

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

Sumario: RESUMEN.—I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO NORMATIVO ESTATAL E INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.—1.1. El concepto de protección integral de los derechos del niño.—1.2. El diseño de un sistema de protección con enfoque de derechos.—II. LOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—III. LAS “FASES” DEL CICLO DE LA DESPROTECCIÓN Y LAS CORRELATIVAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.—3.1. La promoción de derechos.—3.2. Las actuaciones de prevención.—3.3. Las medidas de protección. La situación de riesgo y la situación de desamparo.—3.3.1. La situación de riesgo.—3.3.2. La situación de desamparo y la guarda administrativa.—3.3.3. Las modalidades alternativas de cuidado parental: acogimiento familiar y acogimiento residencial.—3.4. El tránsito a la vida adulta: la reintegración en la familia vs. la preparación para la vida independiente de los niños sujetos a una medida de protección.—IV. ASPECTOS COMPETENCIALES Y ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL SISTEMA MADRILEÑO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.—V. RECAPITULACIÓN.

RESUMEN

El vigente marco normativo sobre protección de las personas menores de edad en la Comunidad de Madrid está constituido principalmente por la ley 6/1995, de 28

* Profesora Propia Agregada de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Directora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores.

de marzo, de garantías y derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid. Este marco precisa de una revisión para su actualización y adecuación a la legislación estatal sobre el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, modificada significativamente en 2015, atendiendo al concepto de protección integral del niño con enfoque de derechos que acoge la Convención de Derechos del Niño de 1989. Es preciso, pues, repensar el marco legislativo autonómico en relación con el alcance de la protección que corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid y adecuar sus normas e instituciones a los estándares internacionales y nacionales. En el presente trabajo no se pretende hacer una disección de la normativa madrileña vigente, sino más bien apuntar algunos aspectos para el diseño de un nuevo marco legal autonómico sobre protección de la infancia y la adolescencia.

PALABRAS CLAVE: Infancia y adolescencia, protección integral, derechos del niño, enfoque de derechos..

I. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY DE GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO NORMATIVO ESTATAL E INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO¹

La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías y derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid², dictada en desarrollo de la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de protección a la infancia³, es el texto legal fundamental alrededor del cual se estructura el sistema de protección de la infancia de la Comunidad de Madrid. Otras normas de distinto rango y fecha –incluso anteriores a la propia ley– lo complementan o lo desarrollan conformando un sistema normativo e institucional que, aunque solo sea por el transcurso de veintitrés años desde su aprobación, parece requerir una revisión que vaya más allá de una adecuación formal al conjunto de normas estatales y documentos internacionales que se han aprobado a lo largo de ese tiempo, adaptación que, por lo demás, también habrá de abordarse.

Efectivamente, la ley madrileña es anterior a la Ley orgánica de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) aprobada en su versión inicial en 1996⁴. Esta ley estatal ha sido modificada por dos leyes en

¹ De conformidad con el marco ofrecido por la Convención de Derechos del Niño, en el presente trabajo se emplearán las expresiones “niño” para hacer referencia a personas menores de dieciocho años, incluyendo, pues, a los adolescentes. También se utiliza de forma genérica entendiendo que esta expresión incluye tanto al género femenino como masculino.

² BOCM de 7 de abril de 1995.

³ Artículo 26.1.24 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Madrid (BOE núm. 1, de 1 de marzo de 1983).

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, d 17 de enero de 1996).

el año 2015⁵, perfeccionando los mecanismos del sistema de protección que contemplaba en su redacción inicial, además de haber introducido los elementos esenciales que vienen marcados tanto por las disposiciones de carácter internacional como por resoluciones judiciales nacionales. Resulta, pues, imprescindible, adecuar el marco normativo autonómico al estatal, no solo desde la lógica de las relaciones entre las leyes estatales y autonómicas sino también de la necesaria ordenación o alineación del subsistema autonómico al modelo asumido por la Convención de Derechos del Niño ratificada por España en 1990, así como en otras disposiciones que, tanto del Comité de Derechos del Niño como de otros Comités de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, han ido publicando en las dos últimas décadas. Este corpus normativo acoge un fundamental cambio de paradigma en la materia al asumir plenamente una concepción del niño como sujeto de derechos y no como objeto de protección. Ciertamente esa idea aparece ya mencionada en la ley madrileña⁶ –lo que debe calificarse como una acertada novedad de aquel momento– si bien no resulta proyectada con toda su potencialidad al desarrollar las instituciones, competencias, órganos y agentes del propio sistema de protección, que deben ordenarse, además, con enfoque de derechos.

Antes bien, la ley madrileña se edifica más bien en torno a las distintas competencias autonómicas asumidas estatutariamente en tanto pueden incidir en mayor o menor medida en la infancia y no tanto desde una centralidad de los derechos del niño y las actuaciones debidas para posibilitar su ejercicio⁷. Al situar el foco en los deberes de las Administraciones públicas y, como se dirá después, adoptar un concepto restrictivo de lo que significa la protección de la infancia y la adolescencia, la ley madrileña ha ido quedando cada vez más lejos de los estándares internacionales en la materia y de las normas de protección establecidas a nivel estatal. Dicho de otro modo, la protección entendida como conjunto de actuaciones administrativas que puedan afectar al niño desde el ejercicio de las competencias administrativas principalmente autonómicas, y especialmente en los casos de declaración de desamparo y asunción de la tutela administrativa por ministerio de

⁵ Por Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio) y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

⁶ Preámbulo de la Ley 6/1995.

⁷ “En efecto, no se ha pretendido regular un Estatuto de los menores de la Comunidad de Madrid, entendido como cuerpo normativo que regule omnnicomprensivamente su *status* jurídico, puesto que no existe título competencial sobre la materia. Por tanto, más que normativizar todas las situaciones o relaciones jurídicas que pudieran afectar a los menores, se ha optado por recoger en la Ley aquellas materias que puedan incidir en los menores y respecto de las cuales la Comunidad de Madrid ostente algún tipo de competencia, bien plena, como las relativas a la asistencia social, casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las deportivo-benéficas, o espectáculos públicos (art. 26 apartados 18, 20 y 22 del Estatuto de Autonomía), bien de desarrollo legislativo, como las referidas a la sanidad e higiene, defensa del consumidor y usuario, protección del medio ambiente, medios de comunicación social o enseñanza (art. 27, apartados 6, 10, 11 y 13, y art. 30)” (Exposición de Motivos de la Ley 6/1995).

la ley no pone en el centro al niño como sujeto de derechos, tal como exige la legislación estatal y los estándares internacionales. La protección del niño debe ser la protección de sus derechos y ello debe tener la correlativa traducción en el marco legal.

La Convención de Derechos del Niño es en este tema la referencia ineludible, “el primer tratado específico dirigido al reconocimiento, garantía y protección de los derechos de la infancia” y tal como ha señalado CILLERO BRUÑOL “es el resultado de una larga evolución de la concepción social y jurídica de la infancia que durante el siglo XX vino a materializarse en instrumentos jurídicos internacionales primero de carácter declarativo y, luego, en cuerpos jurídicos vinculantes”⁸. La Convención es, pues, un texto normativo que crea obligaciones y responsabilidades para todos aquellos Estados que la han firmado y ratificado, como hiciera España en 1990. Junto con la Convención (y los tres Protocolos Facultativos que complementan algunos aspectos del tratado original)⁹, se han publicado un total de veintitrés Observaciones Generales por parte del Comité de Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención y de sus protocolos, con las que se pretende orientar a los Estados Parte acerca del correcto entendimiento y alcance de algunas disposiciones de la Convención. Estas Observaciones, aunque no son normas de eficacia directamente vinculante (*soft law*), tienen un valor interpretativo indiscutible para guiar las medidas legislativas y de otra índole que adopten los Estados en relación con la protección de la infancia y la adolescencia.

Dos son las ideas clave que deben ser acogidas y desarrolladas por los Estados: por un lado, el concepto de protección integral y, por otro, el de enfoque de derechos. Este es el cambio de paradigma fundamental que incorpora la Convención y que necesariamente ha de ser traducido en el ámbito interno, también en el autonómico.

⁸ Vid., CILLERO BRUÑOL, M. “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C., *Tratado del menor. Protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, p. 85, 85 a 121, Cizur Menor, 2016. Igualmente, con una perspectiva de Derecho internacional, CARMONA LUQUE, M. R., “Incidencia de la Convención sobre los derechos del niño en la precisión del *Ius Cogens* internacional”, *American University International Law Review* 27, núm. 3, 2012, pp. 511 a 542; y de la misma autora, *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2011. Sobre la eficacia vinculante y la incorporación de la Convención al Derecho interno español, el primer y más completo trabajo sobre este texto es el de ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y el Derecho constitucional español*, Madrid, 1994.

⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados; 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; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (AG/66/53).

1.1. El concepto de protección integral de los derechos del niño

La falta de madurez física y mental de los niños está en la base de la necesidad de procurarles una protección y cuidados especiales —en el sentido de diferente, reforzada— a la que el ordenamiento proporciona a las personas que ya han alcanzado la mayoría de edad. Para ello, la Convención impone a los Estados partes la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma (art. 4 CDN). El reconocimiento se hace, pues, en la Convención, en tanto se fundamenta en la condición del niño como titular de derechos, y los Estados se han de organizar para garantizar el ejercicio de los mismos¹⁰.

El carácter integral de dicha protección alude a la necesidad de que la misma tenga el alcance más amplio posible (integralidad como totalidad): se han de proteger todos los derechos de todos los niños por medio de medidas de toda índole (normativa, administrativa, política, presupuestaria, estadística, etc.) y por parte de todos los miembros y poderes de la sociedad, formando un auténtico sistema de protección¹¹. Los Estados Parte son los destinatarios principales de lo dispuesto en la Convención, que luego, internamente, diseñarán la respuesta institucional, normativa, política, estadística, etc., con plena soberanía. Como acertadamente ha afirmado CARMONA LUQUE, “en definitiva, la lectura de la Convención y su interpretación, nos sitúan ante obligaciones reales y efectivas; imperativas y/o programáticas; holísticas y no jerárquicas; y de vocación universal, e imponen su aplicación desde la perspectiva de los derechos del niño, quedando comprometidos los Estados partes, conforme al principio de efectividad, a adoptar medidas positivas para su implementación, no existiendo exclusión alguna ni respecto a los derechos, ni respecto a los Estados llamados a aplicarla”¹².

1.2. El diseño de un sistema de protección con enfoque de derechos

La necesaria adopción de un enfoque de derechos entronca directamente con el concepto de protección anteriormente referido. La protección que se ha de dispensar a los niños de acuerdo con la Convención no

¹⁰ Sobre los distintos modelos de protección a lo largo de la Historia, CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Madrid, 2006.

¹¹ CARMONA LUQUE destaca como notas esenciales de la Convención su universalidad y su carácter holístico y la interdependencia de derechos que regula, CARMONA LUQUE, M. R., “Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque de derechos en las políticas de infancia en España”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, pp. 69-88, p. 71.

¹² CARMONA LUQUE, M. R., “Las obligaciones derivadas de la Convención...”, *op. cit.*, p. 75.

es solo —ni principalmente— reactivo, es decir, no solo se pone en marcha una vez que se ha constatado una situación de desprotección de un niño, siendo aquél (Estado) el que, desde el asistencialismo (o la caridad) y sobre la base de la incapacidad del niño para valerse por sí mismo en orden a cubrir sus necesidades, actúe para reparar en la medida de lo posible el daño causado. Antes bien, la protección entendida con enfoque de derechos es una cuestión de titularidad de derechos humanos por los niños (en tanto que personas).

El entendimiento de la protección de los niños desde un enfoque de derechos se contrapone al enfoque de necesidades¹³. No es que los niños no sean inmaduros o adolezcan de una falta de cierta capacidad o madurez (afirmación que hace incluso la propia Convención); es que dicha incapacidad no puede ser el fundamento de la acción protectora, sino que deben serlo los derechos cuya titularidad les corresponde como sujetos. Como titulares de los derechos humanos, los niños han de participar activamente en todo aquello que les atañe, de acuerdo con su madurez y progresiva autonomía, debiendo contar con el apoyo de toda la institucionalidad del Estado, como un todo (administraciones públicas, poder judicial, etc.), la sociedad civil, los profesionales de servicios públicos (educativos, sanitarios, policiales, sociales) y las propias familias¹⁴. La protección que requieren los niños consiste en garantizarles el disfrute y ejercicio de todos sus derechos, lo que atañe a los Estados Partes a través del sistema de protección interno que se establezca¹⁵.

II. LOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

La vigente ley madrileña de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia recoge en su artículo 3 unos principios de actuación a los

¹³ Resulta muy esclarecedora la tabla que sintetiza los principales elementos de ambos enfoques recogida en el documento publicado por Save the Children *Programación de los Derechos del Niño. Cómo aplicar un enfoque de derechos del niño en la programación*, elaborado por E. Geidenmark y Lena Karlsson, Suecia, 2012.

¹⁴ Para un adecuado entendimiento del concepto de enfoque de derechos en relación con la protección de los niños, vid., CEPAL-UNICEF, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición*, Santiago de Chile, 2012.

¹⁵ El Comité va más allá de una afirmación que pudiera parecer puramente teórica y apunta aquellos elementos que considera deben estar comprendidos dentro de un sistema de protección acorde con sus prescripciones: “Las medidas generales de aplicación identificadas por el Comité y descritas en esta Observación general tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados”, Observación General núm. 5 del Comité de Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44 (CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003).

que han de ajustarse las acciones que se promuevan por parte de las Administraciones públicas de la Comunidad de Madrid. Dicha enumeración responde a la idea del legislador autonómico de diseñar el marco regulador de las tareas y organización de las Administraciones públicas en relación con los niños que se encuentran en alguna situación de desprotección. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la idea de protección integral no limita a las administraciones públicas la responsabilidad de la respuesta protectora, sino que abarca todo un conjunto de medidas y sujetos a los que se imponen deberes para con los niños: los padres y madres, tutores, guardadores, autoridades escolares, personal sanitario, personal de servicios sociales, instituciones del tercer sector, los ciudadanos en general, etc. No sería suficiente, por tanto, señalar cuáles son los principios por los que se han de regir las Administraciones públicas (por lo demás, recogidos en la legislación administrativa general, principalmente, aunque no solo, en las leyes 39 y 40 de 2015)¹⁶, sino de identificar aquellos que son específicos y propios de un sistema de protección integral de la infancia y la adolescencia.

La Convención señala cuatro ejes fundamentales, si bien se pueden identificar otros que han de ser incorporados a la legislación y aplicados en la práctica administrativa y judicial.

Si bien todos los derechos reconocidos en la Convención de Derechos del Niño tienen la misma importancia y deben ser interpretados conjuntamente, de manera holística, si hubiera que destacar uno de los cuatro supraprincipios que vertebran un sistema de protección de la infancia ese sería el *interés superior del niño*¹⁷, o lo que es lo mismo, en palabras de CILLERO, la satisfacción integral de todos sus derechos¹⁸.

La Ley madrileña menciona como el primero de los principios a los que han de responder las acciones que se promuevan por las Administraciones Públicas para la atención a la infancia y la adolescencia en garantía del ejercicio pleno de sus derechos el “primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente, en los términos establecidos en el Código Civil y en la Convención sobre los Derechos

¹⁶ Principalmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

¹⁷ La bibliografía sobre este capital concepto del derecho de la infancia es enorme. Citamos algunos de los más relevantes, sin ánimo de exhaustividad: ALSTON, P. “The best interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and the Family*, 8, 1994, pp. 1-25; ARIÈS, P. *Centuries of Childhood*, Harmondsworth, 1973. CARDONA LLORENS, J. “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio siglo XXI*, 30 (2), 2012, pp. 47-68; FREEMAN, M. “The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?”, *Int. Law Policy Family*, 11 (3), 1997, pp. 360-388; GROSSBERG, M. “Who Determines Children’s Best Interests?” *Law and History Review*, Vol. 17, No. 2 (Summer, 1999), pp. 309-314; VAN BUEREN, G. *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 45-51.

¹⁸ CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en VV.AA. *Derechos de la niñez y la adolescencia. Antología*, Costa Rica, 2001.

del Niño”¹⁹. Esta previsión debe ser ahora suplida por lo dispuesto en el artículo 2 LOPJM, precepto de carácter orgánico que, siguiendo el contenido de la Observación General número 14, dispone con carácter mucho más amplio que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado” y que “en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por tanto, no se trata solo de un principio, es también un derecho subjetivo del niño y una norma de procedimiento que lleva a la determinación de dicho interés en cada caso y no afecta solo a las Administraciones públicas, pues debe ser también tenido en cuenta por todo tipo de instituciones, públicas y privadas, y en todas las acciones y decisiones que conciernan al niño.

El interés superior del niño no es, por tanto, una expresión cuya mención sirva para justificar cualquier decisión que se adopte respecto de una persona menor de edad como si de un ámbito de discrecionalidad subjetiva se tratara, sino que debe garantizar el “disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”²⁰. Para ello, como dispone la LOPJM, debe ser evaluado y determinado en cada caso, concretándose individualmente atendiendo a las circunstancias de cada niño, teniendo en cuenta los criterios generales, que se han de ponderar teniendo en cuenta los elementos generales y respetando unas mínimas garantías de procedimiento, tal como detalla profusamente la ley estatal. El resultado de dicho proceso debería ser el mismo con independencia del sujeto que lo vaya a apreciar. No se trata, pues, de un ámbito de discrecionalidad sino de un concepto jurídico indeterminado.

El interés superior del niño no puede entenderse ni determinarse sin el *derecho a ser escuchado* o, como más ampliamente suele denominarse, el derecho a la participación de los niños. Recogido en el artículo 2 CDN y en el artículo 9 LOPJM (que lo desarrolla bajo el título de derecho a ser oído y escuchado), va más allá del derecho procesal a ser oído (aunque lógicamente lo comprende) y se configura como único cauce efectivo para el pleno ejercicio de los derechos del niño. Como correlato lógico del interés superior del niño el derecho a ser escuchado constituye el segundo de los ejes vertebradores de la Convención y, por tanto, del sistema de protección²¹.

¹⁹ Artículo 3.a de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

²⁰ Observación General Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), *CRC/C/CG/14*, de 29 de mayo de 2013, ap. 5.

²¹ Así lo explica el Comité al referirse a los artículos 3.1 y 12 de la CDN: “Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y

La legislación madrileña vigente contempla como segundo principio de actuación administrativa el de “velar por el ejercicio de los derechos subjetivos del menor y, en todo caso, el derecho a ser oído en cuantas decisiones le incumben, en los términos establecidos en el Código civil”, previsión que queda desbordada por la redacción del actual artículo 9 LOPJM, que reconoce el derecho del niño “a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”. Es, pues, mucho más que el derecho procesal a ser oído en los procedimientos administrativos o judiciales o en las situaciones que contempla el Código civil. De acuerdo con la consideración del niño como sujeto titular de derechos, debe ser tenido en cuenta en todo aquello que le afecta, en todos los ámbitos de su vida, en los términos más amplios posibles²².

El *derecho a la no discriminación*, fundamentado en la dignidad de la persona y base para la incorporación efectiva del enfoque de derechos en la legislación sobre protección de la infancia y la adolescencia, es incorporado en la legislación madrileña como el tercero de los principios de actuación de las administraciones, que han de “eliminar cualquier forma de discriminación en razón de nacimiento, sexo, color, raza, religión, origen nacional, étnico o social, idioma, opinión, impedimentos físicos, condiciones sociales, económicas o personales de los menores o sus familias, o cualquier otra circunstancia discriminatoria”. Esta previsión de la ley autonómica, redactada en términos ciertamente amplios, pretende justamente evitar que alguna circunstancia particular de un niño impida la satisfacción de todos sus derechos. Para ello puede ser necesario no solo proveer los cuidados y protección especiales que requiere todo niño sino, incluso, la adopción de medidas positivas que corrijan una situación de desigualdad real²³. De ahí la necesidad de atender específicamente en la legislación a los colectivos de niños que pueden encontrarse en una situación de desventaja (niñas, niños extranjeros no acompañados, niños con discapacidad, niños LGTBI, etc.).

El cuarto de los grandes principios es el que se refiere al *derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo* (art. 6 CDN). Sin el derecho a la vida no

su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (Observación General núm. 14 (2013), *cit. ap.* 43).

²² Así lo explica el Comité de derechos del Niño en su Observación General Núm. 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/CG/12 de 20 de julio de 2009, ap. 27. La Observación desarrolla este derecho cuando la titularidad corresponde a un individuo (derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo aquello que le afecte) o a los niños como colectivo, desarrollando el concepto de participación.

²³ Observación General Núm. 14 (2013), ap. 41.

tiene sentido hablar de todos los demás, pues la vida es condición previa para la propia existencia de los derechos de la persona. La vida entendida no como pura supervivencia sino como una existencia digna, conduce a un tema capital en relación con la desprotección de los niños como es la violencia que se ejerce contra ellos. La violencia, en cualquiera de sus formas y grados, supone una violación del derecho a la integridad física y psicológica de los niños y, por la dimensión de la realidad de la violencia contra los niños, el Comité de Derechos del Niño ha sido claro y contundente²⁴: debe prohibirse de forma explícita cualquier forma de violencia contra los niños y debe articularse una respuesta integral que aborde esta lacra. Para ello, también como ha indicado el Consejo de Europa²⁵, es preciso diseñar e implementar una estrategia nacional sobre violencia contra la infancia²⁶, cuyo eje principal lo constituya una ley orgánica que desarrolle esta idea con la debida articulación con los sistemas de protección autonómicos²⁷.

En inseparable relación con la garantía del derecho a la vida y al desarrollo debe hacerse mención al principio y derecho al *buen trato*. El derecho a la vida y a la integridad se desarrolla en parte en la Convención como derecho del niño a no sufrir ningún tipo de violencia. La obligación de los Estados debe consecuentemente ir enfocada a erradicar la violencia contra los niños, tanto mediante la protección y reparación de las situaciones en las que se ha producido violencia, como mediante la prevención de aquellas conductas que puedan conducir a aquéllas, para evitarla. Sin embargo, dado que no solo se reconoce el derecho a la vida sino también al desarrollo holístico, buscando el mayor nivel posible de realización de los derechos, es preciso identificar actuaciones positivas en los responsables de la protección del niño como parte del concepto de protección. Para garantizar la vida y el desarrollo del niño las actuaciones tendentes a la eliminación de aquello que es negativo o atenta contra sus derechos es tan necesario como el fortalecimiento de lo que es positivo o promueve los factores de protección. El derecho al buen trato deriva del derecho al desarrollo del niño en relación

²⁴ También el llamado *Informe Pinheiro* se refiere al enorme problema de la violencia contra la infancia y lo analiza atendiendo a los cinco principales ámbitos en los que se produce: la familia, la escuela, la comunidad, los centros tanto de protección como de reforma y el lugar de trabajo. De las conclusiones que extrae, en línea con lo que reiteradamente ha señalado el Comité, cabe destacar la importancia de priorizar la prevención de la violencia, sin dejar de proteger a quienes han sido víctimas de la misma. Igualmente, destaca la importancia de contar con datos confiables sobre el fenómeno que sirvan de base para la toma de decisiones tanto en el diseño de las políticas públicas como para la elaboración de los presupuestos y la coordinación entre todos los que actúan en la protección de la infancia, PINHEIRO, P.S. *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas*, Naciones Unidas, 2006.

²⁵ *Directrices del Consejo de Europa sobre las estrategias nacionales integrales para la protección de los niños contra la violencia* (CM/Rec (2009)10).

²⁶ SAVE THE CHILDREN, *Violencia contra la infancia. Hacia una estrategia integral*, Madrid, 2015.

²⁷ En 2010 el Comité de Derechos del Niño recomendó a España la elaboración de una ley de protección integral de los niños contra la violencia, como la que se había aprobado en relación con la violencia de género (Observaciones Finales a España, 2010, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 44 de la Convención, CRC/C/ESP/CO/3-4, ap. 38).

con la necesaria garantía de su interés superior²⁸ e impone a los responsables de aquél obligaciones de hacer que el Derecho tendrá que identificar y garantizar para cumplir efectivamente con el compromiso de garantizar la protección de los niños.

Un pilar fundamental de todo sistema de protección de la infancia y la adolescencia es la familia. Todos los documentos internacionales en esta materia adoptan como punto de partida el *carácter nuclear de la familia* para garantizar precisamente el desarrollo holístico del niño y como ámbito fundamental para lograr la satisfacción de sus derechos y necesidades. La familia es considerada un “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños” para lo cual “debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”²⁹. Son los padres los primeros responsables de la crianza, educación y desarrollo de sus hijos y, por tanto, los Estados deben encaminar sus actuaciones a apoyar a éstos en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus responsabilidades. Además, los niños tienen derecho a no ser separados de los padres salvo cuando lo exija, excepcionalmente, el interés superior del niño (art. 9 CDN).

Con este planteamiento la ley madrileña señala como principio de actuación administrativa “promover las condiciones necesarias para que la responsabilidad de los padres o tutores, en el efectivo ejercicio de los derechos de sus hijos o tutelados, pueda ser cumplida de forma adecuada”, asumiendo las Administraciones dicha responsabilidad cuando los padres o tutores “no puedan ejercerla o lo hagan de forma contraria al interés superior del menor, en los términos establecidos en el Código Civil y en la Convención de los Derechos del Niño” (art. 3.d). El principio así enunciado está alineado con lo que señalan los textos internacionales, pero no encuentra un desarrollo posterior en el articulado de la ley que, en cumplimiento del derecho del niño a vivir en una familia, contemplara un conjunto de actuaciones concretas y exigibles de apoyo al núcleo familiar de carácter preventivo y prioritario frente a la decisión de separar al niño de sus padres.

Un principio que debe explicitarse como elemento de funcionamiento del sistema de protección se refiere a la *prioridad presupuestaria* que debe tener esta cuestión en la confección y ejecución de los presupuestos públicos. De poco serviría diseñar un perfecto sistema de protección de la infancia si no se puede llevar a efecto por no contar con el apoyo presupuestario correspondiente. Dado que la infancia suscita, en palabras de FERRÁN

²⁸ Sobre el buen trato, vid., ALLER FLOREANCIG, T., Hacia el buen trato a la infancia: parentalidad positiva, competencia parental y prevención del maltrato infantil, Papeles salmantinos de educación, núm. 14, 2010, pp. 29 y ss.; BARUDY; DANTAGNAN, *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Barcelona, 2009; LÓPEZ, F., *Necesidades en la infancia y en la adolescencia. Respuesta familiar, escolar y social*, Madrid, 2015R.

²⁹ Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño, párrafo cuarto.

CASAS, un “alto consenso de baja intensidad”³⁰, se hace imprescindible trasladar al ámbito normativo y de las políticas públicas el principio de prioridad presupuestaria. Así lo ha afirmado el Comité de Derechos del Niño en la Observación General 19³¹, que proporciona a los Estados Partes criterios para que puedan cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención “en lo relativo a la asignación de presupuestos para reforzar la efectividad de los derechos del niño y fomentar un cambio real en la forma en que tales presupuestos se planifican, se aprueban, se ejecutan y se supervisan”. No es suficiente, pues, con la enunciación vigente en el artículo 6 de la Ley 6/1995 sobre prioridad presupuestaria (“la Asamblea de Madrid tendrá entre sus prioridades presupuestarias las actividades dedicadas a la formación, promoción, protección y ocio de los menores y procurará que las Corporaciones Locales asuman tal prioridad”), que deberá recoger la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos del niño, debiendo las Entidades Locales cumplir esa misma obligación en el ámbito de sus respectivas competencias.

En relación con el anterior principio, en tanto hace referencia a las medidas generales que los Estados deben adoptar para la efectiva protección de los derechos de los niños, la ley tendría que atender al principio de *adopción de decisiones basadas en evidencias*, es decir, que toda medida de toda índole que adopte un poder público en el marco del sistema de protección de la infancia, especialmente las de carácter general (normativas, presupuestarias, de planificación, programáticas)³² se basen en la información que proporcionan los datos sobre la situación de la infancia. La incorporación de la necesidad de generar, tratar y utilizar los datos obtenidos de forma completa, homogénea y desagregada como base de las decisiones de los poderes públicos representa la superación del modelo asistencial de protección, pues no se trata de dedicar más o menos cantidad de recursos a proteger a los niños en función de la “sensibilidad social” hacia ellos sino de emplear lo necesario para la garantía de sus derechos en función de las necesidades reales puestas de manifiesto por los datos.

Dicha objetivación permite, además, evaluar y medir el impacto de las normas y políticas sobre infancia, así como una continua adaptación de las mismas para orientarlas de manera más eficaz y eficiente al cumplimiento del superior interés del niño, en un proceso de mejora continua del conjunto del sistema. El establecimiento de indicadores y estándares de calidad para las distintas actuaciones y medidas administrativas y la consi-

³⁰ CASAS, F., “Los derechos de los niños y las relaciones intergeneracionales”, *Educación Social*, núm. 38, pp. 14-25.

³¹ Observación General Núm. 19, sobre la elaboración de los presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4)”, *CRC/C/GC/19*, de 21 de julio de 2016.

³² Apartado 21.b de la Observación General Núm. 19 (2016), *cit.* Ya antes la Observación General Núm. 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párrafo 6 del art. 44) se refería a la obligación de los Estados partes de reunir datos de gran alcance (*CRC/C/GC/5*, de 27 de noviembre de 2003).

guiente exigibilidad de las mismas es también una prueba de la superación del sistema asistencialista y tutelar, basado en criterios de beneficencia. No cabe, pues, dejar la decisión sobre la cantidad, tipo y calidad de cuidados que requiere el niño a la coyuntura política o económica del momento, o al modo subjetivo de entender la necesidad de protección especial de los niños en cada caso sino que debe objetivarse, cuantificarse y formalizarse normativamente. El principio de legalidad administrativa cobra, en el modelo español de protección de la infancia y la adolescencia, todo su sentido.

III. LAS “FASES” DEL CICLO DE LA DESPROTECCIÓN Y LAS CORRELATIVAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

El modelo “tradicional” tutelar y asistencial ha puesto el peso principal de la respuesta protectora en España en la declaración de la situación de desamparo, la consiguiente asunción de la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública competente, la suspensión de la patria potestad de los progenitores y la separación del niño de su núcleo familiar. A este esquema responde en esencia la vigente ley madrileña, que sin eliminar la regulación de la situación de desamparo debe redimensionar su alcance en el conjunto del sistema, en el que la prioridad debe estar puesta en la prevención de las situaciones de vulneración de derechos y en la prevención de las situaciones que dan lugar a una declaración de desamparo.

3.1. La promoción de derechos

Antes, incluso, de que algún elemento pueda apuntar a la existencia de indicios de eventuales situaciones de desprotección de un niño o de un colectivo determinado, los poderes públicos deben actuar para fortalecer toda práctica que contribuya a la mejora del bienestar de la infancia y la adolescencia. Esta promoción de derechos no constituye, en sentido estricto, una “fase” dentro de la lógica de las actuaciones públicas en caso de vulneración de derechos, sino más bien un mandato general a los poderes públicos para informar, sensibilizar y concienciar sobre los derechos del niño a la sociedad civil, las familias, los servicios educativos, sanitarios, sociales y a los propios niños, quienes deben ser protagonistas de la defensa de sus propios derechos, comenzando por que reciban una educación con dicho enfoque. El concepto de promoción incluye tanto acciones dirigidas a dar a conocer o a mejorar las condiciones de la infancia y sus derechos, como la preparación o disposición de la sociedad y sus miembros para anticipar lo necesario para proteger mejor los derechos de los niños; la primera idea responde más al concepto de promoción mientras que la segunda entenderse como acción de prevención. En todo caso, lo relevante es que ambas deben estar comprendidas dentro de la acción protectora de los poderes públicos.

Asimismo, la formación y capacitación con enfoque de derechos de los profesionales que trabajan habitualmente con niños resulta fundamental no solo como transmisores de (y formadores en) dicho enfoque sino como base para favorecer la detección de situaciones de desprotección o de vulneración de derechos. Este es un elemento clave cuando la protección de la infancia y la adolescencia no es entendida solo como un catálogo de respuestas de los poderes públicos a situaciones de efectiva desprotección de niños y adolescentes sino como un verdadero sistema de protección, es decir, como un conjunto ordenado de elementos (normas, instituciones, sujetos) que pretenden un mismo fin. Consecuentemente, la ciudadanía en general tiene el deber de poner en conocimiento de los servicios competentes cualquier situación de posible desprotección y, en el caso de profesionales que trabajan con niños, debe explicitarse la obligación de hacerlo. La obligación que asume un Estado al firmar la Convención no puede cumplirse plenamente si su traducción institucional y jurídica queda reducida a un problema de distribución funciones entre instituciones públicas competentes para la protección de la infancia, debiendo corresponsabilizar al resto de los ciudadanos en la medida que corresponda.

En este sentido, la vigente ley madrileña carece de una previsión específica sobre esta cuestión, clave para extender y reforzar la eficacia del funcionamiento del sistema de protección autonómico³³, aunque debe valorarse positivamente la atribución a las Corporaciones Locales de la responsabilidad sobre la promoción de cuantas acciones favorezcan el desarrollo de la comunidad local y muy especialmente de sus miembros más jóvenes, procurando garantizarles el ejercicio de sus derechos, ofreciéndoles la protección adecuada y ejerciendo una acción preventiva eficaz” (art. 81.1).

3.2. Las actuaciones de prevención

Como se ha señalado anteriormente, en un sistema con enfoque de derechos la actuación principal de los poderes públicos debe ir encaminada precisamente a favorecer en el mayor grado posible el ejercicio de todos los derechos por sus titulares, lo que traslada el centro del problema de la reparación de la situación dañosa a las actuaciones de prevención de la misma, centrando la actuación pública en las causas que conducen al desamparo. Dichas actuaciones preventivas forman también parte del concepto de protección a la infancia y la adolescencia o, dicho de otro modo, su diseño e implementación no constituyen una decisión política sino una obligación impuesta a los poderes públicos. Ahora bien, dentro de las actuaciones de prevención, como evitación de algo, debemos hacer una distinción que tiene consecuencias importantes a efectos jurídicos en función del objeto

³³ Efectivamente, resulta escasa la previsión del artículo 3.g de la Ley 6/1995 que recoge como principio de la actuación administrativa “promover la participación de la iniciativa social en relación con la atención y promoción de la infancia y la adolescencia, procurando su incorporación a los planes y programas de atención impulsados por las Administraciones Públicas”.

de la acción preventiva (el riesgo de desprotección o el riesgo de separación de la familia).

El objeto de las actuaciones de prevención está constituido por las situaciones que afectan a un niño o a un conjunto de niños en las que se dan factores de riesgo que apuntan a una determinada probabilidad de desprotección ya sea porque se produce un perjuicio en su desarrollo o bienestar o porque se desatienden sus necesidades básicas, pudiendo impedirles o dificultarles el ejercicio de sus derechos. En dichas situaciones las Administraciones públicas, de acuerdo con los indicadores o factores de riesgo, pondrán en marcha actuaciones tendentes, por un lado, a reducir o eliminar dichos factores negativos y, por otro, a fortalecer aquellos factores de protección o resiliencia, sin que sea suficiente con abordar únicamente los primeros. Generalmente la legislación autonómica centra las acciones preventivas en la eliminación o reducción de los factores de riesgo, olvidando que tan necesario (y obligado) como lo primero es el fortalecimiento de los factores de protección.

Además, para el diseño de las actuaciones de prevención, es preciso tener en cuenta los entornos en los que habitualmente se desenvuelven los niños: la familia, la escuela y la comunidad (barrio, municipio), principalmente. En todos ellos es preciso, en línea con la idea de sistema de protección que antes se apuntaba, que asuman que deben realizar también actuaciones tanto de detección y reducción o eliminación como de refuerzo. Asimismo, la legislación debe contemplar medidas específicas para aquellos colectivos que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad porque el riesgo de ver vulnerados sus derechos o no atendidas sus necesidades es mayor.

Entre las actuaciones preventivas el apoyo a la familia resulta singularmente importante y es uno de los que más se ha impulsado tanto a nivel internacional como interno³⁴ sobre la base del derecho del niño a vivir en familia³⁵. Siendo los padres los primeros y principales responsables de la educación y cuidado de los hijos, los poderes públicos deben tanto respetar (no interferir) el ejercicio de las facultades y responsabilidades de aquellos respecto de sus hijos como apoyarles activamente para que lo hagan adecuadamente, es decir, de acuerdo con el superior interés del niño. De este modo la familia adquiere una dimensión pública, destinataria de la acción de los poderes públicos como garante de los derechos de sus miembros y, en particular de los hijos menores de edad. Con esta finalidad se ha elaborado

³⁴ La Convención de Derechos del Niño parte del convencimiento “de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y reconoce “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” (Preámbulo de la CDN).

³⁵ Compartimos la afirmación de GÓMEZ BENGOCHEA y BERÁSTEGUI acerca del papel de la familia desde la óptica de los derechos del niño: “la familia, en su sentido más profundo es, fundamental y prioritariamente, un derecho de los niños que hay que proteger y por el que hay que velar”, GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”, *Miscelánea Comillas*, Vol. 67, 2009, núm. 130, pp. 175-198 (176).

a nivel europeo una línea de acción preventiva que promueve el llamado ejercicio positivo de la parentalidad referido “al comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño”³⁶, que debe ser incorporado en el marco legal autonómico sobre prevención.

3.3. Las medidas de protección. La situación de riesgo y la situación de desamparo

Las medidas de protección *stricto sensu* son la situación de riesgo y la situación de desamparo. En ambas el niño sufre un determinado perjuicio en su bienestar o en sus derechos, pero el alcance de la intervención administrativa en uno y otro caso será proporcional a la gravedad del perjuicio, llegando a la separación del niño de su núcleo familiar en los casos excepcionales de mayor gravedad.

La situación de desamparo es la que más (y antes) se ha desarrollado normativamente, pues el alcance de la obligación protectora se circunscribía casi exclusivamente a la separación del niño de su núcleo familiar cuando se encontraba una situación de desprotección grave. Así lo hace la ley madrileña, que únicamente contempla como medida de protección la declaración de la situación de desamparo y no regula la situación de riesgo.

La LOPJM, promulgada un año después que la ley madrileña, introdujo junto con el desamparo la situación de riesgo, con el fin de atender situaciones “caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar”, limitándose la intervención “a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo”³⁷. Consecuentemente, la situación de riesgo comprendía un amplísimo abanico de situaciones de desprotección que se definían de forma residual o negativa, como todas aquellas que no constituían situación de desamparo.

Ambos conceptos han sido modificados por la reforma de 2015 con el fin de precisar mejor sus contornos, lo que resulta fundamental de acuerdo con el principio de legalidad de la Administración pública, que tendrá que apreciarlas, valorarlas e intervenir en ellas. Para ello, con carácter general se establece que “en las actuaciones de protección deberán primar, en todo

³⁶ Recomendación Rec(2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las políticas de apoyo a la parentalidad positiva. Sobre parentalidad positiva, vid. ALLER FLOREANCIG, T. “Hacia el buen trato a la infancia: parentalidad positiva, competencia parental y prevención del maltrato infantil”, *Papeles salmantinos de educación*, núm. 14, 2010, pp. 29–61. Para una visión del marco europeo, DALY, M. (ed.), *La parentalidad en la Europa contemporánea: un enfoque positivo*, MSSSI-BOE, Madrid, 2012. Como actuación propia del nivel local, vid., BARAJAS, F.; CORCOBADO, J., (Dir.), *Parentalidad positiva y políticas locales de apoyo a las familias. Orientaciones para favorecer el ejercicio de las responsabilidades parentales desde las corporaciones locales*, MSPS-FEMP, Madrid, 2010.

³⁷ Exposición de Motivos de la LOPJM.

caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas” (art. 12.1 LOPJM).

3.3.1. *La situación de riesgo*

La situación de riesgo se define en el artículo 17 LOPJM como “aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)”.

Tal como se desprende de la definición de la ley estatal, el niño ha sufrido efectivamente un perjuicio en su bienestar, en su desarrollo o en sus derechos (no es que exista probabilidad de que lo padezca, en cuyo caso estaríamos en las actuaciones de prevención general), por lo que los poderes públicos, en particular la administración competente, debe actuar para su protección sin separarlo de su entorno familiar. Pese a que la redacción de 2015 especifica más que la de 1996 la situación habilitante para la intervención administrativa sería conveniente que la ley (en este caso autonómica) enunciase los supuestos concretos que constituyen situación de riesgo, pues dada la trascendencia de las medidas que cabe adoptar debe reducirse en lo posible la discrecionalidad. A la vista de lo que otras leyes autonómicas han especificado como supuestos de situación de riesgo, cabría incluir en el texto legal los siguientes³⁸:

- a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente cuando se estime, por la naturaleza o por la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos.
- b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.
- c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico, psicológico o emocional sobre el niño o el adolescente o la utilización de pautas de corrección

³⁸ La LOPJM recoge dos situaciones de riesgo específicas: la situación de riesgo prenatal y la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para el menor (ap. 9 y 10 del art. 17 LOPJM).

- violentas que, sin constituir un episodio severo o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.
- d) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.
 - e) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.
 - f) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra los niños y niñas, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo la no aceptación de la condición o identidad sexual del menor y el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra las niñas, o la ejercida contra niños y niñas con discapacidad.
 - g) La identificación de las madres como víctimas de trata.
 - h) El sometimiento a terapias de aversión a menores LGTBI por parte de sus padres.
 - i) Cualquier otra circunstancia que implique violencia contra los niños que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente.

Identificada y valorada una posible situación de riesgo (supuesto de hecho de la norma) la administración competente debe intervenir. Esa administración será la que determine la legislación autonómica, si bien parece razonable que sean las Administraciones locales (municipales) las que intervengan en las situaciones de riesgo, dada la conexión (o identificación) con los servicios sociales generales y especializados. Estos servicios realizarán su intervención según la especificidad y gravedad de la situación, si bien debe contemplarse legalmente (i) la formalización de las situaciones de riesgo y (ii) la necesidad de registrar la información sobre cada caso a efectos estadísticos.

De acuerdo con la legislación estatal, la valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar, en cuya elaboración y ejecución se procurará la colaboración de los progenitores. Ello no es incompatible con la necesaria formalización de la acción administrativa en riesgo. La LOPJM dispone que “la situación de riesgo será declarada por la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicable mediante una resolución administrativa motivada” (art. 17.6 LOPJM). Será, pues, la legislación autonómica la que deba determinar qué administración es la competente para declarar el riesgo y en qué casos. Este segundo aspecto no podrá concretarse en todo su detalle en un texto de rango legal, que no ha de recoger específicos estándares y criterios técnicos y profesionales, si bien los instrumentos de valoración de la gravedad

del riesgo que vayan a ser empleados por los servicios de protección en la toma de decisiones sí que han de ser aprobados formalmente por la Administración tanto por razones de legalidad y seguridad jurídica, como para favorecer la aplicación de criterios homogéneos en toda la Comunidad de Madrid³⁹. La atribución de la decisión a una administración pública no puede desconocer el régimen jurídico general de funcionamiento de los entes públicos, que solo pueden actuar mediante procedimientos que finalicen con la adopción de una decisión formal, garantizando con ello la participación de todos los interesados y el posible control de legalidad sobre dicha actuación⁴⁰. Dicho control no solo abordará los aspectos formales de la decisión sino muy especialmente la motivación a la que obliga la ley, las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión sobre la base del interés superior del niño.

Además de formalizar el riesgo en una resolución administrativa como tal es preciso que los servicios que intervienen en la misma recopilen y registren la información relativa a cada uno de los casos, también conforme a instrucciones y directrices adoptadas a nivel autonómico. Tanto la formalización administrativa del riesgo como la obtención y registro de datos e informaciones no forman parte de la intervención profesional en sí, pero son actividades conexas necesarias en el marco de un sistema de protección a la infancia. Se ha de intervenir profesionalmente, pero ello no es incompatible con (i) su posible control de legalidad ni (ii) con la obtención y tratamiento de información que permita mejorar la eficiencia del sistema.

En este sentido, las normas internacionales señalan que la reunión de datos suficientes y confiables sobre la infancia forma parte de las obligaciones que asumen los Estados firmantes de la Convención, debiendo realizar análisis cuantitativos y cualitativos de los mismos para la evaluar el impacto y abordar mejoras en el propio sistema⁴¹. Partiendo del registro del expediente completo y actualizado de cada niño para el que se ha adoptado una medida de protección, las autoridades autonómicas deberán establecer tanto los indicadores como los mecanismos para la recogida y tratamiento de esos datos⁴².

³⁹ El primero de los instrumentos de valoración de la gravedad del riesgo social en desarrollarse y aplicarse fue el BALORA asumido para toda la Comunidad por norma del Gobierno Vasco (Decreto 152/2017, de 9 de mayo, por el que se aprueba la actualización del instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco). Otras Comunidades autónomas lo han incorporado también, con las debidas adaptaciones a sus respectivas organizaciones administrativas y de servicios sociales, como Andalucía o Valencia.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, más en profundidad, vid., MARTÍNEZ GARCÍA, C., "El sistema de protección de menores en España", en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.) *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, 2016, pp. 391 y ss.

⁴¹ Observación General Núm. 5 (2003), CRC/C/CG/5, de 27 de noviembre, apartado 48.

⁴² Los apartados 109 a 111 de las Directrices de Naciones Unidas hacen referencia a esta necesidad de llevar un registro completo de los expedientes de los niños acogidos, pero en tanto estas normas se aplican también a los niños que están en riesgo de ser privados de los cuidados, también puede aplicarse en nuestra legislación a los casos de situación de riesgo.

3.3.2. La situación de desamparo y la guarda administrativa

Cuando la gravedad de la desprotección exige para su superación la separación del niño del medio familiar, ya sea definitivamente (desamparo) o de forma temporal (guarda administrativa) la Entidad Pública adoptará las correspondientes medidas⁴³.

En estos dos supuestos la legislación madrileña se remite en todo a lo dispuesto en el Código civil (concepto y régimen jurídico)⁴⁴, salvo algunas cuestiones generales de carácter en principio procedimental para las que se remite a una norma reglamentaria y anterior a la propia ley⁴⁵, lo que a todas luces demanda una modificación legal completa de ambas figuras ya sea para adaptarse a lo dispuesto en la nueva legislación, ya sea para elevar al rango normativo adecuado algunas previsiones que están hoy vigentes.

En primer lugar, en cuanto a la declaración de la situación de desamparo, dadas las extraordinarias consecuencias que de la misma se derivan para el niño y su entorno familiar (separación del niño, suspensión de la patria potestad, asunción de la tutela *ex lege* por la Entidad Pública competente), es necesario concretar con el mayor grado de detalle posible las circunstancias que amparan su adopción, intentando, como se dijo antes respecto del riesgo, reducir el margen de apreciación discrecional de la Administración que haya de resolverla. En el marco normativo actual de la Comunidad de Madrid, todo ello queda en manos de la Comisión de Tutela del Menor, órgano colegiado que “ejercerá sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el Título X del Libro I del Código Civil” (art. 55), sin mayor especificación legal (ni reglamentaria).

En este sentido la LOPJM ha añadido a la definición genérica del artículo 172.2 del Código civil, una serie de circunstancias cuya concurrencia con la suficiente gravedad pueden justificar la declaración de desamparo. Lo que los principios de legalidad y de seguridad jurídica exigen es que la ley madrileña especifique los supuestos de desamparo, para lo cual puede, bien enumerar los que considere procedentes, o bien remitirse a lo ya dispuesto en el artículo 18.1 LOPJM, que refleja los que otras leyes autonómicas venían contemplando.

Una segunda consideración sobre la declaración de desamparo se refiere a la relación formal y procedimental entre esta figura y la declaración de

⁴³ Estas medidas, en la lógica del sistema de protección, deben tener siempre carácter excepcional. Así lo afirman también las Directrices de Naciones Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños: “La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible” (ap.14).

⁴⁴ Artículo 51.1 de la Ley 6/1995: “La Administración autonómica asumirá la tutela por ministerio de la Ley de menores en situación de desamparo y la guarda temporal de menores a petición de sus padres o tutores, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil”.

⁴⁵ El Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, de procedimiento de constitución y ejercicio de tutela y guarda de menores desamparados (BOCM núm. 299, de 16 de diciembre de 1988) excede la remisión que la norma legal hace para desarrollar las cuestiones procedimentales, lo que se puede explicar por ser la norma que regulaba estas cuestiones antes de la ley madrileña, pero es discutible que algunas de ellas puedan seguir estando recogidas en una norma de rango reglamentario.

riesgo pues aunque cada tipo de medida responde a situaciones distintas en grado y en consecuencias, atendiendo al carácter gradual del sistema de protección lo razonable es pensar que en la inmensa mayoría de los supuestos que van a ser tramitados como expediente de tutela (o de guarda) se haya realizado previamente algún tipo de intervención psicosocial, especialmente como situación de riesgo.

La legislación estatal dispone que si la administración competente para apreciar e intervenir en riesgo estima que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando el proyecto de intervención no haya fructificado con los resultados esperados “lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal”. Ésta puede considerar que no existe desamparo “pese a la propuesta en tal sentido formulada por la administración pública competente”, lo que comunicará a la administración competente en riesgo y al Ministerio Fiscal, que deberá realizar una supervisión del niño (art. 17.8 LOPJM). La previsión de la ley estatal debe ajustarse con mayor precisión en la autonómica. En este ámbito la continuidad de la actuación debe garantizarse al niño sin que puedan existir intervalos temporales en los que no quede clara cuál es la medida a la que está sujeto. Una de las principales razones para contar con un sistema de registros y de información en la Comunidad de Madrid basados en la idea de “historia social” de cada niño tiene que ver con esta garantía, pues los procedimientos se agilizarían y la información sería completa e igual para todos los órganos que deban intervenir y, sobre todo, se articularía en torno a la persona menor de edad y no al órgano que realice unas u otras actuaciones. El sistema de protección no puede consistir en una mera yuxtaposición de procedimientos y resoluciones en función del nivel administrativo competente en cada caso sino articularse desde la continuidad de la acción protectora.

En segundo lugar, las previsiones de la normativa madrileña sobre la guarda administrativa deben igualmente adaptarse a las modificaciones que la reforma estatal de 2015 ha introducido en el Código Civil también para reducir los márgenes de apreciación discrecional por la Entidad pública competente. Aquella se remite a los supuestos habilitantes del Código civil, regulando por medio de una norma reglamentaria el procedimiento para su declaración. Ahora la legislación estatal (art. 19 LOPJM y 172 bis CC) dispone la obligación de la Administración de asumir la guarda “cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda” (no es una prestación que la Administración pueda decidir si proporciona o no, sino que ahora se contempla como actuación debida, reglada), limita la temporalidad a un máximo de dos años, excepcionalmente prorrogable por exigencias del interés superior del niño y establece que debe concluir por medio de una resolución administrativa, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva tanto para su adopción (procedimiento administrativo) como para su posible control por el órgano judicial.

3.3.3. *Las modalidades alternativas de cuidado parental: acogimiento familiar y acogimiento residencial*

Uno de los aspectos de la actual legislación madrileña que más profunda reforma requiere es la que se refiere al ejercicio de la guarda cuando la Entidad Pública haya declarado el desamparo o la guarda administrativa de un niño⁴⁶ que adopta el siguiente punto de partida: “Durante el tiempo en que una Administración Pública de la Comunidad de Madrid ostente la guarda de un menor la Entidad Pública competente acordará su atención por medio de alguna de las siguientes modalidades: a) atenderle en un centro residencial; b) formalizar administrativamente un acogimiento”⁴⁷.

La legislación estatal ha abordado una reforma importante sobre las modalidades para el ejercicio de la guarda de los niños que se hallan bajo la responsabilidad legal de la Entidad Pública teniendo como referencia la Convención de Derechos del Niño, las Observaciones Generales y las Finales a España de 2010 y 2018, así como las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de 2010⁴⁸.

Estas últimas se presentan como “un conjunto de pautas que contribuyan a orientar la política y la práctica” de los Estados. El punto de partida es, una vez más, la consideración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento, bienestar y protección de los niños. Consecuentemente, los Estados deben encaminar todos sus esfuerzos al apoyo a la misma para que el niño permanezca o vuelva a ella. Solo “cuando la familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado” que garantice la seguridad, el bienestar y desarrollo de todo niño en acogimiento alternativo, así como la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada⁴⁹. La elección de la concreta modalidad debe responder a los criterios que ahora también se especifican en la legislación estatal y que deben incorporarse a la legislación madrileña.

A nivel estatal el planteamiento general se recoge en el artículo 172 ter 1 del Código civil: “La guarda se realizará mediante acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”. La LOPJM inequívocamente opta por el acogimiento familiar frente al residencial para todo niño, especialmente para los de menos de seis años⁵⁰, si bien los dos tipos de acogimiento son

⁴⁶ Título III, Capítulo V, Sección 7.ª de la Ley 6/1995.

⁴⁷ Artículo 63.1 de la Ley 6/1995.

⁴⁸ Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, Resolución aprobada por la Asamblea General, A/64/434, de 24 de febrero de 2010.

⁴⁹ Apartado 5 de las Directrices de Naciones Unidas, *cit.*

⁵⁰ “No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad debidamente acreditada de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En

“modalidades complementarias para atender las necesidades de los niños”, es decir, que la prioridad del acogimiento familiar no excluye, ni mucho menos, la existencia del residencial, si bien adecuando el recurso al mismo a los criterios que legalmente se establezcan⁵¹.

La vigente ley madrileña no establece la preferencia por el acogimiento familiar frente al residencial, presentándolas como opciones entre las que se puede escoger indistintamente, siendo el Decreto de 1988 el que concreta las posibles formas de atención a los niños bajo la tutela de la Entidad Pública. No solo se trata de una norma de rango insuficiente (y anterior a la propia ley), sino que tampoco su contenido en este punto se adecúa a los criterios de la LOPJM ni a los estándares internacionales⁵². Además, junto con los límites de edad para la elección del tipo de acogimiento que proceda, es preciso que la ley establezca la obligación de la revisión periódica de las medidas que se adopten (art. 12.3 LOPJM).

En el marco de esos criterios generales, la decisión debe evaluarse caso por caso por equipos profesionales multidisciplinares en el procedimiento que se siga, responder siempre al interés superior del niño y basarse en una evaluación, planificación y revisión, escuchando siempre al niño⁵³. A los criterios generales reproducidos anteriormente sobre las actuaciones de protección cabe añadir una que no se recoge específicamente en la legislación estatal pero sí en las Directrices de Naciones Unidas, la conveniencia de mantener la niño lo más cerca posible de su residencia habitual, para facilitar la relación con la familia biológica y minimizar el impacto en los demás aspectos de su vida facilitando su socialización y desarrollo, lo que remite a reconsiderar el papel del nivel local (especialmente municipal) en la aplicación de las medidas de acogimiento⁵⁴.

Sentado lo anterior con carácter general, las dos modalidades básicas de acogimiento responden a una misma lógica. Dado que el niño no puede seguir en su familia, la garantía de la adecuación de la opción que se escoja reside en la comprobación de la idoneidad de la familia (acogimiento familiar) o de la previa habilitación del centro (acogimiento residencial), respectivamente, conforme a criterios generales objetivos recogidos en estándares de acogimiento (tanto familiar como residencial) que garanticen la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño, es decir,

todo caso, y con carácter general el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses” (art. 21.3 LOPJM).

⁵¹ Las Directrices no proscriben el acogimiento residencial, en absoluto, pero sí apuntan a llevar a cabo estrategias de desinstitucionalización donde siga habiendo grandes centros (instituciones) de acogimiento residencial (ap. 23).

⁵² El artículo 12 del Decreto 121/1988 enumera una serie de opciones para el ejercicio de la guarda de un niño derivada de la declaración de desamparo, dejando la decisión sobre la concreta elección a la Comisión de Tutela del Menor, a la que únicamente se impone la obligación de revisar semestralmente las medidas.

⁵³ Los apartados 57 y ss. de las Directrices de Naciones Unidas desarrollan la “determinación de la modalidad de acogimiento más adecuada”.

⁵⁴ Apartado 157 de las Directrices de Naciones Unidas, *cit*.

la satisfacción de sus necesidades y el ejercicio de sus derechos (educación, salud, juego, vida religiosa, identidad, etc.).

En relación con el acogimiento familiar, específicamente, y sin ánimo de exhaustividad⁵⁵, los cambios principales que cabe destacar en este momento a efectos de su incorporación al ordenamiento autonómico madrileño sobre protección a la infancia se refieren a los siguientes aspectos:

- a) Se han modificado los tipos de acogimiento familiar previstos en el Código civil, que ahora pueden ser de urgencia, temporal o permanente, habiendo suprimido el acogimiento preadoptivo y el provisional.
- b) La constitución y formalización del acogimiento familiar se ha de hacer mediante resolución administrativa de la Entidad pública que tenga la guarda o tutela, haya o no consentimiento de los padres. La resolución debe ser motivada sobre la base del interés superior del niño evaluado y determinado en cada caso, atendiendo a los criterios generales de idoneidad de la familia, que deben establecerse normativamente. Las condiciones de idoneidad son un requisito general que deben cumplir quienes se ofrezcan para acoger, pero la decisión última que se adopte debe fundarse en la adecuación de aquellas personas a la mejor satisfacción del interés del niño, caso por caso. La resolución se acompaña de un documento anexo que recoge todos los extremos relativos al acogimiento que se ha constituido (identidad de acogedores y acogido, consentimientos, modalidad de acogimiento y duración, derechos y deberes de las partes, régimen de visitas, compensación económica, plazos para la revisión de la medida, apoyos, etc.).
- c) Se ha regulado un conjunto de derechos y deberes de las personas acogedoras, tanto en relación con el niño acogido como con la Entidad Pública que les ha encomendado su guarda y con la familia del niño (art. 20.bis LOPJM). Igualmente, junto con los derechos de todo niño en acogimiento, se enumeran algunos derechos específicos de los que se encuentran en acogimiento familiar (art. 21.bis.2 LOPJM).

Cabe añadir ahora como apreciación general que incide directamente sobre la vigente legislación madrileña que la figura del acogimiento familiar se regula en la legislación estatal con total independencia de la adopción, como figuras separadas que persiguen fines distintos en relación con la protección de un niño y consecuentemente se articulan sobre lógicas y regímenes jurídicos también diferentes. La actual legislación madrileña, sin embargo, aborda de manera conjunta, simultánea, la promoción de la adopción y el acogimiento (requisitos de los solicitantes, valoración de las solicitudes, eficacia de la aceptación de ofrecimiento)⁵⁶.

⁵⁵ Para mayor detalle vid. MARTÍNEZ GARCÍA, C., "El sistema de protección...", *op. cit.*, pp. 411 y ss.

⁵⁶ Sección 5.ª del Capítulo V del Título III de la Ley 6/1995.

La medida de acogimiento residencial, por su parte, ha sido también abordada en la reforma legal de 2015, que introduce mucho mayor detalle en la regulación de la figura incorporando los estándares internacionales en la materia. La legislación autonómica contemplaba el acogimiento en centros con mayor detalle que el familiar en ausencia de un marco general común, soliendo remitir en gran medida las principales prescripciones a normas de carácter reglamentario. La legislación madrileña no es una excepción y, si bien enumera los derechos y obligaciones de los menores residentes en su artículo 66, remite a una norma de carácter reglamentario el “Estatuto de Centros Residenciales, que defina la tipología de Centros, principios fundamentales de actuación, objetivos, criterios de organización y reglas esenciales de funcionamiento, que afectará a cuantos centros de carácter residencial se integren en la red de Atención a la Infancia de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la Administración o Entidad de la que dependan”. Esta previsión se ha desarrollado por Decreto 18/1998, regulador del Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y la Adolescencia⁵⁷.

Como se señaló anteriormente, ni la elección entre acogimiento familiar y residencial es neutral para la administración que ha de constituirlo, ni el modo de llevar a cabo cada uno de ellos se ha de desarrollar al margen de la norma. El acogimiento residencial es una modalidad alternativa de cuidado de los niños privados del cuidado parental, complementaria del familiar (no es, pues, una modalidad a extinguir), si bien al familiar se otorga, como regla general, carácter prioritario. Puesto que en ambos el responsable legal del niño es la Entidad Pública, del mismo modo que en el acogimiento familiar se exige el cumplimiento de una serie de requisitos de idoneidad a la familia que va a colaborar en la guarda, en el acogimiento residencial el centro en el que se desarrolle el acogimiento debe cumplir unos requisitos (instalaciones, profesionales, proyecto educativo) cuya elaboración y comprobación corresponde a la Entidad Pública por medio de la correspondiente habilitación.

La legislación estatal no recoge una definición ni una tipología de acogimiento residencial, sino que establece unas obligaciones básicas comunes (art. 21 LOPJM), enuncia los derechos de los niños en acogimiento residencial (art. 21.bis.3 LOPJM) y sujeta a varios requisitos administrativos la puesta en marcha y el funcionamiento de los centros (habilitación previa, registro, supervisión e inspección).

En la normativa madrileña, las residencias de atención a la infancia se definen como “instituciones destinadas a acoger, atender y educar a los menores de edad por decisión de la Comisión de Tutela del Menor o decisión judicial de modo temporal en tanto se promueve su integración sociofamiliar”⁵⁸. Los tipos de centros se organizan en la Comunidad de Madrid en torno a dos criterios: el de la titularidad, pública o privada-con-

⁵⁷ BOCM núm. 126, de 29 de mayo de 1988.

⁵⁸ Artículo 2 del Decreto 88/1998.

certada, y el de las necesidades que cada tipo pretende satisfacer⁵⁹. Ni la ley ni el Estatuto de centros recogen requisitos previos formales ni materiales de puesta en marcha o de funcionamiento, limitándose casi por completo a la estructura organizativa, las funciones internas y alguna previsión sobre las normas de convivencia interna. El catálogo de “derechos y obligaciones de los menores residentes” (art. 66 de la Ley 6/1995) debe, además, actualizarse conforme a la legislación del Estado.

Esta regulación es insuficiente tanto desde el punto de vista del rango de la norma como atendiendo a los requisitos que se establecen en la legislación estatal (y en las Directrices internacionales).

En primer lugar, la LOPJM exige una habilitación previa a la puesta en marcha de todos los centros de acogimiento residencial, que deberá otorgar la Entidad Pública “debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado”, previsión un tanto chocante teniendo en cuenta que su objeto va referido a actividades de carácter económico desarrolladas en mercados libres, lo que a todas luces no es el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, ni siquiera cuando la gestión del centro corresponde a una entidad privada. Lo que sí es coherente con lo que disponen las Directrices en este punto es la exigencia de un acto previo de la Entidad Pública responsable de la protección del niño tendente a la comprobación del cumplimiento de unas condiciones adecuadas para el ejercicio de la guarda, lo que no solo remite a la exigencia de una habilitación administrativa previa sin la cual no podrá desarrollarse legalmente la actividad sino, antes, a la necesidad de basar su otorgamiento en estándares de calidad normativamente aprobados por el órgano competente. La legislación estatal no señala aspectos concretos al respecto, pero pueden servir como referencia los que citan las Directrices de Naciones Unidas (objetivos de la agencia o del centro, su funcionamiento, la contratación y aptitudes del personal, las condiciones de acogida, la gestión y los recursos financieros)⁶⁰, que deben considerarse como un mínimo que pueden mejorar las entidades responsables de su aprobación y aplicación.

La Entidad Pública debe proporcionar a cada niño la protección que exija su superior interés, lo que debe traducirse en criterios técnicos y profesionales mensurables y, así, exigibles. De otro modo, el marco legal de protección conservaría reductos asistencialistas contrarios a la protección con enfoque de derechos que acoge la Convención.

Solo una vez comprobado que el centro cumple dichos estándares⁶¹ y que es adecuado para la guarda de un niño concreto, se podrá otorgar la habilitación de puesta en marcha.

⁵⁹ Residencias de primera acogida, residencias de primera infancia, residencias infantiles, residencias y pisos juveniles, hogares, residencias especializadas y residencias para el cumplimiento de medidas judiciales (estas últimas, por cierto, quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños) (art. 3 del Decreto 88/1988).

⁶⁰ Ap. 105 de las Directrices de Naciones Unidas.

⁶¹ La elaboración de dichos estándares debe tener en cuenta el marco de derechos establecidos por la Convención y los demás documentos del Comité de Derechos del Niño, por lo que lo desea-

En segundo lugar, también en paralelo con el seguimiento que se establece en toda medida de acogimiento familiar, en el residencial debe llevarse a cabo una supervisión e inspección periódica de los centros (sin perjuicio de la función del Ministerio Fiscal), para cuya inobservancia deben preverse legalmente las consecuencias que procedan (sanción pecuniaria, retirada de la habilitación) puesto que el centro solo ejerce la guarda del niño cuyo responsable legal sigue siendo la Entidad Pública durante la vigencia de la medida adoptada.

En tercer lugar, la legislación estatal también se refiere al registro de los centros que llevan a cabo el acogimiento residencial. Tendrá que especificarse en la ley autonómica (o en la normativa de desarrollo) de qué tipo de registro se trata, qué finalidad persigue el mismo (constitutiva o solo informativa), qué datos van a ser anotados (seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyen a asegurar sus derechos)⁶², quiénes tiene acceso a los mismos, etc⁶³.

3.4. El tránsito a la vida adulta: la reintegración en la familia vs. la preparación para la vida independiente de los niños sujetos a una medida de protección

Uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos recogidos en la legislación estatal es la “integración familiar y social del niño” (art. 11.2.c LOPJM). Cuando la decisión ha consistido en la separación del mismo de su medio familiar por exigencia de su superior interés es preciso diseñar la medida de protección no solo para atender los derechos del niño en el momento de la adopción de la medida sino también con la finalidad de ponerlo en las mejores condiciones posibles al alcanzar la mayoría de edad y dejar de estar bajo la protección que le proporciona el estatus de menor de edad. Las actuaciones de protección deben, pues, contemplar también el elemento finalista para intervenir, bien con el fin de que el niño vuelva a su familia de origen, que sería lo deseable, o bien para procurar que pueda tener una vida independiente, si lo anterior no fuera posible o conveniente. Lo que no parece coherente con la idea de protección integral es que el niño sujeto a una medida de protección al alcanzar la mayoría de edad no tenga más opción que la de regresar a la familia de

ble sería la elaboración de unos mínimos estándares comunes entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas como apunta la Disposición Adicional Tercera la Ley 26/2015. De otro modo, las Comunidades Autónomas tendrán que aprobar los que vayan a aplicar en su respectivo ámbito territorial.

⁶² Artículo 22.2 párrafo segundo de la LOPJM.

⁶³ La normativa actual al respecto viene constituida por la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social y de mejora de la calidad en la prestación de los servicios sociales de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 304, de 23 de diciembre de 2002), que habrá de adaptarse a las especificaciones del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

la que tuvo que ser separado justificadamente, especialmente si durante ese tiempo no se ha realizado ninguna intervención con ella. Esa actuación del Estado es debida en tanto los niños sujetos a una medida de protección son (ya) “futuros ex tutelados”, es decir, niños que alcanzarán la mayoría de edad desde la condición de sujetos a medida de acogimiento por la Entidad Pública⁶⁴. De ahí que las actuaciones para ese tránsito deban comenzar antes de llegar a la mayoría de edad, aunque deban prolongarse durante un tiempo después de la misma.

Las normas internacionales apuntan a la necesaria promoción de la reintegración familiar del niño como primer posible destino del niño que ha estado sujeto a una medida protección. Para ello es preciso decidir si eso es posible y si redundará en favor de su interés superior, de ahí la importancia crucial de las visitas y del trabajo con la familia del niño mientras está en acogimiento. Incluso si se decide esta reintegración familiar “debería concebirse como un proceso gradual y supervisado, acompañado de medidas de seguimiento y apoyo que tengan en cuenta la edad del niño, sus necesidades y desarrollo evolutivo y la causa de la separación”⁶⁵.

Dada la dificultad —o directamente la imposibilidad en muchos casos— de dicha reintegración, es preciso que durante la vigencia de la medida de acogimiento (especialmente residencial) los centros preparen al niño para asumir su independencia e integrarse socialmente. La legislación estatal incorporó en 2015 el mandato a las Entidades Públicas de ofrecer “programas de preparación para la vida independiente dirigidos a jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida ésta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas”⁶⁶.

La preparación para la reinserción social de los niños en acogimiento no es, pues, una opción sino una obligación dentro del deber de protección que ha asumido el Estado, de ahí que deba iniciarse mucho antes de que el niño abandone el sistema y que la normativa (en este caso autonómica) deba también contemplar entre las responsabilidades de los poderes públicos.

⁶⁴ De ahí que las Directrices de Naciones Unidas también sean aplicables, “según convenga, a los jóvenes que ya se encuentran en acogimiento alternativo y que necesitan que se les siga brindando cuidado o apoyo durante un periodo transitorio después de haber alcanzado la mayoría de edad” (ap. 28).

⁶⁵ Apartado 52 de las Directrices.

⁶⁶ Artículo 22 bis LOPJM. Las Directrices añaden que dicho proceso debe tener en cuenta el género, la edad, el grado de madurez y las circunstancias particulares del niño y comprender orientación y apoyo, en especial para evitar la explotación. Habría que facilitar la participación de los niños en el diseño de ese proceso y proveer con servicios específicos a los niños con diversidad funcional. Sería también deseable que contaran con un especialista que pueda facilitar la independencia del niño al acabar el acogimiento y que pudieran acceder a servicios sociales, jurídicos, de salud y a una asistencia financiera adecuada (Directrices, apartados 131 a 136). En el mismo sentido, ap. 54 de la Observación General Núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (CRC/C/CG/20, de 6 de diciembre de 2016).

IV. ASPECTOS COMPETENCIALES Y ORGANIZATIVOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEL SISTEMA MADRILEÑO DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

La traslación del modelo de protección hasta aquí expuesto debe concretarse legalmente en un reparto competencial que especifique las funciones que dentro del sistema de protección a la infancia y la adolescencia tiene atribuido cada nivel territorial (autonómico y local), sobre la base de la competencia exclusiva que el Estatuto de Autonomía reconoce a la Comunidad de Madrid para la “protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud” (art. 26.1.24).

El Título IV de la vigente Ley madrileña prácticamente se limita a establecer las funciones de la Comisión de Tutela del Menor, como órgano colegiado que ejercerá las funciones que corresponden a la Comunidad de Madrid, y las de las Corporaciones Locales, definiendo la acción protectora en función de la población de cada municipio.

La primera de las cuestiones debe ser ampliada para asignar de manera expresa competencia a la Comunidad de Madrid sobre el sistema autonómico de protección de la infancia, más allá de la condición de Entidad Pública señalada por el Código civil como responsable de la declaración de la situación de desamparo o de la asunción de la guarda administrativa, que es a lo que actualmente se limita la Ley 6/1995 en este punto, independientemente del órgano que las tenga que llevar a cabo y que no parece que pueda ser para todo ello la Comisión de Tutela del Menor.

Así, algunas de las competencias que corresponden al nivel autonómico en el sistema de protección a la infancia se refieren a:

- a) La aprobación de la planificación estratégica sobre protección integral de niños y adolescentes en la Comunidad de Madrid, periódicamente, contando con la participación de las demás administraciones, de la sociedad civil y de los propios niños.
- b) El diseño y coordinación de las políticas públicas de promoción, prevención y protección de menores en la Comunidad de Madrid.
- c) La declaración de las situaciones de desamparo y de guarda administrativa y la adopción de las medidas de protección previstas (acogimiento familiar y residencial).
- d) La aprobación o el apoyo a las Entidades Locales para el diseño de programas de preparación para la vida independiente de los niños sujetos a medida de protección
- e) La coordinación de los servicios de protección de menores de competencia de la Comunidad de Madrid y los servicios sociales generales y especializados dependientes de las Administraciones locales, principalmente a través de la cartera de servicios sociales.
- f) La prestación de servicios sociales especializados según la demarcación que se establezca en la Ley.

- g) La aprobación de los instrumentos de valoración de la gravedad de las situaciones de desprotección que han de aplicarse por parte de los servicios sociales.
- h) La elaboración y aprobación de los estándares de calidad de los centros de acogimiento residencial en función de los tipos de centro.
- i) La regulación, habilitación de los centros de acogimiento residencial para autorizar su puesta en marcha, así como su inspección y supervisión periódicas.
- j) El establecimiento de un sistema de información sobre de menores de la Comunidad de Madrid en los términos establecidos en la ley.
- k) El impulso de la investigación en relación con la situación de los menores, como condición previa de todo proceso de planificación estratégica.
- l) El impulso de la formación continua de los trabajadores de los servicios sociales en materia de protección de menores, especialmente cuando se aprueben instrumentos técnicos para su mejor actuación.
- m) El impulso y apoyo de iniciativas de participación de menores en todos los niveles territoriales.
- n) El ejercicio la potestad sancionadora de acuerdo con lo establecido en la ley.

Por su parte, las Entidades Locales (municipales) tienen un papel clave en el buen funcionamiento del sistema de protección a la infancia, dada su condición de administración más próxima al ciudadano, como recuerda la Ley 6/1995. El Comité de Derechos del Niño ha apuntado no solo el carácter de la descentralización como principio del sistema de protección, sino que también ha señalado el papel de las entidades locales en relación con el ejercicio de derechos del niño como la educación, el acceso a servicios sanitarios, el juego, ocio y esparcimiento, el acceso a la cultura, el entorno urbano, etc. Asimismo, se echa en falta en la vigente Ley la definición del ámbito de las actuaciones de prevención específicamente (o principalmente) como una competencia municipal, así como una definición clara de la administración que debe intervenir, valorar y, en su caso, formalizar las situaciones de riesgo, en el marco de la legislación sobre los servicios sociales⁶⁷.

En lo que a los aspectos organizativos se refiere, cabe valorar como positiva la previsión de la legislación madrileña sobre la estructura de los Consejos de Atención a la Infancia como órganos colegiados de coordinación de las distintas Administraciones y de participación de la iniciativa social y de los propios niños con distintos ámbitos territoriales como fórmula para

⁶⁷ Sobre este particular la STC 41/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril) en relación con la LRSAL, afirma que el Estado puede suprimir la mención a los servicios sociales de los artículos 25 y 26 de la LBRL, pero en tanto son competencia exclusiva autonómica (y, dentro de ellos, los de protección a la infancia y la adolescencia), es posible su atribución al municipio bien por delegación (forma menor de descentralización, en palabras del TC) o por ley como competencia propia (FJ 10).

la cooperación y la coordinación interadministrativa, que además es propia de la Comunidad de Madrid⁶⁸.

En cuanto a los aspectos institucionales no puede dejarse de mencionar la inusual Observación realizada por el Comité de derechos del Niño a España en relación con el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid:

“11. Observando la supresión de la institución del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid como parte de la optimización de recursos públicos, el Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para proteger y reforzar la supervisión independiente de los derechos de los niños y vuelva a abrir la oficina del Defensor del Menor en Madrid, además de fortalecer la capacidad de la oficina nacional del Defensor del Pueblo para recibir, investigar y abordar quejas presentadas por niños de manera adaptada a las necesidades de estos, particularmente las presentadas por niños de comunidades autónomas donde no exista una oficina del defensor de la infancia”⁶⁹.

El Estado (central) no puede por sí imponer la restitución de la figura del Defensor de los Menores, creada por la Ley en 1996⁷⁰, pero ello no obsta al cumplimiento de la observación del Comité. Tendría que ser, pues, una ley de la Comunidad de Madrid la que lo hiciera, lo que supondría un enorme refuerzo del sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, basado en un enfoque de derechos humanos de los niños.

Entre las razones para su supresión se adujo que “dentro de las competencias del Defensor del Pueblo estatal se encuentran recogidas, en líneas generales, las competencias que la Ley 5/1996, de 8 de julio, otorga al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid”, por lo que las de este podían quedar subsumidas en las de aquél. Ciertamente el Defensor del Pueblo estatal atiende y tramita las quejas relativas a personas menores de edad en todo el territorio nacional con un rigor técnico y una calidad fuera de toda duda. Sin embargo, el Comité de Derechos del Niño alienta desde hace tiempo a los Estados Partes de la Convención a la creación de una institución independiente y específica para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención, como la hay en otros países (Suecia, Noruega,

⁶⁸ Artículos 86 a 89 de la Ley 6/1995 y Ley 18/1999, de 29 de abril, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

⁶⁹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, de 5 de marzo de 2018.

⁷⁰ El artículo 76 de la Ley 6/1996 lo creó como “Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid para salvaguardar los derechos de los menores en el Comunidad de Madrid, mediante la recepción de sus denuncias y quejas, la supervisión de la aplicación de las leyes que los protegen y la información y orientación de la acción de las Administraciones de la Comunidad de Madrid y de las familias en favor de los derechos de la infancia”. La Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor (BOCM núm. 169 de 17 de Julio de 1996) estableció su regulación y fue suprimido por la Ley 3/2012, de supresión del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (BOCM de 30 de junio de 2012) tanto por razones de austeridad del gasto como por entender que “dentro de las competencias del Defensor del Pueblo estatal se encuentran recogidas, en líneas generales, las competencias que la Ley 5/1996, de 8 de julio, otorga al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid”.

Dinamarca). La razón fundamental es que “existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños, como el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado”⁷¹.

Esa protección reforzada y específica que se demanda de los derechos de los niños, especialmente de los que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, es la que justifica la oportunidad de crear (en el caso de Madrid, restaurar) la figura del Defensor de los derechos del niño. Y puesto que la competencia exclusiva en materia de protección de la infancia y la adolescencia corresponde a las Comunidades Autónomas son éstas las competentes para crear estas instituciones y no el Estado central.

Las funciones que corresponden a una institución independiente de derechos humanos de los niños aparecen enunciadas con bastante detalle (para lo que suele ser propio de una observación general) en el apartado 19 de la Observación General número 2 y, con las debidas adaptaciones al ámbito autonómico son las que corresponderían al Defensor del Menor:

- a) Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato;
- b) Llevar a cabo indagaciones sobre asuntos relativos a los derechos del niño;
- c) Preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades autonómicas o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño;
- d) Mantener en examen la adecuación y eficacia de la normativa y la práctica en relación con la protección de los derechos del niño;
- e) Promover la adecuación de la normativa autonómica con la Convención sobre los Derechos del Niño, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos del niño y fomentar su aplicación efectiva, en particular brindando asesoramiento a los órganos públicos y privados sobre la interpretación y aplicación de la Convención;
- f) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención, exigir que una consideración primordial a que se atenderá en todas las medidas concernientes a los niños sea el interés superior del niño, y velar por que los efectos de las leyes y políticas en los niños se tengan rigurosamente en cuenta desde el momento de su elaboración hasta su aplicación y más allá;
- g) A la luz del artículo 12,

⁷¹ Observación General Núm. 2 (2002), El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, *CRC/C/CG/2*, de 15 de noviembre de 2002.

velar por que los niños puedan expresar su opinión y ser escuchados en los asuntos que conciernen a sus derechos humanos y en la definición de las cuestiones relacionadas con sus derechos; h) Fomentar la comprensión y la toma de conciencia en el público de la importancia de los derechos del niño y, con este fin, trabajar en estrecha colaboración con los medios informativos y emprender o patrocinar investigaciones y actividades educativas en la materia; etc.

A las funciones que corresponden a todo Ombudsman para la protección de los derechos del niño⁷² sería importante añadirle la que se contempla en la normativa internacional (Directrices) respecto de los niños que están en acogimiento (que no se recoge en la LOPJM) como es la articulación de un “mecanismo conocido, eficaz e imparcial mediante el cual puedan notificar sus quejas e inquietudes con respecto al trato que se les dispensa o las condiciones de acogida”⁷³, derecho de estos niños que debe poder hacerse efectivo y hoy no aparece articulado en la legislación, tampoco en la estatal.

V. RECAPITULACIÓN

El modelo de protección que acoge la Convención de Derechos del Niño debe ser el que incorpore la legislación madrileña de protección a la infancia y la adolescencia. La condición del niño como titular de derechos y la actuación de los poderes públicos para favorecer –de acuerdo con su superior interés– el ejercicio de los mismos deberían ser los ejes alrededor de los cuales girase el marco legal madrileño que, tras más de dos décadas en vigor, debe revisarse y perfeccionarse en línea con lo establecido por los organismos de los que forma parte el Estado, incluido por tanto el nivel autonómico. Éste resulta especialmente obligado a incorporarlo en tanto ha asumido estatutariamente la competencia exclusiva sobre protección de la infancia y la adolescencia.

La promoción de derechos y la prevención del riesgo de desprotección y de la separación del niño de su medio familiar deben ser las actuaciones prioritarias que han de abordar los poderes públicos en apoyo del ejercicio de los derechos de los niños. La reparación de las situaciones de desprotección y la separación del niño se han de contemplar como medidas excepcionales y residuales, el último recurso al que acudir, pues por su gravedad son reflejo de alguna manera del fracaso de todas las demás medidas que en apoyo de los derechos del niño y de su desarrollo en el ámbito familiar se hayan podido desarrollar. La traslación institucional de este modelo debe concretar las competencias de cada nivel territorial, las relaciones entre ellos y con la iniciativa social, que desempeña un papel crucial en el siste-

⁷² Recogidas genéricamente en los apartados 13 y 14 y enumerados, aunque no de forma agotadora, en el apartado 19 de la Observación General Núm. 2, *cit.*

⁷³ Apartado 99 de las Directrices, *cit.*

ma. Como cierre del mismo, la instauración de la figura del defensor de los derechos del niño alinearía definitivamente el marco legal madrileño con las observaciones del Comité en aplicación de la Convención de Derechos del Niño.