

**INGRESO EN CENTROS DE PROTECCIÓN PARA MENORES CON PROBLEMAS
DE CONDUCTA. CIRCULAR 2/2016 DE LA FGE**

Carlos-Eloy Ferreirós Marcos

Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. Doctor en Derecho.

**Curso: Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección.
Novedades legislativas.**

Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017

SUMARIO.- 1. EL INTERNAMIENTO DE MENORES DE EDAD. 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. TIPOS DE INTERNAMIENTO. 1.3. PRINCIPIOS COMUNES. 1.3.1. El principio de separación de los adultos. 1.3.2. El principio de equiparación de garantías. 1.3.3. El principio de prevalencia del interés del menor. 1.3.4. El principio de protección reforzada de colectivos vulnerables. 2. EL INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN. 2.1. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. 2.1.1. La caridad. 2.1.2. El orden público. 2.1.3. La beneficencia. 2.1.4. La protección contra el maltrato. 2.1.5. La idea de servicio público. 2.2. MARCO INTERNACIONAL. 2.3. TIPOLOGÍA DE CENTROS. 3. PRECEDENTES. 3.1. EL CORRECCIONAL MODELO. 3.1.1. El derecho de corrección paternal. 3.1.2. La infancia “inadaptada”. 3.2. EL SURGIMIENTO DE LOS PRECEDENTES CENTROS PARA MENORES CON “TRASTORNOS DE CONDUCTA”. 4. EL CAMBIO LEGISLATIVO. 5. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CIRCULAR 2/2016. 5.1. EL FUNDAMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD. 5.2. EL SUPUESTO DE HECHO. 5.3. LA CUESTIÓN DE LOS CENTROS PRIVADOS. 5.4. EL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO. 5.5. CUESTIONES QUE PLANTEA LAS MODALIDAD URGENTE. 5.6. “HABEAS CORPUS”. 5.7. RECURSOS. 5.8. INTERVENCIÓN JUDICIAL DURANTE EL PERÍODO DE INTERNAMIENTO. 5.9. CESE DE LA MEDIDA. 6. EXAMEN PARTICULAR DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. 6.1. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN. 6.2. SU PAPEL EN EL PROCEDIMIENTO DEL ART. 778 BIS. 6.3. INSPECCIÓN DE CENTROS. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN.- *El presente trabajo se enmarca en un curso introductorio para la especialización en las materias de protección y de responsabilidad penal de los menores. Se ha buscado, por ello, la claridad expositiva y no recargar en exceso los epígrafes. Se trata, pues, de un texto no orientado a la investigación sino a la docencia. Se ha procurado evitar citas y textos, consignando sólo algunas que, por su valor, merece la pena plasmar. En el apartado bibliográfico, sin embargo, se han recogido cuatro trabajos propios de investigación sobre esta concreta materia cuya consulta permite el estudio, ya en profundidad, sobre las cuestiones que, de forma sintética y con el objetivo de precisar los conceptos básicos, se exponen en estas líneas.*

1. EL INTERNAMIENTO DE MENORES DE EDAD

1.1. INTRODUCCIÓN

La definición que el DRAE nos realiza de la palabra *internamiento* es la “acción y efecto de internar o internarse” y, por *internar* define “disponer o realizar el ingreso de una persona en un establecimiento como hospital, clínica, prisión, etc.”. Sin embargo, este concepto nos resulta insuficiente.

El estudio de los internados como instituciones totales, es decir, como “lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente” en el que “las cárceles sirven como ejemplo notorio, pero ha de

advertirse que el mismo carácter intrínseco de prisión tienen otras instituciones, cuyos miembros no han quebrantado ninguna ley” puede servirnos como punto de partida (GOFFMAN, 1961). Este tipo de instituciones ha sido objeto de amplio estudio desde diversas ópticas, siendo, a mi juicio, el enfoque por tipos de establecimiento el más sencillo de exposición.

El internamiento de los menores implica características especiales derivadas de la necesidad de protegerles por su falta de madurez física y mental.

El hecho del ingreso no implica su carácter no voluntario. En este sentido, puede hablarse de internamientos voluntarios e involuntarios. Ahora bien, dentro de estos últimos, existen sensibles diferencias entre aquellos en que se presenta oposición, aquellos en los que no se ha constatado el consentimiento pero no se presenta oposición y aquellos que se consideran integrados en el haz de facultades y obligaciones en que consisten las instituciones de la patria potestad y la tutela.

1.2. TIPOS DE INTERNAMIENTO

Los ingresos de menores de edad en instituciones, desde una perspectiva histórica, han venido motivados por distintas razones, habiendo experimentado una notoria evolución en cuanto a sus garantías. Algunos de estos internamientos no han sobrevivido al paso del tiempo (por ejemplo, los ingresos familiares en la desaparecida “prisión por deudas”).

Para facilitar la exposición, con finalidad práctica y sin carácter exhaustivo, podemos distinguir distintas modalidades en atención al carácter y finalidad del centro donde el menor es ingresado. Así:

- Ingreso de menores en centros de protección ordinarios (acogimiento residencial)
- Ingreso de menores en centros de protección especializados
- Ingreso de menores en centros de educación especial
- Ingreso de menores en establecimientos sanitarios por motivos de salud mental
- Ingreso de menores por razones de salud pública
- Ingreso de menores en centros sanitarios por otras razones (por ejemplo, en situaciones de riesgo vital y ausencia de consentimiento del menor)
- Ingreso de menores motivado por la legislación sobre responsabilidad penal de los menores
- Ingreso de menores en centros de internamiento de adultos como fórmula de protección familiar (por ejemplo, el internamiento de menores en centros de internamiento de extranjeros o en los módulos penitenciarios de madres)

1.3. PRINCIPIOS COMUNES

Pese a las distintas características y finalidades descritas, existe un marco común de principios que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo que son internacionalmente aceptados.

1.3.1. El principio de separación de los adultos

El primero de ellos es el de “separación de los adultos”. La Convención de Derechos del Niño (art. 37.c) expresa que “todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”. Internamiento no implica, necesariamente, como luego examinaremos, privación de libertad.

Este principio surge, inicialmente, en el ámbito penitenciario. La presencia de menores en las cárceles no fue un hecho inusual desde el nacimiento de la prisión. El siglo XIX reorientará las políticas sobre la infancia, siendo en el período de 1830 a 1850 cuando el acento se ubica en este criterio de separación al crearse los primeros establecimientos específicos para la denominada “infancia delincente”. En la actualidad es un principio generalmente aceptado y contemplado en el derecho internacional en el marco del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que lo expresaba tanto para los procesados (“los menores procesados estarán separados de los adultos”), como para los sentenciados (“los menores delincentes estarán separados de los adultos”).

Aplicaciones de este principio pueden verse tanto en nuestra normativa de responsabilidad penal de los menores como en el art. 763.2 LEC sobre el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico.

1.3.2. El principio de equiparación de garantías

Derivado del de no discriminación (art. 2 CDN), resulta el principio de *equiparación de garantías*. Las recomendaciones internacionales han insistido en la protección de los derechos del menor y del mantenimiento de, al menos, las mismas garantías que las establecidas para el internamiento de los adultos.

Las garantías de los internamientos abarcan un conjunto amplio de actuaciones como mecanismos de inspección, normas de buena práctica y reglamentaciones, etc. Entre las anteriores, en lo que nos concierne, destaca el control judicial de los internamientos en los casos en que estos puedan afectar a la libertad ambulatoria.

1.3.3. El principio de prevalencia del interés del menor

Expresamente recogido en el art. 3 CDN, ha venido desarrollándose legislativamente y alcanzado una mayor concreción en el art. 2 de la LOPJM.

1.3.4. El principio de protección reforzada de colectivos vulnerables

Las convenciones internacionales han facilitado la visibilidad de colectivos que se encuentran en situación de desventaja social y requieren un marco de protección jurídica para el acceso al disfrute de derechos en condiciones de igualdad. Sin embargo, la posibilidad de discriminaciones concurrentes es un hecho frecuente (por razones de menor edad, discapacidad, género, pertenencia a determinados grupos, etc). En tales casos, el marco de protección es más amplio porque abarca diferentes fuentes legales y la combinación de distintos criterios.

2. EL INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN

2.1. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

A efectos meramente expositivos, podemos distinguir varios períodos en la evolución del sistema de protección de menores. Para su agrupación, nos hemos fundado en las distintas motivaciones que fueron desarrollándose en las distintas etapas históricas.

2.1.1. La caridad

La atención al necesitado y la hospitalidad constituyen principios básicos del cristianismo. Ya en el imperio bizantino se conocían, bajo distintos nombres (*ptôcheion*, *xénodocheion*), instituciones de caridad eclesiástica destinadas a colectivos desfavorecidos entre los que se encontraban los huérfanos. Este grupo, a su vez, fue objeto de atención en el marco de los concilios y sínodos. En Occidente también fueron desarrollándose instituciones similares y algunas de ellas llegaron a especializarse en la atención a los más pequeños.

El problema del desamparo infantil se manifestó con especial dureza en las grandes ciudades bajomedievales, donde, además de una elevada mortalidad fruto de las hambrunas y las frecuentes epidemias, existía una situación estructural de pobreza. Lo anterior dio lugar a un gran número de niños abandonados y de huérfanos, cuya atención, al igual que la de otras personas colocadas en un trance de urgente y extrema necesidad, obligaba a disponer de una red de instituciones de caridad. La orfandad fue así objeto de la acción asistencial de los hospitales de la época, establecimientos que se dedicaban entonces al ejercicio de la ayuda al necesitado en general, y no con exclusividad a los enfermos, como sucede en la actualidad. La definición de tales establecimientos nos la proporciona el humanista Juan Luis Vives (1526):

Llamo hospitales las casas donde los enfermos son alimentados y curados, donde un determinado número de indigentes recibe sustento, donde son educados niños y niñas, donde se crían los niños expósitos, donde son encerrados los privados de juicio y donde pasan la vida los ciegos.

Los niños expósitos y los que, nacidos en el seno de una familia pobre, quedaban sin madre durante el período de la lactancia, eran llevados a los hospitales, sobre cuyos regidores recaía el deber y la obligación de hacer posible su crianza. Para ello, procedían por lo común a encomendar la criatura a una nodriza mercenaria, quien la llevaba consigo a su propio domicilio y la amamantaba a expensas del presupuesto hospitalario hasta que llegaba el momento del destete, tras el cual la devolvía a la institución. Otras veces se concedían ayudas económicas a los familiares pobres del huérfano para que ellos mismos hicieran frente a los gastos que suponía su alimentación por medio de amas de cría. Pero después, una vez superado el objetivo básico de la supervivencia, en los casos de niños que carecían de parientes dispuestos a acogerlos, el centro asistencial había de abordar una nueva tarea: su integración en la sociedad. Se trataba, ahora, no tanto de un problema económico como de un proceso educativo, puesto que la finalidad era hacer del huérfano una persona útil a la colectividad y socialmente adaptada, impidiendo que su situación adversa de soledad y desamparo lo llevara a la mendicidad y a la delincuencia.

2.1.2. El orden público

Nos encontramos en un momento en el que el papel de las autoridades civiles permanece difuminado en una actividad fundamentalmente eclesiástica. Sin embargo, sería falso decir que no existía preocupación de los monarcas tanto en lo que concierne a la atención de este concreto colectivo como a la pobreza en general. La idea que inspirará este poder de intervención estatal giró alrededor la denominada prerrogativa *parens patriae* del monarca con origen probablemente medieval, es decir, el rey como padre de sus súbditos menores huérfanos o de sus súbditos adultos que presentaran situaciones de incapacidad mental. Esta intervención, limitada inicialmente a disposiciones legislativas, regulaciones o ayudas económicas, irá aumentando de forma paulatina.

En los siglos XVII y XVIII se crearán grandes instituciones de internado en Europa. El “gran encierro” (Foucault, 1964) se situará en un espacio tradicionalmente asignado a la caridad, pero con un propósito de control social de la miseria considerada tanto desde la perspectiva del orden público (como germen de revueltas sociales) como del aspecto moral de corrección de conductas que se apartan de la norma social (la blasfemia, el libertinaje, la insensatez...).

2.1.3. La beneficencia

La Revolución francesa supondrá la caída del Antiguo Régimen y un replanteamiento de las estructuras tradicionales del Estado. La desaparición de las organizaciones eclesiásticas obligará a un nuevo replanteamiento de estas cuestiones. La atención a los “huérfanos de la patria” exigía la creación de una red de asistencia. Ya en plena era napoleónica, por Decreto de 19 de enero de 1811, se ordenó la apertura de hospicios en todas las provincias para atender al alto número de menores abandonados.

El liberalismo constituirá la ideología que trasladará estas ideas de organización estatal al resto de los países europeos. En España, los principios liberales no supondrán, en modo alguno, la desaparición del sistema de caridad ni de las organizaciones privadas que realizaban funciones asistenciales.

2.1.4. La protección contra el maltrato

El nacimiento del sistema de protección estatal en la edad contemporánea surge principalmente de un movimiento internacional filantrópico en el que confluía la idea del menor como sujeto de protección y la incidencia social que produjo la revolución industrial en la existencia de menores abandonados a su suerte en las grandes ciudades que se tradujo en un buen número de disposiciones que atendieron aspectos como los espectáculos, trabajo o la mendicidad infantil.

Podemos diferenciar tres períodos en la construcción de la política de la infancia en el siglo XIX y principios del XX (Dupont-Bouchat/Pierre et al., 2001):

- a) El período 1830-1850. En este momento el acento se ubica en la separación de los menores de los adultos en el ámbito penitenciario, creándose los primeros

establecimientos específicos para la denominada “infancia delincuente” con notoria diversidad institucional que abarcaba desde las prisiones para jóvenes a las colonias agrícolas.

- b) El período 1870-1890. La preocupación estatal se centra en el interior de la familia. Las organizaciones privadas para la protección de la infancia se multiplican. Comienza a crearse una red de instituciones para el acogimiento de la denominada “infancia en peligro”. Se pondrá el acento sobre la protección en vez de sobre la represión.
- c) El período 1900-1920. Durante estos veinte años se generaliza la adopción de medidas que permiten la intervención sobre aquellas familias que no desempeñan adecuadamente la función parental, sea mediante la privación de la patria potestad o por la instauración de tribunales específicamente destinados a la infancia en peligro, siguiendo el modelo americano. En este momento se produce una colaboración entre las instituciones privadas de protección y el Estado, con extensión de los principios de control, por un lado, y de ayuda económica, con un desarrollo importante de técnicas de apoyo de tipo médico y social.

Las normas históricas se centraban en el menor abandonado o huérfano, pero no en el menor maltratado en el seno familiar. La introducción de estas leyes no fue sencilla en el contexto internacional debido a la rígida concepción tradicional de la patria potestad. Un aspecto a consignar fue la introducción de infracciones penales por incumplimiento de los deberes familiares. Así, el primitivo delito de abandono de familia surge en nuestro derecho en 1942, inicialmente como delito público y como tal pasó al Código Penal, texto refundido de 1944 (artículo 487). El texto revisado de 1963 cambió el modelo pasando a ser un delito semipúblico en el que era admisible el perdón. Su nacimiento es paralelo a la concepción internacional que tiene su mejor exponente en la V Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (Madrid, 1933) en la que se impone un modelo amplio de delito de abandono de familia que integra el abandono material y moral.

2.1.5. La idea de servicio público

La posibilidad de internamiento de menores para fines de protección está recogida en diversos instrumentos internacionales como el artículo 20.3 CDN.

Destacaremos una serie de notas que han configurado la evolución de los centros de protección de menores a partir de la segunda mitad del siglo XX:

- a) La primera idea es la crítica de la institución como fórmula de atención a los menores en protección. Lo anterior no sólo por la “leyenda negra” de este tipo de establecimientos sino, principalmente, porque la propia dinámica de la institución genera factores de despersonalización en los sujetos internados y esta no es el lugar idóneo donde ubicar a los menores que precisan de una experiencia de tipo familiar existiendo alternativas mucho más beneficiosas que el internamiento.
- b) La segunda es la noción de servicio público caracterizado por dos notas esenciales: el carácter abierto (voluntario) y flexible (adaptado a las necesidades del menor y

fundado en el principio de protección de su interés). El carácter abierto se funda en la idea de que la actuación de los servicios de ayuda social es preventiva y voluntaria, no debe ser impuesta y, en el caso de ser necesaria la aplicación de medidas coercitivas, debe transmitirse el expediente inicialmente a los servicios judiciales. El carácter flexible implica la existencia de una red de recursos adecuada a las diferentes situaciones que puedan presentarse lo que, por ejemplo, impondrá exigencias adecuadas a los tramos de edad o costumbres culturales. A la tradicional problemática del huérfano y del expósito se añaden un gran número de riesgos que cristalizan en fenómenos sociales como la violencia sobre los menores, el abandono escolar, la huida familiar, la explotación sexual, el uso indebido de drogas y otros muchos cuya atención es precisa.

- c) El cambio en la intervención con las familias en situación de exclusión social. De la inicial formulación sancionadora que recogían las primeras leyes, hemos pasado a una regulación que se centra en el interés del menor y en el principio de permanencia en el seno familiar salvo que no sea conveniente a su interés, preservando los derechos a la intimidad familiar y promoviendo la colaboración y apoyo a las familias.
- d) La introducción de criterios de calidad en los servicios. La preocupación por la introducción de criterios de calidad total en el marco de los servicios sociales es relativamente reciente. La introducción de indicadores o parámetros de calidad y la creación de normas de buena práctica está siendo objeto de atención, no sólo en el marco del menor, sino en todo tipo de servicios.

2.2. MARCO INTERNACIONAL

En lo que nos interesa, podemos definir cuatro elementos fundamentales que constituyen la columna vertebral de las normas que, en el contexto comparado, regulan estas instituciones. Se recogen expresamente en la Recomendación Rec(2005)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre los derechos de los menores internos en centros residenciales* de 16 de marzo de 2005, tales son:

- Que el internamiento de un menor debe constituir la excepción y tener como objetivo primordial su mejor interés y la integración o reintegración social tan pronto como sea posible.
- Que el internamiento debe respetar los derechos fundamentales del menor y realizarse en instituciones que cumplan una serie de estándares en cuanto a medios humanos y materiales.
- Que el internamiento no debe durar más allá de lo necesario y debe estar sujeto a revisión periódica.
- Que debe existir un sistema eficaz de control de las instituciones residenciales.

La propia Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que la colocación en instituciones adecuadas sólo se realizará en caso de ser necesario (artículo 20.3) y que los Estados se asegurarán de que estos establecimientos cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (artículo 3.3).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado la importancia del derecho a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso Kutzner contra Alemania, el Tribunal expresó que la medida de tomar a cargo un menor debe ser inicialmente considerada temporal y que todo acto de ejecución debe estar destinado a un fin último “unir de nuevo a la familia de sangre y al menor”. La injerencia, conforme señala el artículo 2, tiene que cumplir con los requisitos de previsión legal, motivo legítimo y necesidad. Para apreciar la necesidad, los Estados Parte cuentan con una cierta discrecionalidad en función de las circunstancias.

La proyección de estos principios se traducirá, particularmente, en la participación de la familia en el procedimiento de adopción de las medidas (artículo 9.2 Convención de los Derechos del Niño), en el derecho de información y en el régimen de visitas (artículo 9.3 Convención de los Derechos del Niño). Hay que partir de la idea de que las medidas suponen una injerencia en la vida familiar y que participan de un carácter restrictivo, lo que implica la prevalencia del modelo de colaboración y el cumplimiento de los principios generales de legalidad y de prohibición del exceso.

2.3. TIPOLOGÍA DE CENTROS

La regulación de estos centros es propia de cada Comunidad Autónoma. En el momento presente, podemos realizar la siguiente clasificación de carácter instrumental:

- Centros de observación (también llamados de primera acogida, recepción...)
- Centros ordinarios. Pueden subdividirse en distintos criterios como:
 - Por dimensiones (residencias, viviendas)
 - Por edades (primera infancia, infantiles, juveniles)
 - Por programas (extranjeros, emancipación, talleres rurales...)
- Centros específicos, entre los que destacan los siguientes:
 - Por discapacidad o trastorno mental
 - Por dependencia a sustancias tóxicas
 - Por problemas de conducta (arts. 25 a 35 LOPJM)

3. PRECEDENTES

3.1. EL CORRECCIONAL MODELO

El término “corrección” ha sido empleado tanto en Derecho Penal (pena correccional, correccionalismo...) como en ámbitos distintos. Aunque comprende la idea de reprensión o censura, subraya, en contraposición al castigo, la idea de enmienda del individuo. En lo que se refiere a menores, ha sido aplicado tanto para el infractor como para todo tipo de conducta desviada.

Tras la caída del Antiguo Régimen en el siglo XIX, España comenzó a crear modelos de instituciones como ejemplos para el desarrollo de las restantes que iban a configurar el nuevo concepto de Estado. Se habló así de la cárcel modelo, del manicomio modelo, etc. Las penurias del erario público dificultaron mucho esta tarea. En lo que afecta a los menores no infractores, por Ley de 4 de enero de 1883 se autorizó la creación por una institución privada de “un asilo de corrección paternal y escuela de reforma en donde recibieran educación correccional los jóvenes menores de 18 años”.

El artículo 3 de la Ley establecía que podrían tener ingreso en el mismo (limitado a la provincia de Madrid):

- Los jóvenes viciosos sin ocupación ni medios lícitos de subsistencia, menores de 18 años.
- Los hijos de familia menores y los que se hallen bajo tutela o curatela, que sean objeto de corrección de sus padres o guardadores.
- Los mayores de nueve años que, con arreglo a las disposiciones vigentes del Código penal o que rigiesen en lo sucesivo, sean objeto de declaración expresa de irresponsabilidad criminal por haber obrado sin discernimiento.

El artículo 7 permitía la creación de establecimientos similares a instituciones privadas de otras capitales de provincia en las que se produjeran análogas condiciones, de conformidad con la citada ley.

El estudio de esta institución nos revela la pluralidad de fuentes jurídicas en las que se fundó el ingreso.

3.1.1. El derecho de corrección paternal

Por un lado, el derecho de corrección paternal. Las primeras normas que regulan la privación de libertad por este concepto en la época de la codificación se encuentran en los artículos 375-382 del Código Civil francés de 1803 que preveían, entre *otros medios de corrección*, el poder del padre para hacer detener al hijo menor *durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento sobre su conducta*. Si el hijo era menor de 16 años, el presidente del tribunal no podía juzgar en modo alguno la decisión del padre y debía *a petición suya* ordenar su arresto; si, por el contrario, el hijo era mayor de 16 años o tenía bienes propios, el presidente tenía la facultad de aceptar o de rechazar la orden de arresto, que no podía exceder de 6 meses (arts. 377 y 382). En todo caso, no se exigía *escrito ni formalidad judicial ninguna*, sino sólo *la orden de arresto, sin mencionar sus motivos* (art. 378); y el padre siempre tenía en sus manos el poder de *anular la detención que había ordenado o solicitado* (art. 379).

Estas normas pasaron a los códigos civiles europeos (por ejemplo, al italiano de 1865, art. 222, tradición que fue continuada por el art. 319 del código civil de 1942, que, con algunas modificaciones sustanciales, mantuvo vigente el tenor del precepto hasta la reforma del derecho de familia de 1975) o el art. 143 del Código Civil de Portugal de 1867.

Nuestro Derecho no fue ajeno a esta materia, inicialmente el Código Penal de 1822, en sus artículos 561 a 568 y bajo la rúbrica “Del desacato de los hijos contra la autoridad de sus

padres, y del de los menores de edad contra sus tutores, curadores o parientes a cuyo cargo estuvieren”, recogió la facultad de los padres de ponerlos “con conocimiento y auxilio del alcalde, en una casa de corrección”.

El derecho de corrección se recogería en el texto de nuestro Código Civil y en las sucesivas disposiciones que regularían los Tribunales tutelares de menores. El artículo 156 CC expresaba, en su redacción originaria:

El padre y, en su caso, la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en instituto legalmente autorizados que los recibieren. Asimismo, podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice.

La corrección paterna del “menor incorregible” fue también objeto de atención por las primeras normas sobre protección de menores (véase el art. 2.7º del Reglamento de la Ley de Protección a la infancia de 1904).

En lo que concierne a la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, el Decreto Ley de 3 de febrero de 1929 sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores la incorporará en su artículo 11. La Exposición de Motivos señaló que se había llevado al texto de la ley la doctrina ya establecida por los Tribunales tutelares y adoptada por la Comisión de Apelación respecto de la forma en que aquéllos deben proceder en los casos de corrección paterna que por los padres o tutores les fueren denunciados. Estas normas pasarán, primeramente, a la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores y, posteriormente, al Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 cuyos artículos seguidamente se recogen. El artículo 11 expresaba:

Los indisciplinados menores de dieciséis años denunciados por sus padres, tutores o guardadores sólo podrán ser sometidos en este concepto a la corrección del Tribunal de Menores por los actos de insumisión previstos en el Libro tercero del Código Penal, pudiendo adoptar, respecto de ellos, las medidas expresadas en el artículo diecisiete de esta Ley durante el tiempo que estime necesario.

Independientemente de lo establecido en el párrafo anterior, los padres o representantes legales que deseen corregir a sus hijos o pupilos en virtud de su derecho de patria potestad o tutela, reservándose la facultad de poner término a la reforma, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad correspondiente, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil para internar al menor en un Establecimiento de corrección paterna legalmente autorizado, sin que, en ningún caso, pueda ser recluso un menor de dieciséis años en las prisiones ni en departamentos policíacos de detención.

En los casos expresados en el párrafo anterior los Tribunales Tutelares no tendrán más intervención que la de examinar los motivos en que se funde la corrección acordada por los padres o tutores, oyendo al menor y autorizándola o denegándola sin ulterior recurso, siempre que se haya de internar en un Establecimiento de corrección paterna a menores de dieciséis años y sean de aplicación las restricciones impuestas por el Código Civil por tratarse de menores que ejerzan una profesión u oficio o de hijos habidos en anterior matrimonio, de padre o madre que hubieren contraído ulteriores nupcias.

Ténganse en cuenta también los artículos 54 y ss. del Reglamento para la ejecución de la Ley. En particular, en los artículos 54 y 57 queda clara la distinción de las competencias de los tribunales ordinarios y del Tribunal Tutelar de Menores.

La redacción del CC se mantuvo hasta la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio*. Para los tutores, el primitivo artículo 269 (precedente del actual 271) establecía la necesidad de autorización del Consejo de familia “para imponer al menor los castigos de que trata el número 2º del artículo 155 (*se refiere a la “facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente”*) y el artículo 156” Estos preceptos fueron modificados por la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre reformadora del Código Civil en materia de tutela.

Actualmente, el derecho de corrección se ha suprimido tanto en su vertiente de moderado castigo físico como en su vertiente de internamiento que podían imponer los progenitores en institución específica. La expresión “castigarlos” se suprimió en la reforma de 1981. La modificación realizada en los artículos 154 y 268 por la disposición final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE 312/2007, de 29 diciembre 2007) suprimió la posibilidad de “corregir razonable y moderadamente a los hijos” y, en el caso de los tutores, de “corregir a los menores razonable y moderadamente”.

De esta evolución, interesaría destacar dos elementos. El primero es que la idea de corrección se diferenciaba claramente del sistema de protección creado bajo el sistema de beneficencia pública precedente. De hecho, el Reglamento General de Beneficencia Pública de 1822, al regular las “casas de socorro” que acogían, entre otros, a huérfanos desamparados y niños de las casas de maternidad que hubieran cumplido seis años de edad, establecía: “*Para conservar el buen nombre de estas casas, y evitar que lleguen á hacerse odiosos estos asilos de la involuntaria pobreza, se prohíbe destinar á ellos por vía de corrección ó castigo a ninguna persona, sea de la clase que fuere*” [sic] (art. 73). Del mismo modo, aunque la Ley de Beneficencia de 1849 recogía la existencia de establecimientos destinados a menores (como las casas de huérfanos y desamparados), su artículo 20 excluía de su texto “los establecimientos de beneficencia no voluntarios, ya sean disciplinarios, ya correccionales”.

El segundo es que estos sistemas no se pueden explicar sin entender los cambios acaecidos en el marco de las relaciones familiares y en las formas jurídicas en los últimos doscientos años. El legislador decimonónico se encargó de la defensa de un sistema centrado en el predominio del consorte varón en el seno familiar mediante principios como el de obediencia al marido (art. 56 CC) o el de la prevalencia de su criterio en el seno de las decisiones (administración, representación, fijación del domicilio...) y también en las exorbitantes facultades en materia de patria potestad.

Dentro de este sistema patriarcal, es importante reflejar que el CC español redujo la edad que figuraba en el derecho de partidas (25 años) paulatinamente a 23, 21 y, finalmente, a los actuales 18 años. Por otro lado, también constatar la existencia de formas de discriminación por razón de género como la que regía para las menores de 25 años en el anterior artículo 321 del Código Civil que expresaba (en su redacción original):

A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de 25 años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas. [sic]

El precepto continuó vigente hasta la modificación operada por Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre modificación de los artículos 320 y 321 del Código Civil. Ligado directamente a lo anterior, se desarrollaron diversas instituciones de control de la moralidad de la mujer, como el denominado *Patronato de Protección de la Mujer*, entre cuyos varios fines se encontraba “la adopción de las medidas protectoras de la juventud femenina y de todas aquellas mujeres que se desenvuelvan en medios moralmente nocivos o peligrosos” y el “ejercicio de las funciones tutelares de vigilancia, recogida, tratamiento e internamiento sobre aquellas mujeres mayores de 16 años y menores de 16 años y menores de 25 que los Tribunales, Autoridades y particulares le confíen”. Instituciones similares se desarrollaron también en otros países europeos, como los asilos de las Magdalenas en Irlanda (el último cerró en 1996).

3.1.2. La infancia “inadaptada”

Dentro de este capítulo podríamos englobar, en primer lugar, la que se aproxima al primitivo concepto de “infancia delincuente”, pero que –por razón de edad o por aplicación del criterio del discernimiento entonces vigente- era objeto de declaración expresa de irresponsabilidad criminal.

En segundo lugar, nos encontraríamos en la que se denominaría “infancia en peligro”. La industrialización dio lugar a que en las grandes ciudades aparecieran grupos de niños o adolescentes en situación de mendicidad o vagabundeo. Las novelas de Charles Dickens hacen referencia a este tipo de personajes. Se inicia aquí una distinción entre la “escuela de reforma” destinada a aquellos que habían cometido infracciones penales y merecían un castigo, de aquellos otros que tenían que ser simplemente objeto de “asilos de corrección” que se irán creando en el contexto europeo del siglo XIX.

Sin embargo, la evolución posterior de este subgrupo se reubicaría en las disposiciones sobre reforma de menores.

El Decreto Ley de 3 de febrero de 1929 sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores introdujo en el artículo 9.1 un apartado “c” que incluía, dentro de las competencias del tribunal tutelar, “de los casos de menores de diez y seis años que se entreguen a la prostitución o a la vida licenciosa, o se dediquen a vagabundear, siempre que a juicio del Tribunal respectivo requieran el ejercicio de su facultad reformadora”. La exposición de motivos lo justificaba señalando: que

Se hacía preciso inspirarse en la progresiva finalidad de otras legislaciones modernas en lo que se refiere a la corrección de los menores prostituidos o vagabundos que a juicio del respectivo Tribunal tutelar, estuviesen intensa y urgentemente necesitados de reforma y era menester que la nota característica de esta función reformadora y el criterio para diferenciarla de la facultad que reviste mero alcance protector, no se supeditasen a un concepto extremadamente formalista dentro del rigorismo legal, con lamentable olvido de la privativa naturaleza humanitaria de una institución de elevados fines tutelares y educativos.

Esta disposición pasó al mismo artículo de la Ley de 13 de diciembre de 1940 y al texto refundido de la legislación de los tribunales tutelares de menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948. Es de observar que la propia normativa de protección -Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de

Menores (art. 5.9ª)- configuraba la del menor “vago y vagabundo” desde la perspectiva de la reforma, “con arreglo a la competencia taxativamente determinada en su Ley y Reglamento para los Tribunales tutelares de Menores”.

3.2. EL SURGIMIENTO DE LOS PRECEDENTES CENTROS PARA MENORES CON “TRASTORNOS DE CONDUCTA”

Los cambios no pueden explicarse al margen de la evolución internacional operada en la segunda mitad del siglo XX. En lo que nos concierne, podemos destacar cinco puntos.

En primer lugar, las reformas del Derecho de Familia modificaron la tradicional concepción de la patria potestad como poder patriarcal hacia la idea de función en beneficio de los hijos. Paralelamente, han ido desapareciendo de los códigos las formas de castigo y corrección que impliquen violencia a favor de la denominada “disciplina positiva”.

En segundo lugar, las modificaciones en el sistema de responsabilidad penal de los menores que comprenden, por un lado, la obsolescencia y abandono de la tipificación de las formas de vagabundeo y mendicidad y, por otro, la evolución de los modelos de protección y educativo hacia el modelo de responsabilidad que introduce las garantías propias del proceso penal de adultos. La práctica de creación de infracciones penales específicas para menores ha sido denunciada por el Comité de Derechos del Niño por considerarlas contrarias al principio de no discriminación del art. 2 CDN.

En tercer lugar, el movimiento de derechos humanos que ha cristalizado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. El niño pasa a ser sujeto de derechos con un estatuto propio de protección que abarca infinidad de cuestiones. En lo que nos concierne, es muy importante el desarrollo de los derechos procesales en los procedimientos de familia del que es muestra el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996*.

En cuarto lugar, el rechazo de la institucionalización como forma primaria y exclusiva de atención en los casos de protección de menores. El nuevo modelo se funda en la atención por los servicios sociales, generales o especializados, y en la interacción con los restantes sistemas, tanto públicos (sanidad, educación, etc.) como privados, y en la planificación.

El sistema preconstitucional de protección de menores, representado por el Decreto de 2 de julio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre Protección de Menores y el Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, prácticamente se mantuvo en lo esencial hasta la década de los 80 del siglo pasado. Se rompe con las leyes 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela, y con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Esta última es la que introduce el sistema actual de tutela automática de menores desamparados a cargo de la entidad pública.

Tras la LO 4/1992, de 5 de junio, *sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*, que modificó el art. 9 del Texto refundido de la legislación de los tribunales tutelares de menores de 1948 los colectivos que hemos citado ya no se encontrarán en el sistema de reforma, sino en el de protección.

Ahora bien, las CCAA fueron creando una nueva categoría en sus normas de protección “en la que se entrelazan peligrosamente la acción protectora y la tradicionalmente denominada reformadora” (PALMA DEL TESO, 2006) que las normas catalogan con diferentes términos como “inadaptados” o “en conflicto social”. En muchos casos tales preceptos se refieren exclusivamente a los menores que están dentro del ámbito de la LO 5/00. Sin embargo, era fácil reconocer la existencia de una franja de menores a los que sólo era aplicable el régimen de protección que eran sujetos a medidas de internamiento de régimen más restrictivo que lo ordinario.

Las propias carencias de los distintos sistemas implicados y la falta de flexibilidad del sistema de protección para atender a las nuevas necesidades dieron lugar a la creación de nuevos centros cuyos perfiles fueron definiéndose por las CCAA y cuyo funcionamiento “anómalo” fue denunciado por el DEFENSOR DEL PUEBLO en el informe titulado “centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social” (2009).

Si bien es cierto que la apertura de este tipo de centros es una opción legítima en una sociedad democrática y, de hecho, existen instituciones similares en países de nuestro entorno, lo anterior no significa que sea la mejor opción entre las disponibles y que tales recursos no sean cuestionables. A pesar de la mejor voluntad de las iniciativas tanto estatales como autonómicas para una adecuada regulación, su concepción reviste complejidad porque el probable resultado puede ser más cercano al modelo de un centro de reeducación que al de uno de protección, volviendo a ideas como las del “menor detenido”, la “institución total” y las formas propiamente sancionadoras que se contraponen a las del carácter abierto y de servicio público que deben regir la materia de acogimiento residencial en materia de protección.

Los medios y la opinión pública siguen estando pendientes de este tipo de instituciones aumentando la aureola de “cárceles de menores” que se les está atribuyendo, con claro desprestigio de todo el sistema de protección, fenómeno que habrá que seguir analizando en el futuro.

Desde el punto de vista de la constitucionalidad de estas prácticas, el principal problema radicó, hasta la entrada en vigor de la LO 8/2015, en la necesidad de una norma estatal con rango de ley que permitiera la privación de libertad en estos casos. Las Comunidades Autónomas realizaron una interpretación bastante discutible de lo que constituía el internamiento en “centro de educación o formación especial” del artículo 271 n° 1 CC. Si bien las cuestiones de la necesidad de ley orgánica o la de la adecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria ya fueron tratadas por el Tribunal Constitucional con motivo del análisis del internamiento por razón de trastorno psíquico, esta previsión debía figurar en la LOPJM como medida extraordinaria debidamente regulada, como así finalmente ha sucedido. Sólo así podían satisfacerse las exigencias del artículo 17.1 CE, 5 del CEDH y 37.b CDN. Es necesario recordar, en este sentido, que, conforme al artículo 149 n° 1.1ª de la

CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Por otro lado, hay tres aspectos que resultaban sumamente criticables. El primero de ellos era la delimitación del supuesto de hecho. Las diferentes normativas analizadas describen la causa que motiva el ingreso en los recursos especializados (ingreso de “inadaptados”) siguiendo una tradición histórica de uso de términos peyorativos como “vicioso”, “vago”, “anormal”, etc. El problema emergente surge por determinadas conductas que perturban el funcionamiento de los centros ordinarios de protección exigiendo la adopción de medidas extraordinarias o de recursos especializados. Con carácter impreciso se han ido definiendo en las distintas normas autonómicas confundiendo aspectos terapéuticos, de educación reglada y otros. Si se observa, la razón de adopción de esta medida extraordinaria debe ser por razón de último recurso para evitar la desprotección del menor y en cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas como tutores. Hay que señalar que, sin duda, también hay una serie de componentes de seguridad que deben evaluarse y no ser objeto de “disfraces”. Los supuestos de hecho que motivan una privación de libertad no pueden ser ambiguos sino estar bien delimitados en las normas y, además, deben fijarse franjas de edades en las que no esté permitido el ingreso y aquellas que haya que adoptar mayores cautelas.

El segundo aspecto a destacar era la necesidad de previsión de períodos concretos. Conforme al artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, las privaciones de libertad (no sólo las acordadas en procedimientos de naturaleza penal) deben acordarse “como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. La idea que debe presidir estos ingresos es de medida extraordinaria temporal por períodos concretos y no con duración indeterminada.

El último aspecto referente a derechos humanos consistía en que la “garantía judicial” es sólo uno de los múltiples controles y exigencias que reviste la creación de centros de esta naturaleza. La protección de los derechos no acaba aquí y, particularmente, los aspectos referentes al uso de la fuerza y medidas disciplinarias forman parte nuclear de los artículos 15 de la Constitución, 37 de la Convención de los Derechos del Niño y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los elementos básicos también debían formar parte de una norma estatal.

Estos y otros argumentos dieron lugar a la elevación al Fiscal General de una propuesta de reforma legislativa en la Memoria de 2010 (páginas 970 a 978).

4. EL CAMBIO LEGISLATIVO

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* introdujo un capítulo (el IV, arts. 25 a 35) en el Título II de la LO 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* (LOPJM) bajo la rúbrica “centros de protección específicos de menores con problemas de conducta”.

Igualmente, introduce como novedad un nuevo precepto en la LEC 1/2000 (el art. 778 bis) que, conforme reza el preámbulo, “incorpora un procedimiento ágil, sencillo y detallado

para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar”.

Con anterioridad a la reforma, la FGE ya había emitido directrices sobre el control y la garantía judicial de este tipo de centros. Prueba de ello fue la atención que le dedicó el “protocolo de inspecciones a centros de protección” de 5 de febrero de 2009 (apartado 21), las “Jornadas de especialistas en menores” (Alcalá de Henares, 25 a 26 de octubre de 2010) y la Circular 8/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores* (apartados IX y XV.8).

Obviamente, no sólo la FGE apreció la complejidad de este tipo de instituciones emergentes desde el prisma de los derechos humanos. Así, es necesario citar las pautas de consenso de la Comisión interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia (“protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta” de 20 de mayo de 2010).

Tras la reforma, el cuerpo de doctrina principal de la FGE está constituido por la Circular 2/2016, de 24 de junio, *sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*, cuyos rasgos principales van a ser objeto de exposición en los siguientes epígrafes.

5. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CIRCULAR 2/2016

5.1. EL FUNDAMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En el epígrafe 2.1.5 estudiábamos que una de las notas que caracterizan a los centros de protección es el carácter abierto. Sin embargo, en este tipo de centros lo que destaca, precisamente, son las restricciones de libertad y el posible empleo de mecanismos de contención. Para que ello sea compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, esta indicación debe estar comprendida en la lista exhaustiva de razones admisibles contenida en su art. 5.1.

Debe tenerse presente que los menores presentan algunas características diferenciales de los adultos en este campo debido a las facultades derivadas de la patria potestad y de la tutela (STEDH de 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen contra Dinamarca). No obstante, este tipo de centros fue objeto de atención directa del TEDH en la Decisión de 12 de octubre de 2000 sobre la admisibilidad de la demanda nº 33670/96, caso *Koniarska contra el Reino Unido*.

Lo que interesa reseñar es que dicha posibilidad de detención de menores está reconocida en el art. 5.1.d (“si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación”). La expresión “vigilar su educación” no debe ser rígidamente equiparada a la enseñanza obligatoria, sino que abarca la actuación de la entidad pública que comprende “muchos aspectos del ejercicio de los deberes propios de la responsabilidad parental para el beneficio y protección de la persona afectada”. En cualquier caso, el art. 5.1.d exige que el centro esté dotado de una infraestructura apropiada, adaptada a los imperativos de seguridad y también a los objetivos pedagógicos que requiere dicho fin.

Este motivo puede concurrir o no con otros de los recogidos en el art. 5.1 del Convenio, singularmente con los previstos en su letra “e”, pero basta con acreditar la presencia del previsto en la letra “d” para que el internamiento esté justificado.

5.2. EL SUPUESTO DE HECHO

El perfil del menor candidato al ingreso se define por cuatro elementos: a) Que se encuentre en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública; b) Que esté diagnosticado con problemas de conducta; c) Que presente conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros; d) Que el ingreso presente las exigencias de motivación, necesidad y proporcionalidad.

De todos estos conceptos, el más complejo resulta el segundo porque el término “diagnóstico” empleado tiene unas connotaciones médicas indudables. Hay que descartar que este tipo de centros pueda confundirse con un centro de salud mental. No se trata, propiamente, de un centro sanitario o sociosanitario y, de hecho, la norma excluye de su ámbito de aplicación a “los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad” (art. 26.2 LOPJM).

Su naturaleza es la de un centro de protección de menores, sin perjuicio de que estos puedan presentar contingencias sanitarias o derivadas de discapacidad, supuestos que están expresamente previstos en la norma. Es importante distinguir este tipo de ingresos de los previstos en el art. 763 LEC. La necesidad de protección guarda relación íntima con la finalidad del ingreso: “Proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo” (art. 25.2 LOPJM). El principio rector lo constituye “el carácter educativo de todas las medidas que se adopten” (art. 11.2 LOPJM).

El tercer apartado de la definición, la actualidad de los problemas de conducta, requiere apreciar otra característica: su magnitud o dimensión. El desajuste conductual debe suponer un riesgo evidente de daños o perjuicios graves, tanto a sí mismos como a terceros. Plantea problemas el concepto de riesgo para terceros porque puede conllevar un “fraude de etiquetas” con el sistema de responsabilidad penal de los menores. Es frecuente, sin embargo, el ingreso por motivo de conductas contrarias a la convivencia en centros ordinarios o por fugas reiteradas. Hay que descartar, en cualquier caso, que pueda darse entrada a instrumentos de mera defensa social frente a menores conflictivos puesto que dicha indicación sería contraria a la finalidad de protección que rige la norma.

La idea de subsidiariedad preside la adopción de este tipo de medidas que se conceptúan como actuaciones de último recurso en ausencia de otras menos restrictivas.

Un último apunte sobre el carácter subjetivo es la indefinición de las franjas de edad. Obviamente, el límite superior es de 18 años (mayoría de edad), pero el inferior no se encuentra establecido (a diferencia, por ejemplo, de la regulación de otros países como el Reino Unido). La Circular señala que hay que estar a lo dispuesto en la legislación

autonómica que regule los centros, pero –en todo caso- hay que vigilar especialmente los casos de ingresos de menores de 12 años cumplidos, situación que debe entenderse absolutamente excepcional.

5.3. LA CUESTIÓN DE LOS CENTROS PRIVADOS

El tipo de centros en que puede desarrollarse esta modalidad de internamientos debe revestir unas características que, obviamente, permitan cumplir con su finalidad. Dicha regulación forma parte de las competencias de las CCAA, pero el Gobierno tiene la obligación de fomentar el establecimiento de unos criterios comunes y estándares mínimos de cobertura, calidad y accesibilidad para todo el territorio (DA 2ª LO 8/2015).

La norma limita la gestión a los propiamente públicos o a los gestionados por entidades privadas colaboradoras. La intervención privada está limitada en este sentido. Lo que ocurre es que el espectro de lo que denominamos “problemas de conducta” puede abarcar intervenciones en medio abierto, sanitarias (art. 763 LEC) o propias del sistema educativo. En lo que concierne al sistema de enseñanza reglada, la posibilidad de ciertas restricciones en la libertad del menor es admisible (caso Nielsen contra Dinamarca), pero la disciplina de un centro educativo no puede infringir los derechos consagrados en las normas internacionales y, desde luego, no pueden comprender el marco de medidas previsto para este tipo de centro específico para protección de menores.

5.4. EL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

Una de las novedades más importantes de la reforma radica en la creación de un nuevo procedimiento de carácter contradictorio y formato singular en materia de garantía judicial de este tipo de internamientos. Se aparta del sistema precedente, que remitía estas cuestiones al ámbito de la Jurisdicción Voluntaria.

En lo que concierne a la legitimación activa, destaca su limitación a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, excluyendo a los progenitores y tutores.

Es importante destacar que los menores tienen un marco de derechos procesales reconocidos en el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996 y que ha sido objeto de nuevo tratamiento por la LOPJM. Es importante destacar, en este aspecto, que la defensa que pueda efectuar el Ministerio Fiscal (en los casos en que no sea el solicitante de la medida) no excluye, en ningún caso, la posibilidad de que el menor pueda designar su propio letrado y de que sea exigible la notificación de sus derechos por el Juez, incluyendo este último.

En lo que se refiere propiamente al procedimiento, presenta ciertas similitudes con el del art. 763 LEC. Parte de tres pruebas necesarias: a) La audiencia del menor; b) Las audiencias preceptivas de la Entidad Pública, progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o tutela y de cualquier otra persona que se estime conveniente o sea solicitada; c) Dictamen del “facultativo”.

Nuevamente, el empleo de términos tradicionalmente utilizados por la Medicina (“facultativo”) puede confundir al intérprete. Idealmente se trataría de un informe psicosocial de carácter multidisciplinar (arts. art. 26.1 y 2.5.b LOPJM).

5.5. CUESTIONES QUE PLANTEA LAS MODALIDAD URGENTE

La cuestión del respeto de los plazos y de las restantes garantías de la fase extrajudicial ha sido abordada por el TC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC. Para el nuevo procedimiento del art. 778 bis dichas prescripciones resultan de plena aplicación dada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de privación de libertad al amparo del art. 5 CEDH.

La Circular reseña dos diferencias. La primera radica en el lugar en el que debe verificarse la audiencia, optando por el desplazamiento al centro de protección especializado como norma de buena práctica al amparo de las recomendaciones del Consejo de Europa. La segunda es que, en caso de no poder verificarse el ingreso por incumplimiento de alguno de los requisitos de procedimiento, es perfectamente posible el ingreso en un centro de protección ordinario –que no exige autorización judicial- dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

5.6. “HABEAS CORPUS”

No es ocioso recordar que es posible que nos encontremos ante solicitudes de “habeas corpus” en algunos casos, teniendo la competencia para ello el Juez de instrucción, de conformidad con lo previsto en la LO 6/1984.

5.7. RECURSOS

El recurso de apelación carece de efecto suspensivo, tiene carácter preferente y se rige por criterios de flexibilidad puesto que debe tener en cuenta los cambios que se hayan producido en las circunstancias del menor desde la resolución de primera instancia.

Sólo puede interponerse por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal y los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. Quedan excluidas otras figuras como los guardadores de hecho y los acogedores.

5.8. INTERVENCIÓN JUDICIAL DURANTE EL PERÍODO DE INTERNAMIENTO

La más importante es la derivada de la revisión de las circunstancias que justifican la privación de libertad, que forma parte de los contenidos del art. 5.4 CEDH. A diferencia del art. 763 LEC, el plazo es más reducido (tres meses). La norma no reseña plazo máximo de estancia, reseñando la Circular que debe realizarse un seguimiento especial de los casos en que esta exceda de 9 meses.

Junto con esta contingencia ordinaria, existen otras extraordinarias que pueden darse durante la estancia del menor en el centro y que motivan la intervención judicial, tales son:

- Recurso contra la adopción de medidas de seguridad (contención mecánica, contención física, aislamiento o registros personales y materiales) acordadas por el Director del Centro.
- Recurso contra las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salida adoptadas por el Director del Centro.
- Recurso contra las medidas de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas adoptadas por el Director del Centro.
- Recurso contra las decisiones de traslado de centro.

De todo este conjunto, destaca la diferente regulación del régimen de visitas respecto del sistema general del art. 161 CC. En los centros de protección específicos del art. 778 bis LEC no es a la Entidad Pública sino al Director del centro al que se le otorga la facultad de restringir o suspender visitas, salidas y comunicaciones de manera motivada y dentro de los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso, siempre en interés del menor y nunca como medida disciplinaria.

5.9. CESE DE LA MEDIDA

En lo que concierne al cese de la medida, es importante destacar que el régimen se separa radicalmente del modelo del art. 763 LEC. En el caso del art. 778 bis, es el Juez el que acuerda el cese (no la Entidad Pública como ocurría hasta la fecha), de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal que debe estar fundada en un informe psicológico, social y educativo.

La Circular insiste en el deber del Ministerio Fiscal de impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros.

6. EXAMEN PARTICULAR DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

6.1. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN

Determinar la naturaleza de este nuevo tipo de ingresos constituye una tarea ardua. Es un hecho que el Anteproyecto de 28 de abril de 2014 (art. 763 bis) se inspiró en la regulación del art. 763 LEC 1/2000 para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La historia legislativa de esta última figura, la pluralidad de Instrucciones y Circulares emitidas por la FGE y las diferentes sentencias del TC y del TEDH sobre la materia indican que las cuestiones sobre la determinación de su carácter ni eran sencillas ni resultaron fáciles de resolver. Se admitía que se trataba de una medida “de naturaleza más administrativa que estrictamente jurisdiccional”, operando “a modo de sometimiento a licencia”, desempeñando el juez “una función garantizadora (...) legitimada por el art. 117.4 in fine de la CE que les asigna funciones no jurisdiccionales pero dirigidas a la garantía de cualquier derecho” (Gabinete Técnico del CGPJ, 1984).

En el plano comparado, los sistemas de protección suelen combinar la acción

administrativa (que parte de la idea de colaboración con la familia y de apoyo a la parentalidad positiva, en línea con la Recomendación Rec[2006]19, de 13-12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *relativa a las políticas dirigidas al apoyo de la parentalidad positiva*) y la judicial. La coexistencia de ambas modalidades de intervención estatal se resuelve, en nuestro ordenamiento jurídico, mediante un sistema de protección de menores administrativo de gran amplitud, centrado en las nociones de riesgo y desamparo (artículos 17 y 18 LO 1/1996), con un mecanismo procesal de oposición a las resoluciones administrativas regulado en el artículo 780 LEC 1/2000. Sin embargo, también se contempla la intervención judicial cuando se constate una situación de peligro o de perjuicio potencial, medidas que son aplicables en cualquier tipo de proceso –civil o penal- o expediente de jurisdicción voluntaria. En este sentido, el artículo 39.2 de la Constitución, en su apartado 1, establece expresamente que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y *jurídica* de la familia", afirmando la STC nº 185/2012, de 17 de octubre, que "todos los poderes públicos -incluido el judicial- deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad" (FJ 2).

Los precedentes históricos de instituciones de menores con problemas de conducta son muy antiguos y revelan esta dualidad. Basta observar la Ley de 4 de enero de 1883 que autorizó la creación por una institución privada de "un asilo de corrección paternal y escuela de reforma en donde recibieran educación correccional los jóvenes menores de 18 años", donde se reflejan distintos tipos de intervención, administrativa y judicial, en atención a los diferentes perfiles de internos. Una de las categorías de ingreso –"los hijos de familia menores y los que se hallen bajo tutela ó curatela, que sean objeto de corrección de sus padres ó guardadores" [sic]- exigía una limitada intervención judicial que contemplaba el entonces art. 156 CC. El precepto regulaba el auxilio de la autoridad (tanto gubernativa como judicial) en el ejercicio del derecho de corrección (regulación que se mantuvo hasta la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC). Es importante no olvidar el fuerte componente sancionador de estas instituciones, ya que el citado internamiento asilar fue calificado por el propio Código Civil, en su redacción originaria, como "castigo" (artículos 156 y 269).

Actualmente, suprimidos los últimos vestigios del derecho de corrección por la disposición final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción internacional*, resta, sin embargo, la facultad de padres y tutores de "recabar el auxilio de la autoridad" (arts. 154 y 268 CC).

El preámbulo de la LO 8/2015 hace mención del "nuevo perfil de usuarios" que "requieren de un ingreso en centros especializados" como una cuestión centrada en el derecho de familia derivada de las "graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental". Algunas CCAA hacen referencia expresa en su legislación a esta intervención de auxilio a los padres o tutores como, por ejemplo, el art. 49 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, *de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha* o el art. 60 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*.

La praxis anterior a la entrada en vigor de la modificación de la LOPJM era similar a la que hemos expuesto para el internamiento por razón de trastorno psíquico. Se limitaba a los casos de actuación de la Administración en materia de protección de menores (limitada a la tutela automática) y contemplaba una actividad judicial de mera garantía de la libertad

ambulatoria.

Sin embargo, desde una perspectiva global del sistema, nos encontramos ante la intervención que se sitúa en la cúspide del modelo de protección, en la medida en que se trata de un supuesto excepcional que implica la mayor injerencia en los derechos fundamentales y en la vida del menor. Si el tratamiento de otra medida excepcional que supone elevada intromisión, como lo es la privación de la patria potestad, se ha considerado siempre que radica en el ámbito estrictamente judicial -a diferencia de la simple suspensión que acompaña a la declaración administrativa de desamparo-, no parece descabellado establecer un planteamiento análogo. Es interesante destacar que esta última figura, en el ámbito civil, carece de naturaleza sancionadora, constituyendo una legítima medida de protección de menores (SSTS, Sala 1ª, 415/2000, de 24 de abril, y 384/2005, de 23 de mayo, que la diferencian de su homónima penal).

La nueva regulación no parece mantener la limitada visión precedente, pareciendo decantarse hacia una óptica propiamente jurisdiccional. Varios son los factores que apuntan a ello. El primero es la sistemática. Siendo evidente que la ubicación del 763 bis del Anteproyecto (en el capítulo destinado a los procesos sobre la capacidad de las personas) era incorrecta, lo lógico habría sido introducirlo en el destinado a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En definitiva, se trataba de una resolución en materia de acogimiento residencial que, por sus características -brevedad y protección de la libertad ambulatoria- exigía un conjunto de especialidades. Sin embargo, el nuevo 778 bis se sitúa dentro del capítulo destinado a los procesos matrimoniales y de menores.

Un segundo argumento deriva de la posición del Ministerio Fiscal que va más allá de la tarea de “superior vigilancia” que le atribuye el art. 174 CC.

Si bien el Juez no puede acordar de oficio el ingreso del menor en centro específico sino sólo a solicitud de la Entidad Pública o del Fiscal, sí que tiene la facultad de “acordar la guarda en los casos en que legalmente proceda” (arts. 19.1 LOPJM y 172 bis nº 2 CC), dando lugar a la posibilidad de que el Ministerio Público decrete el ingreso de urgencia.

Las facultades judiciales respecto a las incidencias que puedan surgir durante el tiempo de estancia (aplicación de medidas de seguridad, limitaciones o restricciones del régimen de visitas, comunicaciones o salidas) se incrementan considerablemente, siendo destacable que la posibilidad de su adopción sólo puede acontecer cuando haya sido judicialmente autorizada en la propia resolución que apruebe (o autorice) el ingreso o en otra posterior.

Por último, la nueva regulación del cese de la medida que la configura como una actuación judicial genuina.

6.2. SU PAPEL EN EL PROCEDIMIENTO DEL ART. 778 BIS

La intervención del Fiscal es preceptiva (art. 749 LEC), pudiendo actuar como solicitante o como mero dictaminador. Es evidente que la primera es la que plantea mayores dificultades al intérprete por su novedad y por la necesidad de concretar unos mínimos.

Son varias las razones que aconsejan un uso prudente de la legitimación activa para solicitar la medida: la escasez de recursos y el papel de la Entidad Pública como inicial legitimada, obligada a evaluar la situación en todo caso y responsable de la organización de los distintos servicios disponibles (plazas, medidas alternativas disponibles, etc.).

Dos circunstancias son importantes de recordar: la primera es que el menor tiene que estar bajo tutela o guarda de la administración, la segunda es que, si el MF realiza un ingreso urgente, la comunicación al Juzgado en el término de 24 horas le corresponde a él y no al Director del Centro, debiendo consignar el decreto el razonamiento de las circunstancias que exijan la adopción de la medida fundamentada en el correspondiente informe psicosocial.

6.3. INSPECCIÓN DE CENTROS

La materia de inspección había sido ya objeto de tratamiento por la Instrucción 3/2008, el protocolo de inspección de 2009, y la Circular 8/2011, reseñando la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores con periodicidad trimestral.

La nueva regulación se refiere expresamente a ella en el art. 21.5 LOPJM. Junto con los elementos generales de la inspección, destaca el especial seguimiento del régimen disciplinario, conforme a los arts. 21.7 y 31 LOPJM.

BIBLIOGRAFÍA

FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy. “Centros de protección con medidas de seguridad y contención destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo”. En *Jornadas de especialistas en menores*, Alcalá de Henares, Parador Nacional, 25 a 26 de octubre de 2010.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy. “Los niños y niñas con discapacidad internados”. En *Jornadas de Fiscales especialistas en protección de los derechos de las personas con discapacidad y apoyos*. Madrid, CEJ, 25 de junio de 2012.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy. *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria. El papel del Ministerio Fiscal*. Lex Nova/Aequitas/Unicef. Colección La llave, nº 6. Madrid, 2011.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy. “Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos”. En *Curso: Protección del menor. Novedades legislativas*. Sede de la FGE en la C/ Fortuny. Madrid, 15 al 17 de junio de 2016