

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.**

Referencia: FIS-C-2016-00002

#### **ÍNDICE**

1. Introducción. 2. Fundamento de la privación de libertad. 3. El supuesto de hecho. 3.1. Perfil del menor. 3.1.1. Interpretación de la palabra “diagnóstico”. 3.1.2. Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: el riesgo propio o de terceros. 3.1.3. La necesidad de protección. 3.1.4. El principio de subsidiariedad. 3.1.4.1. Especialización. 3.1.4.2. Contención. 3.1.4.3. Delimitación del “riesgo para terceros”. 3.1.5. La franja de edad. 3.2. El centro específico. 3.2.1. Caracteres generales. 3.2.2. La cuestión de los centros privados. 4. El nuevo procedimiento contradictorio. 4.1. Legitimación. 4.2. Competencia. 4.3. Capacidad procesal, representación y defensa. 4.4. Información de derechos. 4.5. Tramitación. 5. El cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes. 5.1. Límite máximo e improrrogable. 5.2. El procedimiento de *habeas corpus*. 6. Régimen de recursos. 7. Intervención judicial durante el período de internamiento: revisiones, incidencias y traslados. 8. Cese de la medida. 9. Facultades del Ministerio Fiscal. 10. Derecho transitorio. 11. Inspección de centros. 12. Vigencia de circulares, instrucciones y consultas precedentes. 13. Estadística. 14. Conclusiones.

#### **1. INTRODUCCIÓN**

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (en adelante LO 8/2015), ha introducido 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* (en adelante, LOPJM) bajo la rúbrica “centros de protección específicos de menores con problemas de conducta”.

Igualmente introduce en la LEC un nuevo artículo 778 bis. El Preámbulo (apartado III) expresa que “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”.

Los interrogantes que generaron estos centros fueron objeto de estudio del Defensor del Pueblo en el informe titulado “centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social” (2009) y dieron lugar también a unas pautas de consenso en 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).

La Fiscalía General del Estado, pionera en la exigencia de garantías en esta delicada esta materia, estableció, desde bien temprano, directrices para su adecuado abordaje. Así, puede citarse la atención que le dedica el Protocolo de la Unidad de Menores de la FGE de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009 (apartado 21) 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), exigiendo autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271.1 CC y manteniendo una supervisión constante tanto de las condiciones de los centros y procedimientos aplicados como de la situación de cada uno de los menores residentes.

Teniendo en cuenta que existía un déficit normativo en relación con este tipo de centros, que están en juego los derechos fundamentales de los menores ingresados, que deben establecerse garantías para los mismos y que es necesario clarificar los límites de la intervención, se hacía preciso un desarrollo mediante Ley Orgánica, que, reclamado desde la Fiscalía General del Estado, se materializa en la nueva normativa. En su Preámbulo, claramente inspirado por el Informe del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014, se declara: “Estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general”.

## 2. FUNDAMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El artículo 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El artículo 39.4 CE expresa que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos”. Dentro de este conjunto normativo, destaca el artículo 5.1.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) por su inmediata conexión con el objeto de análisis: el derecho a la libertad del artículo 17 CE. Es necesario recordar que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de razones admisibles que legitiman la privación de libertad. Si el fundamento no está comprendido en este conjunto, la detención nunca podrá considerarse legal (por todas, STEDH de 14 de abril de 2011, caso *Jendrowiak contra Alemania*).

El citado art. 5.1 CEDH dispone: “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha expresado que el primer inciso de dicho artículo “prevé la privación de libertad en interés del menor independientemente de la cuestión de saber si el menor es sospechoso de haber cometido una infracción penal o es simplemente un menor en situación de riesgo” (STEDH de 29 de noviembre de 2011, caso *A y otros contra Bulgaria*). Lo relevante es que la privación de libertad sea regular (*détention régulière d'un mineur*, en la versión francesa del CEDH), es decir, conforme a la legalidad, y haya sido decidida con el propósito de “vigilar su educación”.

En lo que concierne a centros de protección específicos, el TEDH tuvo ocasión de examinar su naturaleza y su compatibilidad con el CEDH en la Decisión de 12 de octubre de 2000 sobre la admisibilidad de la demanda nº 33670/96, caso *Koniarska contra el Reino Unido*. La demandante, ciudadana británica, fue ingresada en un centro de protección específico (*secure accomodation*) por decisión del tribunal de familia a solicitud de la autoridad local bajo cuya tutela se encontraba la menor. Las indicaciones de ingreso se configuran en el art. 25.1 de la *Children Act* de 1989 que especifica los dos casos en que puede utilizarse este recurso que suceden cuando el menor: a) tiene un historial de fugas y es probable que se escape de cualquier otro tipo de alojamiento y, si lo hace, es probable que sufra daños de consideración; b) si es guardado/a en otro tipo de alojamiento, es probable que se dañe a sí mismo o a

terceras personas. Los magistrados de instancia consideraron que concurría el segundo supuesto.

El TEDH consideró que se trataba de una privación de libertad prevista en el art. 5.1 CEDH y desestimó las peticiones de infracción del art. 3 (referente a la tortura y trato degradante) y del artículo 8 (intromisión en la vida privada y familiar). Las palabras “vigilar su educación” del art. 5.1.d) no deben ser rígidamente equiparadas a la enseñanza obligatoria, período en el que la demandante ya no estaba incluida al haber cumplido 17 años. Como señala la resolución, “en el presente contexto de una joven bajo el cuidado de una entidad pública puede abarcar muchos aspectos del ejercicio de los deberes propios de la responsabilidad parental para el beneficio y protección de la persona afectada”.

El CEDH reenvía, en lo esencial, a la legislación del correspondiente Estado y consagra la obligación de respetar las normas de fondo y de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5 CEDH: “proteger al individuo contra la arbitrariedad”. El TEDH ha expresado que la ley nacional debe ser “suficientemente comprensible y precisa a fin de evitar todo peligro de arbitrariedad” (SSTEDH de 12 de octubre de 2006, caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica* y el ya citado caso *A y otros contra Bulgaria*). Como la totalidad de supuestos contemplados en el número 1 del art. 5, se beneficia de las garantías previstas en los restantes párrafos del precepto, lo que permite aplicar, *mutatis mutandis*, los distintos pronunciamientos del TEDH en materia de privaciones de libertad, particularmente de las que no tienen naturaleza penal. Es necesario aclarar, sin embargo, que el art. 5 CEDH, en ocasiones, no distingue con claridad los supuestos de privación de libertad de carácter penal de los extrapenales, dando lugar a cuestiones de interpretación, situación que también comparte el art. 17 CE.

Por último, “debe existir un enlace entre, de una parte, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, de otro, el lugar y el régimen de la detención”. El TEDH ha expresado, en distintos pronunciamientos, que el art. 5.1.d) exige que el Estado “se dote de una infraestructura apropiada, adaptada a los imperativos de seguridad y también a los objetivos pedagógicos” con los recursos suficientes que requiere el propósito de supervisar la educación del menor (SSTEDH de 29 de febrero de 1988, caso *Bouamar contra Bélgica*; de 16 de mayo de 2002, caso *D.G. contra Irlanda*).

El TEDH ha afirmado que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de motivos de privación de libertad admisibles, pero que “la aplicabilidad de un fundamento no necesariamente impide la de otro; una privación de libertad puede, dependiendo de las circunstancias, estar justificada en uno o más de los apartados” del precepto (SSTEDH de 4 de abril de 2000, caso *Witold Litwa contra Polonia*; de 13 de enero de 2011, caso *Haidn contra Alemania*).

### 3. EL SUPUESTO DE HECHO

Deben distinguirse los requerimientos relativos al perfil del menor de los concernientes a las características de los centros de internamiento.

#### 3.1. Perfil del menor

Se define por cuatro elementos:

- a) Debe tratarse de menores que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM). Por lo tanto, es precisa la constancia de la resolución administrativa que así lo acuerde.
- b) Los menores han de estar “diagnosticados con problemas de conducta” (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM).
- c) Los menores, además del diagnóstico, deben presentar “conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros”. Dichas manifestaciones deben ser, pues, actuales. Es importante precisar que “no podrán ser ingresados (...) 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).

d) Finalmente, es a la hora de analizar los requisitos de la decisión de ingreso donde se detallan, con mayor precisión, las exigencias subjetivas a cumplir. Estos son la *motivación* (“justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada”, art. 25.1 LOPJM), *necesidad* (“exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección” –art. 25.2 LOPJM -, es decir, “cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor en unas condiciones menos restrictivas”, art. 778 bis, apartado 4 LEC) y *proporcionalidad* (por el tiempo “estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas”, arts. 26.5 LOPJM y 778 bis, apartado 7 LEC).

### 3.1.1. Interpretación de la palabra “diagnóstico”

La interpretación de la voz “diagnóstico” ofrece dificultades. Aunque incluye acepciones estrictamente sanitarias (“determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas” o “calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte”), también el acto de “diagnosticar” admite otros significados más genéricos como el de “recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza”.

En el terreno de la salud mental, el uso correcto de este vocablo ha originado debates jurídicos, científicos y profesionales (en este sentido, SSTS, Sala 3ª, de 7 de octubre de 2002, nº de recurso 48/1999; de 7 de octubre de 2002, nº de recurso 43/1999; de 10 de octubre de 2002, nº de recurso 49/1999 y de 10 de octubre de 2002, nº de recurso 154/1999). Como se verá, el significado que atribuye el art. 778 bis LEC no se ciñe al propiamente médico ni al estrictamente vinculado a las Ciencias de la Salud. Es mucho más extenso, comprendiendo tanto los anteriores como otros actos de análisis y evaluación vinculados al propósito educativo que guía el ingreso.

Desde un punto de vista general, la expresión “diagnosticados con problemas de conducta” presenta la confusión entre la presunta patología y el síntoma lo que hace que las fronteras entre los elementos “b” y “c” queden parcialmente desdibujadas. La frase es genérica y no se ciñe a ninguna clasificación nosológica. En cualquier caso, la cuestión radica en que el enfoque de lo que puede definirse como “problemas de conducta” no debe realizarse exclusivamente desde una perspectiva de “enfermedad”.

Tanto el Informe del Defensor del Pueblo ya citado, como el Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de LO complementaria de la Ley de Protección a la infancia, consideran que la noción de “trastornos de conducta” queda todavía lejos de estar consensuada en la comunidad científica.

Centrado el problema en qué conductas entran dentro de la definición, ha de señalarse que la descripción que realiza el apartado “c” se acomoda al precedente “protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta” (2010) que expresa ajustarse a los principios básicos estipulados en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM) y en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud.

El protocolo también orienta sobre el significado de la palabra “diagnóstico” del apartado “b”. En su apartado 5 (titulado “diagnóstico sobre el menor”) diferencia dos momentos. El primero es el concerniente a valorar qué intervención (sanitaria, área de discapacidad o sistema de protección a la infancia o adolescencia) es la adecuada en atención a la información disponible. El segundo es el de adopción de la decisión de ingreso en los centros a los que se refiere la presente Circular que “deberá fundamentarse en un diagnóstico psicológico y social que lo justifique”.

Puede verse, pues, que el término se está utilizando en un sentido más amplio que el estrictamente sanitario. Debe destacarse, además, que la norma también ha optado por la expresión “problemas de conducta”, evidentemente más difusa que la de “trastornos” que utilizan el protocolo de 2010 precitado, el art. 763 LEC (“trastorno psíquico”) y el art. 26.2 LOPJM (“trastornos mentales”). La normativa vigente (art. 26.1 LOPJM, *in fine*) confirma esta

conclusión al señalar que “la solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores” y también al expresar que la propuesta de cese “estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo” (art. 778 bis, apartado 7 LEC). Se trata de un contexto en el que los aspectos de protección y educativos son, pues, los determinantes.

Como ya se ha expresado en epígrafes anteriores, las diferencias respecto al art. 763 LEC, con el que el 778 bis guarda evidentes analogías, radican fundamentalmente en el tipo de centro (específico para menores con problemas de conducta) y en su propia finalidad educativa (en el marco de la protección de menores). En primer lugar, es necesario descartar que proceda un ingreso en un centro de internamiento en salud mental adecuado a la edad (art. 763.2 LEC). Sin embargo, como se ha visto al examinar la doctrina del TEDH, pueden concurrir razones sanitarias y sociales en el ingreso. Si ello se produce, deben tener carácter meramente accesorio puesto que si la situación exige el internamiento en centro de salud mental o de personas con discapacidad no procedería el ingreso en el centro específico para trastornos de conducta. La regulación, de hecho, recoge preceptos que hacen referencia a contingencias sanitarias (art. 33 LOPJM, respeto de las disposiciones sobre consentimiento informado e intervención de médico autorizado en la administración de medicamentos y seguimiento de tratamientos) o derivadas de discapacidad (art. 25.5 LOPJM, mantenimiento o adopción de apoyos especializados e incorporación, en su caso, de medidas de accesibilidad).

En definitiva, a la hora de definir el concreto significado de la palabra diagnóstico empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

### **3.1.2. Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: el riesgo propio o de terceros**

El protocolo citado permite apreciar otra característica: la magnitud o dimensión. No basta con la presencia de desajustes conductuales, es preciso que se manifiesten “en un grado que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves, tanto a sí mismos, como a terceros”. El protocolo también hace referencia al límite que refiere el art. 26.2 LOPJM (excluye “las patologías psíquicas más graves que requieren un abordaje específico”). Lo anterior no significa que los menores no puedan presentar trastornos mentales asociados o dependencia al alcohol o a otras sustancias tóxicas siempre y cuando estas no exijan la atención en centros propiamente sanitarios o sociosanitarios.

Esta idea de “causar perjuicios a sí mismos o a otros” se contempla también en la definición de menores “en conflicto social” que recoge la legislación de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas (así, por ejemplo, el art. 40 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor de la CCAA de Andalucía*; art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la infancia y la adolescencia en Aragón* o art. 83 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia en Navarra*).

Con mayor amplitud, otras Comunidades Autónomas hacen referencia a los menores con “conducta inadaptada”. Así, por ejemplo, el art. 46 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, *de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha*, entiende por tal: “Aquel que, por la insuficiencia de sus aptitudes o por los desajustes de su comportamiento y sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, se encuentra en dificultad o en prolongado conflicto con las circunstancias propias de su edad o de su ambiente familiar o social. La conducta inadaptada está integrada por acciones que infrinjan las normas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas y que perturben gravemente la convivencia en su entorno familiar y social, o que entrañan un grave riesgo para sí mismo o para terceros”. El art. 57 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, *de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana* incorpora una definición parecida.

El Preámbulo de la LO 8/2015, en este sentido, recoge esta pluralidad al referirse a “la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de

protección a la infancia y a las familias”. En concreto se refiere a “menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental”.

### 3.1.3. La necesidad de protección

A pesar de los parámetros mencionados con anterioridad, la definición del tipo de conductas que, de hecho, pueden integrar la situación que contempla la norma sigue siendo extraordinariamente amplia. Es propiamente el elemento “d” el que permite una mayor concreción. Dos son los nuevos parámetros añadidos que deben presentarse conjuntamente: las necesidades de protección y el criterio de subsidiariedad (“como último recurso”).

Las necesidades de protección guardan 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 carácter educativo de todas las medidas que se adopten” (art. 11.2 LOPJM) constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Sin finalidad educativa (“tendrán siempre”, señala el art. 25.2 LOPJM *in fine*), si el menor no precisa estas medidas o si estas ya no son necesarias, el internamiento no estaría justificado.

### 3.1.4. El principio de subsidiariedad

La idea de subsidiariedad (“como último recurso”) implica que no existen medidas o condiciones menos restrictivas que puedan surtir el mismo efecto. Hay que partir siempre del hecho de que la privación de libertad “es una medida tan grave que sólo está justificada cuando otras, menos severas, hayan sido consideradas y se estimen insuficientes (...) teniendo que demostrarse haber sido necesaria en atención a las circunstancias” (SSTEDH *Witold Litwa contra Polonia*, ya citada, y de 5 de octubre de 2000, caso *Varbanov contra Bulgaria*).

Determinar las características de los menores susceptibles de ingreso es cuestión de hecho difícil de concretar en una clasificación exhaustiva. La práctica demuestra el carácter proteico de las situaciones que pueden presentarse. No obstante, sí que es posible fijar unos criterios que, concurriendo de forma singular o conjunta, permiten una inicial delimitación y que mezclan las carencias de los centros de acogida ordinarios para la atención de estos perfiles con la intensidad de los factores de riesgo.

#### 3.1.4.1. Especialización

El primer criterio resulta, pura y simplemente, de la especialización del recurso en este tipo de conductas, del contexto estructurado que permite y de los programas específicos que contempla. Siempre recordando que la valoración del caso concreto depende de los factores de riesgo y la magnitud del trastorno, hay ejemplos que revisten cierta frecuencia como, por ejemplo, los de menores que presentan episodios autolesivos recurrentes.

#### 3.1.4.2. Contención

Un segundo criterio deriva de las necesidades concretas de contención que puede presentar el menor. Los centros de protección, en el marco europeo, se inspiran en la noción de servicio público caracterizado por dos notas esenciales: el carácter abierto (voluntario) y flexible (adaptado a las características 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. Es necesario matizar que el cuidado y educación de un menor implica, normal y necesariamente, decisiones en materia de residencia y la imposición -o autorización a terceros para imponer- de diferentes restricciones sobre su libertad, situaciones que, ordinariamente, no están comprendidas en el art. 5 CEDH (STEDH de 28 de noviembre de 1998, caso *Nielsen contra*

*Dinamarca*), es decir, el *status libertatis* se encuentra contextualizado, en virtud de la minoría de edad “por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad” (STC nº 94/2003, de 19 de mayo).

El perfil del adolescente “fugitivo” es muy variopinto, al igual que los motivos de la fuga. En lo que ahora importa, el sistema de atención consiste, por un lado, en un modelo policial de búsqueda (con mayor o menor intensidad en atención a las circunstancias del caso; véanse, en este sentido, las Instrucciones 1/2009 y 14/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad) y con un sistema de atención de asesoramiento y apoyo a las familias afectadas (servicio de línea directa para casos de niños desaparecidos del número 116000). Desde la perspectiva del sistema de protección no conviene minusvalorar la fuga como factor de riesgo en cuanto que supone una ruptura del adolescente con su medio familiar o institucional. Como trastorno de conducta, puede tener relevancia en cuanto síntoma de un problema más profundo. Hay circunstancias que es preciso comprobar, por ejemplo, la reiteración, la duración (la experiencia de sobrevivir en la calle es siempre traumática y puede comprender determinados riesgos para la integridad del menor como la propiamente física, la contingencia de posibles abusos sexuales, el seguimiento inadecuado de enfermedades crónicas...), la existencia de dinámicas familiares conflictivas (maltratos, disciplinas muy rígidas, etc), de psicopatologías no detectadas, de fugas inducidas por terceros que comprenden actos de abuso, etc.

El retorno del menor fugitivo debe conllevar la adopción de diferentes medidas protectoras que, en ningún caso, contemplan la de ingreso en centro específico como única o principal. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto, conforme a los parámetros generales de necesidad y proporcionalidad, pero es obvio que la contención puede ser precisa para evitar graves riesgos a los menores en algunos casos.

### 3.1.4.3. Delimitación del “riesgo para terceros”

Hasta el momento, se han analizado circunstancias que suponen riesgos concretos para el menor. Sin embargo, también el supuesto de hecho contempla el riesgo para terceros. Aquí se corre el peligro de incurrir en “fraudes de etiquetas” con el sistema de responsabilidad penal de los menores y dar entrada a los “instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos” a los que se refiere (y proscribire) el Preámbulo de la LO 8/2015. La contingencia de participar en infracciones penales puede ser un factor de riesgo añadido en una situación general de conducta problemática, pero nunca puede, por sí sola, justificar el ingreso en el centro específico.

Destacan dos casos. El primero es el de las conductas contrarias a la convivencia cuando impiden el funcionamiento de los centros ordinarios. Hay que partir nuevamente de la idea de dimensiones que se centra en el grado de alteración de la convivencia o el perjuicio de los derechos de otros usuarios y la imposibilidad de alternativas (medidas educativas, traslado de centro, etc.). Es indiscutible el deber de la Entidad Pública de garantizar el derecho de los restantes usuarios a verse libres de toda forma de abuso durante su estancia en un centro de acogida (arts. 19 de la Convención de Derechos del Niño y CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, *sobre los derechos de los menores que viven en instituciones residenciales*). El art. 21.6 LOPJM, en este sentido, establece: “La administración pública competente podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.”

El apartado 7 del citado art. 21 expresa que “de aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal”. A la hora de valorar la necesidad de la medida excepcional de acogimiento en centro específico, los Sres. Fiscales atenderán a los criterios mencionados en el último inciso del art. 21.6 y al historial de medidas obrante en el expediente de protección, en el que se dejará constancia de las comunicaciones remitidas por la Entidad Pública.

El segundo es el derivado de los menores que se encuentran por debajo de la franja de edad prevista en la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM). El art. 3 de la norma precitada expresa que “cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes”. La Exposición de Motivos dispone que este límite mínimo se funda “en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”.

Añade el segundo inciso del precitado art. 3 LORPM que “el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél (...)”. Esta remisión de testimonio no constituye un trámite inexcusable. Debe obviarse cuando por la escasa entidad de los hechos, por la suficiencia de la corrección en el ámbito familiar o educativo y por las circunstancias de todo orden del menor, no se detecte la necesidad de articular los recursos previstos en el orden civil para su protección.

La intervención de la Entidad Pública se funda en la finalidad protectora. Los parámetros por los que debe regirse el principio de subsidiariedad remiten, de nuevo, a la idea de dimensiones (entidad de los hechos, reiteración, factores de riesgo concomitantes y subyacentes) y la existencia de una pluralidad de medidas alternativas aplicables con carácter preferente. La decisión de ingreso en el centro específico debe estar presidida por su carácter de excepcionalidad (principios de necesidad y proporcionalidad). Esta decisión nunca puede concebirse como reacción sancionadora frente a la comisión de delitos.

### 3.1.5. La franja de edad

Ni la LOPJM ni el art. 778 bis LEC determinan las franjas de edades para las que son aplicables estas medidas. Por tanto, el límite máximo es de 18 años (momento en que se alcanza la mayoría), no estableciéndose límite mínimo. En todo caso, no parece aceptable la estancia en estos centros de los más pequeños por lo que los Sres. Fiscales vigilarán, especialmente, los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años cumplidos.

Algunas CCAA han establecido, en la regulación de sus centros específicos, límites en el tramo inferior. Por ejemplo, exigen haber cumplido doce años la CCAA de Castilla-León (art. 6.i del Decreto 37/2004, de 1 de abril, *por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección*) y la CCAA del Principado de Asturias (art. 9 del Decreto 48/2003, de 5 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores*). La CCAA del País Vasco requiere, sin embargo, la edad de 13 años (arts. 4.2.2 y 7.2 del Decreto 131/2008, de 8 de julio, *regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social*).

## 3.2. El centro específico

### 3.2.1. Caracteres generales

Las definiciones de menores en situación de conflicto social o que presentan conductas inadaptadas que recogen las legislaciones de las Comunidades Autónomas, en ocasiones, incluyen dentro de su marco a los menores infractores (por ejemplo, el art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, *de la infancia y la adolescencia en Aragón* o el art. 57 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*). Obviamente, los centros de menores con problemas de conducta pertenecen al ámbito de protección y, por tanto, no pueden ser considerados establecimientos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores que tienen un carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de

noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, apartado VII.5).

Como ya se ha especificado al hablar de las exigencias del CEDH, estos centros deben revestir unos requisitos de adecuación de la infraestructura en materia de seguridad y recursos suficientes a fin de cumplir los objetivos pedagógicos asignados. Como todos los centros de protección, deben cumplir las normas correspondientes, “especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (art. 3.3 CDN). La LOPJM (art. 25.1, segundo párrafo) expresa, en este sentido, que los centros específicos estarán “sometidos a estándares internacionales y a control de calidad” y que “dispondrán de una ratio adecuada entre el número de menores y el personal destinado a su atención para garantizar un tratamiento individualizado a cada menor” (art. 25.4). Deben estar disponibles los programas específicos que justifican su finalidad (art. 25.2), con una cierta flexibilidad que permita su adaptación a las necesidades concretas de los usuarios. En lo que al Fiscal concierne, estos extremos suelen ser materia de las visitas de inspección a las que, posteriormente, se hará referencia.

Téngase en cuenta, por último, que se trata de una modalidad de acogimiento residencial. La regulación del régimen de funcionamiento es, por ello, competencia de la Entidad Pública que deberá prestar especial atención “a la 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 contribuyan a asegurar sus derechos” (art. 21.2 LOPJM, párrafo segundo). La norma es respetuosa con la distribución de competencias en materia de protección de menores de las CCAA, garantizando una protección uniforme en todo el territorio del Estado. La disposición adicional segunda de la LO 8/2015 expresa, en este sentido, que “el Gobierno fomentará con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de esta ley en todo el territorio, y, en todo caso, en lo relativo a los centros de protección de menores con problemas de conducta”.

### 3.2.2. La cuestión de los centros privados

El art. 25.1 LOPJM expresa que el capítulo se refiere a los “centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales”.

Respecto a los centros gestionados por entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, dispone la aplicación a los mismos del título II, capítulo IV LOPJM y que “deberán contar con la autorización administrativa para su funcionamiento emitida por la Entidad Pública competente en materia de protección a las personas menores de edad, y sujetos a su régimen de inspección y, en su caso, sanción administrativa”.

La intervención privada, pues, se encuentra limitada a la ya expresada en el artículo 25.1 LOPJM y disposición adicional cuarta Ley 26/2015. Lo anterior no significa que se excluya totalmente. En primer lugar, la intervención con menores que presentan problemas de conducta en medio abierto (sin vinculación alguna a centros de internamiento) exige recursos de atención especializada profesional que no tienen necesariamente que revestir naturaleza pública.

Por otro lado, los problemas de conducta tienen también perspectivas vinculadas a los recursos sanitarios o sociosanitarios (como la LOPJM expresamente recoge en el art. 26.2) y al sistema educativo (art. 73 LO 2/2006, de 3 de mayo, *de Educación*). El internamiento, en el primer caso, tendría que ajustarse a las exigencias del artículo 763 LEC.

En lo que concierne al sistema educativo, la existencia de establecimientos de enseñanza en régimen de internado es un hecho. La libertad de creación de centros docentes de este tipo entraría dentro de las previsiones del artículo 27.6 CE que regula el derecho a la educación. La posibilidad de ciertas restricciones de la libertad del menor es admisible, como ya se analizó al hacer mención al caso *Nielsen contra Dinamarca*. Ahora bien, junto con las exigencias

generales de autorización del organismo competente en materia de educación, existen evidentes límites, tanto de carácter general (art. 19 CDN) como, en lo que concierne propiamente a la intensidad de las citadas restricciones, es decir, la disciplina de un centro educativo no puede infringir los derechos consagrados en normas internacionales (véase, en este sentido, la Observación General n° 13[1999] del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, apartado 41, sobre el artículo 13 del Pacto referido al derecho a la educación).

## 4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

### 4.1. Legitimación

La legitimación activa para solicitar la autorización, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes (arts. 778 bis, apartado 3, y 26.3 LOPJM), se otorga a la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor y al Ministerio Fiscal, previsión que repite el art. 26.1 LOPJM.

Nada dice, en los casos en que el menor se encuentre bajo guarda voluntaria, de la intervención de los progenitores o tutores que siguen manteniendo responsabilidades parentales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 172 bis CC (redacción conforme Ley 26/2015). El art. 25.3 LOPJM, lo único que establece es que *será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional*.

El art. 763 bis del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 contenía una previsión para los padres y tutores que ostentaran la patria potestad o tutela para solicitar el ingreso en los centros privados para menores con medidas de contención y restricción de derechos y libertades fundamentales que no se encontraran bajo medida de protección de la Entidad Pública.

Con anterioridad a la reforma legislativa, la Circular 8/2011 distinguía entre los casos de tutela (ordinaria o administrativa) de los de guarda, estimando que no era necesaria la autorización porque entraba “dentro del radio de facultades y deberes integrados en la patria potestad”, pudiendo recabar “el auxilio de la autoridad” conforme al artículo 154 CC. Con la redacción actual, dicha diferenciación no cabe. Se exige que el menor se encuentre bajo tutela o guarda de la Entidad Pública y, en este último caso, también es exigible autorización judicial.

La simple lectura del apartado 1 del art. 778 bis podría dar lugar al falso entendimiento de que es posible el ingreso, a solicitud del Ministerio Fiscal, de menores que no se encuentren en situación de tutela o guarda administrativa. Sin embargo, la definición del supuesto de hecho realizada en el n° 1 del artículo 25, párrafo segundo (precepto al que remite expresamente la norma procesal), deja bien claro que sólo es posible para el “acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública”.

Finalmente, es preciso puntualizar que la necesidad de autorización judicial es independiente de que el menor consienta o no el ingreso.

### 4.2. Competencia

La competencia objetiva para el otorgamiento de la autorización se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia y la territorial al “del lugar donde radique el centro”, previsión que reitera en los supuestos de ratificación del ingreso urgente.

Cuestión práctica importante la constituye la derivada de la distribución territorial de los recursos. Las propias normas autonómicas prevén la posibilidad de ingreso en centros de otras CCAA en atención a la carencia de dispositivos en el ámbito territorial o fundamentado en las circunstancias concretas y el interés del menor. En el supuesto de solicitudes del Ministerio Fiscal que requieran comunicaciones entre las Secciones de Menores de las distintas Fiscalías Provinciales, se procederá conforme a los principios generales de celeridad y flexibilidad, evitando prácticas burocráticas que puedan suponer dilación. Sólo se recurrirá al auxilio fiscal en los casos en que sea estrictamente preciso, acudiendo, como alternativa, a cualesquiera otros medios de comunicación inmediata, singularmente telefónicos o informáticos.

Los Sres. Fiscales Delegados, tanto de las Secciones de Menores provinciales como los Delegados de Menores para la Comunidad Autónoma, velarán por resolver las diversas contingencias que puedan surgir, solventando coordinadamente las ocasionales diferencias de parecer que puedan producirse. En los casos excepcionales en que la labor mediadora de los Delegados no diese fruto, resolverá el superior jerárquico común. Lo anterior implica, cuando las Secciones estén integradas dentro de la misma Comunidad Autónoma, que se acuda de inmediato –a través de los delegados de Sección- al Fiscal Superior de la correspondiente Comunidad, para que disponga lo que hubiere lugar (art. 22.4 EOMF). En aquellos casos en que las Secciones provinciales correspondan a diferentes CCAA, se acudirán por los respectivos Delegados al Fiscal de Sala Coordinador de Menores que resolverá el conflicto, conforme al art. 20.3 EOMF y la Instrucción 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*.

### 4.3. Capacidad procesal, representación y defensa

El art. 763.3 LEC (internamiento por razón de trastorno psíquico) expresamente refiere que “en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”, es decir, que pueden comparecer con su propia defensa y representación y, si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, y, en otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado. Por contra, el nuevo artículo 778 bis LEC no hace referencia a este extremo.

El art. 2.5 LOPJM establece que “toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”. Esta disposición debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, que entró en vigor en España el 1 de abril de 2015, y con las orientaciones generales del Consejo de Europa (*Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños*, adoptadas el 17 de noviembre de 2010) y la Unión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*. Bruselas, 15.2.2011, apartado 2.1) sobre la Justicia accesible a los niños (*child-friendly justice*).

En lo que se refiere a la capacidad procesal, el propio art. 2.5 LOPJM establece, entre las diferentes garantías del proceso, “la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses”. El art. 10 LOPJM expresa que “para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: (...) e) Solicitar (...) el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses”. El derecho de designar un representante forma parte del contenido de los derechos procesales del niño conforme al artículo 4 del Convenio de 1996, sin perjuicio de la facultad judicial de nombrarlo (art. 9).

En el marco concreto de las privaciones de libertad, el menor tiene “derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (artículo 37.d CDN). El precepto no se refiere exclusivamente a las privaciones de libertad acordadas en materia de responsabilidad penal de los menores sino a todas las formas de privación de libertad, como el propio Comité de Derechos del Niño ha tenido ocasión de recordar (Observaciones Generales nº 10[2007] y 6[2005]).

Conforme a la nueva redacción del art. 10 LOPJM “para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: (...) e) Solicitar asistencia legal (...). En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores”. El nuevo art. 21 bis LOPJM confiere al menor la posibilidad de “ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo”, con independencia de la modalidad de

acogimiento en que se encuentre (véase, también, art. 2.5.e). No obstante, el art. 17.3 CE, que “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”, halla su preferente razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (STC nº 341/1993, de 18 de noviembre).

No siendo, pues, obligatoria la intervención de Letrado, los Sres. Fiscales cuidarán de que el menor sea informado de su derecho a designar Abogado y, en su caso, defensor judicial. A tal efecto, deberá hacerse constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación de tales derechos realizada por el Juzgado. Al igual que ha expresado el TC en relación con el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, se “impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información” y, al mismo tiempo, “no presuponer su conocimiento por el afectado” (STC nº 141/2012, de 2 de julio).

En caso, de que el menor no ejercite este derecho, la defensa siempre correrá a cargo del Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749. 2 LEC y 10 LOPJM ya citado).

Téngase en cuenta, además, que la normativa alude expresamente a la intervención de Abogado independiente en los arts. 31 (asistencia en materia de régimen disciplinario) y 34 LOPJM (garantiza la asistencia en los recursos sobre medidas limitativas del régimen de visitas y de los permisos de salida).

Finalmente, es importante destacar que, en lo que concierne a la posibilidad de entablar recursos, el art. 778 bis –a diferencia del art. 763 bis, apartado 5, del Anteproyecto- ha acogido la legitimación autónoma del menor para su interposición, asumiendo el parecer expresado por el CGPJ. Si desea interponerlo, será necesaria la designación de Abogado y Procurador (art. 750.1 LEC).

#### 4.4. Información de derechos

Como ya se ha expresado, el art. 2.5 LOPJM establece el derecho procesal del menor “a ser informado”. Los arts. 2.d y 3 del Convenio de 1996 definen la “información pertinente” como “la información apropiada, habida cuenta de la edad y del discernimiento del niño, que se le facilitará con el fin de permitirle ejercer plenamente sus derechos, a menos que la comunicación de dicha información redunde en perjuicio de su bienestar”.

Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa suministran una importante orientación sobre la forma y contenidos de carácter general (apartado IV, reglas 1 a 5). La información debe facilitarse de manera adaptada a la edad y madurez, en lenguaje que sea comprensible y con sensibilidad al género y la procedencia cultural del menor.

Como regla, tanto los niños como los padres o legales representantes deben recibir directamente la información. El hecho de suministrarla a los padres no exime de la obligación de comunicarla al menor afectado.

El art. 778 bis, apartado 4, hace referencia expresa a esta obligación al señalar que el menor “deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le sean comprensibles a su edad y circunstancias”. Téngase en cuenta que el requisito de la información de los motivos de la detención es exigencia del art. 5.2 CEDH, situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad debido al “estrecho vínculo entre los párrafos 2 y 4 del art. 5” CEDH (STEDH de 21 de febrero de 1990, caso *Van der Leer contra los Países Bajos*). Del mismo modo, también es exigible conforme al art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo primer inciso es aplicable a todas las formas de privación de libertad (Observación General nº 8[1982] del Comité de Derechos Humanos de la ONU *sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales*).

En suma, como expresa el memorando de las líneas directrices (apartado 54), “los niños necesitan comprender lo que está sucediendo, cómo las cosas van a seguir su curso o pueden hacerlo, qué opciones tienen y cuáles son las consecuencias de las mismas”.

En el caso de extranjeros menores de edad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.h del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, es preceptiva la comunicación al correspondiente consulado.

Finalmente debe subrayarse que el Convenio de 1996 matiza que corresponde a la autoridad judicial “asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente” (art. 6.b). La forma de transmisión podrá ser oral o escrita según las circunstancias, conforme expresa el memorando (apartado 28). Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa se muestran favorables al desarrollo y facilitación de documentos que contengan la mentada información adaptados a los menores (nº 4). En cualquier caso, es necesaria la constancia documental de su práctica, bien a través de una diligencia de notificación o en el acta de examen personal del menor (véase, en este sentido, la citada STC nº 141/2012, de 2 de julio).

## 4.5. Tramitación

El artículo 778 bis constituye un nuevo proceso especial de carácter singular, al que no son aplicables las disposiciones generales del artículo 753 LEC.

La norma expresa una serie de trámites obligatorios, de forma paralela al art. 763 LEC, destinado al internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

En primer lugar, establece que el Juez debe “examinar y oír” al menor. Es necesario atender al ámbito subjetivo: su opinión, preferencias y razonamientos. Son, naturalmente, de aplicación los arts. 12 CDN (junto a la interpretación del mismo dada por la Observación General nº 12 del Comité de Derechos del Niño [2009]: *El derecho del niño a ser escuchado*) y 9 LOPJM. El resultado de la audiencia del menor no es vinculante, puede desatenderse motivadamente. La omisión de la audiencia en sede judicial supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC nº 152/2005, de 6 de junio). En el caso de rechazo del menor a la audiencia, el criterio debe ser el de la Observación General nº 12 ya citada: “jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento” (apartado 134).

En segundo lugar, se establecen las audiencias preceptivas a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada.

La Ley no hace referencia a los progenitores o tutores que tengan suspendida la patria potestad o tutela en los casos de desamparo. En este sentido, es de recordar que el art. 22 LOPJM obliga a la Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela a informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba. No deja de ser una medida extraordinaria adoptada dentro del seno de una situación de separación familiar. En principio, deben tener conocimiento del procedimiento judicial y poder participar en él (artículo 9.2 CDN). De no hacerlo así y no haberse practicado las actuaciones necesarias para atender en un grado suficiente la precisa protección de sus intereses, “existiría un fracaso en el respeto a la vida familiar y una intromisión derivada de la decisión que no sería susceptible de ser considerada como *necesaria* en el sentido del artículo 8” CEDH (STEDH de 8 de julio de 1987, caso *B. contra el Reino Unido*).

En tercer lugar, la norma exige “informe” del Ministerio Fiscal. Cabe, en principio, su realización por escrito.

En cuarto lugar, de forma paralela al art. 763, el nº 4 del art. 778 bis establece que el Juzgado “recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso o le sea instada”.

La tradicional intervención del médico forense no es siempre necesaria. El término “facultativo” tiene diversas acepciones conforme al DRAE y, si bien una de ellas es la de “médico o cirujano”, también se aplica a otras personas que “profesan una ciencia o arte”.

Como se expresó en el epígrafe 3.1, la propia norma aclara que la solicitud de ingreso “estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por *personal*

*especializado en protección de menores*”. La preexistencia de un informe emitido desde la imparcialidad debe tenerse presente. Esta circunstancia era destacada en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Protección a la Infancia, abogándose en el mismo por una flexibilización del procedimiento en aras a la necesaria celeridad.

Además de la posibilidad de intervención del Médico Forense, debe tenerse presente la reorganización de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la posibilidad de integrar en ellos a los equipos psicosociales que incluyen el personal con formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica, llevada a cabo por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (art. 479.3). Igualmente podrá acudir a otros técnicos adscritos a los Juzgados, a las entidades locales o a la Entidad Pública de Protección de Menores.

La resolución debe fundarse en el interés del menor, conforme a los criterios que resultan del art. 2 LOPJM y expresar el resultado de su audiencia y la valoración de la misma (art. 9.3 LOPJM). El auto debe pronunciarse, además, “sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse” (art. 26.3 LOPJM).

Como expresaba la Circular 8/2011, “en aplicación del principio de prohibición de exceso, el Fiscal debe analizar la adecuación cualitativa (en relación a las necesidades del menor) y cuantitativa (intensidad y duración) de la medida, su necesidad por inexistencia de otro recurso menos restrictivo que pudiera ser aplicado con igual resultado y su proporcionalidad”.

## **5. EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS URGENTES**

### **5.1. Límite máximo e improrrogable**

Conforme al art. 26.3, párrafo segundo LOPJM: “... si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hicieren necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no lo autorice”. El art. 778 bis LEC, en su apartado 3, párrafo primero, de forma similar, dispone que “... en este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado”.

El plazo para la ratificación de la medida no puede elevarse en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC nº 341/1993, de 18 de noviembre, 179/2000, de 26 de junio y 141/2012, de 2 de julio). El régimen de los plazos no se aparta, por lo antedicho, del establecido en el art. 763 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En este sentido, en la STC nº 182/2015, de 7 de septiembre, referida a este último tipo de internamientos, el TC estudia el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento y considera que no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. La extensión de tal límite lesionaría el derecho a la libertad personal.

Como ya se refirió en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria* (apartado 7.2), las Fiscalías Provinciales y de Área deberán promover ante el Juez de Guardia la legalización de los internamientos en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del

Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005. Conforme al art. 42.5 *el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Por su parte, el art. 70 LEC dispone que *los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable*.

Incumbe a las autoridades judiciales la adopción de los ajustes necesarios, incluso durante un período de vacaciones, para asegurar que los asuntos urgentes sean resueltos con rapidez y esto es particularmente indispensable cuando la libertad personal de un individuo está en juego (STEDH de 29 de agosto de 1990, caso *E contra Noruega*). Como ha señalado el TC, la superación del plazo –que opera como límite máximo e improrrogable– conlleva la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE. No puede mantenerse el confinamiento si a la expiración no se ha ratificado la medida, no cabiendo aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar la demora. No puede convalidarse el incumplimiento porque, con posterioridad, se dicte auto y este resulte confirmatorio.

Aclara el TC que “vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad”, dado que “otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente” (STC nº 141/2012, de 2 de julio).

Siendo aplicable todo lo expuesto con anterioridad referido al internamiento urgente por razón de trastorno psíquico, son apreciables dos diferencias de importancia. En primer lugar, a diferencia del internamiento por razón de trastorno psíquico donde “lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario” (STC nº 141/2012, de 2 de julio), aquí podría ser admisible el traslado del menor desde el centro al Juzgado. Sin embargo, las *Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños* (apartados 54 a 63 y 121 a 125 de su memorando) incluyen consideraciones sobre trato, lenguaje y entorno que contemplan la necesaria adaptación de las salas de espera y los lugares donde se desarrollen las entrevistas. Es de observar que, incluso para los adultos, las instalaciones judiciales presentan un carácter intimidante. Se considera, por ello, norma de buena práctica el desplazamiento al centro de protección especializado.

En segundo lugar, si se supera el plazo y es necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección ordinario que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

## 5.2. El procedimiento de *habeas corpus*

El art. 17.4 CE establece que “la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. La LO 6/1984, de 24 de mayo lo regula, atribuyendo al Juez de Instrucción la competencia para su conocimiento.

En este concreto ámbito, la cuestión de la observancia de los plazos ha sido objeto de atención en materia de internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico por parte del TC, doctrina que es enteramente aplicable a otras formas de privación de libertad de carácter no penal como la presente.

Así, al igual que en los supuestos del art. 763 LEC, en lo que concierne a la preceptiva comunicación al Juzgado, cuando se “incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus*” (STC nº 141/2012, de 2 de julio). Con independencia de que todas las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial sean denunciadas ante el mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y, en su caso recurriéndola, todos los casos de inactividad objetiva del órgano judicial permiten acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de Instrucción en procura de la necesaria tutela de la libertad.

La ausencia de control regular del internamiento (revisiones) también puede justificar el recurso al *habeas corpus* (STC nº 104/1990, de 4 de junio).

Debe destacarse, por último, el relevante papel que en la protección del derecho a la libertad otorga la LO 6/1984 tanto al Juez de Instrucción competente (que puede iniciarlo de oficio) como al Ministerio Fiscal, que está facultado para instarlo (art. 3).

## 6. RÉGIMEN DE RECURSOS

El recurso apelación, que carece de efecto suspensivo, sólo podrá 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”.

La limitación excluye la presencia de otras figuras como los guardadores de hecho o los acogedores, cuyas facultades se han ampliado por la Ley 26/2015 en los arts. 303 CC y 20 bis LOPJM, respectivamente.

Como exigencia del principio de flexibilidad que rige en la aplicación de las medidas de protección de menores, en el momento de decidir, la Audiencia deberá tener en cuenta “el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias” que se hayan producido durante el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado de la resolución en primera instancia (art. 2.5.e LOPJM).

El carácter preferente del procedimiento en todas las instancias resulta de su propia naturaleza tuitiva de derechos fundamentales en materia de protección de menores (en sentido similar, arts. 249.1.2º y 779, párrafo primero LEC y 9.1 LOPJM).

## 7. INTERVENCIÓN JUDICIAL DURANTE EL PERÍODO DE INTERNAMIENTO: REVISIONES, INCIDENCIAS Y TRASLADOS

La revisión a intervalos razonables de las circunstancias que motivan la privación de libertad forma parte del contenido del art. 5.4 CEDH (por todas, STEDH de 26 de septiembre de 2000, caso *Oldham contra el Reino Unido*). El plazo ordinario para la revisión (tres meses) es más reducido que en el caso del art. 763 LEC para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La revisión exige el envío del informe periódico de la Entidad Pública y del Director del Centro, la audiencia del menor y el informe del Ministerio Fiscal.

Es importante destacar que la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia. Conforme al artículo 37.b CDN, 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 rectora supone su consideración como intervención extraordinaria temporal por períodos concretos y no con duración indeterminada.

Los Sres. Fiscales vigilarán especialmente que los menores no permanezcan en el centro “más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas” (art. 26.1 LOPJM), realizando especial seguimiento de aquellas estancias que excedan de 9 meses de duración.

El ingreso en este tipo de centros puede llevar aparejada una serie de vicisitudes que precisan de intervención judicial del órgano que esté conociendo el ingreso. Son las siguientes: 1) Recurso contra la adopción de medidas de seguridad (contención mecánica, contención física, aislamiento o registros personales y materiales) acordadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor, Ministerio Fiscal o la Entidad Pública, conforme al art. 27.3 LOPJM); 2) Recurso contra las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salida

adoptadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor “al que se le garantizará asistencia legal de abogado independiente” o del Ministerio Fiscal, art. 34.3 LOPJM); 3) 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 (a instancias del menor, del Ministerio Fiscal y de las personas interesadas, art. 35.2 LOPJM); 4) Recurso contra las decisiones de traslado de centro (a instancias del menor, Ministerio Fiscal y personas interesadas, art. 778 bis LEC, apartado 6, párrafo último).

Si la revisión hace referencia al aspecto temporal del principio de proporcionalidad, el control judicial de las medidas y posibles restricciones remite directamente a la adecuación de la intensidad. El art. 26.3 LOPJM exige que la autorización del ingreso (o ratificación) se pronuncie “sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse”. Nada parece impedir que la omisión de este extremo en la resolución pueda ser subsanada con posterioridad (art. 215 LEC) o que se dicte una nueva que contemple la referida aplicabilidad, pese a que inicialmente no se permitiera.

El concepto de medidas de seguridad (contención, aislamiento o registros) se desarrolla en los arts. 27 a 30 LOPJM.

Debe en este punto tenerse presente la Observación General nº 4 del Comité de los Derechos del Niño (2003) que reconoce que el entorno social del niño es un factor determinante de su nivel de salud. La Observación menciona a los menores que viven en establecimientos públicos como particularmente expuestos a la violencia institucional, lo que presupone la obligación de los poderes públicos de adoptar cuantas medidas legales, administrativas, sociales, sanitarias y educativas sean precisas para protegerlos y garantizar la indemnidad de su derecho a gozar del máximo nivel posible de salud, frente a cualquier posible forma de maltrato personal o institucional, frente a abusos terapéuticos o disciplinarios y frente a la institucionalización excesiva o inadecuada.

Como expresara la Circular 8/2011 “es necesario que los Sres. Fiscales supervisen los Reglamentos de Régimen Interno y su aplicación, a fin de comprobar que el aislamiento se utiliza correctamente”.

El régimen de visitas, permisos de salida y comunicaciones del menor, se regula en los arts. 34 y 35 LOPJM. Es importante recordar que el TEDH ha expresado que la existencia de permisos de salida no implica que el afectado no esté legalmente detenido (SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Ashingdane contra el Reino Unido*). Lo anterior tiene importantes efectos, en particular respecto a los plazos de revisión.

En lo que concierne al régimen de visitas, debe destacarse que se aparta del sistema general establecido en el artículo 161 CC, precepto que ha experimentado una importante evolución. La Circular 8/2011 se pronunció expresamente sobre la competencia de la Entidad Pública para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquella y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal (apartados VI y XV.5). Aunque algún pronunciamiento (STS nº 663/2013, de 4 de noviembre) estimó que la limitación o suspensión del régimen de visitas y comunicaciones es propiamente judicial, la propia Sala 1ª fijó como doctrina jurisprudencial que “la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada” (STS Pleno nº 321/2015, de 18 de junio). El art. 161 CC, tras su modificación por la Ley 26/2015 ha perfilado todavía más esta cuestión, disponiendo:

*La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas*

*previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.*

*El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

En el sistema que regulan los arts. 34 y 35 LOPJM, 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. El sistema de recursos también varía, dado que se aparta del régimen general del art. 780 LEC, siendo competente para la resolución del recurso el órgano judicial que esté conociendo el ingreso (el del lugar en el que radique el centro) que puede perfectamente no coincidir con el que tendría esta atribución en el caso del citado art. 780 (fuero del domicilio de la entidad protectora, conforme señala el art. 779 LEC).

Cabe entender, como línea de principio, que existirá sintonía de criterios entre la dirección del centro y la Entidad Pública, sobre todo cuando se integren en una misma organización administrativa. Ahora bien, es conceptualmente posible que dicha situación no se dé o que la organización no sea la misma (véase, en este sentido, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, que regula el régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes). En tales casos, es evidente que la Entidad Pública podrá intervenir en el procedimiento judicial (arts. 778 bis, apartado 1 LEC y 26.1 LOPJM), siendo tutora o guardadora del menor y ostentando legitimación, con carácter general, en los procedimientos civiles en los que se acuerden medidas de protección (art. 216 CC).

Una interpretación sistemática de los arts. 34 y 35 LOPJM en relación con los arts. 154 a 161 CC lleva necesariamente a reconocer también legitimación para recurrir las resoluciones que restrinjan o suspendan las visitas, comunicaciones y salidas a los padres y a otros allegados interesados.

Por último, la norma procesal (art. 778 bis, apartado 6, último párrafo) regula el régimen de traslados a otros establecimientos de la misma naturaleza, estableciendo que no será necesaria nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento para el control periódico el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. Se acoge el criterio de competencia establecido por la doctrina del Tribunal Supremo, tanto para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico como para los de tutela, que ya había sido objeto también de resolución para los centros de “formación especial” (Así, ATS de 2 de septiembre de 2014, nº de recurso 88/2014).

## **8. CESE DE LA MEDIDA**

La nueva norma se aparta del tenor del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 que expresaba que “cuando la Entidad Pública o el Director del centro si el menor no estuviera bajo la protección de aquélla, consideren que debe cesar la referida medida, la dejarán sin efecto y comunicarán el informe de alta y la resolución administrativa, en su caso, inmediatamente al Ministerio Fiscal y al Tribunal competente, quien procederá al archivo del procedimiento”. Este era el criterio que, en la práctica judicial, se siguió hasta la entrada en vigor de la LO 8/2015.

La redacción vigente, en sentido contrario, señala: “El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo” (arts. 778 bis, apartado 7, párrafo segundo, LEC y 26.5 LOPJM).

Es de reseñar que también se separa del criterio adoptado para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Durante la tramitación de la LEC, el art. 765 del Proyecto de Ley establecía una solución similar que fue rechazada. La razón de ello era muy clara, la intervención judicial se justifica en aras a garantizar la libertad ambulatoria. Las razones del

internamiento son de carácter terapéutico cuya decisión compete al criterio médico. Si es el Juez el que decide el mantenimiento de la medida se deduce que puede estar justificado por otras razones distintas.

Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de la necesidades de protección del menor.

## 9. FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL

La intervención del Ministerio Fiscal es siempre preceptiva (art. 749 LEC), pudiendo actuar como solicitante o como mero dictaminador. No plantea especiales problemas la segunda de estas funciones. La primera, sin embargo, sí que genera dudas tanto de concepto como prácticas.

La norma no establece ninguna limitación a la hora de valorar la oportunidad de dirigir una solicitud de ingreso al órgano judicial. Sin embargo, son muchas las razones que aconsejan un uso prudente de esta facultad. La primera radica en que los recursos, en estos casos las plazas en centro de estas características, son limitados. Lo anterior implica una acción coordinada a fin de optimizar los mismos y atender a unos criterios básicos con objeto de dar prioridad a aquellos casos en que las necesidades que presenten los menores así lo demanden.

La segunda es que es necesario respetar el principio de subsidiariedad, lo que exige una adecuada evaluación de las medidas alternativas y de la posibilidad efectiva de llevarlas a cabo. Es preciso tener en cuenta que las medidas residenciales han de constituir siempre la excepción y que deben priorizarse las medidas de prevención para el apoyo de los menores y sus familias en la medida de lo posible. En un contexto en el que claramente se observan déficits en dispositivos públicos de atención en las distintas áreas relacionadas con la atención de los problemas de conducta (salud mental infanto-juvenil, educación inclusiva, mecanismos de apoyo familiar...) debe evitarse acudir a este tipo de recursos en primer término.

Finalmente, la legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM).

Como línea de principio, en los casos de menores en que la Entidad Pública asuma la tutela o guarda, será necesario examinar el plan individualizado (art. 19 bis LOPJM). La intervención del Fiscal se desarrollará en el marco de su papel de superior vigilancia que le confiere el art. 174 CC. Si se detecta una situación de pasividad de la Administración o un criterio evidentemente errático y, tras ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública, no se adopta la medida, es el momento de dictar la correspondiente resolución en el expediente de protección (de menores tutelados o de guarda, conforme a las distintas categorías descritas en la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores*). El decreto deberá fundamentar rigurosamente las distintas circunstancias que configuran el supuesto de hecho, ya citadas en la presente Circular, y servirá de fundamento a la correspondiente solicitud.

Como ya se ha referido, es posible que la necesidad del ingreso se detecte en el ámbito judicial en los casos en que la guarda se haya acordado directamente por el Juez, lo que permitiría una intervención al margen de la evaluación de la Entidad Pública. Si el Fiscal, en atención a las circunstancias existentes y a los informes psicosociales de que disponga, considera necesario y justificado el internamiento, deberá solicitarlo si la situación no permite demora. En caso contrario, lo procedente será comunicarlo a la Entidad Pública.

Es importante destacar que los informes psicosociales normalmente procederán de los Equipos Técnicos de la Sección de Protección de Menores o de los Juzgados de Familia, pero también es posible recabarlos de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas. El nuevo apartado 4 del art. 174 CC así lo permite al Ministerio Público. El Preámbulo de la Ley 26/2015 (apartado III) justifica lo anterior: "Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas

de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública.”

En los casos en que fuera necesario proceder al ingreso por razones de urgencia, hay que recordar que, a diferencia del art. 763.1 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, el art. 778 bis, apartado 3, expresa que la comunicación al Juzgado dentro de las 24 horas se realice directamente por el Ministerio Fiscal (no por el responsable del centro).

La decisión de ingreso por razones de urgencia exige una resolución fundada que adoptará la forma de decreto. Se razonarán tanto las circunstancias que configuran el supuesto de hecho como los motivos que exigen la adopción inmediata de la medida. Importante es concretar la necesidad de protección y la finalidad educativa, particularmente en los casos en que pueda cuestionarse que el móvil del ingreso responde a criterios de defensa social frente a menores conflictivos, lo que prohíbe la normativa (art. 25.2 LOPJM).

Finalmente, en lo que concierne al internamiento urgente, deben abordarse dos problemas prácticos. El primero radica en la necesidad de comprobar la existencia de plazas, para lo cual es necesario comunicar previamente con los centros correspondientes de la forma más rápida posible. En el caso de inexistencia de plazas, habrá que valorar si proceden medidas alternativas o, en su caso, simplemente poner al menor a disposición de la Entidad Pública si hubiera lugar a ello.

El segundo radica en si es posible, en los supuestos en que existan plazas libres en distintos centros, optar directamente por uno u otro o se trata de una competencia exclusiva de la Entidad Pública. La atribución de esta facultad a los tribunales presenta soluciones dispares en el derecho comparado. Inicialmente, en tanto no se consolide otra práctica, habrá de partirse de que forma parte de las facultades de auto organización de la Entidad Pública.

Debe subrayarse que todo ingreso en estos centros exige como presupuesto que el menor esté bajo medida de tutela o guarda de la Entidad Pública, por lo que si el menor no se encuentra bajo tales medidas, la única vía para que pueda acordarse el internamiento al margen de dicha Entidad Pública es la de que previa o simultáneamente se acuerde por el Juzgado la guarda del menor.

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), posibilitando que el Ministerio Público decrete el ingreso de urgencia o promueva la autorización.

## 10. DERECHO TRANSITORIO

La normativa procesal concierne al procedimiento aplicable a la revisión (expediente de jurisdicción voluntaria o procedimiento contradictorio). Los trámites propiamente dichos, actualmente previstos en el art. 778 bis, apartado 6, no difieren, esencialmente, de los que se realizaban con anterioridad a su entrada en vigor.

Sin embargo, existen cuatro cuestiones que pueden suscitar dudas. La primera consiste en quién acuerda el cese de los internamientos autorizados o ratificados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015. Junto con la disposición del art. 778 bis, apartado 7, la situación se prevé también el art. 26.5 LOPJM. Habrá de solucionarse la cuestión conforme a la previsión de la Disposición Transitoria Única de la LO 8/2015, conforme a la que “los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio”. Consiguientemente, los procedimientos incoados con anterioridad a su vigencia no exigirán que el cese lo acuerde el Juez. Ello no obsta a que en todo caso, también en estos procedimientos pueda el Juez acordar el cese de la medida.

La segunda cuestión radica en qué sucede con los ingresos que se verificaron sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad. Desde

la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2015, todas las admisiones en este tipo de centros están sometidas a control judicial, por lo que sería necesario proceder a la correspondiente "regularización" (situación similar ya fue contemplada en la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos*). Sin embargo, tras la STC nº 34/2016, de 29 de febrero -referente también al art. 763 LEC-, "no resulta posible hablar de la *regularización* de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez" (FJ 5º). Conforme al tenor de la resolución, es obligado poner fin a dicha situación de ilicitud porque no puede introducirse "un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente". Hay que añadir que, a pesar de lo anterior, "no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad". Debe recordarse -como se hizo en el apartado 5.1 de la presente Circular- que la Entidad Pública sigue estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado, por lo que puede haber lugar a un acogimiento residencial en un centro de protección ordinario -que no exige intervención judicial- y solicitar desde allí la autorización ordinaria para el ingreso en centro específico conforme al art. 778 bis.

Los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015, competencia del órgano judicial que conoció del ingreso, se tramitarán conforme a la nueva normativa ya que tienen sustantividad propia, con independencia de que la autorización o ratificación inicial se haya verificado en un expediente de jurisdicción voluntaria incoado con anterioridad.

Por último, la obligación de revisar la medida con carácter trimestral (art. 32 LOPJM y 778 bis apartado sexto LEC) debe entenderse aplicable también a los internamientos acordados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Este fue el criterio seguido por la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos* que disponía que "por lo menos cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos, cualquiera que sea su denominación, tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983 como los ingresados al amparo de la legislación anterior, según ordena el art. 211 del Código Civil".

## 11. INSPECCIÓN DE CENTROS

La garantía judicial no es el único control que exigen los centros de estas características. La preocupación que suscita los internamientos de menores, ha tenido reflejo en recomendaciones internacionales como la CM/Rec(2009)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, *sobre estrategias nacionales integradas para la protección de los menores de la violencia*, de 18 de noviembre de 2009. Su art. 5.1 establece la obligación explícita del Estado de asegurar los derechos de los menores a la protección de todas las formas de violencia, incluso en sus formas más leves, prohibiendo aquellas que incluyen, imperativamente "todas las formas de violencia en instituciones residenciales" (recordando la Recomendación CM/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). Del mismo modo, cabe citar la Observación general nº 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño titulada "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" que establece una definición del término acorde con el art. 19.1 CDN.

Al margen de la investigación, en su caso, de posibles responsabilidades penales conforme al tipo penal incorporado al art. 533 CP, las funciones de control externo tienen un contenido más amplio. El ya citado Informe del Defensor del Pueblo, en este sentido, recomienda al Ministerio Fiscal la visita periódica de los centros de protección de menores, inspeccionando las instalaciones y las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose separadamente con los menores que lo soliciten, exhortando a un control exhaustivo de los centros de protección para menores con trastornos de conducta y a que se doten adecuadamente las plantillas y medios materiales para tal fin (recomendaciones 55 a 57). Ha de tenerse presente la obligación de velar porque los menores puedan desarrollar actividades lúdicas, de descanso, culturales y recreativas (art. 31 CDN), dado que los niños institucionalizados se encuentran dentro de los

grupos especialmente vulnerables (OG nº 17[2013] del Comité de los Derechos del Niño, apartado 51).

Siguen vigentes los criterios de inspección ya reseñados con anterioridad (protocolo de inspección de 2009, Instrucción 3/2008 [apartado III.4, punto 12] y Circular 8/2011) y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores con periodicidad trimestral.

Con carácter general, el art. 21.5 LOPJM, manteniendo la obligación de inspección que ya recogía el anterior apartado 4, detalla, sin carácter exhaustivo, los extremos que el Fiscal debe analizar, entre los que se encuentran los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno.

En lo que concierne propiamente a los centros específicos, es de reseñar su obligación de remitir informes motivados de seguimiento con carácter trimestral, documento que debe incluir las entradas en el Libro de Registro de Incidencias (art. 32 LOPJM). El citado Libro, conforme al texto de la norma, recoge las medidas de seguridad aplicadas (art. 27.4), es decir, contención (mecánica o física), aislamiento o registros (personales o materiales).

El nuevo art. 31 LOPJM hace referencia expresa al régimen disciplinario, recogiendo los criterios ya reseñados en la Circular 8/2011. Junto con la observancia de los principios generales en materia disciplinaria a los que deberá ajustarse la legislación de las CCAA, se garantiza con carácter novedoso la asistencia legal de un abogado independiente.

En particular se comprobará que las medidas de seguridad previstas en los arts. 27 a 30 LOPJM nunca se utilizan con fines disciplinarios y que las condiciones de ejecución de la separación de grupo no podrán exceder en ningún caso de las previstas en el art. 66 del Reglamento LORPM para los menores infractores. En este sentido, el art. 31.2 LOPJM va más allá y expresa que “no podrán establecerse restricciones de *igual* o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Hay que tener presente, por tanto, el art. 60 LORPM y lo dispuesto en el Capítulo IV de su Reglamento.

Es importante consignar que el art. 21.7 LOPJM especifica la obligación de dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal de “todas aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial”.

Los Sres. Fiscales cuidarán de que, en los expedientes de protección, figuren los informes trimestrales a que hace referencia el art. 32 LOPJM y las notificaciones del precitado art. 21.7, a los efectos de supervisar, especialmente, la correcta aplicación de las medidas, tanto de seguridad como disciplinarias, impuestas.

## 12. VIGENCIA DE CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y CONSULTAS PRECEDENTES

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*, queda sin efecto en su apartado IX (pautas en relación con los centros de menores con trastornos de conducta) -a excepción de los últimos cinco párrafos relativos a la actividad de inspección de centros- y conclusiones derivadas (XV apartado 8, concretamente la conclusión 1ª).

## 13. ESTADÍSTICA

El conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia es un objetivo perseguido por la propia LOPJM (arts. 22 ter y quáter). La Instrucción 1/2009, ya citada, en este sentido, expresó: “La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General nº 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. No solo deben establecerse sistemas eficaces para recabar datos, sino también hacer que los datos recopilados sean evaluados y empleados para detectar los problemas e informar sobre la evolución de las políticas relativas a la infancia.”

La necesidad del Estado de dotarse de un sistema eficiente de inspección y control externo de las instituciones residenciales exige la recolección y análisis de datos estadísticos relevantes

(CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, *sobre los derechos de los menores acogidos en instituciones residenciales*). Si lo anterior es predicable con alcance general, en mayor medida es exigible en el presente caso de los centros específicos en los que se produce una situación excepcional que comporta privaciones de libertad.

La entrada en vigor de la nueva LO 8/2015 exige dotar al Ministerio Público de un instrumento estadístico adecuado para la evaluación de su impacto y análisis de las posibles deficiencias que puedan detectarse. La coordinación en todo el territorio y la selección de los datos es la tarea que ahora cumple desarrollar.

A tal efecto, en enero de cada año, por las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, se solicitará a las Entidades Públicas los datos que a continuación se reseñan. Tales datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección realizadas por el Delegado de Menores e información sobre las novedades en la legislación autonómica se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE.

Los datos son los siguientes:

- Centros de cada provincia (denominación y dirección).
- Usuarios (dentro del año). Subdivisión en sexo y edad (17, 16, 15, 14, 13, 12, menos de 12).
- Solicitantes del ingreso. Subdivisión de los instados por la Entidad Pública o por el Ministerio Fiscal.
- Modalidades de ingreso. Subdivisión en ordinario y urgente.
- Tiempo de estancia. Menores que no superaron los tres meses, seis meses, nueve meses, menores que han superado los 9 meses.
- Traslados a otros centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.
- Sanciones de separación de grupo impuestas. Subdivisión en nº de usuarios afectados y nº total de sanciones impuestas en el año.
- Privaciones del derecho de visitas. Subdivisión en nº de usuarios afectados y nº total de sanciones impuestas en el año.

## 14. CONCLUSIONES

### Sobre el supuesto de hecho

1ª El supuesto de hecho que fundamenta el ingreso en estos centros se estructura en cuatro elementos: 1) situación de guarda o tutela de la Entidad Pública; 2) diagnóstico de problemas de conducta; 3) presencia de desajustes conductuales que se manifiesten en un grado que implique riesgo evidente de daños o perjuicios graves, a sí mismos o a terceros, y que no requieran tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o atención a las personas con discapacidad; 4) necesidad de protección y ausencia de medidas alternativas (principio de subsidiariedad). Los Sres. Fiscales deberán comprobar la concurrencia del supuesto de hecho en todos los ingresos.

2ª A la hora de definir el concreto significado de la palabra “diagnóstico” empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

3ª En la delimitación de lo que constituye riesgo grave propio o para terceros, los Sres. Fiscales tendrán siempre presente la finalidad protectora, la aplicación del principio de subsidiariedad y el carácter excepcional de la medida. A la hora de determinar la gravedad, se deben emplear parámetros tales como la entidad de los hechos, su reiteración, factores de riesgo

concomitantes y subyacentes, actitud del menor y los resultados derivados de su comportamiento.

4ª Ni la LOPJM ni la LEC precisan franjas de edad. El límite máximo para la permanencia en estos centros es el de 18 años. La legislación de algunas CCAA contempla límites mínimos para el ingreso en tales establecimientos que deberán ser observados. En las restantes, los Sres. Fiscales vigilarán especialmente los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años, a fin de valorar otras alternativas posibles que puedan evitarlo.

5ª En ningún caso los establecimientos pueden ser considerados centros para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores, puesto que tienen carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, apartado VII.5). Los Sres. Fiscales se opondrán a los ingresos que se funden en tales motivos.

6ª La LOPJM no permite la creación de centros de protección específicos para el ingreso de menores con problemas de conducta de carácter privado no dependientes de las Entidades Públicas. Los centros de entidades privadas colaboradoras se ajustarán a la normativa descrita en la LOPJM y la LEC y a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015. Los centros sanitarios, sociosanitarios o propios del sistema educativo se rigen por su legislación específica. En el caso de detectarse la existencia de centros no autorizados, sin perjuicio de las responsabilidades penales que en su caso puedan concurrir, los Sres. Fiscales comunicarán dicha situación a las correspondientes autoridades por si procediera la aplicación del derecho administrativo sancionador.

## **Sobre el nuevo procedimiento contradictorio**

7ª La legitimación activa se restringe, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes, a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. La norma no permite la posibilidad de solicitudes directas de los titulares de la patria potestad, de los tutores, curadores, acogedores o guardadores de hecho. Tampoco contempla la intervención de oficio por parte del Juzgado. La autorización o aprobación judicial se recabará incluso cuando el menor consienta el internamiento. Los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier ingreso que no cumpla con estos requisitos.

8ª La competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, tanto para los casos de internamiento ordinario como urgente.

9ª No siendo obligatoria la intervención de Letrado, sí lo es la información al menor de su derecho a designarlo, por lo que los Sres. Fiscales comprobarán que se ha hecho constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación realizada por el Juzgado. La información de derechos comprenderá, además, los contenidos reflejados en el apartado 4.4 de la presente Circular.

10ª Los Sres. Fiscales, en sus informes –que podrán evacuarse por escrito-, comprobarán que se ha realizado la audiencia del menor y las restantes preceptivas y que se ha emitido el dictamen de personal especializado en protección de menores, valorarán el resultado de las pruebas –con expresión concreta del resultado de la audiencia del menor- y manifestarán su parecer sobre la pertinencia de la medida conforme al principio del interés superior del menor y los parámetros consignados en el art. 2 LOPJM.

## **Sobre el cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes**

11ª Conforme a la doctrina del TC, el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. Los límites temporales, tanto para la comunicación del ingreso como para la ratificación de la medida, son máximos e improrrogables, debiendo vigilar especialmente los Sres. Fiscales su observancia.

12ª Son aplicables los mismos criterios ya expresados en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción*

*Voluntaria* (apartado 7.2), para el internamiento por razón de trastorno psíquico, en caso de necesidad de promover la aprobación en días inhábiles. En el caso de que se supere el plazo y sea necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección de menores ordinario que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

13ª La inobservancia de los plazos permite acudir al procedimiento de *habeas corpus* al igual que la ausencia de control regular del internamiento (revisiones).

## **Sobre el régimen de recursos**

14ª El menor afectado tiene derecho propio a impugnar la resolución. Siendo preceptivo para la interposición del recurso la intervención de Abogado y Procurador, corresponde a la autoridad judicial asegurarse de que ha recibido la información sobre este extremo en términos comprensibles a su edad y circunstancias. Los Sres. Fiscales vigilarán la observancia de este requisito.

## **Sobre la intervención judicial durante el período de internamiento**

15ª La medida debe ser revisada, como mínimo, trimestralmente, conforme a lo dispuesto en el apartado sexto del art. 778 bis LEC. Los Sres. Fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de esta garantía.

Aunque la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia, los Sres. Fiscales realizarán un especial seguimiento de aquéllas que excedan de nueve meses a fin de que se cumpla el derecho del menor a no estar internado más tiempo del estrictamente necesario ni de verse expuesto a permanencias de duración indefinida.

16ª La LOPJM regula un recurso ante el órgano judicial contra las decisiones del Director del centro relativas a la aplicación de medidas de seguridad, limitaciones o restricciones del régimen de visitas y comunicaciones o salidas. Los Sres. Fiscales, a la hora de interponer o de informar sobre las referidas impugnaciones, comprobarán especialmente la proporcionalidad de las medidas, su adecuación a los principios recogidos en la propia regulación y su frecuencia.

17ª El apartado 6º del art. 778 bis LEC contempla la posibilidad de recurso ante el órgano judicial contra la decisión de traslado a otro centro específico. El traslado no exige previa resolución judicial y sólo notificación a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales comprobarán las razones de la decisión de traslado, y especialmente la proximidad geográfica del centro de destino respecto al lugar de origen del menor y del lugar (o lugares) de residencia familiares y allegados, analizando la adecuación de la decisión al interés superior del menor.

## **Sobre el cese de la medida**

18ª A diferencia de la normativa anterior, el apartado 7º del art. 778 bis LEC exige que el cese de la medida sea acordado por el órgano judicial competente (de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Fiscal), fundamentado en un informe psicológico, social y educativo. Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de la necesidades de protección del menor.

## **Sobre las facultades del Ministerio Fiscal**

19ª La legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM). Los Sres. Fiscales actuarán de manera prudente a la hora de solicitar autorizaciones judiciales para el ingreso de menores o en las decisiones de ingreso de urgencia conforme a los criterios que se especifican en el apartado 9 de la presente Circular. Esta intervención tendrá carácter excepcional y limitada a los casos de notoria pasividad o actuación manifiestamente errática en la adopción de medidas por la Entidad Pública. En el expediente

de protección deberá adjuntarse el decreto que refleje las circunstancias que configuran el supuesto de hecho, fundamento de las correspondientes solicitudes y la constancia de la comunicación al Juzgado competente dentro de las 24 horas –en los casos de urgencia–.

## **Sobre el derecho transitorio**

20ª En los expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015 los Sres. Fiscales interpretarán que son aplicables las revisiones trimestrales y que el cese de la medida puede acordarse por la autoridad administrativa.

21º Los ingresos verificados sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad (Circular 8/2011), no pueden ser objeto de “regularización”. Si no fueron ratificados judicialmente dentro de plazo, los Sres. Fiscales deberán interesar la puesta en libertad. Lo anterior no obsta a que si concurrieran los presupuestos del art. 778 bis, pueda interesarse nuevamente la autorización. La situación de libertad no es óbice para que la Entidad Pública pueda acordar un acogimiento residencial en centro ordinario, puesto que conserva la tutela o guarda del menor afectado.

22º En los casos de expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la LO 8/2015, en lo que concierne a la legislación aplicable a los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten tras su entrada en vigor, los Sres. Fiscales interpretarán que su tramitación debe ajustarse a la nueva normativa dado que presentan sustantividad propia.

## **Sobre la inspección de centros**

23º Siguen vigentes los criterios de inspección contenidos en el *protocolo de inspecciones a centros de protección* de 5 de febrero de 2009, Instrucción 3/2008, de 30 de julio, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* (apartado III.4, punto 12) y Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores* y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores.

## **Sobre la estadística**

24º En enero de cada año, los Delegados de la Sección de Menores de las Fiscalías Provinciales solicitarán a las Entidades Públicas los datos que figuran en el epígrafe 13 (art. 22 quáter LOPJM). Los datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección e información sobre las novedades en la legislación autonómica de referencia, se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad de Menores de la FGE.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 24 de junio de 2016.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.