

# Capítulo V. CONSIDERACIONES SOBRE EL *STATUS* JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS MENORES INGRESADOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN EN ANDALUCÍA

María Luisa Roca Fernández-Castanys

## I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de crisis tan profunda como la actual se produce un importante incremento de las necesidades de ciertos colectivos especialmente frágiles como desempleados, ancianos o niños. Respecto de estos últimos<sup>1</sup>, el impacto de la situación económica se deja sentir, no sólo en la disminución de la renta o la calidad de vida de sus familias, sino también en términos de exclusión social. En este difícil contexto, la función asistencial de la Administración cobra, más que nunca, un especial protagonismo si bien su eficacia se ve considerablemente mermada por el odioso obstáculo, a veces insalvable, de las limitaciones presupuestarias<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Defensor del Pueblo Andaluz: *Informe Especial relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011*, BOPA núm. 28, de 21 de junio, p. 118.

El importante papel que el Defensor del Pueblo en el ámbito de los servicios sociales se destaca por L. Salameo Teixidó: "Los mecanismos de control como garantía de los derechos de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales", en A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 203 y ss.

<sup>2</sup> Como señala el Defensor del Menor Andaluz: "los poderes públicos están obligados, aún en tiempos de crisis, a prestar una especial protección a la infancia", de ahí que, a pesar de las limitaciones, recortes, y contención del gasto público deba demandarse de dichos poderes que "promuevan e incrementen cuantas medidas y actuaciones

La crisis económica junto con otros factores (como el incremento del número menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país o el progresivo aumento de las familias desestructuradas), ha producido un significativo aumento de las situaciones de riesgo o desamparo<sup>3</sup> con la inmediata intensificación del papel tutelar de la Administración que, de este modo, ha pasado a asumir un muy relevante papel en apoyo o sustitución de las familias<sup>4</sup> a través de la llamada “tutela administrativa”, “automática” o *ex lege*.

## 1. Tutela automática y guarda administrativa

Prescindiendo de un análisis en profundidad de los problemas que esta figura plantea<sup>5</sup>, debe decirse que la tutela automática procede respecto de aquellos menores que se en-

---

sean necesarias para combatir el impacto de la crisis en las personas menores”. Por añadidura se produce la paradoja de que el incremento de familias necesitadas de auxilio público, se acompaña de una creciente desconfianza hacia la intervención de la Administración y, en particular, de los Servicios Sociales que perciben “como un enemigo”, al temer que su intervención pueda desembocar en una retirada de los hijos fundada en su precaria situación económica. En definitiva, si bien se valoran las mejoras realizadas en las épocas anteriores a la crisis en los recursos públicos destinados a menores, tales esfuerzos “estaban lejos de alcanzar un estado óptimo en la protección de la infancia”, concluyéndose que tales avances “no pueden ni deben verse afectados con los recortes de políticas dirigidas a este sector de la población”. Defensor del Pueblo Andaluz, *Ibidem*, pp. 119-123.

<sup>3</sup> Declarada la situación de desamparo, la Administración debe adoptar las medidas que sean precisas para proteger a los menores con la mayor celeridad. Desde este punto de vista, algunos autores afirman que su actuación “no es subsidiaria”, porque debe actuar necesariamente (así, véase B. Vargas Cabrera: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004).

Sin embargo, debe puntualizarse que cuando se dice que la actuación de la Administración es subsidiaria, debe entenderse que se hace referencia a que ésta sólo entra en juego cuando los demás mecanismos fallan. En caso de que existiese familia extensa que pudiera hacerse cargo del menor desamparado, no procederá la asunción de la tutela por la Administración, sino el llamamiento del familiar obligado conforme a las reglas de la tutela ordinaria, pues como señala el art. 239 del Cc.: “La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

<sup>4</sup> El papel del Estado como garante último de los derechos de los menores se ha puesto de manifiesto por M<sup>a</sup>. B. Sainz-Cantero Caparrós y E. Pardo Martínez: *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010 pp. 10 y 22. Por su parte, el papel de la familia como institución al servicio de sus miembros se destaca por C. Alemán Bracho en “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 241. Véase también M. Vivanco Sánchez: “Constitución de la tutela automática”, (Ref. *La Ley* 1959/2001), p. 1.

<sup>5</sup> Como tuve ocasión de destacar en un anterior trabajo (véase M<sup>a</sup>. L. Roca Fernández-Castanys: “Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los centros de protección”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 80, 2011, pp. 305-340) el Código Civil no diferencia con nitidez los distintos regímenes de protección de los menores ya que la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo V del Título VII del Libro Primero, se titula “De la guarda y acogimiento de menores”, induciendo a confusión ya que, además de la guarda y el acogimiento, regula también la tutela con lo cual se acaba mezclando lo que son regímenes de protección (tutela y guarda) con lo que son medidas de protección (acogimiento e internamiento). Esta falta de precisión se ha denunciado por diversos autores, así, entre otros, J. Egea Fernández: “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en R. Bercovitz-Rodríguez Cano (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 88; L.

cuentran en situación de *desamparo*. Muy relacionada con ella aparece la guarda, prevista para cuando quienes tienen potestad sobre el menor justifiquen no poder atenderlo por alguna circunstancia grave o cuando así lo acuerde un juez<sup>6</sup>. La tutela presupone la guarda, es decir, desde el momento en que se constituye, el ente público asume las funciones que integran la patria potestad (art. 172.1 Cc). En cambio, la guarda no implica aquélla pues, en este caso, el ente público asume únicamente el ejercicio de las funciones personales respecto del menor, pero no su tutela<sup>7</sup>.

#### A) Acogimiento familiar y residencial

Pues bien, tanto la tutela administrativa como la guarda implican la separación del menor de las personas con las que convivía y pueden articularse mediante el acogimiento familiar o mediante internamiento en un centro residencial (“institucionalización”). Esta última opción es “la última de las últimas medidas”, ya que sólo procederá cuando no sea posible o recomendable el acogimiento familiar<sup>8</sup>, de manera que, como establece la normativa de menores y reiteradamente señala la jurisprudencia<sup>9</sup>, “asumida por la entidad pública la tutela (...) el acogimiento familiar provisional es una de las modalidades más indicadas de

---

Rodríguez Sol: “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. *La Ley* 13787/1993), p. 9, o F. Benito Alonso: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, (Ref. *La Ley* 11848/2001).

<sup>6</sup> De los datos reflejados en el *Boletín Estadístico de Protección a la Infancia 2009*, elaborado por la Dirección General de Familias y la Infancia, resulta que el número y tasa de niños bajo tutela varía mucho de unas comunidades autónomas a otras. La tasa nacional de niños tutelados es de 382 por cada cien mil menores de 18 años. Ceuta y Melilla se encuentran muy por encima de la media nacional, seguidas de Murcia, Cataluña, Asturias y Andalucía que, a pesar de estar por encima de la media, tienen una tasa más moderada. En el extremo opuesto se encuentran la Navarra, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Castilla La Mancha que no llegan a una tasa de 220 por cien mil.

<sup>7</sup> Como señala S. Llebaría Samper.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 95 “no debe confundirse lo que es la titularidad de la guarda –asumida conforme al art. 172.1 ó 2– con lo que supone el ejercicio de la misma (...). Por tanto, estamos examinando cómo se ejerce la guarda de la que ya es titular la entidad pública, bien por quedar aquélla embebida en el cargo tutelar que asume con respecto del menor desamparado (art. 172.1), bien por serle solicitada y conferida dicha guarda por quien proceda, u ordenada por el juez (172.2)”.

<sup>8</sup> La subsidiariedad del acogimiento residencial frente al familiar está presente en todas las normas sobre esta materia, así véase por ej. el art. 36 de la LMA; Por su parte, en el Preámbulo del Decreto 355/2003, de 26 de diciembre (BOJA núm. 245, de 22 de diciembre), que regula el Acogimiento residencial de menores donde se subraya que el internamiento en un centro de protección aparece previsto como una alternativa al acogimiento familiar. Además del interés superior del menor dicha opción tiene un fundamento económico pues, como señala el Defensor del Pueblo “la adopción de la medida de acogimiento familiar frente al residencial supone un importante ahorro para las arcas públicas”, pues, según consta en su informe, durante el ejercicio 2009 alrededor de 6.000 menores disfrutaron de medidas de protección, de los que alrededor de 3.600 estuvieron acogidos por familias y más de 2.700 en centros residenciales, ascendiendo el gasto para estos últimos a 72 millones de euros y 35 millones para la subvención de entidades colaboradoras.

<sup>9</sup> SAP de Cantabria 52/2003, de 4 de febrero (AC 2003\1345).

su ejercicio, puesto que evita el ingreso en una institución”, sin que con ello quiera decirse que, por excepción, en determinados supuestos (menores cercanos a la mayoría de edad, con trastornos graves de conducta, problemas de salud, o grupos de hermanos numerosos), pueda resultar más beneficioso para el menor su ingreso en un centro residencial<sup>10</sup>.

En esta línea, el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia prevé una modificación del art. 172 del Cc en la que se establece el acogimiento familiar como regla general y, en particular, en aquellos casos en que se trate de menores de 6 años, sin que se contemple el ingreso de los menores de 3 años salvo “imposibilidad debidamente acreditada de adoptar otra medida de protección”.

### *B) Especial referencia al acogimiento residencial*

A día de hoy, el acogimiento residencial tiene una *ratio* de aplicación muy alta casi equiparable al acogimiento familiar, de manera que el número de niños institucionalizados es muy significativo<sup>11</sup>.

El régimen jurídico de los menores ingresados en centros de protección merece una consideración especial. El simple hecho del internamiento conlleva la modulación y, en algún caso, la supresión de algunos de sus derechos fundamentales con las importantísimas consecuencias que ello conlleva en el desarrollo de su vida cotidiana y, a medio y largo plazo, en la conformación su personalidad. Estas reflexiones anticipan la trascendencia del tema cuya investigación se acomete: todas las posibles intervenciones que puedan influir en la conformación de los derechos u obligaciones de estos menores –que, no puede olvidarse, se encuentran en una delicadísima situación al encontrarse separados de su núcleo familiar– deben hacerse con las ineludibles garantías, velando, en todo caso, por su superior interés.

Consciente de la envergadura del tema, no pretendo agotar todas las cuestiones que suscita, por lo que me limitaré a ofrecer una visión general de algunas de los principales problemas que plantea. Para ello, he considerado oportuno partir del concepto y clasificación de los centros, en cuanto los perfiles de los derechos y deberes de los menores pueden

---

<sup>10</sup> Así se constata en numerosos estudios especializados la materia. En esta línea, señalan A. Bravo y F. J. del Valle: “Crisis y revisión del acogimiento residencial y su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 30 (I), 2009, p. 42 que “la función que cumple en la actualidad esta medida protectora difícilmente pudiera ser cubierta por alternativas familiares. Por una lado, debido a la complejidad de las necesidades de estos jóvenes que requieren atención especializada y, por otro, por la dificultad que entrañaría encontrar familias acogedoras que posean un suficiente nivel de capacitación, formación y dedicación para cubrir las necesidades de estos menores”.

<sup>11</sup> Durante el ejercicio 2009 alrededor de 6.000 menores disfrutaron de medidas de protección, de los que alrededor de 3.600 estuvieron acogidos por familias y más de 2.700 en centros residenciales, Defensor del Pueblo Andaluz: *Informe especial...*, op. cit., p. 122.

alterarse en función del concreto programa que éstos desarrollan. En el proceso, he considerado imprescindible detenerme en la consideración de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento (ROF), instrumentos clave para la configuración de la vida de los menores en los mismos, para finalizar con una breve exposición de sus concretos derechos.

## II. LOS CENTROS DE PROTECCIÓN DE MENORES

### 1. Consideraciones previas

Hasta fechas muy recientes la doctrina ha prestado muy escasa atención a los problemas que plantea la vertiente administrativa de la tutela *ex lege*. Con contadas excepciones<sup>12</sup>, la mayor parte de las investigaciones se realizan desde una óptica iusprivatista, centradas, por tanto, en analizar la naturaleza jurídica de este peculiar régimen de protección con el fin de determinar en qué medida le resultarían aplicables las previsiones sobre la tutela ordinaria y, supuesta dicha aplicación, los modos en que debería modularse –en su caso– para adaptarla a la diferente realidad que la tutela administrativa implica.

No obstante, como hace ya años pusiera de manifiesto TOLIVAR ALAS<sup>13</sup>, si bien es cierto que “la raíz de la cuestión viene situándose en el campo civil y sus aspectos más frondosos en la concreta rama del Derecho de familia”, debe tenerse muy presente la función coadyuvante que pueden prestar otros ordenamientos como el penal, el laboral y, como no, el administrativo, pues, a día de hoy, “las garantías asistenciales, o de prestación de servicios sociales (no) aparecen suficientemente reguladas ni aseguradas, aunque estén garantizadas constitucionalmente como principio rector de la política social y económica”<sup>14</sup>.

Esta insuficiencia normativa ha sido especialmente significativa en relación con los centros de menores: ninguna regulación de detalle sobre los mismos se contiene en la normativa estatal<sup>15</sup> y la actuación del legislador regional –competente en la materia– se produce con

---

<sup>12</sup> L. Tolivar Alas: “Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores”, *Revista de Administración Pública*, nº 124, 1991, pp. 35-63.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>14</sup> M. Villa Rubio: “Protección de menores desamparados”, en S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (eds.): *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 69. Entre los trabajos centrados en los aspectos administrativos del problema pueden citarse el de A. de Palma del Teso: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006.

<sup>15</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia denuncia, en particular, el déficit normativo existente en relación con los centros de menores con dificultades de adaptación o trastornos de conducta.

un sorprendente –e injustificado– retraso<sup>16</sup>, de manera que las primeras normas en las que se regulan los distintos aspectos relacionados con su régimen jurídico administrativo se publican a retortero de las denuncias sobre los desajustes de la regulación existente que se considera desfasada y palmariamente insuficiente<sup>17</sup> para hacer frente a las nuevas necesidades sociales<sup>18</sup>. Por fortuna, el nuevo siglo trae consigo valiosas aportaciones en las que se pone de manifiesto la exigua regulación de determinados aspectos de esta materia cuya trascendencia resulta indudable para la lograr una protección efectiva y de calidad de los menores ingresados.

## 2. Marco normativo vigente en Andalucía

En la Comunidad Autónoma Andaluza, el marco vigente se construye a partir de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando lugar a una intrincada red de disposiciones de gran complejidad que ha dado lugar que el propio Defensor del Pueblo Andaluz hable de “maraña legislativa”<sup>19</sup>.

En primer lugar, se sitúan la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía (LMA)<sup>20</sup> y la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, disposiciones que se concretan las líneas maestras del sistema de la regulación de los centros de protección.

En segundo lugar, se sitúan diversas normas reglamentarias que se insertan, bien en el genérico marco del sistema de servicios sociales (p. ej. el Decreto 87/1996, de 20 de

---

<sup>16</sup> Idéntica demora denuncia en la normativa reguladora de los centros residenciales para personas mayores S. Fernández Ramos en su excelente trabajo: “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 21 y ss.

<sup>17</sup> En 1999, el *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento sobre el Sistema de Protección de Menores* (Tomo I), destacaba la importancia de acometer el desarrollo reglamentario de la LMA, desarrollo del que dependía su efectividad habida cuenta “la dificultad de aplicación directa del texto legal”. Este informe está disponible a texto completo en la página del Defensor del Pueblo Andaluz, apartado “Informes especiales”: [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_especiales/informe\\_0000/proteccion\\_menores/index.html](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/proteccion_menores/index.html).

<sup>18</sup> El número de menores tutelados por entes públicos ha aumentado considerablemente durante los últimos años por diversos factores entre los que pueden citarse: la crisis económica; el incremento del número menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país o el progresivo aumento de las familias desestructuradas.

<sup>19</sup> Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011 (BOPA núm. 28, de 21 de junio), p. 7. Para A. Ocaña Rodríguez: “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, *Abogados de Familia* (Ref. *La Ley* 1008/2006), p. 3, si bien se trata de “un marco administrativo lleno de buena técnica y de excelentes intenciones (...), falla a causa de una inadecuada ordenación de los medios personales, materiales, de tiempo y de procedimiento”.

<sup>20</sup> Véase arts. 36 y ss.

febrero<sup>21</sup>, que regula la autorización, registro y acreditación de los servicios sociales de Andalucía), bien en el contexto específico de la protección de menores (tal es el caso del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre Acogimiento Residencial de Menores o el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa). En estas normas se contienen algunas referencias concretas sobre la medida de alojamiento residencial y a las características de los centros.

Asimismo, deben tenerse en cuenta una serie de Órdenes –muchas de ellas de reciente publicación– en las que se contiene una regulación pormenorizada de los centros. Entre ellas, destacan la de 9 de noviembre de 2005<sup>22</sup>, que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores y la de 23 de octubre de 2007 que aprueba el Reglamento Marco para Organización y Funcionamiento de los mismos<sup>23</sup>.

Culminan el sistema los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de que *deben* dotarse (aunque no siempre lo hagan) cada uno de los centros en los que se reflejan los derechos de los menores, las normas de convivencia y los criterios para el ejercicio de la potestad de corrección<sup>24</sup>.

Como se advierte, estos reglamentos juegan un decisivo papel en la conformación de los derechos de los menores ingresados, pues en ellos se especifican algunos aspectos esenciales de su vida diaria (régimen de visitas, salidas al exterior, conductas prohibidas, posibles sanciones, etc.) que, de otro modo, quedarían confiadas a la discrecionalidad del centro, provocando una inadmisibles arbitrariedad, así como la imposibilidad de control jurisdiccional de su actividad. El relevante papel de dichos reglamentos justifica que, más adelante, se haga una especial referencia a los mismos, si bien, previamente, considero preciso detenerme en la delimitación del concepto de centro de protección y sus clases.

---

<sup>21</sup> Modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo.

<sup>22</sup> BOJA núm. 222, de 14 de noviembre.

<sup>23</sup> BOJA núm. 223, de 13 de noviembre. Su promulgación se anuncia, en el propio Preámbulo de la norma, como “ineludible” habida cuenta “la necesidad de crear una reglamentación propia para los centros de protección de menores ubicados en el ámbito territorial y competencial de nuestra Comunidad Autónoma, que defina las líneas maestras de su organización y funcionamiento, recogiendo los criterios de carácter técnico y jurídico que den cumplimiento a las distintas disposiciones legales, al objeto de unificar una regulación adecuada que sea operativa y eficaz y, sobre todo, que permita a la Administración garantizar los derechos, así como el cumplimiento de las obligaciones, de cada menor que se encuentre en los centros de protección”.

<sup>24</sup> En Andalucía, desde el año 2003, todos los centros de protección están obligados a aprobarlos (art. 22 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre Acogimiento Residencial de Menores, BOJA núm. 245, de 22 de diciembre).

### 3. Concepto y clases de centros de protección

#### A) Concepto

Los Centros de protección<sup>25</sup> pueden definirse como los espacios convivenciales destinados a la guarda y educación de los menores sobre los que se haya adoptado alguna de las medidas contempladas en el artículo 172 del Código Civil. Se trata de un recurso a disposición de los servicios sociales especializados de infancia y familia, que se ofrece como alternativa –y, en algunos casos, como complemento– al medio familiar, cuando así lo determinen los intereses de cada uno de aquéllos. La Orden de 28 de julio de 2000<sup>26</sup>, prevé que éstos deben asumir la responsabilidad sobre el desarrollo integral del menor, garantizándole la adecuada satisfacción de sus necesidades biológicas, afectivas y sociales en un ambiente de seguridad y protección, potenciando experiencias de aprendizaje y el acceso a los recursos sociales en las mismas condiciones que cualquier otra persona de su edad.

Como puede apreciarse, la noción de “centro de protección” ha experimentado una importante evolución de manera que, lejos de las frías “casas de expósitos”<sup>27</sup>, se pretende que éstos reproduzcan el modelo de convivencia familiar, garantizando la *atención integral* al menor, no limitada, por tanto, a aspectos físicos (alimentación, o salud) sino comprensiva de otros como la cultura y ocio<sup>28</sup>. Tal cambio de orientación se plasma claramente en el texto del Preámbulo de la Orden de 9 de noviembre de 2005<sup>29</sup>, en el que puede leerse que

<sup>25</sup> Véase el artículo 17 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, y la Orden de 23 de octubre de 2007, que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Entre las escasísimas definiciones doctrinales sobre el concepto de centros de protección puede destacarse la propuesta por M<sup>a</sup>. B. Sáinz-Cantero Caparrós y E. Pardo Martínez, *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 65, que los configuran como “recursos residenciales alternativos a la intervención en un entorno familiar y de carácter predominantemente educativo, organizados para favorecer las condiciones normalizadas de vida de los menores cuya tutela o guarda ha sido asumida por la Administración competente en materia de protección de menores”.

<sup>26</sup> Que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas, véase su Anexo I (punto 2.5.2).

<sup>27</sup> Sobre la evolución de los sistemas de protección de los menores en España, véase J. Sevilla Bujalance: *Los niños expósitos y desamparados en nuestro Derecho histórico*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001.

<sup>28</sup> El punto 2.4.1 del Anexo I de la Orden de 28 de julio de 2000 (BOJA núm. 102, de 5 de septiembre), que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de autorizaciones administrativas, prevé –dentro de los requisitos funcionales específicos de los centros de protección– que en éstos se garantizará “por medios propios o ajenos”, la atención integral a los menores en el conjunto de sus necesidades básicas de alimentación, salud (en todos sus aspectos), educación, así como las de ocio y cultura, durante las veinticuatro horas de todos los días del año, sin que la prestación del servicio pueda repercutir negativamente el periodo vacacional del personal del Centro.

<sup>29</sup> Esta Orden regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

los centros de protección “han pasado a ser pequeñas unidades convivenciales, en las que seis u ocho menores reciben atención por equipos de cuatro o cinco educadores (...) así como personal técnico, que intentan reproducir patrones de relación basados en los que hoy nuestra sociedad considera como modelos de familias, tanto en la atención prestada en el propio centro como en el esfuerzo de normalización e integración familiar que se realiza con cada menor”<sup>30</sup>.

El ingreso del menor debe hacerse en el centro que resulte más adecuado a sus necesidades y por el tiempo que resulte *imprescindible*<sup>31</sup>, de manera que como señaló la Presidenta de la Asociación estatal de acogimiento familiar (ASEAF) en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines<sup>32</sup>, deberían establecerse límites temporales razonables en los que se lleven a cabo los trabajos de retorno del menor a su familia o la búsqueda de otras alternativas, evitando que los menores permanezcan en estos centros la mayor parte de su vida ocupando plazas de forma permanente y saturando las instituciones. Además, como apuntilla el Defensor del Pueblo<sup>33</sup>, el ingreso de un menor en uno de estos centros es compatible –en su caso, y siempre que convenga a su interés– con el mantenimiento de relaciones personales y con la estancia en su propia familia o con familias colaboradoras los fines de semana o periodos vacacionales.

## B) Clases

La tipología de los centros de menores trasluce el deseo de que su estructura y funcionamiento reproduzca, en la medida de lo posible, la de una familia, de manera que el menor pueda recibir una atención personalizada. No existe un único tipo de centro de protección, sino una multiplicidad de ellos. Son los siguientes:

---

<sup>30</sup> Por provincias, Sevilla alberga un total de 54 centros de protección, seguida de Granada con 48; Cádiz con 41; Málaga con 35; Almería con 31; Huelva con 27 y Córdoba y Jaén con 20. En cuanto a los menores acogidos, la mayoría se encuentran en Sevilla, donde se presta atención a 483 menores desamparados; seguida de Cádiz, donde se acoge a 465 menores; Málaga, con 430 menores; Granada, con 363; Huelva, con 339; Almería, con 295; Jaén, con 223 y Córdoba, con 160 (datos disponibles en la URL: <http://www.diariocritico.com/2010/Diciembre/noticias/244934/menores-junta.html>).

<sup>31</sup> La provisionalidad del internamiento se subraya en diversas disposiciones. Así, el art. 8 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, prevé que “Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a no estar institucionalizados más que el tiempo estrictamente necesario para la aplicación de una medida alternativa. En todo caso, el ingreso en un centro residencial, o la integración en una familia acogedora, deberá ser cuidadosamente planificada, dando apoyo a los menores para las fases de preparación al ingreso, acoplamiento y adaptación a la nueva situación”.

<sup>32</sup> BOCG-Senado de 17 de noviembre de 2010, p. 14.

<sup>33</sup> Defensor del Pueblo (2009), p. 83.

### a) Casas y residencias

El art. 19 del Decreto 355/2003, clasifica los centros de protección en casas y residencias. Las primeras se configuran como núcleos de convivencia ubicados en viviendas normalizadas (pisos o viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas)<sup>34</sup> que *siguen los patrones de unidades familiares*. Por su parte, bajo el nombre de residencias se incluyen los centros que agrupan varios núcleos de convivencia *similares a las casas* y en los que los menores acogidos comparten habitualmente los espacios comunes. La previsión de que dichos centros sigan “los patrones de unidades familiares” se refiere a la necesidad de que el número de menores acogidos sea lo más reducido posible, facilitando, de este modo, un más estrecho contacto con ellos y creando, al mismo tiempo, un entorno de convivencia más cálido, cercano y acogedor<sup>35</sup>.

### b) Públicos y privados

A su vez, en función de su titularidad los centros pueden ser públicos (o “propios”) y privados (colaboradores)<sup>36</sup>. Dentro de los primeros pueden incluirse, además de aquellos cuya titularidad y gestión corresponde a la Administración, los que son gestionados por entidades con personalidad jurídico-privada dependientes de ésta (caso de las Fundaciones) o por gestores privados. Por su parte, los centros privados son aquéllos cuya titularidad corresponde a una entidad colaboradora, entendiéndose por tales aquellas instituciones privadas *sin ánimo de lucro* que estén habilitadas para ejercer las funciones de guarda y atención residencial de los menores desamparados, y que hayan suscrito el correspondiente documento de colaboración con la Administración. Estos últimos son, como regla general, mucho más numerosos. Así, por ejemplo, en Andalucía, a 31 de diciembre de 2010, la red institucional contaba con 2.721 plazas distribuidas en un total de 276 centros de protección de los cuales, tan sólo 20 son propios, siendo los restantes 256 conveniados o concertados con entidades y corporaciones locales<sup>37</sup>. Unos y otros integran la red pública de centros de protección de menores<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Art. 2.5.2.2 de la Orden de 28 de julio de 2000.

<sup>35</sup> La Orden de 28 de julio de 2000, afina aún más al precisar que las residencias tendrán capacidad para acoger entre 9 y 35 menores, procurando que su distribución se asemeje a una vivienda familiar. Por su parte, respecto de las casas, podrá tratarse tanto de “pisos como de viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas”.

<sup>36</sup> La posibilidad de entidades colaboradoras de la Administración en la protección de menores se reconoce en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

<sup>37</sup> Las plazas ofertadas en los distintos programas se distribuyen del siguiente modo: 600 en acogida inmediata; 1.773, de acogimiento residencial básico y 348 en programas para necesidades específicas: conflicto social, trastornos de conducta, discapacidad y madres gestantes (Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe especial...* (2011), p. 100).

<sup>38</sup> La idea de sistema como reflejo del compromiso público con la asistencia social, se pone de manifiesto por F. J. Villar Rojas: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 391.

Para el desempeño de sus funciones, los centros colaboradores reciben la correspondiente subvención de la Administración<sup>39</sup> siendo, precisamente, la insuficiencia de recursos económicos el mayor problema que se viene denunciando para el logro de una eficaz protección de los menores, dificultad que se ha incrementado sensiblemente durante los últimos años a raíz de los problemas financieros de las Administraciones Públicas, lo que es especialmente preocupante en el caso de las Corporaciones Locales. Como denuncia el Defensor del Pueblo Andaluz, ello puede poner en peligro la continuación de las acciones de prevención que le han sido legalmente encomendadas<sup>40</sup>, además de que la política de recortes puede producir efecto no deseado desembocando en un gasto superior al ahorro pretendido, ya que al no atajarse la situación de riesgo mediante la adopción de las correspondientes medidas preventivas, la Administración se verá abocada a declarar el desamparo del menor y asumir su guardia y custodia, lo que resulta mucho más costoso<sup>41</sup>.

### c) De primera acogida, residenciales y especializados

Finalmente, con independencia de su tipología, una última clasificación puede hacerse en función del programa que desarrollen, distinguiéndose entre los centros de primera acogi-

<sup>39</sup> En cualquier caso, siempre que la Administración haya delegado la gestión de los centros en entidades privadas debe exigirse las mismas una total transparencia en la gestión de los gastos como requisito indispensable para que su actuación se adecue a los principios de eficacia y eficiencia recogidos en la Constitución, impidiendo que su actividad se realice con fines lucrativos (Defensor del Pueblo (2009), *op. cit.* p. 415).

<sup>40</sup> En la p. 119 de su *Informe especial...* (2011), *op. cit.*, puede leerse que: “Las limitaciones presupuestarias han incidido de manera especial en las Corporaciones locales cuyas arcas se encuentran bastante diezmadas por la actual situación económica. Como bien es sabido, sus ingresos se han visto reducidos drásticamente, lo que a la postre se ha traducido en una merma de servicios entre los que se encuentran los prestados en materia de prevención, cuando es precisamente en situaciones como las que vivimos en los últimos años por los efectos (...) de la crisis, es cuando más se impone potenciar la atención en el ámbito preventivo. Unas acciones que deben ir encaminadas a detectar situaciones de riesgo e intervenir en el propio medio familiar y social en que se desenvuelven a fin de evitar situaciones de maltrato y de desprotección”.

<sup>41</sup> Debe tenerse en cuenta el importante coste económico que supone el mantenimiento de cada niño ingresado. De conformidad con lo dispuesto en el Anexo IV de la Orden de 9 de noviembre de 2005, que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores, el coste diario por cada menor ingresado puede llegar a alcanzar los 120 euros en el caso de que se trate de niños con trastornos de conducta, de manera que el coste mensual de cada niño ingresado superaría los 3.500 euros, lo que es otro argumento a favor del acogimiento familiar que resulta mucho más económico. Defensor del Pueblo, *Informe especial...* *op. cit.*, p. 120.

da (o acogida inmediata<sup>42</sup>) los que desarrollan programas de atención residencial básica<sup>43</sup> –que son los más numerosos– y, por último, los que desarrollan programas específicos con menores que presentan necesidades especiales o tienen dificultades de adaptación en su comportamiento y que, por sus características, necesitan una atención especializada en función del tratamiento que precisen (menores en con trastornos de conducta, extranjeros<sup>44</sup>, menores con problemas de adicción, en situación de dificultad social...).

Es posible que un mismo centro desarrolle más de un programa<sup>45</sup>. En tal caso, éstos deberán ser compatibles entre sí y no afectar al normal desarrollo de la atención a los perfiles y problemática de los menores atendidos debiendo ubicárseles en unidades funcionales o módulos convivenciales independientes. Ahora bien, esta previsión, si bien ideal, es frecuentemente incumplida en la práctica, hasta el punto que no sólo se mezclan menores que deberían estar separados en función del programa de protección, sino, lo que es más, grave, a menudo se ingresa en centros de protección a menores que, por haber cometido algún ilícito de los contemplados en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, deberían de ingresar en un centro de reforma y no en un centro de protección.

La necesidad de diferenciar con claridad distintos supuestos en los que procede la institucionalización se subraya en el Informe de la Comisión Especial del Senado para el Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines<sup>46</sup>, en el que se insiste en la necesidad de *especialización*<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Son aquellos en los que se atiende, con carácter de urgencia y en horario ininterrumpido a los menores que se encuentren en grave situación de desprotección o en alto riesgo físico o psíquico, teniendo como objetivo el estudio y diagnóstico del menor y su entorno socio-familiar, en aras a determinar la medida y recurso de protección más adecuados así como el plan a seguir con su menor y su familia.

El ingreso en estos centros es siempre temporal, en tanto se sustancie el procedimiento que determine la medida a adoptar.

<sup>43</sup> En estos centros se ofrece al menor el alojamiento, la convivencia y la educación que precisa para su desarrollo integral por el periodo necesario hasta que pueda producirse el retorno a su familia si fuera posible, la preparación para la emancipación o vida autónoma cuando cumplan dieciocho años o se adopte otra medida alternativa.

<sup>44</sup> En relación con la tutela de los menores extranjeros, véase E. Fernández Masía: "Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España", (Ref. *La Ley* 1642/2001).

<sup>45</sup> Así lo prevé la Orden de 9 de noviembre de 2005 (BOJA núm. 222, de 14 de noviembre), que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial de los Centros de Protección de Menores.

<sup>46</sup> *BOCG-Senado* de 17 de noviembre de 2010, p. 52.

<sup>47</sup> Entre las recomendaciones que recoge el informe en relación a los centros de protección se recoge la de "Diferenciar los distintos supuestos que dan lugar a la institucionalización, a través del acogimiento residencial, para su adaptación a las necesidades de los menores, distinguiendo, entre otros, el caso de los menores extranjeros no acompañados o de menores con carencias socio-familiares que, por su edad o circunstancias no

### C) Los Reglamentos de Organización y Funcionamiento

#### a) Concepto

La existencia de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento (ROF) está plenamente justificada. Como se ha dicho acertadamente<sup>48</sup>, no es recomendable que las leyes del sector (de servicios sociales, o, de menores) realicen una regulación detallada de del régimen de funcionamiento aplicable a todos los centros. Lo más adecuado –sin perjuicio de su debido respeto a unas pautas generales– es dejar en manos de la Administración titular de cada centro la definición de su concreto régimen propiciando una regulación flexible que se acomode a sus peculiaridades pues, como se ha visto, no existe un único tipo de centros de menores sino una variada tipología de los mismos y, por ende, unas diversas necesidades.

Dichos reglamentos se revelan, por tanto, como una pieza clave para la articulación de la convivencia de los menores ingresados al concretar para cada centro los instrumentos y procedimientos materiales, personales y relacionales de la intervención con los menores, lo que deberán hacer con el debido respeto a los principios y criterios y directrices establecidos en el Reglamento Marco<sup>49</sup> así como a las demás disposiciones legales vigentes.

#### b) Naturaleza jurídica

Por lo que atañe a su naturaleza jurídica, si se conviene que trata de reglamentaciones de servicio público, su calificación como verdaderos reglamentos no plantea problema alguno existiendo una consolidada doctrina<sup>50</sup> y jurisprudencia al respecto. Sentada su naturaleza reglamentaria, es preciso aclarar que su aprobación corresponde a la Dirección General de Menores (art. 52 del Decreto 355/2003) no a los centros que carecen de competencia

---

puedan adaptarse al ámbito familiar, del caso de los menores con graves trastornos de conducta, para los que deben habilitarse centros especializados y destinarse programas especiales”.

<sup>48</sup> Véase el excelente trabajo de A. Ezquerro Huerva: “El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, en A. Ezquerro Huerva (coord.): *Ciudadanos y...*, op. cit., p. 121.

<sup>49</sup> Aunque con notable retraso, el Reglamento Marco ha sido definitivamente aprobado en Andalucía en el año 2007 (BOJA núm. 223 de 13 de noviembre), debiendo todos los Centros que dispusiesen de Reglamentos de Organización adoptados con anterioridad a dicha fecha ajustar su con tenido a lo dispuesto en él.

<sup>50</sup> Como manifestara ya hace muchos años ALBI, F., en su clásico *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 520, “las normas para el desarrollo de los servicios son (...) cosa ajena a la concesión propiamente dicha y se derivan de situaciones generales de obligada observancia, reflejo de la potestad reglamentaria de la Administración, que no pueden involucrarse en un proceso licitatorio más que con una coincidencia puramente material y externa” para añadir que “la simultaneidad de Reglamento y contrato no es una característica exclusiva de la concesión (...), puesto que dicha circunstancia se presentará en todos los casos en que se produzca la colaboración de un particular con la Administración Pública”; en el mismo sentido, A. Ezquerro Huerva: “El estatuto...”, op. cit., p. 120.

para ello, si bien, como se verá inmediatamente, éstos gozan de un relevante papel en el procedimiento de elaboración. Dicho procedimiento no aparece, como es lógico, exhaustivamente regulado en la normativa sectorial que tan sólo contiene una referencia a alguna de sus especialidades (art. 52 del Decreto 355/2003) por lo que deberá estarse, en lo demás, a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, precepto donde se especifican los trámites generales para la aprobación de las disposiciones reglamentarias en esta Comunidad.

### c) *Procedimiento de elaboración*

El procedimiento su aprobación debe iniciarse una vez sancionado el *Proyecto Educativo del Centro*, que, de este modo, se erige en presupuesto indispensable para su tramitación. Ello se justifica en que es tal Proyecto el que establece el “marco de referencia de los planteamientos educativos de carácter general que describe y *distingue al Centro* en función de los programas residenciales encomendados”<sup>51</sup>. Por tanto, hasta que no se clasifique el centro, no puede definirse su Reglamento porque aún no se ha decidido el programa que éste debe desarrollar (como se verá, existen importantes diferencias según el tipo de centro de que se trate; así, por ejemplo, no pueden equipararse las necesidades de un centro en el que se desarrolla un programa de menores en situación de conflicto con otro de primera acogida).

Ahora bien, de la lectura de los preceptos correspondientes, resulta que los trámites que integran el procedimiento para la aprobación de uno y otro son idénticos: redacción por los mismos profesionales; informe preceptivo del mismo Servicio y aprobación por igual Dirección General. Ello lleva a plantear la conveniencia de su tramitación simultánea, no sucesiva, integrándose la aprobación de ambos (Proyecto y Reglamento) en un solo acto, lo que supondría una más ágil y eficaz actuación, en coherencia con uno de los principios básicos del procedimiento administrativo que es el de celeridad, contribuyéndose, en definitiva –lo que es especialmente importante en una materia tan sensible como esta– a la tan necesaria y justamente aclamada simplificación administrativa.

En segundo lugar, dentro de los actos de instrucción, destaca la necesidad de solicitar el informe del *Servicio especializado de protección de menores*. Dos cuestiones pueden comentarse en relación con este trámite: la identificación de cuál sea dicho Servicio y el carácter del informe que debe emitir. En relación con este último aspecto, como es sabido, la regla general es que los informes tienen el carácter de facultativos, salvo que exista una disposición expresa que les atribuya carácter preceptivo. Así acontece en el caso que nos ocupa<sup>52</sup>, pues conforme al art. 52.3 del Decreto 355/2003, “Una vez elaborado el

---

<sup>51</sup> Art. 50 del Decreto 355/2003.

<sup>52</sup> El art. 52.3 del Decreto 355/2003, dispone que “Una vez elaborado el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro será tramitado para su informe al Servicio especializado de protección de menores, que a

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro *será tramitado para su informe* al Servicio especializado de protección de menores (...). Al margen de la redacción poco afortunada del precepto extractado (en mi opinión, hubiera sido preferible la expresión “se remitirá para su informe” a la de que “será tramitado para su informe”, que resulta un tanto alambicada), la principal cuestión de fondo que se plantea es la del efecto que su omisión puede tener sobre la validez del Reglamento. Se ha dicho, con razón, que la función de los informes<sup>53</sup> que deben emitirse en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales es asegurar su corrección jurídica<sup>54</sup>, por lo que deben de evacuarse en el momento oportuno pues, en otro caso, tal finalidad quedaría burlada determinando dicha omisión la nulidad de la disposición adoptada. Sobre esta cuestión existe una reiterada y abundante jurisprudencia que sintetiza en la STS (Sala 3º), de 13 de noviembre de 2000 (RJ 2001/65), en la que el Alto Tribunal claramente estatuye que:

“El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105 de la Constitución y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter «ad solemnitatem», de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra a la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía «ad extra», en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) Ley del Gobierno” [en el mismo sentido SSTS de 7 de marzo de 1990 (RJ 2516) y 23 de abril de 1993 (RJ 2977)].

Una vez aprobados los reglamentos serán revisados cada cinco años con el fin de evaluar su validez, si bien, una vez pasados dos, podrá interesarse su revisión a iniciativa del servicio especializado de protección de menores o a petición del Centro siempre que existan razones justificadas.

---

su vez lo remitirá a la Dirección General competente en materia de protección de menores para su aprobación, debiendo adecuarse al Reglamento Marco y a las disposiciones legales vigentes”.

<sup>53</sup> Es claro que los informes que deben emitirse en un procedimiento administrativo no son sólo los previstos con en las leyes del Gobierno estatal o autonómicas, ya que otras normas especiales pueden prever otros trámites o informes, como acontece en el caso que nos ocupa.

<sup>54</sup> M<sup>a</sup>. J. Gallardo Castillo: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 421.

### III. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES INGRESADOS

#### 1. Derechos

Acordado el ingreso del menor en un centro de protección, éste queda sometido a un peculiar régimen jurídico que determina su estatuto<sup>55</sup>. Como se ha avanzado, sus perfiles concretos podrán variar o modularse en función de las necesidades y características del menor así como del programa concreto que desarrolle el centro en cuestión.

Partiendo de que el menor ingresado goza de todos los derechos que el ordenamiento jurídico vigente reconoce a toda persona –derechos que, como señala el art. 14 del Decreto 355/2003, de Acogimiento residencial de menores, son irrenunciables– existe una enumeración particular de los mismos que se contiene en el precitado Decreto así como en el 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa<sup>56</sup>. De entre ellos, unos son reiteración de los reconocidos en la Constitución (p. ej. derecho a la intimidad, libertad de expresión, salud o la educación), mientras que otros son específicos de los menores que se encuentran en esta especial tesitura y que algún autor ha calificado como “de prestación”<sup>57</sup>.

En las páginas siguientes se esbozarán las líneas fundamentales que plantea su ejercicio, teniendo en cuenta que son los ROF los que deberán perfilar su contenido concreto así como el de los correlativos deberes.

#### A) Seguridad y confidencialidad

Bajo la rúbrica de “seguridad y confidencialidad”, el art. 6 del Decreto 355/2003, dispone que los menores tendrán derecho a ser atendidos por personal cualificado profesionalmente y con una formación apropiada, que deberá respetar en todo caso la confidencialidad de los datos que conozca. Asimismo, prevé este artículo que los centros de protección

---

<sup>55</sup> Enumera detalladamente las razones que justifican el establecimiento de un estatuto jurídico administrativo de las personas internadas en un centro residencial J. M<sup>a</sup>. Alonso Seco, en su artículo “El status jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 413-439.

<sup>56</sup> Conforme al art. 5 del Decreto 355/2003: “La Administración de la Junta de Andalucía prestará una atención integral a los menores acogidos en centros de protección y velará por el respeto de todos sus derechos como niños o adolescentes, garantizando su dignidad personal”.

<sup>57</sup> Para J. M<sup>a</sup>. Alonso Seco: “El status...”, *op. cit.*, p. 433, “el verdadero mérito de los ordenamientos legales que establecen derechos para los usuarios de los centros (...) se encuentra precisamente en la incorporación de esos derechos de prestación”, en cuanto su reconocimiento por la Administración permite al usuario exigirlo al amparo de lo previsto en el art. 53.3 de la CE.

deberán constituir un entorno seguro, en el que se hayan previsto las situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores.

#### a) *Confidencialidad*

Del precepto citado resulta que el derecho que consagra en el primer apartado (derecho a la confidencialidad), es perfectamente subsumible en el derecho a la intimidad del que puede considerarse como manifestación particular y al que puede, por tanto, reconducirse siendo dudosa –o al menos criticable desde el punto de vista sistemático– su regulación conjunta con el derecho a la seguridad.

Sea como fuere, no hay duda de que la obligación se impone a *todas* las personas que participen en el proceso de protección (por tanto, no sólo el personal del centro como alude el precepto citado) las cuales deben guardar “estricta confidencialidad acerca de la historia personal y familiar” de los menores, evitando las valoraciones peyorativas sobre las circunstancias que han provocado la actuación protectora o sobre la familia biológica y tratando reservadamente los datos personales que figuren en los expedientes o historiales que manejan.

Son múltiples las cuestiones que jurídicas que se plantean al hilo de esta obligación, como las relativas a la naturaleza del expediente; su custodia; la propiedad del mismo o el acceso a los datos que en él se contienen por parte del propio menor o de terceros. El Reglamento Marco, prevé que el ROF deberá implementar un sistema de protección de todos los datos familiares y personales de cada menor acogido que se ajustará a lo dispuesto en la legislación reguladora de la protección de datos, imponiendo el cumplimiento de tal normativa<sup>58</sup> y de los correspondientes códigos deontológicos a todo el personal que interviene con el menor, pudiendo su incumplimiento ser constitutivo de infracción administrativa grave (art. 56 f) LMA) o, incluso, delito de revelación de secretos.

#### b) *Seguridad*

En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho a la seguridad, no resulta fácil determinar qué es lo que se ha querido garantizar exactamente en este artículo. A mi modo de ver, la seguridad a que en él se alude (equivalente a “entorno seguro”) no puede identificarse con la “seguridad personal” a que hace referencia el art. 17 de la CE (libertad pública básica que previene contra las detenciones arbitrarias). Ciertamente, el menor tiene derecho a

---

<sup>58</sup> Conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

la seguridad en el sentido constitucionalmente previsto, en cuanto que su ingreso no puede producirse de forma arbitraria sino previa la correspondiente decisión administrativa o judicial que lo justifica.

Pero la seguridad a la que se refiere en este precepto no es aquella a la que se acaba de aludir. A mi modo de ver, al imponer la exigencia de que en los centros constituyan un “entorno seguro en el que se hayan previsto las situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores”, exige tener en cuenta las características de los menores, aprobando para cada uno de ellos su particular “hoja de ruta” (a través del Plan de Intervención y el Proyecto Educativo a los que alude el Decreto 355/2003, y a los que se hará ulterior referencia), y fijando las demás normas que sean necesarias para disciplinar la vida cotidiana en el centro, de modo que éste reúna todas las garantías precisas para asegurar la integridad y tranquilidad de sus ocupantes en sus relaciones con los demás. Por añadidura, los centros deben reunir todos los requisitos previstos en la legislación vigente en materia de seguridad: medidas de prevención de incendios, salidas de emergencia, etc.

#### *B) Trato respetuoso y personalizado*

De lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 355/2003, y de los arts. 10 y 11 del Decreto 42/2002, resulta que debe diferenciarse entre el trato “respetuoso” y el “personalizado”.

##### *a) Trato personalizado*

Conforme al primero de los artículos citados, el trato *personalizado* –además de la evidente previsión de que menor deba ser atendido a través del programa que mejor se ajuste a sus necesidades– se concreta el derecho de éste a que se elabore un “Plan de Intervención”<sup>59</sup> y un “Proyecto Educativo”<sup>60</sup> que se acomode a sus necesidades, así como

---

<sup>59</sup> El art. 24 del Decreto 355/2003, define el procedimiento de elaboración y el contenido de dicho Plan previendo que: “En el plazo de un mes desde que se hubiera acordado el acogimiento residencial, el Servicio especializado de protección de menores remitirá al centro el Plan de Intervención del menor.

El Plan de Intervención tendrá carácter personalizado y definirá los objetivos de la actuación protectora, su temporalidad, recursos, régimen de relaciones personales, incorporará el plan de integración familiar y social y la propuesta sobre el menor, llevando a cabo las intervenciones necesarias para su ejecución”.

<sup>60</sup> Conforme al art. 57 del Decreto 355/2003, que: “Cada menor acogido en un Centro deberá contar con su Proyecto Educativo Individualizado. Será elaborado por el tutor teniendo en cuenta las indicaciones del resto de los profesionales del equipo, en el primer cuatrimestre de estancia del menor en el centro y será remitido al Servicio especializado de protección de menores a fin de que valore su adecuación al Plan de Intervención. En función de la edad y grado de madurez, el menor tendrá participación en la elaboración de su propio Proyecto Educativo.

El Proyecto Educativo Individualizado de cada menor será evaluado de forma continua, siendo modificado en función de la evolución y necesidades del menor”.

en la asignación en el centro de un educador que asumirá la atención personalizada y cotidiana en todas las dimensiones de su vida.

Para asegurar el trato personalizado, el Informe de la Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines propone promover la formación de equipos psicosociales estables que permanezcan en el tiempo, mediante la oportuna incentivación profesional por parte de las CCAA de psicólogos, trabajadores sociales, etc., procurando así que los menores puedan tener un único técnico de referencia.

Las medidas concretas que garanticen el trato personalizado se especificarán en el ROF de acuerdo con las pautas y sugerencias que especifica el Reglamento Marco<sup>61</sup>.

#### b) *Trato respetuoso*

Por su parte, el art. 11 del Decreto 42/2002, prevé que los menores sujetos a medidas de protección y sus familias tienen derecho a ser tratados de modo respetuoso para con su intimidad, etnia, valores religiosos y culturales, orientación sexual y diversidad familiar. En los casos en que proceda la retirada de los menores del hogar familiar, se exige que ésta se realice por los profesionales adecuados de modo que no constituya una experiencia especial mente traumática. A tal fin, se explicará de forma comprensible a los menores y a sus padres o tutores las razones de la retirada de aquéllos y el objetivo perseguido con la misma<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Conforme al Reglamento Marco, la garantía del tratamiento personalizado vendrá dada por:

- La indicación de la forma y el momento de la asignación de educador tutor o educadora tutora, así como de los espacios físicos y temporales en la dinámica de la vida cotidiana en los que tiene lugar una atención específica a cada menor.
- La metodología de trabajo personalizada, mediante la práctica de los diferentes instrumentos para la acción educativa individualizada previstos en el art. 55 del Decreto 355/2003.
- La celebración de reuniones de seguimiento de planes concretos, entre los distintos miembros de los equipos de profesionales, y con la frecuencia que establezca el Plan de Intervención de cada caso en particular.
- La implementación, por la persona experta en psicología y por el educador tutor o la educadora tutora, de programas de desarrollo específicos e individualizados, en función de las carencias y necesidades que pudiera presentar cada menor.

<sup>62</sup> En relación con este artículo aflora, inmediatamente, el problema de los conflictos que pueden ocasionarse en las escuelas como consecuencia del aumento de menores inmigrantes con diversas culturas creencias o valores religiosos. Esta cuestión ha sido tratado por J. M. Murillas Escudero: "Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante", (Ref. *La Ley* 2360/2002).

### C) Honor, intimidad e imagen

Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, genuinos derechos de la personalidad (intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles)<sup>63</sup>, se consagran y protegen constitucionalmente por el art. 18 de la CE, que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Como ha destacado el TS (STS de 17 de diciembre de 1997, RJ 9100), no se trata un derecho tricéfalo con varios aspectos (*ius in se ipsum*), sino tres derechos diferenciados<sup>64</sup> que, además, no tienen un carácter absoluto por lo que pueden sufrir limitaciones, si bien éstas deberán estar establecidas por ley orgánica y basadas en razones de orden público<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Como señala A. Macías Camacho: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008), “de entrada, hay que efectuar una importante aclaración: como tales, los derechos, están fuera del comercio de los hombres y no pueden ser objeto de negocio, ni gratuito, ni oneroso. Idéntica cuestión sucede con la irrenunciabilidad, el titular de alguno de estos derechos podrá no ejercitarlo, pero no podrá renunciar, por ejemplo, a tener intimidad. A esta premisa debe añadirse que, tratándose de menores, la protección es reforzada o prevalente, por el mero hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo un inveterado principio general del Derecho, procura la protección de los menores e incapaces como interés superior”.

Alguno de los problemas que se plantean con ocasión de la protección de estos derechos han sido tratados en la Instrucción del Fiscal General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, en la que se destaca la necesidad de concienciación social para la efectiva protección de los derechos de los menores pues “ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico”.

<sup>64</sup> Sin embargo, como señala X. O’Callaghan Muñoz: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, (Ref. *La Ley* 12071/2001), “en la práctica, son numerosas las demandas que se formulan en protección conjunta de los tres derechos, sin distinguir a cuál de ellos atenta el hecho objeto de la misma (...)” y la LOPJM, “también cae en la misma confusión. Ello sin perjuicio de que un mismo hecho puede atentar conjuntamente contra el honor y la imagen, o contra la intimidad y la imagen; en principio, no es posible la concurrencia del atentado al honor y a la intimidad”.

<sup>65</sup> Muy relacionado con estos derechos está el derecho a la información, con el que, a menudo colisionan. En este sentido, el art. 20 de la CE, tras reconocer el derecho a la libertad de expresión y a recibir una información veraz, indica que tales derechos tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que conforme a la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

a) *Imagen*

Definida la imagen como la figura, representación, semejanza o apariencia de una persona, el derecho a la misma<sup>66</sup> se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana constituido y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular la potestad de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública [SSTC 117/1994 y 83/2002]<sup>67</sup>. El TS atribuye a la imagen doble aspecto negativo y positivo: negativo, como el derecho a evitar que se reproduzca la imagen de una persona o se obtengan fotografías sin su consentimiento y positivo, como el derecho del interesado a difundir o publicar su imagen [STS de 19 de octubre de 1992]<sup>68</sup>.

Así configurado, el derecho a la propia imagen tiene consideración especial en el caso de los menores<sup>69</sup> que se refleja, si bien indirectamente, en la propia CE cuyo artículo 20.4 recoge como limitación del derecho a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia. Por su parte, tanto la LOPJM (art. 4) como la LMA (art. 8) consagran este derecho prohibiendo la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una *intromisión ilegítima*, considerándose como tal “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación<sup>70</sup>, o que sea

---

<sup>66</sup> Como J. M. Serrano Alberca: “Artículo 18”, en F. Garrido Falla (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 401, el derecho a la imagen puede reconocerse como independiente o como consecuencia de la protección del derecho al honor. En el primer caso, su protección abarca cualquier tipo de captación de imágenes sin el consentimiento de la persona o contra su voluntad, así como su difusión. En cambio, si el derecho a la imagen se protege como consecuencia del derecho al honor, tendrá un ámbito más limitado.

<sup>67</sup> Dispone la STC 170/1987, que: “Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación, y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto”.

<sup>68</sup> Así concebido, en ocasiones puede ser difícil distinguir este derecho de otros semejantes (en particular, del derecho al honor), si bien, como señala J. M. Serrano Alberca: “Artículo...”, *op. cit.*, p. 416, su singularidad estriba en que la imagen se protege con independencia del carácter difamatorio o no de la expresión.

<sup>69</sup> Sobre la problemática que plantea la protección de la imagen de los menores y la virtualidad de su consentimiento, véanse M<sup>a</sup>. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, nº 7, 2004, pp. 725 y ss.; A. Paños Pérez: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 3304/2012); o X. O’Callaghan Muñoz: “Personalidad y...”, *op. cit.*, *in toto*.

<sup>70</sup> Como señala M<sup>a</sup>. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, es preciso completar la previsión contenida en este artículo con el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, pues del texto del primer art. citado parece desprenderse que “la utilización de la imagen de un menor en un medio de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima si se produce menoscabo en su honra o reputación, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal menoscabo, no hay intromisión ilegítima”.

contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales” (situación que, como es obvio, se agrava en el caso de que ni siquiera exista dicho consentimiento). La vulneración de esta obligación constituye infracción administrativa grave (art. 56 g) LMA).

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada, así, en la STS 774/2006 de 13 julio (RJ 969/2006) el Alto Tribunal establece que:

“El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, *consintiendo* la divulgación de su propia imagen, o *por la Ley*, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo 8, 2 la Ley 1/1982). Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y Pública, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada” [en el mismo sentido *vid.* STSS de 19 de octubre de 1992 [(RJ 1992, 8079) y de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7058); 18 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6076)].

El principal problema que se plantea es, por tanto, la determinación de cuando los menores tienen capacidad suficiente para consentir la divulgación de su propia imagen<sup>71</sup>. Para responder a esta cuestión debe estarse a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, que prevé que el menor podrá autorizar o consentir intromisiones en su derecho a la propia imagen si cuenta con la “madurez suficiente, o por medio de sus representantes legales en otro caso”<sup>72</sup>.

No obstante, el tema se complica desde el momento en que el art. 4 de la LOPJM prevé que, se considerará intromisión ilegítima “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación”<sup>73</sup>, o que sea contraria a sus intereses *incluso si consta el consentimiento del menor o de*

---

<sup>71</sup> Este problema ha sido tratado por A. Macías Castillo: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008).

<sup>72</sup> En cualquier caso, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, para que ese consentimiento sea válido, debe otorgarse de ser expreso y otorgarse de forma escrita.

<sup>73</sup> Como señala M<sup>a</sup>. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, es preciso completar la previsión contenida en este artículo con el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, pues del texto del primer art. citado parece desprenderse que “la utilización de la imagen de un menor en un medio de comunicación sólo constituye

*sus representantes legales*. Esta antinomia con el art. 3 de la Ley 1/1982, se resuelve teniendo muy presente que lo que debe prevalecer siempre es la protección del menor ya que éste puede no ser verdaderamente consciente de las consecuencias negativas que su consentimiento a la difusión de su imagen puede acarrear<sup>74</sup>. En este sentido, se pronuncia la SAP de Madrid de 19 de junio de 2006 [JUR 2007\10169] al afirmar que:

“En consonancia con lo expresado se encuentra el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que establece y define como intromisión ilegítima, «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales», que justifica la acción ejercitada por el MF en relación con lo dispuesto en el número anterior de dicho precepto. Así las cosas, el derecho a la intimidad susceptible de protección, en cuanto al interés legítimo de las menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar supone un límite infranqueable frente al derecho a comunicar libremente información veraz”.

La protección de este derecho se impone de forma especialmente cuidadosa cuando se trata de menores que se encuentran en la delicada situación que ahora nos ocupa. No puede olvidarse que se trata de niños que, en muchos casos, han sido víctima de malos tratos agresiones sexuales u otra experiencia traumática por lo que, a la protección genéricamente prevista, debe añadirse un *plus* que garantice su amparo integral procurando evitarles un padecimiento adicional al que ya han sufrido.

Todas las previsiones legales existentes para la protección del derecho a la imagen del menor resultan aplicables a los que se encuentren ingresados en un centro de protección. A ellas debe añadirse lo dispuesto en el Decreto 42/2002, cuyo artículo 14 prevé que: “La Administración de la Junta de Andalucía promoverá el ejercicio de las acciones legales pertinentes a fin de evitar y perseguir la divulgación, a través de los medios de comunicación social y sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías, de la imagen de los menores y de información sobre la situación personal, familiar y social de estos que permita su identificación. A tal efecto, se procederá a la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la comunicación de tales hechos al Ministerio Fiscal”.

---

intromisión ilegítima si se produce menoscabo en su honra o reputación, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal menoscabo, no hay intromisión ilegítima”.

<sup>74</sup> Así lo destaca acertadamente M<sup>a</sup> A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, que resulta difícil conjugar la previsión de este art. con la contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, donde se permite que el menor pueda consentir intromisiones en los derechos de la personalidad si sus condiciones de madurez lo permiten, concluye la citada autora que la previsión del art. 4 de la LOPJM se justifica en el objetivo de reforzar la protección del menor “y evitar el perjuicio que la difusión y publicación de datos relativos a su persona en los medios de comunicación pueda tener en su desarrollo” así como en “evitar que el menor pueda ser objeto de manipulación por sus propios padres, familiares o grupos en que se mueve”.

En relación la protección de la imagen de estos menores puede citarse la STS 485/2010, de 26 de julio [RJ 2010/6938] en la que el Alto Tribunal manifiesta que:

“Se ha narrado la forma en que los mismos salieron del círculo de la custodia familiar, en unos casos por la madre que no la tenía atribuida y por un abuelo en iguales condiciones, manifestándose las circunstancias particulares de la vida de esos menores y de sus padres, la consideración de que la madre de uno de ellos nunca quería estar con su hijo porque no tenía instinto maternal, que los padres de otro eran drogodependientes y otras circunstancias que desde luego afectan sobremanera la intimidad de esos menores (...) es obvia la intromisión en el primero (derecho a la intimidad) al darse a conocer públicamente una serie de circunstancias personales y familiares que en nada interesan al público en general, de una manera que puede resultar harto perjudicial a los menores al poderse conocer en el círculo de personas o conocidos con los que actualmente convivan, a quienes precisamente va dirigida la pretensión de que se den noticias sobre su paradero. Es claro que aunque a las personas que actualmente les tengan en su compañía no les asistiera la razón jurídica o incluso incurrieran en un comportamiento contrario a derecho, o incluso pudieran estar cometiendo actuaciones ilícitas desde el punto de vista penal en relación con el derecho a la custodia de esos menores, tales circunstancias no pueden perjudicar precisamente a esos menores a los que se pretende defender mediante la emisión de las manifestaciones y fotografías efectuadas en el programa poniendo en público conocimiento circunstancias de su procedencia familiar y de las condiciones o personalidad de esos familiares”.

#### *b) Intimidad*

Como señala reiterada y consolidada jurisprudencia, el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida (vinculado con el respeto a su dignidad) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida [SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo], evitando así las intromisiones arbitrarias en su vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [SST 485/2010, de 26 de junio (RJ 2010/6938), 719/2009, de 16 de noviembre (RJ 2010, 660); SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre]. Este derecho se extiende al conocimiento de datos sobre la persona, su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella.

No obstante, resulta difícil determinar apriorísticamente cuando una actuación puede suponer una vulneración de este derecho, al variar según las circunstancias y las caracterís-

ticas de cada persona siendo, en definitiva, los Tribunales los que decidan, caso por caso, cuando dicho derecho es o no tutelable<sup>75</sup>.

En relación a los menores, la protección de la intimidad se garantiza junto a la de su honor e imagen, en el art. 6 de la LMA. Ahora bien, este artículo consagra el derecho a la intimidad que tienen los menores, en general<sup>76</sup> pero ¿qué ocurre respecto de los “otros” menores, es decir, los que se encuentran ingresados en un centro de protección? No resulta difícil aventurar que tal derecho sufrirá ciertas matizaciones impuestas por la especial situación en la que el menor se encuentra, experimentando ciertas limitaciones derivadas de la propia intervención administrativa, las circunstancias del menor, o las exigencias impuestas por el estilo de vida o las características del centro<sup>77</sup>.

Ahora bien, como se ha dicho, el derecho a la intimidad –como el derecho al honor y a la propia imagen– no tiene carácter absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 del Decreto 355/2003, en el que después de garantizar los menores su derecho a la privacidad –asegurándoles un “espacio”<sup>78</sup> (que no de una habitación) y “un tiempo” propios– así como el de mantener consigo sus pertenencias<sup>79</sup>, la inviolabilidad de su correspondencia y el secreto de su comunicaciones (de modo que

---

<sup>75</sup> J. M. Serrano Alberca: “Artículo...”, *op. cit.*, p. 416.

<sup>76</sup> Unas de las situaciones en las que se puede ver más comprometida la intimidad de toda persona es con ocasión de un tratamiento sanitario o su ingreso en un centro hospitalario. A este respecto, existen disposiciones específicas para la protección de la intimidad de toda persona en tal situación y, en particular, de los menores. En relación a estos últimos, el art. Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

<sup>77</sup> Lo que acontece en todos los centros de servicios sociales. Como destaca A. Ezquerro Huerva: “El estatuto...”, *op. cit.*, p. 109, el propósito de tales limitaciones no es otro que “precisar que el desarrollo de la vida cotidiana en un centro de servicios sociales con unas determinadas características estructurales y con una exigencia de desarrollar determinados cometidos, inevitablemente ha de entrañar cierto grado de condicionamientos al derecho individual a la intimidad que cada interno ha de asumir y tolerar”.

<sup>78</sup> En el ROF se indicará la distribución y la disponibilidad de espacios por cada menor (como aseos o armarios) en las habitaciones destinadas a dormitorio del centro (aptdo. 3.2 del Anexo de la Orden de 23 de octubre de 2007 –BOJA núm. 223, de 13 de noviembre–, que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

<sup>79</sup> En lo que se refiere a las pertenencias personales de cada menor, el Reglamento Marco también prevé que, los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de los Centros deberán establecer las normas y procedimientos para el uso y custodia de las mismas por parte de las personas que sean sus propietarias.

puedan hacer y recibir llamadas en privado)<sup>80</sup>, remite, para la exacta delimitación de su contenido, a lo dispuesto en el ROF<sup>81</sup>.

Si lícita y lógica se considera la remisión al ROF, cuya aprobación, como se vio páginas atrás, se encauza a través de un verdadero procedimiento administrativo que garantiza su acierto y oportunidad, más dudosa es la referencia a la posibilidad de que tales derechos se limiten, no ya en los casos concretos previstos en dicho Reglamento, sino cuando se “estime” (¿Quién debe apreciarlo?) que el ejercicio de tales derechos (¿Qué derechos? ¿Los aludidos en el apartado primero del art. 8, es decir la intimidad y el derecho a mantener consigo sus pertenencias? ¿O quizá el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones? ¿O todos ellos?) va en contra del “propio interés” de los menores (¿A quién le corresponde dilucidar que el ejercicio de esos derechos –recor-démoslo, verdaderos derechos de la personalidad– van en contra del interés del menor?).

Para responder a estas cuestiones, debe entenderse que la competencia se atribuye al Director del centro, pues es él en quien se delega el ejercicio de las funciones de guarda –con la consiguiente asunción de las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, cuidarlo y procurarle una formación integral– funciones que éste deberá ejercer de forma proporcionada y con estricto acatamiento de las previsiones contenidas en la legislación vigente en general y en, en particular, en el ROF, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del Decreto 355/2003<sup>82</sup>, siendo su conducta susceptible de generar, en su caso, la correspondiente responsabilidad.

<sup>80</sup> El Reglamento Marco prevé que el ROF deberá regular el acceso y la utilización de un teléfono en el centro ubicado en un pequeño espacio habilitado al efecto, es decir, suficientemente acondicionado y aislado, que garantice la realización y recepción de llamadas telefónicas y la intimidad de las mismas. Asimismo, determinará el horario y la duración adecuada de estas comunicaciones, debiendo tenerse en cuenta, en este sentido, el régimen de relaciones personales establecido por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de que se trate.

<sup>81</sup> Así lo prevé la Orden de 23 de octubre de 2007 (BOJA núm. 223, de 13 de noviembre), que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía a cuyo tenor: “En el Reglamento de Centro se reflejará todo lo relativo al respeto y al ejercicio de estos derechos reconocidos a las personas acogidas en el recurso residencial. Asimismo, y con el fin de que su efectividad sea pragmática, habrán de establecerse las pautas necesarias (relativas, igualmente, a la interrelación de este derecho individual con el del resto de menores y de las personas que trabajan en el centro o, en el caso de recursos residenciales dependientes de entidades colaboradoras, en relación con el personal que dedica sus servicios a las mismas y al resto de personas del entorno próximo al centro) para que los sujetos de estos derechos gocen de ellos en su vida cotidiana” (aptdo. 3.2 del Anexo).

<sup>82</sup> Conforme a dicho artículo: La Dirección ejercerá la máxima autoridad del Centro, asumiendo directamente la responsabilidad sobre los menores acogidos y sobre la organización y coordinación del funcionamiento del mismo. La Dirección del Centro tendrá, entre otras, las siguientes funciones (...):

- c) Velar por el cumplimiento de las normas contempladas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento, de las disposiciones vigentes y de las instrucciones efectuadas por la Dirección General competente en protección de menores.
- g) Cuantas le vengan atribuidas legal o reglamentariamente, y en concreto, aquellas que se definan en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro.

Por último, una de las situaciones en la que puede resultar más comprometida la intimidad de toda persona es la que se produce con ocasión de la exploración o asistencia médica, pues en estos casos resultará inevitable la exposición de partes del cuerpo que normalmente quedan sustraídas de la visión de los demás, o la manifestación de datos relativos a la vida o costumbres pertenecientes a la vida íntima del sujeto que éste se ve obligado a revelar, información respecto de la que se garantiza el tratamiento confidencial<sup>83</sup>.

El deber de confidencialidad que se impone al médico es plenamente aplicable a los menores de edad<sup>84</sup> en general y a los ingresados en centros de protección en particular, pudiendo su incumplimiento ser constitutivo del delito de revelación de secretos<sup>85</sup>.

En relación con estos últimos existe alguna previsión concreta sobre esta delicada cuestión, así el art. 15 del Decreto 42/2002, dispone que “los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas”, lo que se exige con mayor intensidad en el caso de menores que hayan sido objeto de abusos sexuales o de cualquier otro tipo de maltrato.

#### *D) Información y audiencia*

Se ha insistido en las páginas anteriores en que el ingreso de un menor en un centro de protección supone la adopción de medidas de la máxima gravedad sobre su esfera jurídica, por lo que tal decisión debe adoptarse con todas las garantías.

---

<sup>83</sup> El art. 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica dispone que: “ Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

<sup>84</sup> Sobre los problemas que se plantean en relación con el secreto médico y los menores de edad, véase A. Jareño Real: “El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad”, (Ref. *La Ley* 2758/2006). Para esta autora “a efectos del delito del que hablamos (...) la presunción general debe ser la de la madurez del menor a partir de los 16 años, debiéndose probar lo contrario. En edades más tempranas, y siempre a partir de los doce, el proceso debiera ser a la inversa, es decir, el de comprobar en cada caso dicha madurez. Es evidente que por debajo de los doce es casi impracticable la afirmación de tal madurez. Desde luego, debe tenerse presente que estas sugerencias se hacen desde la exclusiva perspectiva penal, y para resolver determinados problemas en el delito de revelación de secreto profesional”.

<sup>85</sup> El art. 199.2 del CP dispone que: “El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

a) *Audiencia*

En este sentido, el *derecho de audiencia*<sup>86</sup> se manifiesta con especial intensidad. En efecto, como quiera que, la decisión sobre el ingreso del menor en un centro de protección<sup>87</sup> se contiene en la resolución que pone fin al procedimiento de desamparo<sup>88</sup> es preciso que una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se ponga éste de manifiesto a todos los interesados (padres, tutores o guardadores) a fin de que puedan presentar las alegaciones y documentos que estimen convenientes, trámite que se entenderá cumplido cuando éstos no hayan podido ser localizados o, si citados, no comparecen en el plazo de diez días.

Asimismo, deberán ser oídos los menores “en la forma adecuada a su edad y grado de madurez, garantizándose, en todo caso, que en su desarrollo se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión” (art. 22 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa; art. 14 de la LMA). En todo caso, deberán ser oídos los mayores de 12 años y si no hubieran alcanzado dicha edad o no tuvieren madurez suficiente, intervendrán por medio de sus representantes legales siempre que no tengan un interés contrapuesto al del menor<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> El derecho del menor a ser oído se consagra, con carácter general, en el art. 9 de la LPJM, a cuyo tenor: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

<sup>87</sup> La iniciación del procedimiento para la declaración de desamparo puede tener lugar de oficio o a solicitud de interesado. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por acuerdo del órgano competente en materia de protección de menores, por iniciativa propia o como consecuencia de orden de su superior jerárquico, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Igualmente puede iniciarse a instancia del Ministerio Fiscal o por orden judicial. Asimismo, el propio menor, podrá instar la iniciación del procedimiento de desamparo (art. 10.2 a LOPJM). Sobre los modos de iniciación y efectos del procedimiento de desamparo véase A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

<sup>88</sup> Como señala el art. 28.3 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero: “La parte dispositiva de la resolución deberá expresar la procedencia o no de declarar la situación de desamparo, y, en su caso, la asunción de la tutela de los menores, la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuye el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial, y el régimen de relaciones personales de los menores con sus parientes o allegados”.

<sup>89</sup> Art. 9 LOPJM.

La exigencia de que la audiencia del menor deba hacerse con las condiciones previstas en este artículo (discreción, intimidad, seguridad...) implica que su declaración pueda y deba llevarse a cabo en las condiciones que le sean más favorables, evitando que el encontrarse en un medio extraño, rodeado de personas que desconoce o cuya presencia puedan intimidarle, o con interferencias familiares o de cualquier otro tipo, que puedan producir una distorsión entre lo que comunica verbalmente y lo que realmente piensa o quiere. Entran aquí en juego las habilidades y la profesionalidad de las personas que se relacionan con él, que deberán explorar su voluntad con el fin de detectar sus necesidades, consiguiendo que su declaración se produzca en la forma más relajada y cómoda posible y, por tanto, más ajustada a sus verdaderos deseos.

En el trámite de audiencia, el menor *podrá* (sin que ello constituya una obligación) manifestar su opinión sobre la medida propuesta, oponiéndose, en su caso, a su internamiento, opinión, huelga decirlo, que deberá ser tenida en cuenta en la resolución que ponga fin al procedimiento<sup>90</sup>, pero sin que la condicione absolutamente pues, como se ha señalado acertadamente, el derecho que se otorga al menor es *el de ser oído* no el de *decidir*, de modo que su opinión será un elemento más que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión final<sup>91</sup> que siempre será la que más convenga a su interés, aunque pueda no coincidir necesariamente con su deseo.

Por lo demás, como trámite fundamental del procedimiento que es, su omisión, podrá arrastrar la nulidad de la resolución que se adopte.

#### b) Información

En cuanto al *derecho a la información*, el menor, por el simple hecho de su internamiento, no se convierte en un ser aislado del resto de la sociedad. En un sentido amplio, tal derecho implica el derecho de éste a conocer las noticias y evolución de los acontecimientos de actualidad a través de los distintos medios de comunicación social (derecho que se proclama para todos los menores en el art. 7 de la LMA<sup>92</sup>), así como los que afectan a

<sup>90</sup> Como señalan I. V. Mayoral Narros; T. Frías Fiel y J. M<sup>a</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos: "El acogimiento residencial", en C. Martínez García: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 196, la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta, no sólo en lo que respecta a esta medida de protección sino una vez que se encuentra viviendo en el centro residencial de manera que "se articulen mecanismos que garanticen de forma eficaz que el menor sea escuchado, tanto a nivel grupal como de forma individual".

<sup>91</sup> J. Moreno-Torres Sánchez; J. Ezquerro Ubero y S. Jiménez Bautista: "La situación de desamparo", en C. Martínez García (coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 131.

<sup>92</sup> El derecho que tienen los menores a recibir información se consagra en el art. 7 de la LMA, en el que se contienen una serie de previsiones sobre el modo en que la información debe ser transmitida a los menores, el lenguaje que puede utilizarse, programación adecuada, etc. La previsiones de este artículo han sido desarrolla-

su entorno más cercano (familiar o afectivo) y a relacionarse y comunicarse, tanto con el personal del centro como con sus familiares y amigos, derecho que podrá ejercer sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del buen orden y la armónica convivencia en el centro.

Ahora bien, cuando se habla de derecho que tienen los menores ingresados a recibir información<sup>93</sup>, no se está haciendo en el sentido antes expuesto sino que se alude al de que se les comuniquen los datos relacionados con su ingreso (características del centro y sus normas de funcionamiento; derechos y deberes o funciones asumidas por cada una de las personas e instituciones que participan en su atención); el acceso a su historia personal y familiar y a que sean respetados sus antecedentes y valores culturales, religiosos y étnicos (arts. 13 del Decreto 33/2003 y 12 Decreto 42/2002), información les deberá ser transmitida en un lenguaje inteligible de acuerdo con sus condiciones de madurez.

Especialmente importante es el derecho de los menores ingresados a disponer de asistencia letrada con el fin de garantizarles el adecuado ejercicio de sus derechos, como señala el art. 15 del Decreto 355/2003: “Los centros de protección garantizarán que los menores puedan ejercer sus derechos sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico, facilitándoles para ello la asistencia adecuada”.

### *E) Relaciones personales*

El menor ingresado en un centro de protección mantiene el derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores parientes o amigos bien de forma directa o a través de

---

das por el Decreto 25/2007, de 6 de febrero (BOJA núm. 39, de 22 de febrero), que establece medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de las personas menores de edad, cuya finalidad, tal y como proclama en su Preámbulo es “equilibrar las medidas dirigidas a fomentar el adecuado uso de Internet y las TIC, regulando los derechos de las personas menores al acceso a las nuevas tecnologías, estableciendo elementos pedagógicos y normas del buen uso de Internet, navegadores adaptados, entre otros, con aquellas otras medidas que se disponen para promover elementos de prevención, seguridad y control sobre su uso estableciendo reglas, instrumentos de filtros y otros métodos de seguridad y regulando el funcionamiento de las cibersalas; de tal modo que se puedan aprovechar los beneficios del empleo de Internet y las TIC, pero adoptando medidas para la prevención de los riesgos que una utilización indiscriminada pudiera ocasionar a las personas menores de edad con relación a los contenidos inapropiados para su formación y desarrollo”.

<sup>93</sup> Asimismo, este derecho se reconoce a los padres, tutores o guardadores pues conforme al art. 22 de la LOPJM: “La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos, cuando no exista resolución judicial que lo prohíba”.

medios orales y escritos<sup>94</sup>, de manera que el simple hecho de la institucionalización, no implica la supresión de las relaciones con sus familiares y/o amigos<sup>95</sup>.

Se ha dicho acertadamente<sup>96</sup> que el ejercicio de este derecho –íntimamente relacionado con la intimidad y a la libertad de expresión– es esencial para mantener y fomentar los vínculos de menor con su familia, especialmente con sus hermanos<sup>97</sup>, facilitando, en su caso, su posterior retorno a la misma.

La comunicación con el menor se efectuará conforme al régimen de visitas en el que se fijará en un documento en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones que deberán suscribir los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años. En caso de desacuerdo podrá solicitarse su fijación en resolución judicial conforme a lo previsto en el art. 780 LEC<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> El art. 13 del Decreto 42/2002 dispone en sus dos primeros apartados que: “1. Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores, parientes y allegados, tanto de forma directa como a través de medios orales y escritos. Se procurará, especialmente, mantener la convivencia entre los hermanos y preservar sus vínculos afectivos.

2. A tal efecto se suscribirá por los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años, un documento que regule el ejercicio del derecho de visitas, en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones. En caso de desacuerdo, podrá solicitarse su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Para ello, el ROF deberá establecer las directrices que potencien los contactos y las visitas de amigos y compañeros al Centro y viceversa, de acuerdo con el régimen de visitas establecido (que el menor tiene derecho a conocer).

<sup>95</sup> Como señala A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, p. 357, “debe revisarse y modificarse la actuación que de forma indebida llevan a cabo algunas Administraciones públicas que proceden, en muchos casos por vía de hecho, a suspender las visitas y comunicación del menor y su familia en el momento de declararse el desamparo (...). Tras esa práctica se esconde en ocasiones una concepción totalmente equivocada del instrumento legal de la tutela administrativa de los menores desamparados, considerada como un castigo o sanción a los padres que no han cumplido debidamente sus funciones legales en lugar de una vía para brindar asistencia y protección al menor”.

<sup>96</sup> Como señala la SAP de Cádiz de 24 de enero de 2005 (JUR 2001/58.854): “La finalidad del desamparo no es la de retirar la custodia de los hijos a sus padres biológicos para buscarlas otro hogar con otros padres adoptivos donde puedan lograr un mayor bienestar social, sino que tal solución debe ser la última, cuando exista manifiesta imposibilidad o dejación de la atención por parte de sus progenitores”; *Vid.* A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, p. 358.

<sup>97</sup> Art. 13.1 del Decreto 42/2002.

<sup>98</sup> Conforme al art. 780 de la LEC: “1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.

Una vez fijado el régimen de visitas, los Centros adoptarán las medidas necesarias para que sea efectivo, asignándose a tal efecto el correspondiente espacio en él. El ROF, regulará el horario y el régimen de las visitas de acuerdo con lo establecido administrativa o judicialmente.

Las comunicaciones y visitas se celebrarán respetando la intimidad de los menores. No obstante, cuando así quede establecido judicialmente o por la Comisión Provincial de Medidas de Protección, las relaciones podrán ser supervisadas por profesionales del Centro. En estos casos, será necesario cumplimentar un Protocolo de Observación de visitas en el que se indicarán las incidencias que hayan tenido lugar.

Ahora bien, este derecho puede limitarse, condicionarse o suspenderse cuando así lo requiera el interés superior del menor o así se acuerde por resolución judicial<sup>99</sup>, pues como pone de manifiesto la praxis jurisprudencial:

“La tutela automática no supone privación, sino tan sólo suspensión de la patria potestad, de manera que subsiste el derecho de los padres a relacionarse con el menor (art. 160 CC). El problema surge cuando el interés del menor hace necesario o aconsejable la restricción del derecho. No existiendo dificultad legal alguna en que la entidad pública pueda regular el derecho de visita, restringirlo y hasta suspenderlo si resulta perjudicial para el tutelado, puesto que aquélla tiene la obligación de velar por él y si el órgano administrativo está facultado para la más trascendental decisión jurídica (separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón debe tener la posibilidad de impedir las relaciones que resulten perjudiciales” [SAP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 (AC 1999/8672); SAP Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992\1326)].

Mientras se resuelve judicialmente esta solicitud la Administración de la Junta de Andalucía adoptará las medidas cautelares necesarias en interés de los menores. Igualmente, podrá modificarse el régimen de visitas cuando el propio manifieste su deseo de no recibirlas, o exprese emociones negativas respecto a las mismas, supuestos en los que se remitirá la

---

3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días”.

<sup>99</sup> El art. 13 del Decreto 42/2001, dispone que: “La Administración de la Junta de Andalucía instará judicialmente, previo informe del equipo técnico correspondiente y con audiencia de los menores, la supervisión, limitación e incluso suspensión de las relaciones de éstos con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, cuando les cause un perjuicio físico o psíquico”.

Asimismo, la posibilidad de interrumpir las visitas se prevé en el art. 47.5 del Decreto 355/2003, conforme al cual “Si el comportamiento de algún familiar resultase conflictivo o peligroso para la integridad de los menores o de las demás personas del Centro, se podrá interrumpir la visita por el personal del mismo, poniéndolo en conocimiento de forma inmediata de la Comisión Provincial de Medidas de Protección, a través del Servicio especializado de protección de menores, que informará a su vez al Ministerio Fiscal y, en caso necesario, solicitará la suspensión de visitas al Juez competente en interés del menor”.

información al Servicio especializado de protección de menores que valorará la situación para adoptar las medidas que correspondan.

Finalmente, conforme a lo previsto en el art. 174 del Cc corresponde al Ministerio Fiscal el control del adecuado desarrollo del régimen de visitas y relaciones personales entre el menor y su familia.

## F) Salud

El derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud –verdadero derecho de configuración legal– se consagra en el art. 43 de la CE<sup>100</sup>.

Prescindiendo de un análisis en profundidad de la rica problemática que este derecho plantea, me limitaré a señalar alguno de los aspectos principales que presenta en relación con los menores ingresados. Para ello debe partirse de que, aun cuando las diversas normas generales<sup>101</sup> y particulares que se han dictado en desarrollo del art. 43 CE contienen previsiones específicas<sup>102</sup> para los menores en general<sup>103</sup> (por ej. relativas a la atención primaria, consentimiento informado, derecho de información o trasplante de órganos), la LMA (que no la LPJM) incluye una referencia específica a este derecho en su art. 10<sup>104</sup>. En este precepto se contienen una serie de mandatos a la Administración Sanitaria Pública relacionados con

<sup>100</sup> Dispone este artículo que: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria”.

<sup>101</sup> Así, por ejemplo entre las disposiciones generales puede citarse la Ley 14/1986, de 25 de abril; Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que aprueba el Catálogo de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Sanidad; o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

<sup>102</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

<sup>103</sup> Existen algunos importantes estudios sobre los problemas que se plantean en relación con el derecho a la asistencia sanitaria de los menores; así, entre ellos, véase por ejemplo, I. Lázaro González (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 560 a 599.

<sup>104</sup> En este extenso art. se contienen una serie de previsiones que, en gran parte, son reiteración o reproducción de las contenidas en la legislación sectorial sobre sanidad. El texto de este art. es el siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas de Andalucía fomentarán que los menores reciban una adecuada educación para la salud, promoviendo en ellos hábitos y comportamientos que generen una óptima calidad de vida.

2. La Administración sanitaria andaluza garantizará una especial atención a los menores, para lo que se regulará la provisión de los recursos humanos y técnicos necesarios y se establecerán, en las instalaciones sanitarias, espacios con una ubicación y conformación adecuadas. A este fin, se adaptará progresivamente la edad de atención pediátrica.

3. Los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta.

la protección de la salud de los menores que se materializan en el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre<sup>105</sup>, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

Dicho Decreto, además de reiterar para los menores alguno de los derechos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, contempla algunas cuestiones que no se habían regulado –o lo habían sido de forma deficiente– en la normativa sectorial y que se consideran especialmente importantes como el reconocimiento expreso del derecho del menor a estar acompañados permanentemente por sus padres, familiares, tutores o representantes legales durante todo el tiempo<sup>106</sup> que permanezcan

---

Los padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales.

Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño.

4. Los menores tienen derecho a estar acompañados por sus padres, tutores, guardadores u otros familiares, durante su atención en los servicios de salud, tanto especializados como de atención primaria.

La Administración de la Junta de Andalucía, a través de los organismos competentes, regulará la accesibilidad de padres, tutores, guardadores y familiares, estableciendo las normas de acreditación y los controles necesarios que garanticen este derecho.

5. Los menores de las poblaciones de riesgo socio-sanitario recibirán una atención preferente acorde con sus necesidades.

6. Los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.

7. En los centros sanitarios, tanto de Atención Primaria como Especializada, sobre todo en estos últimos, y máxime cuando sea necesario el internamiento del menor, se posibilitará la existencia de espacios adaptados a la infancia, donde se permita el derecho al juego y se impida la desconexión con la vida escolar y familiar de los mismos.

8. Los menores tendrán derecho a proseguir su formación escolar durante su permanencia en el hospital, beneficiándose de los recursos humanos y materiales que las autoridades escolares pongan a su disposición, en particular en el caso de una enfermedad prolongada, con la condición de que dicha actividad no cause perjuicio a su bienestar o no obstaculice los tratamientos que se sigan.

9. Los menores tendrán derecho a recibir los cuidados que necesiten en el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y sus progenitores, siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso se atenderá a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente”.

<sup>105</sup> BOJA núm. 244, de 16 de diciembre.

<sup>106</sup> Esta previsión es más generosa que la contenida en la LMA, donde no se prevé que los menores tengan derecho a estar permanentemente acompañados de sus padres o tutores sino tan sólo “durante el máximo tiempo posible”.

hospitalizados<sup>107</sup>; la garantía de la escolarización durante ese periodo; o la protección de su intimidad.

Pues bien, todos los derechos reconocidos en esta disposición, deben entenderse igualmente aplicables a los menores internos, a los que se garantiza “una protección integral de su salud” que incluye la atención sanitaria y los tratamientos especializados que requieran según sus necesidades (art. 11 del Decreto 355/2003)<sup>108</sup>, así como a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas (art. 15 del Decreto 42/2002).

### a) *El problema del consentimiento de los menores*

Uno de los problemas principales que se plantea en relación con la asistencia sanitaria de los menores en general, es el de la autorización necesaria en el caso de que deban ser sometidos a una intervención quirúrgica o un tratamiento sanitario y el papel que el consentimiento del menor juega en estos casos<sup>109</sup>. En el supuesto de menores ingresados, debe diferenciarse –conforme a lo dispuesto en el 26 del Decreto 355/2003– según se trate de menores tutelados por la Administración de aquellos en los que ésta ha asumido tan sólo la guarda. En el primer caso, –como quiera que la tutela *ex lege* implica la suspensión de

---

<sup>107</sup> El art. 8 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, dispone que: “Las personas menores de edad tienen el derecho a estar acompañadas permanentemente por la madre y el padre, tutoras o tutores, o persona en quien éstos deleguen, en tanto se mantenga la necesidad de su atención sanitaria en un centro o espacio asistencial”. En caso de que el acompañamiento perjudique la tarea asistencial o la salud de la persona menor de edad, desde el servicio asistencial se tomarán las medidas necesarias para evitar el perjuicio. Cuando se produzca una circunstancia que impida el acompañamiento, se informará a la madre y al padre o representantes legales y quedará constancia en la historia clínica.

2. En el caso de ingreso en cuidados intensivos, cuidados especiales y prematuros se articularán las medidas necesarias para que el acompañamiento por parte del padre, madre o representante legal, pueda llevarse a cabo durante el mayor tiempo posible. En situaciones terminales se facilitará, especialmente, el acompañamiento continuo de la persona menor de edad por parte de su madre y de su padre o personas tutoras.

3. El régimen de visita durante la hospitalización se llevará a cabo con criterios de flexibilidad horaria que faciliten el mayor tiempo posible de relaciones para respetar los vínculos de la persona menor de edad con personas de su entorno, con los límites necesarios para garantizar su descanso y la actividad asistencial del centro. Los hermanos y hermanas menores de edad, podrán visitarle junto a su madre, padre o persona tutora, si no existiera contraindicación clínica alguna tanto para la persona menor de edad paciente como para la persona menor visitante.

<sup>108</sup> Obviamente, en caso de menores con alguna discapacidad, se garantiza el que sean atendidos en centros residenciales adaptados a sus necesidades.

<sup>109</sup> Sobre los problemas que plantea el consentimiento informado de los menores de edad véase M<sup>a</sup>. A. Parra Lucán: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, (Ref. Aranzadi 2003/284).

la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172 Cc)<sup>110</sup>–, la autorización deberá otorgarla la Comisión Provincial de Medidas de Protección, para la cual la Dirección del Centro deberá remitirle la correspondiente solicitud junto con el correspondiente informe facultativo con al menos cinco días de antelación a la fecha prevista para la realización de la intervención o el inicio del tratamiento. Como es natural, no se recabará dicha autorización en los casos en que por razones de urgencia no sea posible, supuesto en el que bastará con que la decisión se tome por la Dirección del centro previa comunicación, si fuere posible, al Servicio especializado de protección de menores de la que habrá de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Comisión Provincial. Una vez efectuada la intervención comunicará, si fuera posible, de quienes tengan la patria potestad o tutela del menor<sup>111</sup>.

La respuesta debe ser diversa en el caso de menores sometidos a acogimiento ya que, en estos casos, la autorización deberá otorgarla la persona o personas que ostenten la patria potestad o tutela.

Ahora bien, nada se dice en este artículo sobre el papel que juega en estos casos el consentimiento del menor<sup>112</sup>, consentimiento que, conforme a lo previsto en el apartado 15.3 del Decreto 42/2002, se requerirá “con carácter previo al desarrollo de cualquier medida terapéutica” según su grado de madurez.

El problema estriba, pues, en determinar cuando el menor, por tener madurez suficiente, puede consentir la intervención o el tratamiento y cuando, por carecer de ella, debe prestarse por sus padres o representantes legales. Para resolver a esta cuestión, a falta de disposiciones específicas, debe estarse a lo dispuesto en la Ley 42/2002, Básica de la Autonomía del Paciente, cuyo artículo 9.3 c) prevé que se otorgará el consentimiento por representante “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor *después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos*. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero

---

<sup>110</sup> Antes de la reforma del artículo 172 Cc por la LPJM la doctrina había venido discutiendo si era lícito afirmar que la constitución de la tutela automática comportaba la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Para P. De Pablo Contreras: “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, p. 38, de ninguno de los preceptos del Código podía extraerse tal consecuencia. Sin embargo, en la actualidad, tras la citada reforma, la cuestión ha quedado zanjada no existiendo dudas de que la constitución de la tutela automática conlleva tal consecuencia pues, como claramente indica el último párrafo del apartado primero del artículo 172 Cc: “La asunción de la tutela atribuida por la autoridad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”. Cuestión distinta –e incontrovertida– es que la constitución de la tutela *ex lege* no produce *por se* la extinción de la patria potestad o tutela, siendo necesario para ello la correspondiente intervención judicial.

<sup>111</sup> Art. 26 Decreto 355/2003.

<sup>112</sup> El problema del consentimiento de los menores en la asistencia sanitaria es uno de los que ha generado mayor literatura jurídica, así, entre otros, *puede consultarse el trabajo de* M<sup>º</sup>. P. Andreu Martínez: Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación? (Ref. *La Ley* 5675/2012).

*emancipados* o con *dieciséis años* cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los *padres serán informados* y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

De lo dispuesto en este artículo, resultan diferentes situaciones según la edad del niño: si es menor de 12 años, el consentimiento corresponde otorgarlo a sus padres o representantes legales. Si tiene 12 años cumplidos, corresponde a éstos otorgar el consentimiento pero oído previamente aquél. Si son menores emancipados o mayores de 16 años, corresponde a ellos dar el consentimiento, aunque sus representantes legales deberán ser informados en caso de grave riesgo, debiendo tenerse en cuenta su opinión. Pues bien, estas reglas no se alteran por el hecho de que el menor se encuentre ingresado en un centro de protección. Como es evidente, el problema se plantea respecto de los menores de 12 años o los que carecen de madurez suficiente, lo que debe resolverse diferenciando, una vez más, si el menor está sujeto a tutela o a guarda: mientras en este último caso no se alteran las reglas comunes, por lo que el consentimiento debe ser prestando por aquellos que ostenten la patria potestad o tutela, si la medida que se adopta es la tutela administrativa, como quiera que ésta comporta la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, el consentimiento debería otorgarse, por sustitución, por la Administración que la asume.

Finalmente, con el fin de asegurar la efectividad del derecho a la protección de la salud de los menores, Reglamento Marco prevé que el ROF deberá definir un protocolo de atención y seguimiento sanitarios, así como de posibles programas específicos de promoción de este derecho, en coordinación con el Centro de Salud del entorno u otras instituciones con competencias en la materia, en función del perfil de cada menor y del tipo de programa o programas de atención residencial que desarrolle el centro.

### G) Educación

Como se ha dicho reiteradamente, la permanencia de un menor en un centro de protección tiene carácter temporal, debiendo prolongarse por el tiempo que sea absolutamente indispensable y cesando tan pronto como sea posible su integración en la familia de origen o, en su caso, en otra de acogida.

Pues bien, durante el tiempo en el que el menor permanece ingresado en un centro de protección, deben adoptarse las precauciones necesarias para garantizar su derecho a la educación, verdadero derecho fundamental garantizado en el art. 27 de la CE. Corresponde al centro proporcionar a los menores ingresados una formación “integral”, que abarque su construcción como personas y el desarrollo de su personalidad, favoreciendo su autonomía, su capacidad de decisión y su integración en la comunidad, siempre “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Asimismo, deberá garantizarse su escolarización de manera el Centro deberá tramitar con la mayor celeridad posible, la correspondiente solicitud ante la Administración educativa<sup>113</sup>. La escolarización constituye, de este modo, un derecho y una obligación “por cuya satisfacción y cumplimiento deberá velar la Administración pública”<sup>114</sup>. Por lo demás, teniendo en cuenta la especial situación de estos menores, deberá dispensárseles una “atención educativa individualizada”, que tenga en cuenta sus características personales y sociales, pudiendo adoptarse medidas “compensatorias” que le permitan alcanzar los objetivos previstos para cada etapa educativa.

## 2. Breve referencia a los deberes

Como es natural, los menores ingresados en un centro de protección tienen, como correlato inseparable de sus derechos, una serie de deberes. Tales deberes se imponen con el fin de hacer posible convivencia en el centro. Su concreción se realizará en el correspondiente ROF teniendo en cuenta las características de cada centro<sup>115</sup> y las necesidades de los menores que acoge, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Marco<sup>116</sup> y las demás disposiciones que resulten aplicables –singularmente el Decreto 33/2003–, y respetando en todo caso los derechos de los internos.

La fijación de deberes exige aparejar las sanciones que su incumplimiento conlleva. En este punto, es interesante destacar el cambio de modelo que –en la línea iniciada por Decreto 355/2003– impulsa el Reglamento Marco, al prever la sustitución del sistema

<sup>113</sup> En el caso de que el menor no se encontrara en edad escolar y no deseara continuar su formación académica, el ROF establecerá los cauces a través de los cuales se puedan ofertar otras posibles acciones o alternativas formativas atendiendo a la edad y al perfil y demandas de cada menor.

<sup>114</sup> I. Lázaro González (coord.): *Los menores...*, op. cit., p. 629.

<sup>115</sup> Como señala J. M<sup>a</sup>. Alonso Seco: “El status jurídico...”, op. cit., p. 436, “evidentemente la exigibilidad en el cumplimiento de obligaciones no puede ser igual en un centro de reclusión, o de corrección de comportamientos anómalos, que en un centro asistencial”.

<sup>116</sup> Conforme a lo previsto en el apartado 3º de dicho Reglamento Marco: “A cada menor en acogimiento residencial le corresponderá, en función de su edad y grado de desarrollo, los siguientes deberes:

- a) Respetar a las demás personas acogidas y al personal del centro, comportándose de forma correcta y adecuada.
  - b) Respetar y utilizar adecuadamente los horarios establecidos, las dependencias y objetos del recurso residencial.
  - c) Desarrollar, de forma satisfactoria y con aprovechamiento, las actividades educativas programadas, así como aquellas otras de carácter formativo y laboral, tanto internas como externas.
  - d) Atender las indicaciones que les realice el personal del centro en el ejercicio legítimo de sus funciones.
  - e) Cumplir las normas de organización, funcionamiento y convivencia establecidas en el Reglamento del Centro.
- Los Centros de Protección de Menores concretarán, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, los deberes y las obligaciones correspondientes a las personas acogidas en los mismos, observando, en todo caso, la legalidad vigente en cada momento, así como lo dispuesto en materia de protección y garantía de los derechos de las personas menores de edad”.

tradicional, –construido sobre la base de medidas represivas–, por un sistema preventivo basado en el refuerzo de conductas positivas que en ningún caso podrá implicar la adopción de medidas que supongan directa o indirectamente castigos corporales, maltrato psíquico, privación de la alimentación o del descanso, del derecho a las relaciones personales, a la educación obligatoria o de asistencia al centro escolar, ni atentar contra la dignidad del menor mediante acciones que conduzcan a su humillación o ridiculización<sup>117</sup> o la expulsión del menor de un centro.

Por lo demás, para la aplicación de las medidas correctivas deberá observarse el principio de proporcionalidad de manera que éstas sean adecuadas a la edad y madurez de cada menor<sup>118</sup>. El Reglamento de Organización debe especificar qué tipo de medida de corrección será de aplicación en función del tipo de alteración de las normas de convivencia del mismo, con indicación de quién las aplica, en qué condiciones, la duración de las mismas y cualquier otra información al respecto.

Ahora bien, la concreción del régimen sancionador en los ROF plantea un importante problema pues, como es sabido, el principio de legalidad en materia sancionadora consagrado en el art. 25 de la CE impide que la fijación de las infracciones y la determinación de las correspondientes sanciones se realice *ex novo* por una disposición de rango reglamentario, como lo son los ROF. Sin embargo, en Andalucía, ni la LMA ni la Ley de Servicios Sociales, regulan el régimen sancionador aplicable a los usuarios de centros residenciales, en particular, esta última se limita a contemplar el régimen sancionador por las infracciones cometidas por

---

<sup>117</sup> Se consideran conductas especialmente perjudiciales para la convivencia, además de las previstas en art. 39 del Decreto 355/2003, las siguientes: introducir o poseer armas; participar en desórdenes colectivos o haber instigado a realizarlos en el caso de que se hayan producido; facilitar la ausencia del centro; resistirse de manera activa y grave al cumplimiento de las indicaciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

<sup>118</sup> Para la aplicación de las medidas educativas correctoras se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La edad.
  - b) La situación personal, social y familiar.
  - c) El Proyecto Educativo Individual.
  - d) El Plan de Intervención.
  - e) La perturbación del funcionamiento del centro y los perjuicios causados a las demás personas residentes.
  - f) El carácter educativo y recuperador, no meramente sancionador, de la corrección.
- A efectos de la graduación de las correcciones, se tendrá en cuenta lo siguiente:
1. Son circunstancias paliativas:
    - a) El reconocimiento espontáneo de la conducta incorrecta y la petición de excusas.
    - b) La reparación del daño producido.
    - c) La falta de intencionalidad.
    - d) El mantenimiento de una conducta habitual positiva y favorecedora de la convivencia.
  2. Son circunstancias intensificadoras:
    - a) La premeditación y la reiteración.
    - b) Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros y compañeras de menor edad o a quienes se hayan incorporado recientemente al centro.
    - c) Cualquier acto que fomente la violencia, la discriminación, el racismo, la xenofobia o la incitación colectiva al incumplimiento de las normas de convivencia.

el personal del centro, por lo que una interpretación estricta de la exigencia constitucional llevaría a afirmar la nulidad de dichos reglamentos<sup>119</sup>.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema afirmando que los internos de los centros públicos de servicios sociales están sujetos a una relación de sujeción especial, por lo que debe entenderse que, por excepción, es lícita la tipificación de infracciones y sanciones mediante reglamentos independientes [SSTS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/4459 y 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8445)]<sup>120</sup>. Esta opción ha sido duramente criticada por EZQUERRA<sup>121</sup> para quien el posicionamiento del Alto Tribunal es excesivo y desconoce la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo concerniente al alcance del principio de legalidad en materia sancionadora. En cualquier caso, como apunta el autor citado, el problema de la falta de cobertura legal de los ROF ha venido a resolverse con la promulgación de las nuevas leyes de servicios sociales (denominadas “de última generación”), en las que se regula el régimen sancionador aplicable a los usuarios de servicios tanto residenciales como no residenciales, con lo que los ROF han pasado de ser reglamentos independientes a convertirse en reglamentos de desarrollo, con lo que el problema de la insuficiente cobertura legal ha quedado superado.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

ALEMÁN BRACHO, C.: “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 236-268.

ALONSO SECO, J. M<sup>a</sup>: “El status jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 413-439.

ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. P.: “Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?”, (Ref. *La Ley* 5675/2012).

BENITO ALONSO, F.: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, (Ref. *La Ley* 11848/2001).

---

<sup>119</sup> A. Ezquerro Huerva, (coord.): *Ciudadanos y...*, op. cit., p. 129.

<sup>120</sup> Ambas sentencias citadas por A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y...*, op. cit., pp. 127-128.

<sup>121</sup> A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y...*, op. cit., pp. 126-133.

DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011*.

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, Estudios y Documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, 2009, disponible a texto completo en <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA: *Informe Especial: Sistema de protección de menores y acogimiento residencia*, Tomo I, 1999, disponible a texto completo en [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_defensor\\_del\\_menor/informe\\_0000/descargas/TOMO1.DOC](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0000/descargas/TOMO1.DOC)

EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M<sup>a</sup>. A.: “Derecho a la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 520/2004).

FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, (Ref. *La Ley* 1642/2001).

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 11-86.

GALLARDO CASTILLO, M<sup>a</sup>. J.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 2010.

JAREÑO REAL, A.: “El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad”, (Ref. *La Ley* 2758/2006).

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008).

MAYORAL NARROS, I. V.; FRÍAS FIEL, T. y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M<sup>a</sup>.: “El acogimiento residencial”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 178-225.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.; EZQUERRA UBERO, J. y JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La situación de desamparo”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-143.

MURILLAS ESCUDERO, J. M.: “Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante”, (Ref. *La Ley* 2360/2002).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, (Ref. *La Ley* 12071/2001).

OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, (Ref. *La Ley* 1008/2006).

PAÑOS PÉREZ, A.: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 3304/2012).

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2003 (Ref. Aranzadi 2003/284).

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.<sup>a</sup> L.: “Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los centros de protección”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 80, 2011, pp. 305-340.

RODRÍGUEZ SOL, L.: “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. *La Ley* 13787).

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup>. B. y PARDO MARTÍNEZ, E.: *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010.

SALAMERO TEIXIDÓ, L.: “Los mecanismos de control como garantía de los derechos de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 135-207.

SERRANO ALBERCA, J. M.: “Artículo 18”, en GARRIDO FALLA, F. (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 388-444.

SEVILLA BUJALANCE, J. L.: *Los niños expósitos y desamparados en nuestro Derecho histórico*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001.

VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.

VILLA RUBIO, M.: “Protección de menores desamparados”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., (eds.): *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 389-412.

VIVANCOS SÁNCHEZ, M.: “Constitución de la tutela automática”, (Ref. *La Ley* 1959/2001).