 311-320.
- CANO LÓPEZ, L.; FUENTES GUTIÉRREZ, V.; ESPINILLA ESTEVEZ, M.; DE LA FUENTE ROBLES, Y. M. (2021). «Entre la institución y la familia. familias colaboradoras como apoyo a los menores tutelados». *EPISTEME KOINONIA Revista Electrónica de Ciencias de la Educación, Humanidades, Artes y Bellas Artes Año IV. Vol. IV. N.º 7*.
- Comité de derechos del niño de Naciones Unidas-CDN-(2010). *Observaciones Finales a España 2010 al III y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/C/ESP/CO/3-4 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8550.pdf>
- Comité de derechos del niño de Naciones Unidas-CDN-(2018). *Observaciones Finales a España 2018 al V y VI Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/C/ESP/CO/56. <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/observaciones-finales-v-iv-informes-aplicacion-convencion-derechos-nino-en-espana.pdf>
- COSTA, M. (2014). *Deinstitutionalisation and quality alternative care for children in Europe*. Eurochild.
- Defensor del Pueblo (2022). *Informe anual. Vol. I*. <https://www.defensordel-pueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf>
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, J.; FUERTES ZURITA, J. (2000). *El acogimiento residencial en la protección a la infancia*. Pirámide.
- FERNÁNDEZ MILLÁN, J. M.; ANDRÉS HAMIDO MOHAMED, A.; ORTIZ GÓMEZ, M. M. (2009). Influencia del acogimiento residencial en los menores en desamparo *Electronic journal of research in educational psychology*, vol. 7, n.º 18, pp. 715-728.
- GARCÍA VILLALUENGA, L.; LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (2006). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Gobierno de España (2023.2). *Boletín estadístico de medidas de protección a la infancia n.º 24* (datos 2022). https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/vers1BOLETIN_Proteccion_PROVISIONAL2021.pdf
- Gobierno de España-Estrategia infancia (2023.1). *Estrategia estatal de derechos de la infancia y de la adolescencia 2023-2030*. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Estadisticaboletineslegislacion/Estrategia_Estatal_Derechos_InfanciayAdolescencia.pdf
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007). *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid: Dykinson.

- GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2009). «El derecho del niño a vivir en familia», *Miscelánea Comillas*, vol. 67, n.º 130, pp. 175-198.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., (2019). «Planificación concurrente: una alternativa para mejorar el sistema de protección de menores español». *Revista de estudios jurídicos*, n.º 19, pp. 135-154.
- JOHANSSON, S.; STEFANSEN, K.; BAKKETEIG, E., & KALDAL, A. (2017). *Collaborating against child abuse: Exploring the Nordic Barmah's model*. Springer Nature.
- LEÓN, E.; GALLARDO, A.I.; MOLANO, N.; JIMÉNEZ MORAGO, J. M. (2021). *Familias colaboradoras. Un estudio sobre familias, infancia y adolescencia tutelada y en procesos de colaboración*. Junta de Andalucía.
- LEÓN, E.; GALLARDO, A. I.; MOLANO, N.; JIMÉNEZ MORAGO, J. M.; GÓMEZ GÓMEZ, C.; GEMA CARRASCO SEQUERA, G. (2019) «Familias Colaboradoras: un nuevo recurso del sistema de protección a menores en Andalucía». *Apuntes de Psicología Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Occidental*, Vol. 37, número 2, pp. 81-89.
- LLOSADA-GISTAU, J.; MONTSERRAT, C.; CASAS, F. (2017). «¿Cómo influye el sistema de protección en el bienestar subjetivo de los adolescentes que acoge?». *Sociedad e Infancias*, n.º 1, pp. 261-282.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2007). *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías: situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*. Dykinson.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2018). «La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos». *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, jun 30, 2018. <https://doi.org/10.59991/rvam/2018/n.38/84>
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2020). *El Derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España*. Aldeas Infantiles SOS, Madrid.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C.; HERNÁNDEZ GÓNZÁLEZ BARREDA, P.A. (2023). *Hacia unos presupuestos públicos con enfoque de infancia en el marco jurídico español*. Instituto de Estudios fiscales.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. (2009). *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORDÁS ALONSO, M. (2016) «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 9, Octubre 2016. pp. 43-112.
- OLAGUIBEL ECHEVERRÍA-TORRES, A. (2022). Los centros de protección de menores como entornos seguros y protectores desde la óptica de la nueva Ley Orgánica 8/2021. *Igualdades*, 6, 247-269. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.6.08>

- PALACIOS, J., (2003). Instituciones para niños ¿protección o riesgo? *Journal for the Study of Education and Development, Infancias y Aprendizaje*, vol. 26, n.º 3, pp. 353-364.
- PALACIOS, J. y ROMÁN RODRIGUEZ, M. (2011) Separación, pérdida y nuevas vinculaciones: el apego en la adopción. *Action psicologica*, Vol. 8, N.º 2, pp. 99-111.
- PALACIOS, J.; SOARES, J.; BARBOS DUCHARNE, M. A.; PACHECO, P. (2017). Adopted children's emotion regulation: the role of parental attitudes and communication about adoption *Psicothema*, vol. 29, n.º 1, pp. 49-54.
- PALACIOS, J.; ADROHER, S.; BRODZINSKY, D. M.; GROTEVANT, H. D.; JOHNSON, D. E.; JUFFER, F.; MARTÍNEZ-MORA, L.; MUHAMEDRAHIMOV, R. J.; SELWYN, J.; SIMMONDS, J.; & TAREN-SWEENEY, M. (2019). «Adoption in the Service of Child Protection: An International Interdisciplinary Perspective» *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 25, n.º 2, pp. 57-72 <http://dx.doi.org/10.1037/law0000192>
- PALACIOS, J.; FORSLUND, T.; GRANQVIST, P.; VAN IJZENDOORN, M. H.; SAGI-SCHWARTZ, A.; GLASER, D.; STEELE, M.; HAMMARLUND, M.; DUSCHINSKY, R. (2022). El apego va a juicio: problemas de custodia y protección infantil. *Anuario de Psicología Jurídica*, 32, 115-139. <https://doi.org/10.5093/apj2021a26>
- Plataforma Vidas (2023). *Hacia una definición compartida de recursos de base familiar y comunitaria para la infancia en riesgo o desprotección*. https://plataformavidas.gob.es/wp-content/uploads/2023/10/Recursos-base-familiar-y-comunitaria_FINAL.pdf
- PANIAGUA INFANTES, C. E.; PALACIOS GONZÁLEZ, J.; MORENO RODRÍGUEZ, M. C.; ROMÁN RODRÍGUEZ, M.; RIVERA DE LOS SANTOS, F.J. (2016). Reconocimiento de emociones en menores con adversidad familiar temprana. *Apuntes de Psicología*, vol. 34. n.º 2, pp. 321-330.
- PEREDA, N.; BARTOLOMÉ, M., & RIVAS, E. (2021). «Revisión del modelo Barnahus: ¿Es posible evitar la victimización secundaria en el testimonio infantil?» *Boletín Criminológico*, 1(207), pp. 1-20.
- POOLE QUINTANA, M.; LARRAÑAGA MARTÍNEZ, K. P.; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.; RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.; MARTÍNEZ GARCÍA, C. (2022). *Estudio de los centros de acogimiento residencial para menores en el ámbito de la protección en España*. Nuevo Futuro, Universidad Pontificia Comillas. https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/PDF_ESTADISTICAS/Estudio_Acogimiento_V2.pdf
- RAMIRO, J. (2015). «Acogimiento residencial y producción de subjetividades: identidades y trayectorias ciudadanas de los niños y niñas en protección». *Alternativas Cuadernos de trabajo Social* 22(22).
- ROMÁN RODRÍGUEZ, M. y PALACIOS GONZÁLEZ, J. (2011). «Apego, adopción y escolaridad». *Revista Padres y Maestros*, n.º 339, pp. 5-8.

- SANDULLI, F. (2014). *Análisis económico del acogimiento familiar*. Fundación acogida, <https://estaestucasa.files.wordpress.com/2015/05/informe-econoc3b3mico-acogimiento-familiar.pdf>
- Save the Children (2018a). *Bajo el mismo techo: Las Casas de los Niños: un recurso para atender a niños y niñas víctimas de violencia sexual y sus familias en Catalunya*. Save the Children Cataluña.
- Save the Children (2018b). *Ojos que no quieren ver: Los abusos sexuales a niños y niñas en España y los fallos del sistema*. Save the Children España.
- Sindica des Greuges de Catalunya (2023). *Desinstitucionalización del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. https://www.sindic.cat/site/unitFiles/9755/Informe%20centros%20de%20proteccion_ok_cast.pdf
- Sindica des Greuges de Catalunya (2022). *Informe sobre los derechos del niño*. https://www.sindic.cat/site/unitFiles/9109/Resumen%20Ejecutivo%20Informe%20Infancia%202022_cast.pdf
- UNICEF (2020). *Claves para fomentar la participación infantil y adolescente*, Cuadernos para la Acción Local.
- UNICEF (2023). *Pathways for better protection. Taking stock of the situation of children in alternative care in Europe and Central Asia* (<https://www.transmonee.org/reports/pathways-better-protection>)
- VALEDORA DO POBO (2022). *Informe anual*.
- WENKE, D. (2021). *Feasibility study Protection of the best interests of the child in domestic law proceedings by public authorities to limit parental responsibilities or place a child in care*. <https://rm.coe.int/cj-enf-ise-2021-08b-feasibility-study-best-interests-care-proceedings-/1680a342d3>