

EXCMO. SR. CONSEJERO DE SERVICIOS
SOCIALES Y FAMILIA
Camino de Las Torres, 73
50008 ZARAGOZA

18 de junio de 2007

I.- ANTECEDENTES

Primero.- En fecha 27 de febrero de 2007 tuvo entrada en esta Institución escrito de queja en el que se hacía alusión a la situación de los menores ..., de 16, 15, 14 y 13 años respectivamente, que se encontraban internados en la *“Casa Familiar San Vicente de Paúl”*, perteneciente a los Hermanos Franciscanos de la Cruz Blanca, desde hacía dos años los chicos y desde septiembre de 2006 las chicas.

Así, se indicaba que ... fue ingresado en el Hospital Neuropsiquiátrico *“Ntra. Sra. del Carmen”* de Garrapinillos sin que se hubiera informado a la madre del motivo, escapándose el menor posteriormente de allí y relatando que en dicho centro lo ataban y drogaban.

Por otra parte, se señalaba que a ... tenían que intervenirla quirúrgicamente por un problema cardíaco sin que se hubiera recabado el consentimiento de sus padres.

También se exponía que los menores querían abandonar el Centro, siendo que sus progenitores sólo pueden visitarlos un día a la semana.

Segundo.- Admitida la queja a supervisión del organismo competente, en fecha 7 de marzo de 2007 nos dirigimos al Departamento de Servicios Sociales y Familia del Gobierno de Aragón solicitando un informe sobre las cuestiones planteadas, especialmente las referentes a la situación de los menores

Tercero.- En fecha 5 de junio de 2007, el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales nos remitió la siguiente información:

“De acuerdo con su solicitud y con los datos recibidos de la Subdirección Provincial del IASS de Zaragoza, puedo informar lo siguiente de

los menores ..., en especial sobre ..., residentes en la Casa Familiar San Vicente Paúl de los Hermanos Franciscanos de la Cruz Blanca:

DATOS DE IDENTIFICACIÓN MENORES:

...

SITUACION ADMINISTRATIVA:

Menores tutelados e incluidos en el programa de emancipación, subprograma de acogimiento residencial.

PADRES:

...

SITUACIÓN ACTUAL Y ACTUACIONES DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

La familia ... tiene abierto expediente en Protección de Menores desde Enero del 93, habiendo permanecido en un Programa de Preservación Familiar entre los años 93-94, 96-00, 00-02 Y 03-06. Para el sostenimiento de la unidad familiar en el Programa de Preservación Familiar se han utilizado todos los recursos disponibles tanto por la institución de Menores como por el Ayuntamiento, Educación, instituciones privadas para apoyo en distintas áreas etc.

Con fecha 27 de Octubre de 2005, los padres solicitan la Guarda de su hijo ... ante la imposibilidad de contener y controlar al menor en sus conductas, horarios, comisión de posibles delitos instados por terceros, vida marginal etc. De este modo se procede a internar al menor en el centro de los Hnos. de la Cruz Blanca con fecha 13-11-05.

En Noviembre del 06 se procede a tutelar e ingresar en el mismo centro al resto de los hermanos ante el agravamiento en la atención a los mismos, la aparición de terceras personas en el domicilio que provocan una dinámica familiar disfuncional y de alto riesgo para los niños.

Desde el ingreso de los menores en el centro de internamiento han mantenido contactos regulares con sus padres al objeto de mantener los lazos afectivos convenientes para el proceso evolutivo de los hermanos.

A partir del verano del 06, ... comenzó a presentar conflictos de adaptación, episodios de fuga, incumplimiento de normas etc. en el centro de internamiento; las fugas y episodios de desaparición han sido cada vez más frecuentes y duraderos. Se tenía conocimiento del destino y refugio en las

fugas, siendo éste un lugar con alto grado de desestructuración, marginalidad y episodios de delincuencia que podían dañar especialmente a David dado su nivel de discapacidad.

Teniendo en cuenta esta situación se solicitó a la Dirección de Menores la consideración de ingreso del menor en el Centro Neuropsiquiátrico del Carmen con la argumentación siguiente:

. Necesidad urgente de contención de fugas, que permita garantizar la estabilidad para cualquier actuación a realizar.

. Asegurar la valoración íntegra de un análisis psiquiátrico del menor para conocer las razones de su conducta.

. Asegurar la integridad física de ..., menor con dificultades, evidentes, de autoprotegerse en la calle.

. Garantizar la ingesta de los medicamentos prescritos al menor.

. Evitar la utilización del menor en hechos delictivos instados por terceras personas, dada su poca capacidad y reflexión en la realización de los mismos.

. Frenar la dinámica del menor en cuanto a las fugas con el agravamiento que supone el mimetismo de su actitud para otros compañeros del centro.

Con fecha 26 de Enero de 06, pudo localizarse al menor e ingresarse en el Neuropsiquiátrico del Carmen, hecho que con posterioridad se comunicó, verbalmente, a los padres y abuela materna del menor; manifestando los padres su disconformidad con la medida.

El 24 de Febrero de 06 se nos comunica desde el Centro Neuropsiquiátrico la fuga del menor.

Tenemos razones para creer que ... puede estar escondido en el domicilio de los padres, pero éstos se niegan a colaborar para el retorno del menor al recurso, aunque siguen teniendo los mismos problemas de incapacidad en la contención del menor y éste sigue frecuentando los entornos marginales que tanto le pueden perjudicar.

La menor ... presenta una enfermedad cardíaca importante. En 2005 el cardiólogo de la menor, Dr. ..., ya recomendó una intervención doble, para conocer el estado del ventrículo y corregir un ductus en un primer lugar y posteriormente una intervención a corazón abierto para quitar un rotode aórtico subvalvular. Este cardiólogo ya recomendó, con cierta insistencia, la conveniencia de la realización de ambas intervenciones por considerarlas necesarias para la salud futura de la menor. Como quiera que el citado

médico informó a la familia de los riesgos de la segunda intervención quirúrgica, la familia no se ha atrevido a autorizar dicha operación, a pesar, también, de nuestra insistencia para su realización.

Hasta la fecha sólo ha podido intervenir por el primero y menos importante de los problemas de la menor.

Con fecha 5 de Febrero de 2007 el Director del centro donde está internada la menor y su Educador - Coordinador acudimos nuevamente a la consulta del Dr. ... quien nos comunica la absoluta necesidad en la intervención a Esther y el riesgo vital que se tiene si ésta no se realiza. El mismo doctor nos vuelve a informar de gravedad de la intervención y los riesgos implícitos que su realización conlleva pero del mismo modo es contundente en el consejo para su realización.

Se solicita al citado profesional un informe escrito del que se está a la espera, con las indicaciones realizadas en su consulta y que permitirá la solicitud motivada para la realización o no de la intervención quirúrgica.

Esta nueva circunstancia ha sido también comunicada a los padres quienes se niegan, en rotundo, a operar a la menor “

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- La queja motivo del presente expediente expone la situación de cuatro hermanos menores tutelados por el Gobierno de Aragón, todos ellos con diversas discapacidades, centrándose la misma en dos de ellos: ..., de 15 años, internado en un principio en un centro de carácter psiquiátrico sin conocimiento de su familia y ..., de 16 años, que precisa de una intervención quirúrgica grave a la que sus padres no acceden.

Segunda.- En relación con ..., señalar que del informe remitido por la Diputación General de Aragón se deriva que la asunción de la tutela del menor y su ingreso en el Hospital Neuropsiquiátrico “*Ntra. Sra. del Carmen*” estaban plenamente justificados, a raíz del agravamiento de su situación y en interés del mismo.

Si bien la familia alega que no fueron informados de este ingreso, la entidad pública manifiesta que se les comunicó posteriormente de forma verbal tanto a sus padres como a su abuela materna, mostrando su disconformidad. No hay datos objetivos que nos hagan poner en duda el contenido del informe emitido por la Administración, por lo que si la familia no estaba de acuerdo con dicho ingreso debería impugnar dicha decisión administrativa, interponiendo en su caso el pertinente recurso.

Tercera.- Ahora bien, nada dice el informe de la entidad pública sobre si el internamiento en el centro psiquiátrico había sido autorizado por la autoridad judicial, tal como exige el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

Ya en el “*Estudio y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España*”, elaborado en el año 1991, dicha Institución tuvo la oportunidad de expresar su criterio en torno a que, para evitar que posibles abusos en el ejercicio de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o de la tutela sobre menores de edad dieran lugar a internamientos indebidos, el consentimiento del menor no debía ser suplido por el que prestaran sus representantes legales, debiendo someterse este tipo de internamientos, en todo caso, al régimen de garantías legalmente previsto para los internamientos involuntarios propiamente dichos. Y, en este sentido, la actual normativa señala lo siguiente:

Artículo 763

“ 1. 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 o tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste 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 el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. 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 ... “

En consecuencia, por aplicación de esta norma y del artículo 271 del Código Civil, el internamiento de quien no esté en condiciones de decidirlo

por sí mismo requiere autorización judicial, ya se trate de un mayor o de un menor de edad, y con independencia de que se haya declarado o no su incapacitación, exigiéndose, para los supuestos de menores, un informe previo de los servicios asistenciales competentes.

Y en cuanto al tipo de centros o establecimientos a que se refiere el precepto, el criterio seguido por el Defensor del Pueblo es acorde con el expuesto por la Fiscalía General del Estado a través de la Instrucción 3/1990, de 7 de Mayo (así como la Circular 2/1984, de 8 de Junio, la Consulta 2/1993, de 15 de Octubre y la línea jurisprudencial reflejada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1990, de 4 de Junio): la enumeración contenida en el artículo 271 del Código Civil -establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial- no es exhaustiva y, en realidad, se está refiriendo a centros de internamiento de cualquier clase; añadiendo que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial debe ser totalmente proscrita. Y, la Consulta 2/1993 también referida, señala que el concepto de internamiento abarca el realizado en *“todos aquellos centros de régimen cerrado o que no permitan el libre movimiento de los internos, en los que se cumplan medidas asistenciales, sanitarias y educativas, tendentes a la rehabilitación, recuperación e integración en la sociedad de quienes sufren las deficiencias”*.

Teniendo en cuenta el régimen de este tipo de centros, que implica de hecho la privación de libertad de las personas allí atendidas, la falta de previa autorización judicial implica una vulneración de sus derechos y una ausencia de las garantías que deben presidir la citada privación, cuando la persona en cuestión no se encuentra en condiciones de prestar válidamente su consentimiento al internamiento.

Cuarta.- Otra cuestión que se deriva del expediente es la fuga del menor del centro psiquiátrico un mes después de su ingreso, exponiendo al respecto en su informe la entidad pública lo siguiente:

“ Tenemos razones para creer que ... puede estar escondido en el domicilio de los padres, pero éstos se niegan a colaborar para el retorno del menor al recurso, aunque siguen teniendo los mismos problemas de incapacidad en la contención del menor y éste sigue frecuentando los entornos marginales que tanto le pueden perjudicar”

Así pues, ha transcurrido casi año y medio desde que el menor se escapó del centro (24 de febrero de 2006) sin que la Administración tutora, aún conociendo su posible paradero y reconociendo que la situación del menor es preocupante al haber regresado a los entornos marginales que tanto le perjudicaron, no haya adoptado ninguna medida al respecto.

A este respecto, la Ley 2/2001, de 2 de julio, de la infancia y la

adolescencia en Aragón establece, como principios de actuación en esta materia entre otros, la responsabilidad pública en su protección social y jurídica y la prevalencia del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente, señalando respecto a los acogimientos residenciales especiales lo siguiente:

“1. El acogimiento residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas que estén sujetos a protección se realizará en centros específicos, con la correspondiente autorización judicial en su caso.

...3. La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

4. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizará con arreglo a la legislación vigente y con la debida autorización judicial “ (artículos 3, 47 y 69).

Los deberes que conlleva el desempeño de la función tutelar los recoge el Código Civil, disponiendo que *“ El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor... y rendirle cuenta anual de su administración. “(artículo 269).

Por su parte, la Ley 2/2001, de 2 de julio, establece taxativamente los supuestos en que cesa la tutela ejercida por la Administración de la Comunidad Autónoma: mayoría de edad o emancipación, adopción, designación de persona que vaya a ejercer la autoridad familiar, nombramiento de tutor, cese de las causas que motivaron la situación de desamparo –con seguimiento no inferior a seis meses- o fallecimiento del tutor. El cese de la tutela ha de ser motivado y comunicado a los interesados (artículo 62).

Y el Decreto 79/1995, de 18 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección señala en su artículo 14 que *“Si los padres, tutores o guardadores o cualquier otra persona impidiera el estudio o la ejecución de las medidas de protección, se solicitará del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerlas efectivas “.*

Quinta.- De acuerdo con los antecedentes expuestos y la actual situación del menor, podemos concluir que la Administración no ha cumplido debidamente con las obligaciones y deberes que su papel de tutora le exigía, pudiéndose hablar de un consentimiento tácito ante una situación irregular cual es que un niño tutelado se encuentre residiendo con sus padres, siendo que la entidad pública dispone de la información y los medios necesarios para ejercer su autoridad y reintegrar al menor bajo su guarda o al establecimiento psiquiátrico del que se fugó.

La declaración de desamparo efectuada por la entidad pública y la consiguiente asunción de la tutela "*ex lege*" se fundamenta en la situación de incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda de los menores, por lo que si las circunstancias que determinaron la decisión administrativa no han sufrido ninguna modificación, la permanencia del niño con sus padres y en determinados ambientes puede implicar, según la información de que se dispone, un riesgo para su bienestar, sin perjuicio de la evidente quiebra del principio de ejecutividad de los actos administrativos amparado por la legislación vigente.

Si las actuales circunstancias del menor aconsejaban un cambio en la potestad de guarda u otra medida acorde con su interés, o si se valoró por la Administración que el niño se encontraba adecuadamente cuidado en su familia, la responsabilidad y deber que la asunción de la tutela por la entidad pública suponía debió conllevar la regularización de su situación y consecuentemente la declaración del cese de la tutela administrativa, siempre que se pudiese asegurar por otros medios la prestación de la asistencia moral y material que permitiese el desarrollo de los derechos del menor, evitando así la perpetuación de una situación de riesgo que parece continuar en la actualidad. La aquiescencia del tutor "*ex lege*" ante esta situación implica desnaturalizar su esencia, privando de contenido a la función tutelar.

Por ello, en supuestos como el presente en los que se reconocen las dificultades existentes para la debida ejecución de una resolución administrativa, siendo esta Institución consciente de su complejidad y de la labor de los profesionales implicados, resulta obligado requerir el auxilio y cooperación de otras instituciones que disponen de la preparación y los recursos humanos, materiales y técnicos necesarios para localizar al menor y restablecer la situación quebrantada, sin perjuicio de solicitar la oportuna autorización judicial en el caso de que fuera precisa por encontrarse el niño en el domicilio familiar. En esta materia, debería profundizarse en la labor de coordinación y cooperación entre todos los agentes con capacidad de actuación y decisión, lo que, a tenor de los antecedentes expuestos en el presente documento, no parece haberse llevado a efecto con la intensidad que la problemática exige.

Resaltar que el evidente retraso en la efectiva ejecución de la medida decidida está suponiendo, en definitiva, un grave perjuicio y desatención al superior interés del menor a que se orientan las actuaciones protectoras, el cual está viendo consolidarse una situación que difícilmente puede favorecerle en su desarrollo personal, circunstancia ésta que preocupa en extremo a esta Institución.

Sexta.- En este sentido, el análisis de la problemática expuesta en la queja nos hace plantearnos la necesidad de una revisión de los criterios, el procedimiento y los recursos disponibles para hacer frente a este tipo de situaciones, más comunes de lo deseable, pero que precisamente por su dificultad han de servir de acicate a la actuación de la Administración, lo que habría de abordarse con miras de globalidad en las diversas intervenciones que han de concurrir en una efectiva protección de la infancia.

Séptima.- Por último, y respecto a la situación médica de la menor ..., la negativa de sus progenitores a la intervención quirúrgica que precisa va a exigir que la entidad pública solicite la autorización judicial necesaria en estos casos, sin que se aprecie en este aspecto irregularidad alguna en el proceder administrativo.

III.- RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

RECOMENDACIÓN

Primera.- Que, en supuestos como el presente, en los que se haya vulnerado una resolución administrativa que atribuye la tutela y guarda de un menor a la entidad pública competente, se adopten, con la mayor urgencia y en el ejercicio de las funciones tutelares legalmente impuestas, las medidas oportunas tendentes a poner fin a tan irregular situación.

Segunda.- Que, en el supuesto de que el internamiento del menor ... en el Hospital Neuropsiquiátrico "*Ntra. Sra. del Carmen*" no hubiese sido autorizado por el órgano judicial competente, la entidad pública adopte las medidas oportunas a fin de que, en su caso, su futuro ingreso se acomode a lo dispuesto en los artículos 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 271 del

Código Civil.

Tercera.- Que se valore la necesidad de un riguroso análisis de los criterios, el procedimiento y los recursos disponibles para hacer frente a este tipo de problemáticas, articulando con carácter de globalidad los mecanismos de diálogo, coordinación y actuación necesarios entre todas las instituciones implicadas en la protección de la infancia.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE