



Colección
Convención ONU

PROPUESTAS DE MEJORA
DEL MARCO NORMATIVO
DE LOS MENORES CON
DISCAPACIDAD EN ESPAÑA



COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD



ediciones
cinca

Ediciones Cinca



Colección Convención ONU
N.º 7

DIRECTORES:

Luis Cayo Pérez Bueno
Ana Sastre Campo

Con el apoyo de:



PRIMERA EDICIÓN:

Octubre 2011

© DEL TEXTO: CERMI

© DE LA ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA: David de la Fuente Coello, 2011

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las obras de la Colección Convención ONU editadas por Ediciones Cinca, S. A., incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A., se identifique con las mismas.

DISEÑO DE COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL, COORDINACIÓN TÉCNICA E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca, S. A.
General Ibáñez Ibero, 5A
28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72

Fax: 91 554 37 90

grupoeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M.

ISBN:

PROPUESTAS DE MEJORA DEL MARCO NORMATIVO DE LOS MENORES CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La necesaria reforma de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y normas complementarias sobre protección de menores para su actualización de acuerdo con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

María José Alonso Parreño
Doctora en Derecho



ÍNDICE

1. POR QUÉ ES NECESARIO ACTUALIZAR LA LOPJM Y NORMAS COMPLEMENTARIAS SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES EN RELACIÓN CON LOS MENORES CON DISCAPACIDAD	00
2. LA CONVENCIÓN DE LA ONU Y EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS	
2.1. Aspectos del articulado de la Convención que se abordan en la LOPJM.....	
2.2. Aspectos que se abordan en otras leyes	
3. PROYECTOS NORMATIVOS EN CURSO EN PROTECCIÓN A LA INFANCIA: LOS DOS ANTEPROYECTOS DE LEY	
4. REFORMAS NECESARIAS SIGUIENDO LA ESTRUCTURA DE LA LOPJM QUE COMPLETAN LAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL APARTADO ANTERIOR	
4.1. Derechos del menor con discapacidad en general	
4.1.1. Interés superior del menor: discapacidad y necesidades de apoyo.....	
4.1.2. No discriminación por motivos de discapacidad.....	
4.1.3. Derecho a la información y a la cultura accesible en centros y servicios	
4.1.4. Toma de conciencia sobre la discapacidad	



- 4.1.5. Derecho a la participación en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno. Plena accesibilidad de dichos entornos.....
- 4.1.6. Derecho a ser oído sin discriminación por discapacidad..
- 4.1.7. Derecho a la atención temprana.....
- 4.1.8. Menores extranjeros con discapacidad y acceso al Sistema para la Autonomía Personal y la Atención a la Dependencia
- 4.1.9. Inclusión social de menores con discapacidad: apoyo a familias y adecuación del entorno
- 4.2. Medidas de protección de menores
- 4.2.1. Prevención de riesgo. Servicios concretos de Apoyo a familias: información, orientación, formación, respiro, ayudas técnicas, ayudas económicas y medidas de conciliación
- 4.2.2. Información previa a medidas de protección. Informe de asociación que preste servicios en materia de discapacidad del menor
- 4.2.3. Derecho del menor con discapacidad a ser oído antes de la adopción de medidas de protección
- 4.2.4. Intervención en situaciones de riesgo. Coordinación con asociaciones de discapacidad
- 4.2.5. No separación de padres contra la voluntad del menor por motivo de discapacidad
- 4.2.6. Acogimiento residencial y derechos de los menores con discapacidad
- 4.2.7. Tutela y guarda y Plan individual de atención.....
- 4.2.8. Información estadística
- 4.2.9. Menores con discapacidad y problemas de conducta y Centros de menores con trastornos de conducta.....
- 4.2.10. Normas complementarias. Desamparo y discapacidad....
- 4.2.11. Normas complementarias. Guarda administrativa y discapacidad.....
- 4.2.12. Salidas de fin de semana y vacaciones y discapacidad



- 4.2.13. Acompañamiento a familias que acogen o adoptan un menor con discapacidad
- 4.3. Madres y padres con discapacidad. Igualdad de oportunidades y no discriminación
- 5. LEGISLACIÓN, PRÁCTICAS Y PROCEDIMIENTOS. EL NECESARIO DESARROLLO DE LA LEY PARA ACOMODAR NUESTRA SOCIEDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES A LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- 6. BIBLIOGRAFÍA

1. POR QUÉ ES NECESARIO ACTUALIZAR LA LOPJM Y NORMAS COMPLEMENTARIAS SOBRE PROTECCIÓN DE MENORES EN RELACIÓN CON LOS MENORES CON DISCAPACIDAD

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la llamada Carta Magna de los derechos de los menores de edad en España.

Asombrosamente, no encontramos ninguna mención a la discapacidad en ella, aunque se trata de una circunstancia, que en la práctica lleva aparejada una merma en los derechos fundamentales de los menores.

La promulgación de la LOPJM supuso la consolidación en España de un nuevo enfoque en la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, enfoque incorporado a nuestro ordenamiento a través de diversos Tratados Internacionales y muy especialmente de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas de 1989. Este enfoque consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. La Exposición de Motivos de esta Ley concluía, a partir del conocimiento científico del momento, que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades de autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social



y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. Las necesidades de los menores fueron entonces el eje de sus derechos y de su protección.

Sin embargo, y a pesar de que el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN) ya recalcó la obligación de los Estados Parte de garantizar a los niños con discapacidad una vida plena y la participación activa en la Comunidad, así como el derecho a que se atendieran sus necesidades especiales¹, la LOPJM de 1996 no hizo mención alguna a la discapacidad.

¹ Art. 23: «1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.»



La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CNUDPD) tiene un enfoque hacia las personas con discapacidad que, en ciertos aspectos, es similar al que la LOPJM ha consolidado para la infancia. También entiende que la mejor forma de proteger los derechos de las personas con discapacidad es promoviendo su autonomía como sujetos. Lo que ocurre es que el acento no se pone tanto en que los menores con discapacidad tienen unas necesidades especiales, como en que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son comunes a las de todos los niños. La CNUDPD parte de un modelo social de la discapacidad, la cual tiene un carácter interactivo, es decir, que la forma en que una determinada sociedad se organiza, incide de manera directa en la capacidad de una persona para desenvolverse dentro de esta. La infancia y la adolescencia son las etapas de formación de una persona, etapas en las que este carácter interactivo se manifiesta de manera aún más acusada.

Dado que el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad está trabajando en dos Anteproyectos de Ley para actualizar la legislación de protección a la infancia, y dado que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008, el momento actual es especialmente indicado para abordar la discapacidad tanto en la LOPJM como en las otras normas que complementan el sistema de protección de menores (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este trabajo pretende señalar qué aspectos hay que abordar en dicha reforma. Aunque muchos de sus preceptos son de aplicación supletoria en las CCAA, la reforma servirá, en la medida en que se recojan aspectos hasta ahora no regulados por éstas, para generalizar procedimientos que garanticen los derechos fundamentales de los menores con discapacidad, o si ya están regulados en dicha CCAA, para servir de modelo en futuras normas autonómicas.

2. LA CONVENCIÓN DE LA ONU Y EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD EN RELACIÓN CON LOS NIÑOS Y NIÑAS

La Convención de la ONU sobre los derechos de las Personas con Discapacidad contiene numerosos artículos relacionados con los niños y niñas.

Su Preámbulo comienza recordando la Carta de las Naciones Unidas cuando proclama que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana².

Dentro de esa gran familia humana se encuentran los niños y niñas³ con discapacidad a los que se hace alusión en los párrafos q) y r) del Preámbulo, que se transcriben a continuación:

«q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia,

² Así comienza el Preámbulo de la CNUDPD párrafo a), recordando el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

³ Según la CNUDN niño es todo ser humano menor de dieciocho años y así debemos entenderlo en la CNUDPD.



lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación»

«r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño»

El apartado q) se refiere a las niñas como grupo especialmente vulnerable dentro del colectivo de personas con discapacidad. También se hace mención a la familia de las personas con discapacidad en el párrafo x) de dicho Preámbulo, en los siguientes términos:

«x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones»

Ya en el articulado de la Convención encontramos menciones a los niños y niñas con discapacidad y a sus familias en los siguientes artículos:

- Art. 3. Principios generales, párrafo h), que se refiere al respeto a la evolución de sus facultades y derecho a preservar su identidad.
- Art. 4. Obligaciones generales, apartado 3 que se refiere a consultas estrechas y colaboración activa de los niños y niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que les representan, en lo que se refiere



a la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención y otros procesos de adopción de decisiones que se relacionen con ellos.

- Art. 6. Mujeres con discapacidad. Apartado 1. Reconocimiento de la discriminación múltiple de las niñas con discapacidad.
- Art. 7. Niños y niñas. Goce en igualdad de condiciones de derechos y libertades fundamentales. Interés superior del niño. Derecho a expresar su opinión en cuestiones que les afecten.
- Art. 8. Toma de conciencia. Apartado 2. b) Fomentar en el sistema educativo que todos los niños con discapacidad y sin ella respeten los derechos de las personas con discapacidad.
- Art. 10. Derecho a la vida.
- Art. 16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Apartado 5. Garantizar que los casos de explotación, violencia y abuso en infancia con discapacidad sean detectados, investigados y juzgados.
- Art. 18. Libertad de desplazamiento y nacionalidad. Apartado 2. Inscripción de niños y niñas con discapacidad. Derecho a un nombre, una nacionalidad, conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.
- Art. 23. Respeto del hogar y de la familia. Apartado 1. c) Mantenimiento de la fertilidad de los niños y niñas con discapacidad. Apartado 2. Custodia, tutela, guarda, adopción. Asistencia a personas con discapacidad en la crianza de sus hijos. Apartado 3. Información, servicios y apoyo a menores con discapacidad y sus familias para prevenir ocul-



tación, abandono, negligencia y segregación. Apartado 4. No separación de padres contra su voluntad y por razón de discapacidad. Apartado 5. Atención alternativa en un entorno familiar.

- Art. 24. Educación. Sistema de educación inclusivo. Sistemas alternativos de comunicación. Formación.
- Art. 25. Salud. Apartado b). Detección e intervención temprana.
- Art. 26. Habilitación y rehabilitación. Lograr máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Servicios y programas de habilitación y rehabilitación de salud, educación y servicios sociales en etapa temprana en su comunidad.
- Art. 28. Nivel de vida adecuado y protección social. Para los niños con discapacidad y sus familias, sobre todo niñas y mujeres. Gastos relacionados con la discapacidad.
- Art. 30. Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. Apartado 5. d) Igual acceso a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas.

Todas las normas arriba mencionadas se fundan en el modelo social de la discapacidad. Este modelo nació y se desarrolló en los veinticinco años que siguieron a 1981, Año Internacional de las Personas con Discapacidad. En esos años muchas sociedades se apartaron de la concepción de las personas con discapacidad como objetos de caridad y piedad, reconociendo que la sociedad misma es discapacitante. La Convención encarna ese cambio actitudinal y



constituye un paso de gigante hacia el cambio en la percepción de la discapacidad y el logro de asegurar que las sociedades reconozcan que todas las personas deben tener la oportunidad de alcanzar su pleno potencial⁴.

Si examinamos la evolución del modelo de discapacidad en relación con los niños, destacan los siguientes aspectos:

- En el *modelo tradicional*, que muchas veces daba a la discapacidad una explicación de karma o pecado, era muy frecuente el asesinato de los bebés con discapacidad, la ocultación mediante el encierro por las propias familias o el abandono de niños que conducía a que mendigaran. Algunos eran empleados como bufones en la Corte⁵.
- En el *modelo médico* hay una intención de curar a los niños con discapacidad. Comenzó con un afán de protección, de caridad, lo que supuso ofrecer alojamiento y manutención en orfanatos, y luego con el avance de la ciencia médica un intento de convertirlos en «normales». El enfoque del modelo médico se centró en la pérdida de la función normal de los niños con discapacidad y en consecuencia condujo a considerarles de manera negativa, en déficit, con necesidad de convertirse en normales. El problema es que estos servicios les mantenía al margen de la vida que llevaban los otros niños, los que no tenían

⁴ ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, Geneva, 2007. Disponible en web: <http://www.unclef.com/disabilities/documents/too-laction/ipuhb.pdf> [Consulta: 11 abril 2010], Prólogo. En español en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631>

⁵ Podemos ver algunos ejemplos en cuadros de Velázquez en el Museo del Prado, como por ejemplo Las Meninas.



discapacidad, y que muchas deficiencias no tienen cura. E incluso cuando funcionó el tratamiento, se observó al niño o niña con discapacidad como una colección de síntomas, que debían ser tratados con terapias, dejando en suspenso su vida normal. Tomando como punto de partida lo que las personas con discapacidad no podían hacer, se les clasificó en categorías, por tipo y grado de deficiencia y en consecuencia, se les etiquetó, separó y se les trató de manera diferente a los demás, sin discapacidad. En el caso de los niños, ello supuso el uso excesivo de la hospitalización y la creación de colegios de educación especial.

- El *modelo social* aparece cuando las propias personas con discapacidad cuestionaron el modelo médico. Como consecuencia, el foco de atención se ha movido, se ha pasado de localizar el problema en las personas y en sus deficiencias permanentes a examinar las barreras en las actitudes, en la organización y en el entorno, que niegan a las personas con discapacidad el acceso a una vida normal en la cultura y en la sociedad en la que vivimos.
- Es importante aclarar que el modelo social no desprecia la intervención médica ni la rehabilitación de las deficiencias de las personas. Lo que ocurre es que dichos aspectos se contemplan con un cambio de enfoque, que deja de centrarse en la persona con deficiencias y en como hacerla encajar en una sociedad que no se adapta a ella, para pasar a analizar como cuestionar y derribar las barreras que discapacitan a aquellas personas con deficiencias. Es un modelo basado en derechos.

La Convención entiende que sólo pueden respetarse los derechos humanos de las personas con discapacidad desde el modelo social y sobre la base de la igualdad de oportunidades y la no discriminación.



En el Preámbulo de la Convención se reconoce que la «discapacidad» es un concepto que evoluciona (párrafo e). En el término «personas con discapacidad» se incluye a personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, las cuales, al interactuar con diversas barreras físicas o de actitudes negativas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad (artículo 1)⁶.

El reconocimiento de que la «discapacidad» es un concepto que evoluciona, implica que la sociedad, y las opiniones dentro de ella, no son estáticas.

En consecuencia, la Convención no impone una visión rígida de la discapacidad, sino que asume un enfoque dinámico que permite adaptaciones en el tiempo y en los distintos contextos socioeconómicos.

El enfoque de la Convención enfatiza el impacto significativo que las barreras actitudinales y ambientales existentes en la sociedad pueden tener en el disfrute de los derechos humanos por parte de las personas con discapacidad. En otras palabras, una persona en silla de ruedas puede tener dificultades en utilizar el transporte público o en conseguir un empleo, no por su condición, sino porque encuentra obstáculos ambientales, tales como autobuses inaccesibles o escaleras en el centro de trabajo, que impiden su acceso.

Del mismo modo, un niño con una discapacidad intelectual puede tener dificultades en la escuela por las actitudes que tienen hacia él sus profesores,

⁶ ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, Geneva, 2007. Disponible en web: <http://www.unclef.com/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf> [Consulta: 11 abril 2010], p.p.12-13. En español en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631>



los equipos directivos inflexibles del colegio, o posiblemente unos padres incapaces de adaptarse a estudiantes con diferentes capacidades de aprendizaje. En consecuencia es vital cambiar esas actitudes y entornos que hacen difícil a las personas con discapacidad el participar plenamente en la sociedad.

La Convención por tanto ni realiza una definición exhaustiva de qué personas pueden ampararse en ella ni excluye categorías más amplias de personas con discapacidad que puedan encontrarse en las legislaciones nacionales, como por ejemplo personas con discapacidades a corto plazo o que tuvieron discapacidad en el pasado.

Esta claridad de los redactores de la Convención en cuanto a que la discapacidad debe ser vista como el resultado de la interacción entre una persona y su entorno, y no algo que reside en el individuo como resultado de una deficiencia, tiene una consecuencia: la Convención está reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que por lo tanto puede adaptarse la legislación a medida que se vayan produciendo cambios positivos en la sociedad y con el fin de reflejar dichos cambios.

Todavía hoy, los modelos tradicional, médico y social conviven aun en los países más desarrollados. Todas las personas con discapacidad y sus familias han vivido experiencias de cada uno de estos modelos, aunque cada país esté en una fase diferente de la evolución del modelo de discapacidad.

Todavía se considera a las personas con discapacidad sobre todo como objetos de beneficencia y tratamiento médico y no como titulares de derechos.

La Convención garantiza que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos humanos que cualquier otra persona, y que puedan conducir sus vidas, como ciudadanos plenos que pueden hacer contribuciones valiosas a la sociedad, si se les da las mismas oportunidades que a los demás.



En relación con los niños y niñas con discapacidad, el garantizar la igualdad de oportunidades desde un modelo social requiere acción en todos los ámbitos donde se desenvuelven sus vidas. Veamos a continuación cuales de estos aspectos se abordan en la LOPJM y cuales no.

2.1. Aspectos del articulado de la Convención que se abordan en la LOPJM

En la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, aún sin mencionar la discapacidad, se abordan algunos de los aspectos que dan contenido a los artículos de la Convención que se refieren a niños y niñas, y que han sido listados más arriba. Son los siguientes:

En cuanto a derechos del menor en general

- Principio del interés superior del menor.
- No discriminación por circunstancias personales, familiares y sociales, incluido el motivo de deficiencia o de sexo.
- Toma de conciencia sobre valores de igualdad, solidaridad y respeto.
- Derecho a la participación en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno.
- Derecho a ser oído.
- Protección social y control administrativo de productos, servicios y entornos.

En cuanto a medidas de protección de menores tanto en LOPJM como en el Código Civil

- Prevención de riesgo. Servicios de Apoyo a familias.



- Actuación en situaciones de riesgo.
- Desamparo
- Guarda administrativa
- Acogimiento familiar
- Acogimiento residencial.

También se abordan en la LOPJM aspectos que deben incluir la dimensión de la discapacidad del menor, aunque dentro de la Convención no estén específicamente articuladas en torno a los niños sino a las personas con discapacidad en general. Son los siguientes:

- Derecho a la información y a la cultura accesible en centros y servicios.
- Menores extranjeros.

Finalmente, hay un aspecto esencial en la vida de los menores en relación con la discapacidad, que no se aborda en la LOPJM, ni en otras leyes estatales, aunque sí en la Convención. Se trata del derecho a la atención temprana, al que se debe dar una protección en esta Ley, puesto que condiciona la posibilidad de ejercicio de todos sus derechos fundamentales por parte del menor.

2.2. Aspectos que se abordan en otras leyes

No se abordan en este trabajo, aspectos presentes en la Convención y que sí se abordan en otras leyes estatales españolas. Son los siguientes:

- Derecho a la vida.



- Derecho a la educación.⁷
- Protección contra la explotación, violencia y abuso.
- Derecho a un nombre, a una nacionalidad.
- Mantenimiento de la fertilidad.
- Protección económica.

⁷ Sobre la necesidad de adaptar a la CNUDPD la legislación educativa española, véase ALONSO PARREÑO, María José; ARAOZ SANCHÉZ-DOPICO, Inés de. *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. 1.^a edición. Madrid: Cinca Ediciones, 2011.d

3. PROYECTOS NORMATIVOS EN CURSO EN PROTECCIÓN A LA INFANCIA: LOS DOS ANTEPROYECTOS DE LEY

El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad ha trabajado recientemente en dos Anteproyectos de Ley para actualizar la legislación de protección a la infancia:

- Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011⁸.
- Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, de 11 de julio de 2011⁹.

Aunque se desconoce ahora mismo la continuidad de la tramitación de ambos anteproyectos, en el presente trabajo se utilizan los textos de ambos, pues contienen una propuesta de regulación más detallada de determinadas cuestiones, en las que la circunstancia de tener una discapacidad cobra un

⁸ Puede consultarse en <http://www.msc.es/normativa/docs/Leyinfancia.pdf>

⁹ Puede consultarse en

<http://www.msc.es/normativa/docs/Leyorganicainfancia2.pdf>



enorme peso. Por ello las propuestas aquí recogidas, se insertan en ocasiones en las propuestas que para dichos anteproyectos han sido redactadas por sus autores.

4. REFORMAS NECESARIAS SIGUIENDO LA ESTRUCTURA DE LA LOPJM Y QUE COMPLETAN LAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL APARTADO ANTERIOR

4.1. Derechos del menor con discapacidad en general

Este apartado se refiere a los derechos de los menores recogidos en el Título I de la LOPJM, incluida la actuación administrativa previa a cualquier situación de desprotección social del menor. Se sigue el orden de la actual LOPJM. Al final de cada una de las propuestas enumeradas a continuación se dirá si se trata de una disposición cuya reforma requiere ley orgánica u ordinaria y si se trata de legislación supletoria a la dictada por las CCAA o no.

4.1.1. *Interés superior del menor: discapacidad y necesidades de apoyo*

El interés superior del menor es un principio ya presente en la LOPJM, la cual establece la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Dicho principio está asimismo presente en el art. 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989 (CNUDN)¹⁰ y en el art. 7 apartado

¹⁰ Art. 3: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los ór-



2 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CNUDPD)¹¹.

La previsión normativa del principio en la LOPJM no es suficiente, tal y como viene señalando la doctrina desde hace tiempo. Se trata de un principio que tienen que aplicar tanto los titulares de la patria potestad, de la tutela y el acogimiento, como el Juez, cualquier autoridad administrativa, el Fiscal, y cualquier persona que tenga conocimiento de una situación de riesgo o desamparo.¹²

En el contexto de la CNUDPD el principio se aplica en todas las actividades relacionadas con los niños con discapacidad, es decir en un ámbito superior al de la LOPJM, y ello no es nuevo en nuestro país, pues hay otras leyes españolas, tanto estatales como autonómicas, que se inspiran en este principio o lo recogen explícitamente.

El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, ha querido establecer los criterios mínimos que siempre deberán tenerse en cuenta para interpretar y aplicar el interés superior del menor, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, como principio jurídico garantista que obliga en todas las decisiones que deban adoptarse que afecten a los menores de edad.

El Anteproyecto citado recuerda en su Exposición de Motivos que actualmente el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que

ganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

¹¹ Art. 7: «2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.»

¹² Véase art. 13.1 LOPJM.



es necesario delimitar y concretar en cada caso individual en el que se vaya a aplicar, lo que supone que su valoración y determinación no es fácil ni sencilla y conlleva siempre cierto grado de inseguridad sobre las consecuencias, dado que obliga a hacer previsión sobre las implicaciones de la situación del menor en cada caso y esas posibles consecuencias de la decisión tanto a corto como a largo plazo.

Y aun cuando al aplicar el concepto jurídico indeterminado a un supuesto concreto no se admite más que una solución, a diferencia de las potestades discrecionales, caracterizadas por la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio¹³, tanto la Comisión Especial del Senado como el Comité de Derechos del Niño, en sus conclusiones y recomendaciones han señalado la necesidad de definir el interés superior del menor de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado, y permita una interpretación más homogénea, introduciéndose criterios básicos para su determinación.

Teniendo en cuenta estas conclusiones y recomendaciones, se han incluido en el borrador de nuevo texto del artículo 2 LOPJM unos criterios de interpretación y aplicación, que siguen la jurisprudencia sentada en varias sentencias por el Tribunal Supremo, en línea con los criterios mínimos que en los sistemas anglosajones deben tener en cuenta los Tribunales a la hora de concretar el interés del menor.

En relación con su posible situación de discapacidad, a la que se hace mención en el apartado 1.c) del borrador de art. 2 LOPJM del anteproyecto sería

¹³ Véase a este respecto con referencia a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Administración GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Civitas, 1983, pp. 33 ss; también en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, pp. 443 ss.



preciso completar el texto, para orientar mejor el interés superior del menor, haciendo mención a la discapacidad que pueda tener y a las necesidades de apoyo específico y estable derivadas de ésta. Son las necesidades concretas de apoyo las que pueden iluminar mejor cual es el interés superior de un niño concreto, más que el hecho en sí de presentar una discapacidad.

La situación de discapacidad debería estar recogida como criterio independiente en una nueva letra k), en lugar de agruparse con el factor edad, entorno y otras características relevantes en la letra c).

El art. 2 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es competencia exclusiva del Estado al amparo del art. 149.1.8.º salvo la normativa de las CCAA con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial.

4.1.2. *No discriminación por motivos de discapacidad*

El art. 3 de la actual LOPJM se titula «Referencia a Instrumentos Internacionales» y establece el principio de no discriminación. Dicho artículo hace mención a que los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales, especialmente la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón, entre otras, de deficiencia.

La reforma de la LOPJM debería afectar a la redacción de este artículo para incluir una mención a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de manera que queden explicadas, por la necesidad de adaptarse a la Convención, la reforma de diversos artículos de la LOPJM y para que el principio de igualdad y no discriminación, piedra angular de la Convención y de todo el edificio de derechos humanos de la ONU, sea entendido en relación con los menores con discapacidad, de la manera esta-



blecida en dicha Convención, especialmente en los artículos 2 y 5 de la misma.¹⁴

También sería preciso sustituir la palabra «deficiencia» por la palabra «discapacidad» para actualizar la terminología del citado artículo 3.

El art. 3 LOPJM tiene carácter de ley orgánica.

4.1.3. *Derecho a la información y a la cultura accesible en centros y servicios*

El art. 5.3 párrafo 1.º LOPJM se refiere a la obligación de las Administraciones públicas de incentivar la producción y difusión de materiales informa-

¹⁴ Artículo 2. Definiciones: «Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;»

Artículo 5. Igualdad y no discriminación: «1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.»



tivos y otros destinados a los menores que respeten los criterios de veracidad, pluralidad y respeto a los principios constitucionales, así como de facilitar el acceso de los menores a los servicios de documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

Se propone añadir, para cumplir con los mandatos que a este respecto establecen los arts. 9 (Accesibilidad), 21 (Acceso a la información) y 30 (Participación en la vida cultural) de la CNUDPD, el siguiente texto:

«Se garantizará el derecho a la accesibilidad de los menores con discapacidad en dichos materiales y servicios.»

El art. 5 apartado 3 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

4.1.4. *Toma de conciencia sobre la discapacidad*

El art. 5.3 párrafo 2.º LOPJM se refiere a la transmisión de valores en los medios de comunicación. Establece para las Administraciones Públicas la obligación de velar porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás y eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

Se propone añadir a la lista de valores el de diversidad y al de imágenes que se deben evitar, aquellas que reflejen un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad en consonancia con el art. 8. apartado 2. b) y c) CNUDPD, que se refiere a la obligación inmediata de los Estados Parte de tomar medidas inmediatas y efectivas para fomentar en todos los niños y niñas desde edades temprana una actitud de respeto de los derechos de las personas



con discapacidad y una imagen compatible con el fin de la Convención que es, en definitiva, lograr la igualdad efectiva de las personas con discapacidad.

El art. 5 apartado 3 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

4.1.5. *Derecho a la participación en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno. Plena accesibilidad de dichos entornos*

El art. 7.1 LOPJM proclama el derecho de los menores a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Para que este derecho sea una realidad en el caso de los menores con discapacidad es preciso garantizar la plena accesibilidad de los entornos donde se desenvuelve su vida, conseguir que los entornos sean «capacitantes»¹⁵ y no causa de discapacidad. De acuerdo con los arts. 9 (Accesibilidad) y 30.5.d) (Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte) de la CNUDDP¹⁶, se propone añadir al apartado 1 del art. 7 LOPJM la siguiente frase:

¹⁵ La Organización Mundial de la Salud, en su reciente Informe publicado en junio de 2011, dedica todo un Capítulo, el 6, a los entornos «capacitantes» que se deben conseguir de acuerdo con la Convención. OMS, WORLD HEALTH ORGANISATION, *World report on disability*, 2011, Chapter 6. Disponible en web: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html [Consulta: 19 septiembre 2011].

¹⁶ Artículo 9. Accesibilidad: « 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas



«Se garantizará la plena accesibilidad a los menores con discapacidad de los entornos donde se desarrolla dicha vida social, cultural, artística y recreativa de los menores.»

como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.»

Art. 30.5.d): « 5. A fin de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para:

d) Asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar;»



El art. 7 apartado 1 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

4.1.6. *Derecho a ser oído sin discriminación por discapacidad*

El art. 9 LOPJM se refiere al derecho del menor 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.

El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, de 11 de julio de 2011 recoge en su texto la modificación del artículo 9 LOPJM, estableciendo expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación por razón de discapacidad en el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado.¹⁷

De aprobarse dicha disposición se daría cumplimiento a los arts. 7 apartado 3 (Niños y niñas con discapacidad) y 13 (Acceso a la justicia) de la CNUDPD.¹⁸

El art. 9 LOPJM tiene carácter de ley orgánica.

¹⁷ Véase Art. 1 apartado Uno de dicho Anteproyecto: «Artículo Primero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Uno. Se modifica el artículo 9 que tendrá la siguiente redacción:

«1. El menor tiene derecho a ser oído, sin exclusión alguna por discapacidad, 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.»

¹⁸ Art. 7 Niños y niñas con discapacidad: «3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las



4.1.7. *Derecho a la atención temprana*

Desde hace muchos años el movimiento asociativo de la discapacidad y los autores que se han ocupado de la materia vienen reclamando un marco legal estatal para la atención temprana. En España existe entre los profesionales un elevado grado de consenso sobre el contenido de este derecho, el cual podríamos definir conforme al Libro Blanco de la Atención Temprana de la siguiente manera:

«Se entiende por Atención Temprana el conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infantil de 0-6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación interdisciplinar o transdisciplinar.»¹⁹

cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.»

Art. 13 Acceso a la justicia: «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.»

¹⁹ GRUPO DE ATENCIÓN TEMPRANA: *Libro Blanco de la Atención Temprana*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2000, p.13. El Libro Blanco constituye una referencia para las administraciones públicas, los profesionales, las asociaciones y las familias. Fue elaborado de manera consensuada y con representación de especialistas de las diversas CCAA y con el respaldo del Real Patronato sobre Discapacidad e importantes entidades del movimiento asociativo.



El modelo contemporáneo de Atención Temprana parte de un abordaje global, tiene vertientes educativas, sanitarias y sociales, está «centrado en la familia» y persigue la prestación de servicios en los «entornos naturales» donde se desenvuelve la vida del niño, es decir que es plenamente coherente con la naturaleza interactiva de la discapacidad que reconoce la Convención y con el modelo social que subyace a todo su articulado.

Sin embargo su regulación no tiene una forma y contenido homogéneo. A falta de un marco legal estatal, cada CCAA ha elegido distintos tipos de disposiciones (normas de infancia, de discapacidad, de salud, de servicios sociales, etc.), con rangos normativos diversos (ley, decreto, orden, etc.) y contenidos parcialmente dispares para dar soporte a la regulación del derecho a la atención temprana.

A juicio de la autora, el reconocimiento del derecho a la atención temprana debe incluirse en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y ello por su condición de Carta Magna de los derechos de los menores, lo cual permite aglutinar las tres vertientes de la atención temprana, educativa, sanitaria y social, recogiendo además las condiciones básicas en que debe prestarse para garantizar la igualdad de todos los menores españoles en el ejercicio de este derecho.²⁰

Se entiende que dicha propuesta de reconocimiento mediante un nuevo artículo en la LOPJM, que podría ser el 9 bis, al final del Capítulo II del Título I, debería tener rango de ley orgánica porque afectaría al derecho a la educación. Dicho reconocimiento y condiciones básicas tendría que ser completado

²⁰ El Estado tiene competencias para dictar la legislación básica de Sanidad y Educación (arts. 149.1.16.^a y 149.1.30.^a CE) y tiene la competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.



en otras disposiciones de carácter general y de ámbito estatal para poder desplegar un sistema de atención temprana coordinado en los distintos niveles y servicios.

La atención temprana abarca los siguientes niveles:

a) La prevención primaria de los trastornos en el desarrollo infantil tiene por objetivo evitar las condiciones que pueden llevar a la aparición de deficiencias o trastornos en el desarrollo infantil. Los servicios competentes en estas acciones son prioritariamente los de Salud, Servicios Sociales y Educación. Otros departamentos como Trabajo y Medio Ambiente también tienen importantes responsabilidades en este ámbito.

b) La prevención secundaria en Atención Temprana tiene por objetivo la detección y el diagnóstico precoz de los trastornos en el desarrollo y de situaciones de riesgo. La detección se hace en el ámbito de la Sanidad por parte de los Servicios de Obstetricia en la etapa prenatal, Servicios de Neonatología en la etapa perinatal, y Servicios de Pediatría en la etapa postnatal u otros servicios sanitarios. También por parte de los Servicios educativos cuando el niño asiste a una escuela infantil, por el entorno familiar y por los Servicios Sociales.

El diagnóstico de una alteración en el desarrollo consiste en la puesta en evidencia de una alteración en el desarrollo así como el conocimiento de sus supuestas causas, permitiéndonos la comprensión del proceso y el inicio de una adecuada intervención terapéutica. En el diagnóstico han de colaborar profesionales de distintas disciplinas y ámbitos: medicina, psicología, pedagogía y ciencias sociales.

Un aspecto fundamental es la comunicación adecuada a los padres de la información diagnóstica, comunicación de importancia decisiva en el desarro-



llo del niño y que comprende la información sobre recursos para la discapacidad de que se trate.²¹

c) La prevención terciaria en Atención Temprana agrupa todas las actividades dirigidas hacia el niño y su entorno con el objetivo de mejorar las condiciones de su desarrollo. Con ella se deben atenuar o superar los trastornos o disfunciones en el desarrollo, prevenir trastornos secundarios y modificar los factores de riesgo en el entorno inmediato del niño.

Los poderes públicos deben garantizar una prestación universal y gratuita de atención temprana a todos los menores y sus familias, desde el comienzo de la gestación, en el lugar en el que residan. Dicha prestación debe incluir la atención educativa temprana en escuelas infantiles, para sentar las bases de la inclusión social en toda la vida futura del menor. Hoy por hoy no está garantizada la plaza escolar más que a partir de los tres años, pero podría ampliarse la cobertura de centros públicos y concertados conforme al art. 15 LOE mediante equipos públicos itinerantes de apoyo a la inclusión en centros privados.

El que se incluya en la LOPJM una cobertura prenatal es coherente con el borrador de modificación del art. 17 LOPJM incluido en el Anteproyecto de

²¹ Véase sobre este particular CERMI. *¿Cómo comunicar la presencia de una discapacidad en el embarazo, en el nacimiento o en los primeros años de vida?: Recomendaciones para actuar desde un enfoque de derechos humanos y respeto a la diversidad*. Enero, 2011. Disponible en web: <http://www.cermi.es/SiteCollectionDocuments/C%C3%B3mo%20comunicar%20presencia%20discapacidad.pdf> [Consulta: 25 septiembre 2011]. Véase para un tratamiento del tema en detalle FEDERACIÓN ESTATAL DE ASOCIACIONES DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA - GAT. *Mejora del proceso de comunicación del diagnóstico de trastorno en el desarrollo o discapacidad en la primera infancia. La primera noticia: Estudio sobre los procedimientos profesionales, las vivencias y las necesidades de los padres cuando se les informa de que su hijo tiene una discapacidad o un trastorno del desarrollo*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2011. Disponible en web: <http://www.siiis.net/docs/ficheros/PRI-MERA%20NOTICIA%20WEB.pdf> [Consulta: 25 septiembre 2011].



Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011, el cual define la situación de riesgo prenatal y establece medidas de prevención, apoyo y seguimiento.²²

Esta propuesta se hace con un enfoque global, que es el vigente entre los expertos en atención temprana de nuestro país y practicado por el movimiento asociativo de la discapacidad que presta este tipo de servicios, a sabiendas de que también en la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad encontramos regulación relativa a la atención temprana, tal como se entiende en el Libro Blanco anteriormente citado, en más de un artículo, concretamente en los siguientes:

- El más importante es el 26 que si tiene un enfoque global (hace referencia a educación, salud y servicios sociales) y se refiere a habilitación y rehabilitación²³. La atención temprana encaja en el concep-

²² Artículo primero.-Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Tres. Se modifica el artículo 17 que tendrá el siguiente texto:

«Artículo 17. Actuaciones en situaciones de riesgo.

8. El órgano competente para la declaración de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, apoyo y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar una eventual posterior declaración de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entiende por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades físicas o psíquicas al recién nacido.»

²³ «Artículo 26. Habilitación y rehabilitación

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados



to de habilitación deslindado del de rehabilitación por el Manual para Parlamentarios sobre la Convención de la ONU de 2006 y el Protocolo Opcional, de la siguiente forma: *«La habilitación supone adquirir conocimientos que permitan a la persona funcionar en la sociedad. Este tipo de programa suele aplicarse a los niños con discapacidad congénita. Rehabilitación significa restablecer la capacidad y aptitud. Por lo general se aplica a un adulto que tenga que readaptarse a la sociedad después de haber adquirido una discapacidad.»*

- *La habilitación y la rehabilitación suelen ser procesos con un límite de tiempo que se adaptan a una determinada persona. Suponen la fijación de objetivos que han de alcanzarse con el apoyo coordinado de profesionales y con la posible participación de los miembros de la familia y de amigos íntimos.*
- *La habilitación y la rehabilitación pueden incluir apoyo médico, psicológico, social y técnico. Sin esas ayudas, las personas con discapa-*

Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación.

3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.»



cidad no podrán seguramente convertir en realidad sus derechos a la accesibilidad, la educación y el trabajo.»²⁴

- En cuanto a la vertiente de servicios sociales en el art. 23.3, que se refiere a la prevención de la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, mediante la provisión por los Estados Partes de información con anticipación, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.²⁵
- En cuanto a la vertiente de salud en el art. 25 párrafos b) y c), que se refieren a prevención, detección, e intervención para niños y niñas lo más cerca posible de sus comunidades.²⁶

²⁴ ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, Ginebra, 2007, Disponible en web: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631> [Consulta:15 agosto 2011].

²⁵ Art. 23 Respeto del hogar y de la familia: «3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.»

²⁶ Art. 25 Salud: « Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;



- En cuanto a la vertiente educativa el art. 24 no hace una mención expresa a las edades tempranas aunque si encontramos referencia a la necesidad de atención educativa temprana en el informe de 2007 del Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la educación elaborado para poner en práctica la Convención.²⁷

Por tanto, la propuesta que aquí se hace es plenamente conforme con la CNUDPD.

4.1.8. *Menores extranjeros con discapacidad y acceso al Sistema para la Autonomía Personal y la Atención a la Dependencia*

El apartado 3 del art. 10 LOPJM se refiere a los menores extranjeros que se encuentren en España. Dicho apartado reconoce a todos ellos el derecho a la educación. A continuación aparece lo siguiente: «*Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.*»

La puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD) ha supuesto un apoyo importante para los menores con discapacidad que se hallan en situación de dependencia. Sin embargo no pue-

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;»

²⁷ MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor. *The Right to Education of Persons with Disabilities*, Report of the Special Rapporteur on the Right to Education to the UN Human Rights Council, A/HRC/4/29, [en línea]. Ginebra (Suiza): 19 Febrero 2007. Disponible en web en varios idiomas, entre ellos en español: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/95/PDF/G0710895.pdf?OpenElement> [Consulta 20 agosto 2011], apartado 84.h).



den entrar en el sistema aquellos menores que no residieran legalmente en España durante cinco años (o los que ejercieran su guarda y custodia cuando se trata de menores de esta edad).

En la práctica, el no poder acceder al SAAD implica para algunos menores extranjeros con discapacidad que han llegado a España en condiciones de pobreza el llegar a una situación de riesgo social y la pérdida del núcleo familiar, en especial cuando existe más de un factor desencadenante del riesgo, tales como familia monoparental, situación de paro de los padres, enfermedad grave de uno de los padres, graves problemas de conducta en el niño asociados a su discapacidad, etc.

Dar acceso al SAAD a estos menores supone no sólo cumplir con el art. 23.3 CNUDPD que se refiere al apoyo a familias, y el 26 que se refiere a la atención temprana con el nombre de «Habilitación», anteriormente analizados, sino también a los siguientes artículos:

- El art. 23.4, que obliga a los Estados Parte a garantizar que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño.
- El art. 28.2.c), que obliga a los Estados Parte a garantizar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a la asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados.

Dar acceso al SAAD a estos menores supone además para las Administraciones Públicas un menor coste que hacerse cargo de su guarda y custodia tras caer en una situación de desamparo.



Por ello se propone añadir al apartado 3 del art. 10 el siguiente párrafo:

«Los menores extranjeros con discapacidad tendrán derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, aun cuando no residieran legalmente en España, siempre que haya una situación de vulnerabilidad por la existencia de más de un factor desencadenante de posible riesgo social.»

El art. 10 apartado 3 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación de competencia exclusiva del Estado.

4.1.9. *Inclusión social de menores con discapacidad: apoyo a familias y adecuación del entorno.*

El art. 11.1 LOPJM en sus párrafos tercero, cuarto y quinto LOPJM se refieren a la acción administrativa. Se propone de conformidad con el modelo social la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y con los muchos artículos de ésta que se refieren a los niños y niñas, añadir a estos párrafos, transcritos a continuación en cursiva, las frases que aparecen en redonda.

Se propone modificar los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 1 del art. 11 quedando con la siguiente redacción:

«Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos. Se garantizará a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad precise.»



Las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes y espacios libres en las ciudades. Las necesidades de los menores con discapacidad serán tenidas en cuenta en todos los ámbitos citados, para asegurar su plena participación e inclusión en la comunidad d de la que forman parte.

Las Administraciones públicas tendrán particularmente en cuenta la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias y de recursos humanos y a sus proyectos educativos, participación de los menores y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos, y específicamente los derechos de los menores con discapacidad, de acuerdo con la Convención de la ONU de 2006.»

El art. 11 apartado 1 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

4.2. Medidas de protección de menores

4.2.1. *Prevención de riesgo. Servicios concretos de Apoyo a familias: información, orientación, formación, respiro, ayudas técnicas, ayudas económicas y medidas de conciliación.*

El art. 12 LOPJM se ocupa de la prevención y reparación del riesgo. En concreto el apartado 2, establece la obligación de los poderes públicos de velar para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y de facilitar servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor.



En el caso de los *menores con discapacidad* hay una gran carencia de servicios sociales especializados que se proporcionen desde la Administración, servicios que son imprescindibles para que las familias sean agentes de inclusión de sus hijos menores con discapacidad desde que esta se presenta. Por ello se propone añadir a este apartado una obligación expresa de los poderes públicos y en especial las Administraciones públicas de garantizar a los padres, tutores o guardadores de niños con discapacidad, servicios de información, orientación, escuela de familias, respiro, ayudas técnicas y económicas adecuados a las necesidades del menor y su familia, en cuanto a tipo de discapacidad y edad del menor. Estos servicios serán gratuitos y se prestarán de manera pública o concertada con entidades del movimiento asociativo de la discapacidad.

Asimismo es deseable el aumento de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual deberá hacer el poder legislativo en la legislación sectorial para que sean de aplicación general.

La propuesta es coherente con los arts. 23.3 y 28. 2. párrafos b) y c) CNUDPD²⁸, que obligan a los Estados Parte a apoyar a las familias para pre-

²⁸ Art. 23 CNUDPD: «3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.»

Art. 28: «2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;



venir el riesgo de ocultación, abandono, negligencia y segregación, mediante la provisión de información, servicios, apoyo y protección social y económica.

Por otra parte sería preciso garantizar a los padres con discapacidad, que se les preste asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos, de conformidad con el art. 23 apartado 2 CNUDPD²⁹, tema que se trata con más detalle en el apartado 4.3. del presente trabajo.

El art. 12 apartado 2 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

4.2.2. *Información previa a medidas de protección. Informe de asociación que preste servicios en materia de discapacidad del menor*

El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011, de manera muy acertada incluye un borrador de nuevo apartado 3 en el art. 12 LOPJM. El primer párrafo de dicho apartado está dirigido a garantizar el acierto en la toma de decisiones antes de adoptar medidas de protección, y para ello hacer acopio de información sobre el menor y su familia, para valorar su interés superior. Se trata de que haya una previsión

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados».

²⁹ Art. 23 CNUDPD: «2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.»



legal expresa a fin de legitimar a las entidades públicas y al Ministerio Fiscal para recabar tales datos de otras instancias oficiales (sistema sanitario, educativo, fuerzas y cuerpos de seguridad...).

La propuesta que aquí se hace es añadir a dicho apartado una previsión para los casos en los que un menor presente discapacidad, de forma que se tengan en cuenta sus necesidades de apoyo sobre una base fiable. En tales casos, además de la información ordinaria, deberían facilitarse y recabarse informes de aquellas asociaciones dirigidas a su discapacidad que le presten servicios, y en caso de no recibir tales servicios, de aquella asociación más cercana que sea adecuada a las necesidades que presente y con el fin de conocerlas con precisión, con indicación, en su caso, de la situación de especial vulnerabilidad que pudiera haber por la confluencia de más de un factor desencadenante de posible riesgo.

Esta propuesta está fundada en los arts. 7 apartados 1 y 2³⁰ y 23 CNUDPD a los que se ha hecho referencia anteriormente.

Esta disposición tendría rango de Ley Ordinaria, de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1. 1.º CE).

4.2.3. *Derecho del menor con discapacidad a ser oído antes de la adopción de medidas de protección*

En el mismo nuevo apartado 3 del art. 12 propuesto por el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7

³⁰ Artículo 7 Niños y niñas con discapacidad: «1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.»



de julio de 2011, se incluye un segundo párrafo para establecer que otras instancias oficiales (sistema sanitario, educativo, fuerzas y cuerpos de seguridad...) deben facilitar al Fiscal y a las entidades públicas competentes en protección de menores el acceso para entrevistarse con el menor, para conocer directamente su situación y valorar su interés superior en cada caso, sin exclusión alguna en los supuestos de niños y niñas con discapacidad.

Dicha previsión específica de oír al menor en el momento de decidir sobre si se adoptan o no medidas de protección y el contenido de dichas medidas es muy importante y para ello se necesita colaboración de otras instancias. Es preciso además que en ese momento el menor tenga disponible cualquier apoyo que pudiera precisar para comunicarse, para poder ejercer ese derecho.

Esta previsión del anteproyecto es coherente con los arts. 7.3 y 13 CNUDPD que se refieren al derecho a ser oído y al acceso a la justicia incluida la etapa de investigación y otras preliminares, así como el 23.4 de la Convención, según el cual los Estados Parte tienen la obligación de garantizar que los niños y niñas con discapacidad no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. Para garantizar que esto ocurre es preciso garantizar que el menor sea escuchado antes de tomar esa decisión.

Esta disposición tendría rango de Ley Ordinaria, de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1. 1.º CE).

4.2.4. *Intervención en situaciones de riesgo. Coordinación con asociaciones de discapacidad*

El art. 17 LOPJM se refiere a las actuaciones en situaciones de riesgo. El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la



infancia de 7 de julio de 2011 pretende realizar un desarrollo más completo de la figura de la situación de riesgo.

Como bien señala la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, la situación de riesgo y las medidas que tras su constatación pueden adoptarse deben ser el primer escalón, el pilar básico del sistema de protección de menores.

La intervención adecuada para paliar las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia, tanto para preservar su superior interés, aportando soluciones antes de que la situación sea grave, como para evitar tener que adoptar en el futuro decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social.

Sin duda en el caso de los menores con discapacidad el no paliar la situación de riesgo puede tener consecuencias mucho más dramáticas, por la falta en la práctica de alternativas a la familia biológica que se da en menores con determinadas discapacidades³¹, lo que significa que perder a la familia biológica significa perder la posibilidad de crecer en un entorno familiar.

Al igual que a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil se estableció la estructura jurídica para la intervención en los supuestos de desamparo, también debe implantarse con carácter general la de la situación de riesgo, como estadio normalmente previo al desamparo, con el fin de salvaguardar el interés del menor, respetar los intereses de la familia biológica y agotar las posibilidades de permanencia del menor en ella.

³¹ Por ejemplo cuando se da una discapacidad intelectual o trastorno del espectro del autismo que lleve aparejados graves problemas de conducta.



Cuando el menor presenta una discapacidad es fundamental evaluar bien las necesidades concretas de apoyo del menor y su familia para reducir los factores de riesgo y hacer posible la permanencia en el núcleo familiar.

Se propone añadir al texto del borrador de apartado 2 del art. 17 del citado anteproyecto, que se transcribe en cursiva, lo que a continuación aparece en redonda:

«2. La intervención en la situación de riesgo corresponde a la administración pública competente conforme a lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica reguladora del régimen local y en coordinación con los centros y unidades escolares y sanitarias del respectivo ámbito territorial. Cuando se trate de un menor con discapacidad, la coordinación también se hará con las asociaciones dirigidas a su discapacidad que le presten servicios, y en caso de no recibir tales servicios, de aquella asociación más cercana que sea adecuada a las necesidades que presente y con el fin de conocerlas con precisión.»

Dicha propuesta tiene su apoyo en los artículos 7, apartados 1 y 2, 23, apartados 3, 4 y 5³², y 28, apartado 2, letras b y c CNUDPD.

El art. 17 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

³² Se transcribe solo el artículo 23 apartado 5 pues todo lo demás ya se ha transcrito anteriormente: « 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.»



4.2.5. *No separación de padres contra la voluntad del menor por motivo de discapacidad*

El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011 prevé el establecimiento de un procedimiento y declaración formal de la situación de riesgo, mediante la reforma del art. 17 LOPJM. Se establece en dicho borrador que su declaración deberá formalizarse por medio de una resolución administrativa cuando se observen indicadores de riesgo significativos de desamparo, se inicie un programa de preservación familiar para evitar la separación de la familia y no exista la suficiente colaboración por parte de la familia.

La Exposición de Motivos de este Anteproyecto manifiesta la necesidad de documentar estas actuaciones de cara a futuros procedimientos de protección, en los que debe acreditarse que se ha tratado de reinsertar sin éxito al menor en su familia. La declaración formal mediante resolución administrativa también es aconsejable por razones de seguridad jurídica, a fin de garantizar a los padres el conocimiento de lo que deben hacer para evitar una ulterior declaración de desamparo.

Es muy importante que, antes de declarar la situación de riesgo, se valore convenientemente en primer lugar, si se ha proporcionado al menor y a la familia los apoyos necesarios y adecuados a su discapacidad, que puede estar presente en el menor o en unos de sus progenitores y en segundo lugar, que se ha oído al menor. Todo ello supone verificar el cumplimiento de lo previsto en el art. 23 apartados 2, 3 y 4 CNUDPD, que se concreta en lo siguiente:

- Que se ha proporcionado a los padres del menor con discapacidad la información y los servicios de apoyo necesarios, de acuerdo con los informes de la asociación de esa discapacidad concreta que le presta servicios o más cercana a su domicilio.



- Que las madres y padres con discapacidad tengan asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos y que por lo tanto tengan una situación de igualdad de condiciones para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en lo que se refiere a la guarda y custodia de sus hijos.³³

- Que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es absolutamente necesaria en el interés superior del niño o niña.

- Que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Para garantizar todo esto podría añadirse al nuevo art. 17 LOPJM, que se prevé en el Anteproyecto mucho más detallado que el actual, un apartado 9 que recogiese esta garantía.

El art. 17 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

El mismo problema se presenta cuando hay que valorar si se declara el desamparo, lo cual será analizado más adelante, al tratar la posible reforma del art. 172 y siguientes del Código Civil.

³³ El apartado 4.3 de este trabajo se dedica a tratar estos supuestos con mayor detalle.



4.2.6. *Acogimiento residencial y derechos de los menores con discapacidad*

El acogimiento familiar, la guarda administrativa y la adopción se analizarán en apartados posteriores referidos a la regulación del Código Civil.

Siguiendo el orden de la LOPJM, el art. 21 regula el acogimiento residencial. El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011, pretende establecer con carácter general las características básicas de los centros de protección de menores de acuerdo con los principios de la Ley.³⁴

³⁴ Art. 21.1 LOPJM según artículo Primero número cuatro Anteproyecto citado de 7 julio 2011:

«Artículo 21.- Servicios especializados de protección a la infancia

1. Los servicios de acogimiento residencial deberán ajustar su actuación a los principios inspiradores de esta ley y tendrán las siguientes características básicas:

a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores y tendrán carácter eminentemente educativo, adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el desarrollo físico, psicológico y social.

b) Promoverán la relación y colaboración familiar, siempre que la reinserción familiar sea en interés del menor, programándose al efecto los recursos necesarios para posibilitar ese retorno a su familia si se considera que ese es el interés del menor.

c) Potenciarán la educación integral de los menores y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación ocupacional, para facilitar, en lo posible, su inserción laboral.

d) El acogimiento de los menores se realizará en régimen abierto, ajustando su funcionamiento y régimen de entradas y salidas en la normativa de régimen interno, marcado por las necesidades educativas y de protección.

e) Tendrán articulado un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones accesible, ágil, sencillo, confidencial y seguro, del que se facilitará información comprensible a los menores.

f) Poseerán una normativa de funcionamiento interno, que garantice la participación de los menores.»



Dada la especial vulnerabilidad de los menores con discapacidad se propone añadir a este proyecto detallado de regulación del acogimiento residencial una nueva letra g) destinada a los menores con discapacidad con el siguiente texto:

«g) Velarán por garantizar los derechos plenos de los niños y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, así como prevenir y, en su caso, investigar y proceder judicialmente en los supuestos de explotación, violencia y abuso.³⁵ En este sentido, los servicios de acogimiento residencial se facilitarán en régimen de hogares de no más de ocho usuarios, preferentemente que integren menores con discapacidad con otros menores que no la tengan, y contarán con profesionales formados en aquellos aspectos que la discapacidad del menor requiera, como pudiera ser sistemas alternativos de comunicación, promoción de la autonomía personal, apoyo conductual positivo u otros, con el fin de conseguir su inclusión social.»

Aunque es sabido que la reforma de la LOPJM va dirigida, entre otros aspectos a reducir los establecimientos colectivos de institucionalización del menor, y ello es coherente con el art. 23.5 CNUDPD, que exige a los Estados Parte hacer todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar, el Ministerio es consciente de que en último término debe quedar algún recurso de acogimiento residencial para algunos casos. En el caso de menores con discapacidad, el acogimiento y la adopción se torna más difícil cuando el menor presenta problemas graves de conducta. Para tales casos, es importantísimo garantizar en los centros residenciales un número reducido de usuarios, que se proporcione a los menores con autismo o discapacidad inte-

³⁵ Esta primera parte de la propuesta forma parte de las Primeras Propuestas del CERMI en relación con el Anteproyecto.



lectual que no utilizaran la comunicación oral, un sistema alternativo de comunicación como pudiera ser el uso de pictogramas (imágenes) o el bimodal (que incorpora signos), y que se utilicen metodologías actualizadas para corregir los problemas de conducta.

El art. 21 apartado 1 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA, pero dado que se pretende recoger las características básicas de los centros de menores podría fundarse la competencia exclusiva del Estado sobre la base del art. 149.1.1.º CE.

4.2.7. *Tutela, guarda y Plan individual de atención*

De manera muy acertada el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011 prevé la inclusión en la LOPJM de un nuevo art. 22.bis³⁶, en el que se establece la obligación de la entidad pública de elaborar un plan individual de atención para cada menor bajo su guarda o tutela y, cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la obligación de la entidad pública de elaborar un programa de reintegración familiar.

Esta previsión es particularmente acertada para los casos de menores con discapacidad y necesidades de apoyo generalizado cuyas probabilidades de aco-

³⁶ Artículo Primero Número Cinco Anteproyecto 7 julio 2011: «Se añade un nuevo artículo 22 bis, con el siguiente texto:

Artículo 22 bis.- Reintegración familiar.

1. Cuando la entidad pública asuma la tutela o guarda del menor, elaborará un plan individual de atención, que, basado en los principios de protección a la infancia, establezca los objetivos y la previsión de medidas a adoptar.

2. Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la entidad pública elaborará un programa de reintegración familiar.»



gimimiento o adopción son escasas, pues en ocasiones se dan circunstancias graves (piénsese por ejemplo en una enfermedad grave o fallecimiento de uno de los padres) que llevan a los progenitores a tomar la decisión de dar la guarda temporal de su hijo, con necesidades generalizadas de apoyo, a la administración pública competente (normalmente la Comunidad Autónoma), pero que desean que su hijo permanezca en el núcleo familiar. Si se da a la familia un tiempo para rehacerse y se elabora un buen programa de reintegración familiar, el menor podrá volver a la familia biológica, de acuerdo con el art. 23 CNUDPD.

Aunque no se dice nada al respecto en el análisis jurídico del Anteproyecto esta disposición podría considerarse de competencia exclusiva del Estado al amparo del art. 149.1.1.º CE.

4.2.8. *Información estadística*

También muy acertadamente el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011 prevé la inclusión en la LOPJM de un nuevo art. 22. ter destinado a implantar un Sistema de información sobre la protección a la infancia.

Prevé que las entidades públicas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información estadístico que permita el conocimiento y el seguimiento de la situación de la protección a la infancia en España.

La falta de datos sobre menores con discapacidad en el sistema de protección de menores es una preocupación manifestada repetidamente por el movimiento asociativo de la discapacidad.³⁷

³⁷ Por ejemplo en las Propuestas Feaps Madrid para la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, de modificación parcial de Código civil y La ley de enjuiciamiento civil.



Aunque no se dice nada al respecto en el análisis jurídico del Anteproyecto esta disposición podría considerarse de competencia exclusiva del Estado al amparo del art. 149.1.31.º CE.

4.2.9. *Menores con discapacidad y problemas de conducta y Centros de menores con trastornos de conducta*

El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, de 11 de julio de 2011, prevé la inclusión en la LOPJM de un nuevo Capítulo III del título II de la LOPJM, dedicado a los centros de Menores con trastornos de conducta, que contiene una extensa regulación en nueve artículos diseñados para menores con trastornos de conducta que no van asociados a una discapacidad.

Si continuara la tramitación del Anteproyecto sería muy importante garantizar que los menores con discapacidad intelectual o trastornos del espectro del autismo que lleven aparejados problemas de conducta no sean en ningún caso alojados en este tipo de Centros.

Es preciso garantizar que sus problemas se abordan desde metodologías adecuadas, actualmente el apoyo conductual positivo, y prevenir cualquier forma de explotación, violencia o abuso a la que podrían ser sometidos en esos centros por los restantes menores usuarios de los mismos. En especial se propone para el borrador de texto del art. 25 apartado 1 y 26 lo que se transcribe en redonda a continuación del texto del Anteproyecto en cursiva:

«Artículo 25. Objeto y ámbito de aplicación

- 1. El objeto de este capítulo es el de regular las actuaciones e intervención en centros del Sistema de Protección de Menores donde*



sean ingresados menores en guarda o tutela, diagnosticados con trastornos de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos básicos de los demás, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección. En ningún caso se ingresará en estos centros a menores con discapacidad, pues los problemas de conducta que en algunos casos van anejos a determinadas discapacidades deben de abordarse de una manera diferente a la regulada en el presente capítulo.»

«Artículo 26. Ingreso

1. El ingreso de un menor deberá fundamentarse en un diagnóstico que lo justifique. No podrán ser ingresados en estos centros los menores que sufrieran patologías psíquicas o tuvieran una discapacidad que conlleve problemas de conducta, requiriendo un abordaje específico».

El fundamento de esta propuesta se halla en los arts. 14 (Libertad y seguridad de la persona) y 16 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso) CNUDPD.³⁸

³⁸ Artículo 14 Libertad y seguridad de la persona: «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.»



4.2.10. *Normas complementarias. Desamparo y discapacidad*

El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011 también propone la reforma de ciertos artículos del Código Civil relacionados con la protección de menores. En el artículo 172, se pretende establecer que, con carácter general, la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar, y que sólo cuando éste no sea posible o conveniente para el interés del menor tendrá lugar en acogimiento residencial.

Artículo 16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso: « 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.»



Por otra parte, se introduce la previsión de que se valorará especialmente la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial como medida de protección de los menores de 6 años, y de que los menores de 3 años no ingresarán en centros de protección, salvo en los supuestos de imposibilidad debidamente acreditada de adoptar otra medida de protección.

Se trata de una disposición ambiciosa cuyo fundamento estriba en el consenso existente sobre la idea de que los menores necesitan un ambiente familiar, ambiente que es esencial para un adecuado desarrollo de la personalidad. Si este objetivo es común para todos los menores, cuando los destinatarios son de menos de seis años, y de forma aún más señalada e imprescindible si son menores de 3 años, la conveniencia se toma en necesidad ineludible, sin perjuicio de introducir una válvula flexibilizadora para dar cobertura a los supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en centro de protección sea la única medida de la que se disponga.

En relación con los menores con discapacidad o los menores que sean hijos de una persona con discapacidad, la modificación propuesta es muy acertada, pero es preciso garantizar que en el momento de valorar si se declara o no el desamparo, se verifique que se está cumpliendo con la Convención de la ONU en los aspectos señalados anteriormente, que son los siguientes:

- Que se ha proporcionado a los padres del menor con discapacidad la información y los servicios de apoyo necesarios, de acuerdo con los informes de la asociación de esa discapacidad concreta que le presta servicios o más cercana a su domicilio.
- Que las madres y padres con discapacidad tengan asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos y que por lo tanto tengan una situación de igualdad de condiciones para



ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en lo que se refiere a la guarda y custodia de sus hijos.³⁹

- Que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es absolutamente necesaria en el interés superior del niño o niña.
- Que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Para ello sería conveniente incluir una previsión a tal efecto en el art. 172.3 del Código Civil, tal y como se transcribe a continuación en redonda detrás del texto en cursiva del Anteproyecto (actualmente en el apartado 1 párrafo segundo del art. 172 CC):

«3. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Cuando se trate de menores con discapacidad, o de menores que sean hijos de una persona con discapacidad, antes de declarar el desamparo se verificará que las Administraciones Públicas han proporcionado a los padres, tutores o guardadores todos los servicios de apoyo citados en el art. 12 apartado 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán

³⁹ En el apartado 4.3. de este trabajo se tratan diversos aspectos sobre este tema.



válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.»

La propuesta se funda en el art. 23 CNUDPD.

La revisión del Código civil es competencia exclusiva del Estado según el art. 149.1.8.º CE sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en Derecho civil, foral o especial.

4.2.11. *Normas complementarias. Guarda administrativa y discapacidad*

No se prevé en los Anteproyectos ningún cambio en la regulación de la guarda administrativa. Sería necesario, en el caso de los menores con discapacidad, garantizar la continuidad de los apoyos especializados que viniesen recibiendo.

Para ello se propone incluir en el texto del art. 172 apartado 2 párrafo primero CC (art. 172.4 párrafo primero anteproyecto 7 julio 2011) lo que se transcribe en redonda a continuación de la cursiva:

«4. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración, garantizándose a los menores con discapacidad la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.



Los padres o tutores de menores con discapacidad en situación de dependencia no vendrán obligados a solicitar la asunción de la guarda cuando, queriendo continuar cuidando del menor, precisen de un servicio de atención residencial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que les apoye en sus responsabilidades.»

Esta propuesta pretende evitar situaciones dramáticas que se dan en la práctica cuando menores con discapacidad y graves problemas de conducta pierden apoyos especializados que estuvieran recibiendo de asociaciones. Por ejemplo, uno de los padres contrae una grave enfermedad y el otro no puede hacer frente solo a todas las responsabilidades familiares. En el momento actual se dan casos en que no se permite acceder a una residencia para el menor sin entregar la guarda a la Comunidad Autónoma, lo cual supone para el menor un cambio de colegio, de servicios de ocio, la pérdida de sistemas alternativos de comunicación, de apoyo conductual positivo, y en definitiva una tragedia para el menor y la familia, que podría llegar a reintegrarse con un plan adecuado a tal efecto.

La propuesta asimismo se funda en el art. 23 CNUDPD.

La revisión del Código civil es competencia exclusiva del Estado según el art. 149.1.8.º CE, sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en Derecho civil, foral o especial.

4.2.12. *Salidas de fin de semana y vacaciones y discapacidad*

Igualmente, en el citado borrador de artículo 172 CC, el Anteproyecto de 7 de julio de 2011 regula la posibilidad de que las entidades públicas acuerden la autorización, para los menores en acogimiento familiar o residencial, de las salidas en fines de semana o vacaciones con familias alternativas o instituciones adecuadas, siempre que sea conveniente en interés del menor.



Se trata de una delegación de guarda para fines de semana y de vacaciones, tanto para los menores en centros, para paliar los efectos de los acogimientos residenciales prolongados, como para menores en acogimiento familiar, posibilitando una ayuda o respiro temporal a la familia de acogida.

Esta posibilidad es muy adecuada para los menores con discapacidad y concuerda con el espíritu de la Convención (en especial el art 23.5 CNUDPD), pero debe asegurarse el bienestar del menor, mediante la garantía de que se le van a proporcionar los apoyos que necesita.

En este sentido se propone añadir al borrador de texto de apartado 7 del art. 172 CC, recogido en el Anteproyecto de 7 julio 2011, lo que se transcribe en redonda a continuación del borrador en cursiva:

«7. La Entidad Pública de Protección de Menores podrá acordar en relación con los menores en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente en interés del menor, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto sólo se seleccionarán a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor.

Tales salidas serán acordadas por la Entidad Pública de Protección de Menores. El documento de delegación de guarda contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar de menores con discapacidad. Dicha medida será comunicada a los padres, cuando sea necesario, preservando los datos de estos guardadores, siempre que sea conveniente para el interés del menor.»

La revisión del Código civil es competencia exclusiva del Estado según el art. 149.1.8.º CE, sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en Derecho civil, foral o especial.



4.2.13. *Acompañamiento a familias que acogen o adoptan un menor con discapacidad*

Una de las cuestiones que viene poniendo de manifiesto el movimiento asociativo de la discapacidad, es la necesidad de un mejor acompañamiento a las familias que acogen o adoptan a un menor con discapacidad. En ocasiones los padres «devuelven» al niño cuando descubren que presenta una discapacidad intelectual o trastorno del espectro del autismo lo cual revela que el acompañamiento no se ha hecho bien⁴⁰. El Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia de 7 de julio de 2011 contiene borradores de modificación de los arts. 173 y 176 CC, que se refieren al acogimiento y a la adopción respectivamente, pero no se encuentra ninguna disposición que garantice un mejor acompañamiento.

Únicamente encontramos dos menciones a la discapacidad en el borrador de nuevo art. 173 ter según se contempla su modificación en el artículo Segundo Numero seis del citado anteproyecto⁴¹, que se refiere a los derechos y deberes de los acogedores.

⁴⁰ Propuestas Feaps Madrid para la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, de modificación parcial de Código civil y La ley de enjuiciamiento civil.

⁴¹ «Artículo segundo.- Modificación del Código Civil.

Seis. Se añade un nuevo artículo 173 ter del siguiente tenor:

1. Los acogedores familiares tendrán los siguientes derechos:

a) A ser oídos por la entidad pública antes de adoptar cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas con la familia de origen.

b) A ser informados de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, *sin exclusión alguna por discapacidad*.

c) A percibir la compensación económica que se hubiera estipulado, en su caso, en el documento de formalización del acogimiento.



La primera se refiere al derecho de información de los acogedores sobre las medidas de protección adoptadas en relación con el acogimiento del menor, sin exclusión por discapacidad, sin especificar si se refieren a discapacidad del menor o de sus acogedores, luego habrá de entenderse que en cualquiera de los casos.

La segunda se refiere al deber de oír al menor siempre, antes de adoptar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente juicio, *sin exclusión alguna por discapacidad*.

Aunque podría entenderse que en esta regulación más prolija de los derechos y deberes de los acogedores, ya se contemplan el derecho a recibir apoyo técnico especializado y el derecho a acceder a la información sobre el menor que pueda ser necesaria para velar por el mismo, sería necesario garantizar

-
- d) A recibir apoyo técnico especializado
 - e) A acceder a la información sobre el menor que pueda ser necesaria para velar por el mismo.
 - f) A recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.
 - g) A ser respetados por el menor acogido y a ser obedecidos por el mismo.
 - h) A relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la entidad pública entiende que conviniere a su interés superior y además éste lo consintiere si es mayor de 12 años.
 - i) A recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento.
2. Los acogedores familiares tendrán los siguientes deberes:
- a) Velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.
 - b) Oír al menor siempre antes de adoptar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente juicio, *sin exclusión alguna por discapacidad*.
 - c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia.
 - d) Informar a la entidad pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor.
 - e) Respetar el régimen de visitas establecido a favor de la familia del menor.
 - f) Colaborar con la entidad pública en el desempeño de sus funciones, a fin de garantizar el respeto del interés superior del menor».



una orientación, acompañamiento y apoyo a familias adaptado a la discapacidad del menor en los procesos de acogimiento y adopción, es decir en los arts. 173 y 176 CC.

La propuesta se funda en el art. 23 CNUDPD, especialmente en su apartado 5.

La revisión del Código civil es competencia exclusiva del Estado según el art. 149.1.8.º CE sin perjuicio de la normativa que dicten las CCAA con competencia en Derecho civil, foral o especial.

4.3. Madres y padres con discapacidad. Igualdad de oportunidades y no discriminación

La reforma de la LOPJM no estaría completa si en ella no se incluyen los cambios necesarios para garantizar a las madres y los padres con discapacidad la igualdad de oportunidades y no discriminación en su maternidad y paternidad, formalmente reconocida por la legislación española pero no garantizada en la práctica.

La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dedica el art. 23 al Respeto del hogar y de la familia⁴² para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestio-

⁴² Art. 23 Respeto del hogar y de la familia: « 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;



nes relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás.

Anteriormente en el presente trabajo se ha hecho referencia a este artículo sobre todo desde la óptica del menor con discapacidad. En este apartado el foco de interés se coloca en los padres y madres y con discapacidad.

Dentro de la LOPJM es preciso garantizar a los padres con discapacidad, que se les preste *asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabili-*

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.»



dades en la crianza de los hijos, de conformidad con el art. 23 apartado 2 CNUDPD, de forma que disfruten realmente de una situación de igualdad de condiciones para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en lo que se refiere a la guarda y custodia de sus hijos. Aunque el art. 12 apartado 2 ya habla de la obligación de la Administración de facilitar servicios *accesibles* en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor, dicho artículo no se redactó pensando en los padres y madres con discapacidad y en la práctica los servicios existentes, muy escasos, no son accesibles a las personas con discapacidad. Por ello la propuesta es recoger expresamente en este art. 12 apartado 2 LOPJM, que los servicios han de ser accesibles *a las personas con discapacidad*.⁴³

La falta de apoyos dificultan en gran medida que las personas con discapacidad decidan dar el paso de formar una familia y criar sus propios hijos.

Otro aspecto importante del art. 23 CNUDPD que debe recogerse en la LOPJM es la obligación final de los Estados Parte establecida en su apartado 4:

«En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.»

Encontramos casos concretos de discriminación en el ejercicio de la maternidad o paternidad, y separación forzosa a un menor de sus padres por la presencia de discapacidad en alguno o ambos progenitores, en los informes sobre Derechos Humanos y Discapacidad elaborados por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU de los años 2008 y 2009, bien en el momento del nacimiento o bien en casos de separación o divorcio⁴⁴.

⁴³ Se recuerda que el art. 12 apartado 2 LOPJM tiene carácter de ley ordinaria y es legislación supletoria a la de las CCAA.

⁴⁴ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2008*. Madrid: Cinca Ediciones, 2008, p. 38.



En el momento actual todavía se considera «natural» retirar a los hijos cuando la madre tiene una discapacidad intelectual, llegando incluso, en ocasiones, a establecer relaciones ficticias entre las madres y sus hijos (hacer pasar a la madre por hermana de su hijo)⁴⁵. Desde Feaps Madrid se hicieron propuestas de mejora tanto para lograr que los padres se puedan hacer cargo de sus hijos, como para lograr una vivencia más natural de la relación familiar cuando la acogida o la adopción fuese necesaria⁴⁶.

CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2009*. Madrid: Cinca Ediciones, 2010, pp. 50-52.

⁴⁵ «Observamos que hasta hace unos años era habitual que se les separase de los niños y que se hiciera cargo un familiar o la administración.

En estos casos, hay una correlación directa entre la discapacidad intelectual de los padres y la atribución de falta de competencias para ejercer como tales.

Constatamos que el tratamiento que se da a las madres con discapacidad intelectual es similar a la de una madre con enfermedad mental o trastornos, y normalmente se retira a los hijos. Se las considera no válidas como madres. Es una consecuencia cultural.» (Propuestas Feaps Madrid para la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del menor, de modificación parcial de Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil).

⁴⁶ «Las condiciones en las que las personas con discapacidad intelectual ven a sus hijos cuando están en acogida son muy restrictivas y poco naturales. Las madres con las que hemos hablado señalan que se sienten como si hubieran hecho algo malo, como cuando alguien te visita en la cárcel. Sus hijos tienen miedo, hay una persona que les vigila, es poco tiempo, en un entorno poco «amable».

Desde FEAPS consideramos que es necesario un análisis individualizado de la situación donde se valore los apoyos que son necesarios para que esos padres se puedan hacer cargo de sus hijos (en qué situaciones son necesarios, para qué y quién los necesita).

La ley promueve la acogida familiar frente a una institución. Pero es necesario hacer un análisis de las condiciones en las que la familia se hace cargo ya que, aunque no es lo frecuente, contamos con testimonios de mujeres con discapacidad intelectual, que denuncian que sus familias ocultaron al niño información sobre quién era su madre biológica y establecieron «relaciones ficticias» entre ambos (madres que se hacían pasar por hermanas de sus propios hijos). Estas madres manifiestan lo doloroso que fue para ellas y para sus hijos cuando descubrieron la verdad.



Es preciso por tanto revisar tanto la normativa de protección de menores que se especifica en este trabajo como la regulación de la custodia en casos de separación y divorcio, para prohibir cualquier tipo de discriminación por discapacidad y proporcionar los apoyos necesarios.

Propuestas:

- Apostar por procesos centrados en cada persona. No en la discapacidad intelectual. Con la participación obligada de la propia persona. En pro del hijo, hay que abrir un proceso donde el diagnóstico de la discapacidad no sea la única cuestión.
- Pautas básicas de intervención. Buenas prácticas en intervención.
- Respetar los derechos del hijo: a la información, al disfrute de sus padres biológicos, etcétera.
- No asignar de forma sistemática al niño o niña de una madre con discapacidad intelectual a un familiar de la misma. Es importante hacer un análisis previo de los beneficios para el niño y para la madre y conocer cómo van a abordar el tema la familia que acoge o adopta.
- Considerar el papel de niño. Es importante que el niño viva con normalidad la situación de la familia con independencia de que sea adoptado. Diferentes modelos de familias, diferentes modelos de ser hijos.
- Valorar la participación de la persona con discapacidad intelectual que es madre o padre, aún en casos de incapacitación judicial.
- Revisar los casos de acogida porque la mujer con discapacidad intelectual ha podido obtener nuevas capacidades o contar con apoyos que hagan que pueda estar con su hijo.
- Analizar y buscar alternativas a las visitas que los hijos hacen a su madre biológica.
- Revisar qué circunstancias se dan en los puntos de encuentro.»

5. LEGISLACIÓN, PRÁCTICAS Y PROCEDIMIENTOS. EL NECESARIO DESARROLLO DE LA LEY PARA ACOMODAR NUESTRA SOCIEDAD Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES A LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las modificaciones que en este trabajo se proponen para adaptar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y las normas complementarias a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad son necesarias pero no suficientes para conseguir que dicha Convención se aplique en España en esta materia.

Un principio básico del derecho internacional es que los Estados partes en un tratado internacional deben hacer que su propia legislación y sus prácticas nacionales sean coherentes con lo que dispone el tratado. En algunos casos, puede que el tratado ofrezca orientación general sobre las medidas que han de adoptarse. En otros casos, el tratado contiene estipulaciones específicas. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad contiene ambas clases de disposiciones. Por lo tanto, los parlamentos tienen una función decisiva en la adopción de las medidas legislativas que pide la Convención.⁴⁷

⁴⁷ ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union



Pero las obligaciones de los Estados Parte no terminan en la modificación de las leyes. Deben adaptarse también los reglamentos y tienen que tomarse además, otro tipo de medidas para que las costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, sean eliminadas. La adaptación a la Convención tiene que estar presente en todas las políticas y en todos los programas de apoyo a familias y protección de menores.

Dado que tanto los servicios sociales como la protección de menores son materias totalmente descentralizadas en las CCAA, en este proceso de adaptación es imprescindible conseguir que los parlamentos y administraciones autonómicas se involucren.

Si examinamos las Leyes autonómicas sobre protección de menores promulgadas con posterioridad a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁸, nos encontramos que ninguna de ellas hace mención a la misma y aunque todas ellas tratan la discapacidad de los menores en algún aspecto, gran parte de los problemas apuntados en este trabajo quedan fuera, dejando traslucir en ocasiones, que se parte de un modelo médico y no de un modelo social de la discapacidad.

Es imprescindible el realizar campañas de toma de conciencia sobre la Convención y su modelo social tanto a políticos, como funcionarios de las ad-

(IPU), *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, Ginebra, 2007, Disponible en web: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631> [Consulta:15 agosto 2011], p. 55.

⁴⁸ *Cataluña*: Ley 14/2010, de 27 de mayo de protección de menores de Cataluña.

Valencia: Ley 12/2008, de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de Comunidad Valenciana.

Cantabria: Ley 8/2010, de 23 de diciembre, garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria.



ministraciones públicas, asociaciones, trabajadores sociales y cualesquiera profesionales que tienen un rol en este campo, como en la administración de justicia, tal y como exige el art. 8 CNUDDP.

Se hace imprescindible también el contar con datos precisos sobre la población de menores con discapacidad tanto los que viven con su familia, como los que están en el sistema de protección de menores, de forma que puedan diseñarse y presupuestarse las medidas de apoyo necesarias.

Tanto las instituciones de defensa de los Derechos Humanos como pudiera ser el Defensor del Pueblo Español y los Defensores del Menor autonómicos, como el CERMI, recientemente designado como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tienen un papel fundamental en el impulso y seguimiento de las cuestiones apuntadas en el presente trabajo, para respetar, proteger y hacer posible el ejercicio pleno de los derechos humanos por parte de los menores con discapacidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PARREÑO, María José. *Los derechos del niño con discapacidad en España*. 1.^a edición. Madrid: Cinca Ediciones, 2008.
- CERMI. *¿Cómo comunicar la presencia de una discapacidad en el embarazo, en el nacimiento o en los primeros años de vida?: Recomendaciones para actuar desde un enfoque de derechos humanos y respeto a la diversidad*. Enero, 2011. Disponible en web:<http://www.cermi.es/SiteCollectionDocuments/C%C3%B3mo%20comunicar%20presencia%20discapacidad.pdf> [Consulta: 25 septiembre 2011].
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2008*. Madrid: Cinca Ediciones, 2008.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad: Informe España 2009*. Madrid: Cinca Ediciones, 2010.
- CERMI. *Primeras Propuestas del CERMI en relación con el Anteproyecto con el anteproyecto de ley orgánica de actualización de la legislación sobre protección de la infancia*. Mayo 2011.
- FEDERACIÓN ESTATAL DE ASOCIACIONES DE PROFESIONALES DE ATENCIÓN TEMPRANA - GAT. *Mejora del proceso de comunicación del diagnóstico de trastorno en el desarrollo o discapacidad en la primera infancia. La primera noticia: Estudio sobre los procedimientos profesionales, las vivencias y las necesidades de los padres cuando se les informa de que su hijo tiene una discapacidad o un trastorno del desarrollo*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2011.



Disponible en web: <http://www.siiis.net/docs/ficheros/PRIMERA%20NOTICIA%20WEB.pdf> [Consulta: 25 septiembre 2011].

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Civitas, 1983, pp. 33 ss; también en el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I.

GRUPO DE ATENCIÓN TEMPRANA. *Libro Blanco de la Atención Temprana*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad, 2000.

FEAPS MADRID. *Propuestas para la modificación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, de modificación parcial de Código civil y La ley de enjuiciamiento civil*. Marzo 2011.

MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor. *The Right to Education of Persons with Disabilities*, Report of the Special Rapporteur on the Right to Education to the UN Human Rights Council, A/HRC/4/29, [en línea]. Ginebra (Suiza): 19 Febrero 2007. Disponible en web en varios idiomas, entre ellos en español: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/95/PDF/G0710895.pdf?OpenElement> [Consulta 20 agosto 2011].

OMS, WORLD HEALTH ORGANISATION, *World report on disability*, 2011, Chapter 6. Disponible en web: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en/index.html [Consulta: 19 septiembre 2011].

ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, Ginebra, 2007, Disponible en web: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631> [Consulta: 15 agosto 2011].