

Autorizaciones judiciales de ingresos de menores en acogimientos residenciales en centros especializados

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN Y COMPETENCIA EN LA MATERIA.—II. CENTROS DE MENORES CONTRASTORNOS DE CONDUCTA.—III. INTERNAMIENTO DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA EN CENTROS DE PROTECCIÓN.—IV. LA NECESARIA REGULACIÓN MEDIANTE LEY ORGÁNICA.

RESUMEN

Las Entidades Públicas de Protección de menores se encuentran actualmente haciendo frente a los cambios sociales de los últimos años que tiene como una de sus manifestaciones más preocupantes la de un aumento en el número de adolescentes con problemas conductuales o de salud mental que deben ser sometidos a una media de protección.

La búsqueda de garantías jurídicas en cuanto al ingreso de menores en centros especializados para menores con trastornos de conducta que sin embargo, no tienen la consideración de centros de carácter sanitario, han planteado que algunas Comunidades Autónomas, como la Comunidad de Madrid, requieran la correspondiente autorización judicial para el ingreso de los menores en estos centros, ya que dada su especialidad y la atención que se presta en los mismos, pueden suponer restricciones a la libertad individual de los menores ingresados en ellos.

PALABRAS CLAVE: menores, trastornos de conducta, autorizaciones judiciales, internamiento.

★ Técnico Superior de la Administración General de la Comunidad de Madrid. Subdirectora General de Recursos y Programas del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor. Vicepresidenta de la Comisión de Tutela del Menor.

I. INTRODUCCIÓN Y COMPETENCIA EN LA MATERIA

Las modificaciones ocurridas en los últimos años en el ámbito de la protección de menores están marcadas entre otros factores, por una mayor incidencia de adopción de medidas de protección por las entidades de protección a la infancia sobre menores adolescentes con problemas conductuales o de salud mental en acogimiento residencial, lo que ha llevado al planteamiento de medidas adicionales de control y garantías de los centros de protección destinados a estos menores por las entidades públicas, ya que debido a la especiales necesidades de estos menores y sus familias, así como a la existencia un déficit normativo de esta tipología de centros y el necesario respeto a los derechos fundamentales de los menores ingresados en ellos, han determinado la necesidad de buscar y ofrecer garantías jurídicas adicionales, consistiendo en la Comunidad de Madrid en la solicitud de autorización judicial para el ingreso de los mismos.

La Constitución Española de 1978, determinó un nuevo marco jurídico de protección a la infancia que quedaría esencialmente delimitado por el reconocimiento de la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y, en particular, la protección integral a los hijos (art. 39.1 y 2) y el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art 39.4) y faculta a las Comunidades Autónomas para asumir plenas competencias en materia social en su Título VII relativo a la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas (art. 148.1).

Por su parte, la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, que aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en su artículo 26.1.24 establece que *«la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en materia de protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud»*.

En base a ello, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías y Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, vino a establecer en su ámbito territorial, un marco normativo general que fijara las garantías, en nuestro ordenamiento jurídico y en la actividad ordinaria de la Administración Pública, para el ejercicio de los derechos que a los menores de edad corresponden legalmente.

Es el artículo 56.1 de dicha Ley el que establece que en cuanto se mantenga la situación de tutela de un menor y para asegurar la cobertura de sus necesidades subjetivas y su plena asistencia moral y material, se acordará su atención por medio se algunas de las siguientes formas:

- a) Permanecer bajo la guarda de algún miembro de su propia familia, como medida para favorecer su reinserción socio-familiar.
- b) Atención en un centro terapéutico.
- c) Atención en un centro residencial.
- d) Promover el nombramiento judicial de tutor del menor.

- e) Constituir administrativamente el acogimiento del menor.
- f) Promover la constitución del acogimiento del menor por decisión judicial y, en su caso, el cese.
- g) Proponer la adopción del menor.

Dicha norma complementa lo establecido en el Capítulo V del Título II del libro I del Código Civil redactado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE de 17 de noviembre) regulando en concreto en su artículo 172 la guarda y acogimiento de menores.

Así, viene a establecer dicho artículo en su apartado primero que *«la entidad pública de protección de menores del respectivo territorio, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores»*.

A tal efecto, considera el artículo 172 que se considera 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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.»*

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 172 se refiere a los supuestos de entrega de la guarda de los padres o tutores a la entidad pública de protección estableciendo que *«cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma la guarda durante el tiempo necesario.»*

Corresponde por tanto, a la Comunidad de Madrid la gestión de los recursos para la asistencia de los menores protegidos así como proporcionar a los menores en acogimiento residencial los recursos adecuados para su desarrollo integral, siendo en el año 2012 más de 4.000 menores la población infantil atendida en nuestra Comunidad Autónoma encontrándose una cifra cercana a los 3.000 menores sujetos a una medida de tutela y algo menos de 600 a una medida de guarda solicitada por sus padres o tutores, encontrándose el resto en situaciones de promoción de acogimiento familiar quedando formalizada la situación pero sin asumir la entidad pública medida de tutela o guarda.

Actualmente existen en la Comunidad de Madrid 86 centros de menores destinados al acogimiento residencial de los mismos con una variedad significativa en la atención educativa que prestan existiendo tanto centros de primera acogida para menores que ingresan por procedimientos de urgencia a instancia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fiscalía de Menores, Servicios Sociales, etc., como residencias infantiles, hogares o grupos familiares, centros residenciales de adolescentes, y residencias específicas.

Dichos centros específicos acogen a menores cuyas especiales necesidades exigen una atención profesional especializada bien por razones de discapacidad o por razones terapéuticas, lo que ha llevado a la existencia de centros especiali-

zados para menores con problemas de salud mental, trastornos de conducta y/o problemas de consumo de tóxicos, siendo en estos casos el objetivo y finalidad de estos centros el proporcionar una atención residencial específica a aquellos menores que presentan esta especial problemática ya que existen graves dificultades para ser atendidos en recursos residenciales no especializados.

Es aquí por tanto donde nos encontramos con los centros destinados a menores con trastornos de conducta a los que nos vamos a referir en el presente artículo para analizar cómo debe efectuarse el ingreso en los mismos para conseguir las mayores garantías jurídicas de los menores a los que están destinados.

II. CENTROS DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA

Tal y como establece CARLOS FERREIRÓS MARCOS¹ en los últimos años, dentro del marco de protección de menores, las Comunidades Autónomas han ido creando un nuevo tipo de centro de internamiento con perfiles poco definidos a los que se han denominado de diferentes formas como «centros con menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo», «centros o unidades de educación intensiva», «Hogares, unidades y residencias para la socialización», «centros de reeducación», «centros especiales para menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social», etc...

El Informe del Defensor del Pueblo sobre Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación social publicado en el año 2009 puso de manifiesto la situación de estos centros trajo como consecuencia la *Recomendación 150/2009, de carácter general, sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social* que tenía como objetivo, como la misma señala que «las autoridades, que tienen responsabilidades en este ámbito, tomen conciencia de los problemas que plantea el actual modelo de acogimiento residencial de menores en situaciones de dificultad social y de las necesidades de estos adolescentes, así como para que la comunidad científica reflexione sobre este sistema y proponga posibles respuestas. Las administraciones por su parte, deberán asumir las responsabilidades que en este ámbito les competen, y acordar las políticas a seguir, y las acciones e intervenciones a practicar, con el fin de favorecer el desarrollo integral de los menores».

Entre las recomendaciones que se formulaban a las autoridades competentes en la materia se encontraban la de que se llevaran a cabo investigaciones sobre la incidencia del problema, que se prestara especial atención al desarrollo de

¹ DELGADO, S.; BANDRÉS, F.; TEJERINA, A. (COORD.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses*, tomo IV. Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas, Bosch, 2012, Capítulo 205 «Centros de protección con medidas de seguridad y contención destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo».

protocolos que delimiten en ámbito de atención a los menores con trastorno de conducta, o que se valorara la conveniencia de establecer un marco jurídico general sobre los menores con trastornos de conducta, entre otros.

También que se intensificaran las medidas de prevención por las administraciones públicas, o que se potenciaran las actuaciones de coordinación entre servicios sociales de base, servicios educativos y servicios de salud mental, que se establecieran dispositivos y recursos intermedios que hagan innecesaria la institucionalización de los menores, y que se diferenciara los programas de acogimiento residencial de atención a menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social de los programas que requieren de medidas de protección y aquellos que cumplen medidas de justicia juvenil.

Por otro lado, se recomendaba que se revisara el actual modelo de especialidades de psiquiatría y psicología clínica para incluir, como áreas de capacitación preferente, la psicología y psiquiatría en la infancia y adolescencia así como que se conceda prioridad a las conclusiones del documento *«La Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud»* en relación con la atención infanto juvenil.

Por último, destacar que se recomendaba que se promoviera el acceso de todos los menores a los recursos públicos destinados al diagnóstico y tratamiento de las situaciones de dificultad social derivadas de los trastornos de conducta, sin discriminación alguna, en función de su condición de menores tutelados o no tutelados por la Administración Pública.

Dicho Informe del Defensor del Pueblo y la subsiguiente Recomendación comienzan a tener su fruto en las actuaciones de las Administraciones Públicas incluso llegando a estar previsto y en tramitación la modificación de la Ley Orgánica de Protección del Menor introduciendo un nuevo Capítulo IV en el Título II relativo a los «Centros de menores con trastornos de conducta», atendiendo no sólo a las peticiones planteadas por el Defensor del Pueblo sino a las de otras instituciones relevantes como la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño.

Los Centros específicos para menores con trastornos de conducta encuentran su justificación en una necesaria intervención especializada para los menores que plantean una problemática psicológica y social que no puede ser atendida por los centros de protección ordinarios, debiendo ser utilizados en última instancia cuando las instancias familiares, educativas y sociales no han podido dar una respuesta adecuada al problema, ofreciendo un recurso especializado para la normalización de su conducta y la atención de los graves trastornos del comportamiento que sufren estos menores.

La naturaleza de estos centros no es, por tanto, la propia de los centros de salud mental, ya que si bien los menores atendidos en ellos reciben tratamientos terapéuticos, no podemos hablar, ni nos referimos a estos centros como internamientos psiquiátricos ni centros de carácter sanitario.

Tampoco estamos frente a recursos educativos o de formación especial ya que los menores que residen en estos centros se encuentran escolarizados en centros ordinarios de educación y la gestión de los mismos no corresponde a

los departamentos con competencias en materia de Educación, sino que se gestionan por los que tienen encomendada la gestión de los Servicios Sociales y más en concreto las materias relativas a la protección a la infancia.

Por tanto, podríamos definir estos centros como recursos residenciales de protección de menores que realizan un servicio público, de carácter abierto y de carácter flexible, lo que no impide la posibilidad de privación de libertad cuando ello pueda suponer impedir un daño físico a otros menores, personas o así mismo.

Por un lado, su carácter de centros abiertos viene determinado porque la permanencia en los mismos es de carácter voluntario, ya que la actuación de los servicios de protección de menores es preventiva y voluntaria y distinguiéndose así, de los centros de ejecución de medidas judiciales como consecuencia de la acreditación de la comisión de un ilícito penal derivado de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor; se considera que la actuación en este ámbito no debe ser impuesta y la aplicación de medidas coercitivas deberá estar siempre respaldada por las necesarias garantías jurídicas.

Esto nos lleva a plantear si el carácter de centro abierto implica que no podemos hablar de privación o restricción de libertad, siendo común que en países de nuestro entorno existan centros de protección cuyo ingreso precisa autorización judicial por constituir cierta privación de libertad y constituir ciertas excepciones a las ordinarias facultades administrativas de protección de menores, siendo un ejemplo los «*secure accommodation*» en Inglaterra previstos en la *Children Act* de 1989.

Precisamente este es un tema clave ya que la restricción de libertad en estos centros puede resultar necesaria cuando el menor con problemas de conducta puede encontrarse en situación de riesgo para sí o para terceras personas siendo precisamente esto lo que constituye el trastorno de conducta que padece.

De otro lado, su carácter flexible viene determinado porque estos recursos, como no puede ser de otra manera, deben estar adaptados a las necesidades de los menores y actuar bajo el principio de interés superior del menor como eje vertebrador.

Resulta imprescindible antes de seguir avanzando en el tema saber cuál es el perfil de los menores que actualmente se encuentran en acogimiento residencial en los llamados centros de menores con trastornos de conducta para comprender de forma más global la realidad de la situación.

Como decíamos anteriormente nos encontramos ante menores sobre los que la entidad pública de protección ha adoptado una medida de protección, ya sea tutela o guarda, y que por tanto o bien se encuentran en una situación de desamparo por estar privados de la necesaria asistencia moral o material o bien sus padres o tutores, por circunstancias graves no pueden cuidar de ellos habiendo solicitado a la entidad pública de protección que asuma su cuidado durante el tiempo necesario.

Son menores adolescentes, con edades entre los doce y los dieciocho años, si bien con ciertas excepciones ya que incluso existen menores son edades infe-

rios hasta los diez años, lo que pone de manifiesto la gravedad del problema, y que presentan trastornos de conducta asociados, siendo los trastornos más frecuentes con diagnóstico los trastornos de la personalidad, hiperactividad, trastornos disociales, trastornos obsesivos compulsivos, oposicionista desafiante, disruptivo, trastornos de control de impulsos, paranoias, e incluso, esquizofrenias.

Ello suele ir acompañado de factores ambientales y psicosociales como situaciones de abandono, maltrato familiar o abusos, lo que nos hace encontrarnos con situaciones verdaderamente delicadas y necesitadas de atención como por ejemplo un menor que ha sufrido maltrato en el ámbito familiar, ha sido abandonado por sus padres, consume tóxicos y junto a un trastorno bipolar presenta conductas agresivas y disruptivas.

Nos encontramos con menores adolescentes y preadolescentes con graves conductas de riesgo social que alteran de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento y que precisan de programas educativos y terapéuticos específicos para controlar su conducta y emociones.

Hay que tener en cuenta que el trastorno disocial, o trastorno de la conducta propiamente dicho, consiste fundamentalmente en la trasgresión de los derechos básicos de los demás y de las normas sociales apropiadas a la edad.

Los estudios clínicos revelan una fuerte asociación entre medio familiar caótico y violento y trastorno de la conducta. La conflictividad y agresiones físicas de los padres, falta de apoyo mutuo en la familia, método educativo basado en la coacción y no en el diálogo, pérdida del padre por divorcios en edades tempranas, nivel cultural y social desfavorecido entre otros, son factores de riesgo.

La evolución en los últimos años en la Comunidad de Madrid marca dos tendencias claves: el descenso de la edad de los menores que sufren estos trastornos siendo cada vez más pequeños los menores con estos comportamientos, así como el aumento de las medidas de guarda solicitadas por los padres, siendo en la actualidad casi la mitad de las medidas adoptadas sobre estos menores, medidas de guarda.

Es decir que estamos ante un problema social que pone de manifiesto que no sólo encontramos en estos centros a menores en situación de desamparo material o moral, supuestos en los que la asunción de la tutela por la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad, sino que también, e incrementándose hasta casi igualar estos supuestos, nos encontramos con que los propios padres, ante la conflictividad familiar, los problemas en el entorno social y las carencias o deficiencias del sistema para dar respuesta desde un contexto ajeno a la institucionalización de un menor en un centro de protección, solicitan ayuda a la entidad pública de protección poniendo en sus manos a sus hijos al considerar que se dan las circunstancias graves a las que se refiere el artículo 172 del Código Civil por las que no pueden cuidar a los menores.

III. INTERNAMIENTO DE MENORES CON TRASTORNOS DE CONDUCTA EN CENTROS DE PROTECCIÓN

En la actualidad esta cuestión depende de la regulación autonómica que de ella haya realizado cada Comunidad Autónoma bien a través de la resolución administrativa del titular de la entidad pública para menores declarados en situación de desamparo o asumiendo la guarda temporal o bien mediante autorización judicial en virtud de lo previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La situación de partida en la Comunidad de Madrid, venía determinada porque a través de la Comisión de Tutela, órgano colegiado adscrito al Instituto Madrileño de la Familia y el Menor regulado en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías y Derechos de la Infancia y en el Decreto 49/1988, de creación de la Comisión de Tutela modificado por el Decreto 198/1998, de 26 de noviembre, por el que se regula la composición y funcionamiento de la misma. Los ingresos de menores en centros de trastornos de conducta, se materializaban mediante un protocolo de actuación conjunto con Fiscalía de Menores y así acordado el ingreso por la Comisión de Tutela, previo informe y propuesta técnica, posteriormente el acuerdo adoptado se notificaba a la Fiscalía de Menores para su conocimiento y en su caso impugnación.

A partir del año 2011 y como consecuencia de las recomendaciones realizadas por otras instituciones involucradas en el ámbito de la protección del menor (Ministerio Fiscal, el entonces Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid y el Defensor del Pueblo a través fundamentalmente de la Recomendación 150/2009 ya mencionada), se consideró iniciar un procedimiento de solicitud de autorización judicial de ingreso en acogimiento residencial en centro especializado en atención a trastornos de salud mental o a trastornos de conducta de los menores y contando todos ellos con diagnósticos emitidos por Centros de Salud Mental pública o por Hospitales y, en su mayoría, con tratamiento farmacológico prescrito.

Inicialmente la propia Abogacía General de la Comunidad de Madrid consideró que no era necesario instar estas autorizaciones judiciales considerando que no nos encontrábamos ante una «cuestión jurisdiccional» y la inexistencia de un procedimiento *ad hoc* previsto legalmente o cuestiones técnicas de competencia material sobre los juzgados de la jurisdicción civil.

No obstante y una vez presentadas las primeras demandas ante los Juzgados de Familia, estos resolvieron declarando o bien la falta de jurisdicción o la falta de competencia objetiva, alegando entre las principales motivos para no resolver sobre el fondo del asunto que la legislación actual no prevé la necesidad de recabar autorización judicial de internamiento, así como que la Entidad Pública de Protección no recababa autorizaciones judiciales respecto de otros centros del sistema de protección, alegando algunos de ellos que la solicitud de autorización no venía determinada por ningún cambio normativo ni jurisprudencial e incluso considerando alguno de los juzgados que la competencia correspondería a los juzgados de Incapacidades.

Ante estas resoluciones que determinaban la falta de jurisdicción o competencia, se recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial esgrimiendo entre otras consideraciones, la propia normativa internacional ya que el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su apartado primero que *«toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:*

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.»

Se entiende por tanto extensible este precepto no sólo a los denominados «centros de reforma» o de ejecución de medidas judiciales sino también a los centros específicos propios del ámbito de protección de menores.

Igualmente se argumentaban las propias normas estatales, fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil que establece que *«El juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio fiscal dictará (...)*

4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrá adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.»

Y por último, lo dispuesto en el propio artículo 271 del Código civil que establece que *«el tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial...»*

La Audiencia Provincial mediante Auto de 23 de marzo de 2012 de la Sección 22 y posteriormente mediante Auto de 21 de febrero de 2013 de la Sección 24 vino a resolver la cuestión estableciendo que nos encontramos ante una cuestión plenamente jurisdiccional correspondiendo a los Juzgados de Familia conocer de los asuntos relativos al ingreso de los menores tutelados por la Administración Autonómica en residencias especializadas de adaptación psicosocial en virtud de lo regulado en los artículos 158, 172 y 271 del Código Civil.

El Auto de 23 de marzo de 2012 considera que el menor sometido o vigilado en su educación debe quedar protegido, amparado, asegurado y acogido a la tutela y control judicial, de forma que la intervención judicial supone una salvaguarda de sus derechos esenciales, señalando expresamente: *«las situaciones de los menores como las que ahora nos ocupan no pueden quedar orilladas, o a extramuros de la tutela o control judicial siendo así que los sujetos menores de edad en semejantes circunstancias no pueden disfrutar nunca de menos derechos y garantías procesales que los reconocidos a los adultos sometidos a intervención estatal (...)*» y ello porque entiende que la atención específica que se da en este tipo de centros, tiene como objetivo la contención a nivel emocional, educativa y psicológica, reorientación y tratamiento de la problemática psico-afectiva del adolescente, comprendiéndose dentro por tanto del artículo 5 de la Convención de los Derechos Humanos, y

por tanto amparados y protegidos por la tutela y control o judicial, contando por tanto los menores sometidos a «educación especial» con una garantía primordial respecto de sus derechos básicos, la conducción a presencia judicial o la intervención judicial para salvaguardar dos derechos esenciales: su libertad y su seguridad, que pueden verse limitados atendiendo al régimen disciplinario y a las medidas de contención previstas en esta tipología de centro.

Este Auto además contempla la posibilidad de que la autorización pueda instarse *a posteriori*, a través de la figura de la ratificación o legalización de la actuación administrativa.

Posteriormente, el Auto de 21 de febrero de 2013, de la Sección n.º 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, expone en sus fundamentos jurídicos que la solicitud de internamiento no trae «(...) *causa o efecto de un proceso de incapacitación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como medida cautelar urgente, no se trata del internamiento o ingreso del artículo 763 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no voluntario por razón de trastorno psíquico, sino que tiene sus sustento en los artículos 158 y 172 del Código Civil, en cuanto se apoya en la situación de tutela administrativa en la que se encuentra el menor y pretender gestionar la referida medida de protección de la manera más favorable para el menor, atendiendo siempre al interés prioritario de este*».

El procedimiento adecuado será el de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 273 del Código Civil y así es como se comienza a articular el sistema de autorizaciones judiciales para los internamientos de menores en centros de trastornos de conducta en el ámbito de la Comunidad de Madrid, no siendo de aplicación el artículo 763 del Código Civil que se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, ya que no nos encontramos ante este tipo de trastornos.

Así, resulta de aplicación lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria con las siguientes particularidades:

1. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas.
2. No será necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador.
3. La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso.

Es, por tanto, el procedimiento regulado en el Título I de la Primera Parte del Libro III del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que considera como actos de jurisdicción voluntaria en el artículo 1811 a todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la

intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas, el que resulta de aplicación en conjunción con las particularidades a las que nos hemos referido previstas por la Ley Orgánica de Protección del Menor, y entre ellas cabe mencionar que es posible el internamiento de urgencia, que tiene como base legal lo dispuesto en el artículo 14 de dicha ley, en cuanto que las autoridades y servicios públicos tienen obligación de presar la atención inmediata que precise cualquier menor.

En cuanto al promotor del expediente será siempre la entidad pública, si bien un tercero estimara que la entidad debiera promover o en su caso acordar el ingreso y esa no lo llevara a cabo, el procedimiento será el previsto para la oposición a las resoluciones administrativas previsto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez desarrollado el procedimiento, el órgano judicial resolverá mediante auto motivado contra el que cabe recurso de apelación, que no tiene efectos suspensivos, conforme al artículo 456.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo legitimación para su interposición el Ministerio Fiscal, los padres, tutores o guardadores, considerándose incluso que tiene legitimación aunque estén suspendidos de la patria potestad o de la tutela.

Como señala FERREIRÓS MARCOS² los trámites mínimos que debiera atender el expediente de jurisdicción voluntaria para los internamientos de menores en este tipo de centros son tres:

El primero de ellos es la audiencia al menor, en base no sólo a lo dispuesto en el artículo 273 que exige siempre la audiencia del tutelado, sino porque lo expresa también el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y en el ámbito autonómico el artículo 3 de la Ley 6/1995, de Garantías de los derechos de la infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, que establece las acciones que se promuevan por las Administraciones públicas de la Comunidad de Madrid, para la atención de la infancia y la adolescencia y en garantía del ejercicio pleno de sus derechos, deberán responder a los principio que se enumeran en dicho artículo entre los que se encuentran en el apartado b) el de velar por el pleno ejercicio de los derechos subjetivos del menor y, en todo caso el derecho a ser oído en cuantas decisiones le incumben, en los términos establecidos en el Código Civil.

La omisión de la audiencia en sede judicial supone una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución española de 1978, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional. (Sentencia de la Sala 1.ª, 152/2005, de 6 de junio de 2005, BOE 162/2005, de 8 de julio de 2005).

Junto a la audiencia del menor, el segundo trámite que ha de realizarse en el procedimiento de jurisdicción voluntaria para estos internamientos es el

² DELGADO, S.; BANDRÉS, F.; TEJERINA, A. (coord.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses*, tomo IV, Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas, Bosch, 2012, Capítulo 205 «Centros de protección con medidas de seguridad y contención destinados a menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo».

examen del expediente individual del menor, debiendo analizarse la trayectoria institucional del menor, las razones que han motivado el ingreso en un centro de esta naturaleza, la intervención profesional que se ha llevado a vado con el menor hasta ese momento, etc...

En último trámite que debe realizarse es el dictamen del Ministerio Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 273 del Código Civil y el artículo 1815 de la LEC.

Hay que señalar además que si bien no se considera un trámite mínimo necesario para el procedimiento de jurisdicción voluntaria, siempre debieran tener conocimiento del mismo los padres o tutores en cuanto no exista resolución judicial que lo prohíba, en cuanto el artículo 22 de la Ley Orgánica de Protección del Menor obliga a la entidad pública de protección que tenga menores bajo su guarda o tutela a informar a los mismos sobre la situación de aquellos y por tanto y puesto que son interesados, siempre deberán tener conocimiento del proceso judicial.

Una vez analizado el procedimiento que se realiza y tras dos años de desarrollo de este sistema de solicitud de autorizaciones judiciales para el internamiento de menores en centros específicos de trastornos de conducta o de salud mental, en el ámbito de la Comunidad de Madrid hay que hacer el correspondiente balance de situación.

Sin lugar a dudas la mayor ventaja que aporta la autorización judicial es la de una mayor garantía y seguridad jurídica en cuanto al internamiento de menores en este tipo de centros que tienen unas especialidades propias (medicación, medidas de contención, etc.) y que como venimos señalando en algunos casos, limitan la libertad individual de los menores que son ingresados en ellos.

Aporta mayor garantía a la actuación de los profesionales la supervisión judicial que del internamiento se produce ya que las actuaciones que se realizan con el menor quedan comunicadas a la autoridad judicial y por ende gozan de un amparo judicial, sobrepasando la esfera propia de la intervención administrativa.

Las dificultades que se han encontrado por otro lado son las propias del funcionamiento de la justicia en nuestro país que a veces es más lenta en sus respuestas de las necesidades sociales, más en este ámbito en el que un menor en una situación de dificultad social, debiera encontrar una respuesta ágil y rápida a su problemática.

Así se han presentado algunas situaciones anómalas en cuanto algunos de estos menores que ya están residiendo en centros de protección con otros menores que no presentan trastornos disociales. En algunos casos los menores que esperan la autorización judicial, externalizan su conducta y lo hacen en forma disruptiva, originando agresiones a objetos, adultos y/o iguales, que generan miedo y sentimientos de desprotección en los otros menores con los que conviven. No debemos olvidar que un número significativo de niños y niñas que residen en los centros de protección han vivido situaciones de maltrato en el ámbito familiar, y se les podría estar exponiendo a situaciones análogas por el

comportamiento descontrolado de otros menores con un trastorno diagnosticado de salud mental o de conducta sobre los que se está a la expectativa de una contestación con el fin de poderles proporcionar la intervención terapéutica especializada que necesitan.

A veces también en el transcurso del procedimiento y en tanto no se obtiene la autorización judicial correspondiente, estos menores se ausentan de las residencias, colocándose frecuentemente en situaciones de elevadísimo riesgo.

También se producen situaciones de urgencia que requieren internamiento inmediato, si bien la urgencia no sobreviene sólo por situaciones disruptivas, sino que engloba también otros deterioros graves que sufren los menores, es decir, una serie de patologías que, por su gravedad, comprometen seriamente el desarrollo de dichos menores y que si no son tratadas adecuadamente quedarán cronificadas, siendo el tiempo de reacción y el que el menor reciba el tratamiento o la intervención más adecuada a su perfil, elemento determinante en todos los casos. A ello deben de unirse aquellas situaciones de menores embarazadas con trastorno de salud mental que precisan de un recurso específico adecuado a su estado.

Las situaciones expuestas nos llevan a plantear la necesidad de acortar los tiempos en el procedimiento de traslado a recurso específico y a solicitar la posibilidad de efectuar ingresos con carácter inmediato, con el fin de poder proporcionar la atención especializada que necesitan estos menores y garantizar así las funciones tuitivas propias de las entidades de protección.

Por último hay que señalar que un número significativo de medidas de protección de guarda demandadas para menores con trastorno de salud mental y/o de conducta están motivadas por la dificultad que encuentran sus familias en conseguir un recurso residencial terapéutico para sus hijos en otros ámbitos, cuestionándose la utilización de los recursos de protección para dar respuesta a las necesidades de las familias ante las dificultades que encuentran con sus hijos adolescentes que plantean la necesidad de tratamiento terapéutico.

IV. LA NECESARIA REGULACIÓN MEDIANTE LEY ORGÁNICA

Hasta la Ley de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela el internamiento estaba sometido a control administrativo y mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se abandonó el sistema de control administrativo de los internamientos de presuntos incapaces, instaurando por fin el control judicial, en el posteriormente derogado, artículo 211 del Código Civil.

Así el artículo 211 significó el paso del control administrativo al control judicial estableciendo que «el internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, por razones de urgencia, hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

Con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primer párrafo del artículo 211 es objeto de modificación.

En su Exposición de Motivos la Ley 1/1996 establece que *«otra cuestión que se aborda en la Ley, es el internamiento del menor en centro psiquiátrico y que con el objetivo de que se realice con las máximas garantías por tratarse de un menor de edad, se somete a autorización judicial previa y a las reglas del artículo 211 del Código Civil, con informe preceptivo del Ministerio Fiscal, equiparando a estos efectos, el menor al presunto incapaz y no considerando válido el consentimiento de sus padres para que el internamiento se considere voluntario, excepción hecha del internamiento de urgencia»*.

Así el artículo 211 pasó a tener la siguiente redacción:

«El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios sociales de asistencia al menor.»

Es decir, tal y como señala CARLOS LASARTE³, se regula el internamiento de un menor en centro psiquiátrico, pero también el de cualquier persona que «no esté en condiciones de decidirlo por sí, por lo que la norma hubiera sido aplicable a cualquier persona, sin necesidad de utilizar paráfrasis alguna relativa al menor.

Con la Ley 58/2000, de Enjuiciamiento Civil, se deroga el artículo 211 del Código Civil e integra la Ley, dentro de su propia regulación el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en su artículo 763 en el que se regula de forma extensa el internamiento, mediante autorización judicial, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, refiriéndose el apartado segundo del mismo a que *«el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor»*.

La modificación de la regulación del Código Civil a la Ley de Enjuiciamiento Civil, a juicio y en palabras de LASARTE aunque no cabe duda alguna de que, antes o ahora, en el internamiento han de considerarse normas procesales y normas propiamente civiles o sustantivas, en este caso, no encuentra justificación alguna la pura calificación procedimental del problema analizado. En el internamiento del presunto incapaz pesan o priman las cuestiones o normas

³ «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio), Diario *La Ley*, n.º 7968, Sección Tribuna, 20 de noviembre 2012, Editorial LA LEY.

civiles sobre los aspectos puramente procesales, por lo que la decisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil es francamente criticable.

Si bien, la regulación por una u otra norma, ponen de manifiesto la ausencia de regulación mediante Ley Orgánica de la materia, al encontrarnos ante la regulación de la restricción de la libertad, en su calificación técnica de derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico según la Constitución española de 1978.

La Sentencia 141/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, viene a ratificar la doctrina constitucional fijada para situaciones similares y reclama la regulación de la cuestión de los internamientos no voluntarios mediante la correspondiente ley orgánica, como se afirma en el último párrafo del fundamento jurídico tercero:

«Considerando por ello su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este tribunal ha declarado que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 de la Constitución Española.»

Si bien los centros de menores con trastornos de conducta no pueden considerarse como centros de privación de libertad ya que no son propiamente centros de ejecución de una medida judicial derivada de la responsabilidad penal de un menor, ni pueden considerarse centros de carácter psiquiátrico, como se ha ido viendo a lo largo de este artículo, si es cierto que se prestan en ellos tratamientos terapéuticos por el propio trastorno de conducta que presenta el menor y en este tratamiento es en el que se enmarcan las posibles medidas de contención que pueden suponer ciertas restricciones a la libertad personal de los menores y en cuanto puedan suponer un peligro para sí o para terceros, bien otros menores o personal del centro.

El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al Proyecto de Ley de Actualización de la legislación sobre protección a la infancia actualmente en tramitación y que previsiblemente dará será aprobado por Consejo de Ministros en unos meses modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor introduciendo un nuevo capítulo en el Título II que regula las actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección del menor.

El nuevo Capítulo IV denominado «Centros de menores con trastornos de conducta» supone una novedad importante y teniendo en cuenta las especiales necesidades de estos menores de atención especializada así como las peticiones planteadas por instituciones relevantes como Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado y Comité de Derechos del Niño, así como el estudio realizado por la Comisión especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, así como los cambios profundos de nuestra sociedad en los últimos años y su repercusión en los servicios sociales

de protección a la infancia y a las familias, regula los casos de menores que ingresan en los centros de protección ante situaciones conflictivas derivadas de sus necesidades específicas por problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, etc., y que ingresan en los centros específicos para menores con dificultades de adaptación o trastornos del comportamiento.

El anteproyecto, como establece la Exposición de Motivos, teniendo en cuenta que existe un déficit normativo en relación con este tipo de centros, que están en juego los derechos fundamentales de los menores ingresados, que deben establecerse garantías para los mismos y que es necesario clarificar los límites de la intervención, introduce la regulación que contiene el Capítulo IV normando las actuaciones e intervenciones en estos centros de protección específicos de menores con trastornos de conducta dependientes de las entidades públicas de protección.

Entre otras cuestiones se regulan la necesidad de que dispongan de una ratio menores atendidos-profesionales destinados a su atención, el ingreso de los menores en estos centros, la duración de la medida de protección acordada sobre estos menores y su revisión así como el uso de medidas de contención con los menores como último recurso y los registros personales y materiales que deberán adecuarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Igualmente se regulan otros aspectos como el aislamiento de los menores con carácter excepcional, la administración de medicamentos de acuerdo con la praxis profesional sanitaria y respetando las disposiciones del consentimiento informado, el régimen disciplinario en estos centros cuyas especialidades se fundarán en el proyecto educativo del centro y del menor y la inspección y supervisión de los mismos.

En concreto y en cuanto al objeto del análisis de este estudio, se introduce un artículo relativo al ingreso de estos menores estableciéndose algunos aspectos relevantes:

En primer lugar, que los ingresos deben fundamentarse en un diagnóstico clínico y en una valoración social que lo justifique, sin que puedan ser ingresados en estos centros, dice el proyecto «menores que sufran enfermedades mentales que, siendo graves, requieran un abordaje específico por parte de organismos competentes en materia de salud mental y/o de atención a las personas con discapacidad».

En segundo lugar, establece que cuando el ingreso de un menor vaya a tener lugar en un centro en el que se utilicen habitualmente medidas de contención y de restricción de libertad, será necesario recabar por la entidad pública la correspondiente autorización judicial, garantizando en todo caso el derecho del menor a ser oído. Dicha autorización se otorgará tras la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, continua el proyecto de norma señalando, si razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida, la entidad pública podrá acordar el ingreso previo a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación

de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del tribunal.

Por otro lado, el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al Proyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia, introduce un nuevo artículo, el 781 bis, relativo a la autorización judicial de ingreso en Centros de menores con trastornos de conducta, estableciendo que la entidad administrativa que ostente la tutela o guarda del menor y el Ministerio Fiscal, estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso de un menor que los centros a los que nos referimos.

Se establece que serán competentes para autorizar el ingreso, los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y que en el expediente deberá darse audiencia al menor y recabarse el dictamen del Ministerio Fiscal, practicando el juez de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes las pruebas que considere pertinentes, pudiendo ser oídos los familiares y demás personas interesadas.

Por último, se determina que el auto que dicte el juez autorizando el ingreso o denegando la autorización deberá ser suficientemente motivado y que contra el mismo podrá interponer apelación la entidad administrativa, el Fiscal, y los padres o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores, sin que tenga tal recurso efecto suspensivo.

Por tanto, si llega a aprobarse definitivamente este proyecto legal, se concluye la regulación normativa, mediante ley orgánica, del ingreso en los centros de protección específicos de menores a la vez que se establece legalmente, la necesidad de que dicho ingreso sea autorizado judicialmente, tal y como ya están realizando algunas Comunidades Autónomas, como la Comunidad de Madrid, con el fin de salvaguardar las libertades individuales de los menores que se encuentran bajo su protección.