

Expte.

DI-2276/2016-8

Excmo. Sr. Alcalde-Presidente
AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA
Plaza del Pilar, 18
50001 Zaragoza

Asunto: No admisión de menor discapacitado en ludoteca municipal

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Tuvo entrada en esta Institución queja que quedó registrada con el número de referencia arriba expresado. En la misma, en alusión a D^a XXX, se expone lo siguiente:

“Su hijo YYY, de 9 años, tiene reconocida por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales una discapacidad de un 75%.

Asistía a la ludoteca de nombre AAA (centro de ocio y tiempo libre), perteneciente al Ayuntamiento de Zaragoza, y cuando cumplió 9 años el pasado enero, se comunicó por parte de los responsables que ya no podía seguir acudiendo, debido a su alta discapacidad intelectual, sin un apoyo externo, el cual tenía que ser gestionado por los padres.

Se ha expuesto este tema a los máximos responsables del Ayuntamiento que han manifestado que el problema quedaría solucionado, que YYY no podía en ningún caso ser excluido de la ludoteca y que se pondrían los apoyos necesarios.

El día 5 de septiembre de 2016, personados los interesados en el centro de tiempo libre al objeto de suscribir a YYY en el nuevo curso, comunican a sus padres que, debido a que no han recibido ningún apoyo, SE NIEGAN a inscribirle en la ludoteca.

Se pide que a YYY no se le discrimine por su discapacidad y, siendo una ludoteca, que tan sólo los niños van a jugar y divertirse, así como a socializarse con otros niños, se le permita que pueda acudir libremente a ese lugar.

Se considera que se vulneran sus derechos como menor al no ser tramitada ni siquiera su inscripción por parte de las dos educadoras de este centro.”

SEGUNDO.- Una vez examinado el expediente de queja, a la vista de lo expuesto y al amparo de las facultades otorgadas por la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, acordé admitirlo a mediación y, con objeto de recabar información precisa al respecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.3 de la citada Ley, dirigí un escrito al Ayuntamiento de Zaragoza.

TERCERO.- Posteriormente, se adjunta al expediente de queja copia del recurso que la madre del menor interpone, con fecha 27 de octubre de 2016, *“frente a la negativa de facto a la inscripción de Miguel en el citado Centro, al objeto de que sea revisada por la autoridad municipal y ordenada la INSCRPCIÓN INMEDIATA del niño en el Centro, al haberse vulnerado abiertamente las obligaciones que la Ley 12/2001 atribuye a las Administraciones Públicas y los derechos que dicha Ley reconoce a los menores de edad”*.

En particular, en el recurso se estiman vulnerados los artículos 3.3, 8 y 17 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, así como el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, habida cuenta de que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha dictado resolución expresa ni ha dado respuesta a los sucesivos escritos que le han dirigido los interesados.

CUARTO.- Aun cuando no se ha recibido respuesta alguna del Ayuntamiento de Zaragoza a las reiteradas solicitudes de información del Justicia, en atención al interés superior del menor afectado, he estimado oportuno formular la presente sugerencia.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- El artículo 8 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, aborda las medidas para garantizar el ejercicio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Aragón, señalando explícitamente en su punto 4 que El Justicia de Aragón defenderá tales derechos.

En relación con la queja que nos ocupa, el artículo 3.3 de la mencionada Ley dispone que las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y en garantía del ejercicio pleno de sus derechos, deberán responder a la prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente.

Esta Institución sostiene, y así lo ha manifestado reiteradamente, que en cualquier circunstancia se ha de dar prioridad a aquello que más beneficie a los menores, tal como expresa la Declaración de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, cuyo segundo principio indica que, en caso de conflicto, *“la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

En esa misma línea, la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989 sobre Derechos del Niño determina en el artículo 3 que en todas las medidas concernientes a los niños, que adopten las instituciones públicas o las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será al

interés superior del menor.

Estas normas son de aplicación directa por mandato constitucional, habida cuenta de lo establecido en el artículo 39.4 de la Constitución Española: *“los niños gozarán de los derechos recogidos en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

En el caso que nos ocupa, el hecho de primar el interés superior del menor implica dar una solución satisfactoria al problema planteado en la queja, con el fin de favorecer el bienestar y promover la integración del niño discapacitado aludido en la misma.

Segunda.- El Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, señala en el artículo 1 que el objeto de dicha Ley es:

“a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”

A los efectos que aquí interesan, el artículo 7 de la citada Ley reconoce que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos

que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico. Y para hacer efectivo este derecho a la igualdad, exige que las administraciones públicas promuevan las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida.

En particular, el artículo 7.3 señala que las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de, entre otras que explicita, acceso a la cultura, al deporte, al ocio. Asimismo, la mencionada Ley General aborda en el capítulo IV el derecho a la educación, señalando expresamente que las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás (artículo 18).

Interpretamos que la Ley General refleja esa mención a la gratuidad con objeto de que, en los niveles obligatorios de enseñanza, las familias no tengan que afrontar gastos educativos adicionales en razón de la discapacidad de los alumnos.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en cuenta que las ludotecas son espacios destinados al juego libre y creativo de los niños con finalidades educativas, orientados por profesionales, que cuentan con una variada gama de juguetes, materiales lúdicos, que organizan actividades, talleres, etc. Visto lo cual, entendemos que las ludotecas prestan un servicio de educación no formal y, por tanto, en aplicación de lo establecido en el artículo 18 de la Ley General, se debe garantizar a los menores con discapacidad el derecho a esa educación no formal que se imparte en una ludoteca en igualdad de condiciones con los demás.

No obstante, en el supuesto de que se considerasen centros de ocio, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3, las administraciones públicas deberán proteger de forma especialmente intensa los derechos de los menores con discapacidad en materia de acceso al ocio.

Además, el artículo 7.4 de la Ley General impone a las administraciones públicas la obligatoriedad de proteger de manera

singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas y niños, que cita expresamente en primer lugar.

Tercera.- Los servicios de educación no formal dirigidos a la infancia y a las familias pueden satisfacer determinadas necesidades formativas de los menores, que complementen la atención que se les presta en los centros escolares. Así, en respuesta a las diferentes realidades y situaciones de las familias aragonesas, una de las fórmulas de educación no formal más desarrolladas en nuestra Comunidad son las ludotecas.

En el presente expediente, la familia del menor discapacitado, con objeto de facilitar su socialización e integración y que aprenda a desenvolverse en un entorno infantil ordinario, ha venido complementando su escolarización en un Centro de Educación Especial con su asistencia a una ludoteca. Sin embargo, en el mes de septiembre de 2016 no se ha permitido la inscripción del niño en el Centro Municipal de Tiempo Libre AAA de Zaragoza alegando una insuficiente dotación de personal de apoyo para atenderlo pese a que, de acuerdo con la documentación que se acompaña a la queja, *“el niño asistió regularmente y sin dar problema alguno a dicho Centro durante el curso pasado”*.

A este respecto observamos que, si bien existe una regulación del modelo escolar formal en nuestro sistema educativo -que aborda aspectos relativos a organización y funcionamiento, procedimiento de admisión, etc.-, no tenemos constancia de la existencia en nuestra Comunidad de una regulación para los servicios que se prestan a través del modelo no formal, pese al interés que tiene para las familias utilizar tales servicios.

Es preciso establecer una regulación, que garantice la calidad y el carácter esencialmente educativo de las actividades para la infancia

englobadas en el modelo no formal, determinando los requisitos de admisión, condiciones mínimas de los recursos, cualificación del personal, etc. En nuestra opinión, aunque las distintas Administraciones públicas puedan concretar compromisos y propuestas, el establecimiento de tal regulación es competencia del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

Además, a nuestro juicio, es también responsabilidad de la Administración educativa ejercer las labores de coordinación y control de esos servicios dirigidos a la infancia que se desarrollan a través del modelo no formal, a fin de garantizar el cumplimiento de la normativa de aplicación.

En este sentido, tras la tramitación del expediente DI-722/2004-8, El Justicia de Aragón ya dirigió en el año 2005 sugerencia al entonces Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón con la finalidad de que procediera a regular de forma más precisa los servicios educativos de atención a la infancia que no responden a la modalidad escolar formal, ejerciendo con rigor la función de control de todos esos servicios educativos –en particular, las ludotecas- destinados a los menores. Habida cuenta de que, por el momento, no se ha dado cumplimiento a esta sugerencia del Justicia, procedemos a dar traslado de la situación descrita en este expediente a la Administración educativa aragonesa, con objeto de instar de nuevo la elaboración de una norma marco que regule los servicios de educación no formal en nuestra Comunidad.

En cualquier caso, ante la inexistencia de esa regulación de carácter general para todos los Centros de educación no formal de nuestra Comunidad, consideramos que el Ayuntamiento de Zaragoza debería, mediante la correspondiente Ordenanza, establecer un protocolo y tipificar las situaciones que podrían ser atendidas en las ludotecas de titularidad municipal con los recursos ordinarios, así como aquellos casos que, en función de la discapacidad del menor y del grado de afectación, precisarían disponer de recursos humanos adicionales de apoyo.

Cuarta.- El artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que, análogamente a lo establecido en el artículo 42.1 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina que: *“La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”*.

Si nos atenemos a lo manifestado por quien presenta la queja, *“el día 8 de septiembre de 2016 se presentó un escrito por el que se solicitaba la intervención del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento en el asunto ... Y el día 19 de septiembre de 2016, se presentó un nuevo escrito dirigido al Alcalde exponiendo que no recibían contestación alguna a sus peticiones”*.

En este sentido, con fecha 15 de diciembre de 2016 nos trasladan que el Ayuntamiento no ha dado respuesta a los escritos y peticiones de la familia. Y en el texto del recurso de alzada, de fecha 27 de octubre de 2016, que los afectados presentan ante el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Zaragoza, se hace constar que *“es fácil deducir que la negativa por parte de las educadoras ... tenía más que ver con una cierta animadversión personal hacia la madre del menor ...”*.

Esta Institución sostiene que el interesado o parte debe conocer los motivos, concretos y precisos, de la decisión adoptada, puesto que este conocimiento constituye, en definitiva, la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, cumplan con la función que tienen constitucionalmente encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional enseña que la motivación *"debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos"* (Sentencia de 16 de junio de 1982). Asimismo, afirma el citado Tribunal que la motivación de la actuación administrativa constituye el instrumento que permite discernir entre discrecionalidad y arbitrariedad, y así *"...la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad"* (Sentencia del Tribunal Constitucional 165/93, de 18 de mayo).

Es, por tanto, obligación de toda Administración el dar respuesta al ciudadano en relación con sus escritos y solicitudes, sin que resulte legítimamente admisible el acudir a una postura de silencio. La falta de respuesta por parte del Ayuntamiento de Zaragoza en este caso restringe las posibilidades de defensa del ciudadano con las debidas garantías, y afecta con ello a su derecho a no sufrir indefensión.

Quinta.- El artículo 59 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, encomienda al Justicia de Aragón la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos reconocidos en este Estatuto y dispone, en su artículo 59.2, que en el ejercicio de su función podrá supervisar, entre otras, la actividad de los entes locales aragoneses y de las comarcas, sus organismos autónomos y demás entes que de ellos dependan.

Por otra parte, el artículo 19 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, establece la obligación de colaborar con esta Institución en los siguientes términos:

"1. Todos los poderes públicos y entidades afectadas por esta Ley están obligados a auxiliar al Justicia en sus investigaciones."

2. Las autoridades, funcionarios y todo el personal dependiente de la Administración deberán facilitar al Justicia o a aquel en quien delegue, las informaciones, asistencia y entrada a todas las dependencias, centros y organismos. Igualmente deberán poner a su disposición los datos, expedientes o cualquier clase de documentos que permitan llevar a cabo adecuadamente la actuación investigadora.”

Estos preceptos legales reflejan las competencias del Justicia para, en cumplimiento de las tareas legalmente encomendadas, dirigirse al órgano administrativo correspondiente solicitando informes. Asimismo, hemos de recordar que también señalan la obligatoriedad de auxiliar al Justicia en sus investigaciones por parte de todos los poderes públicos.

III. RESOLUCIÓN

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

SUGERENCIA

1.- Que el Ayuntamiento de Zaragoza revise su actuación en el caso concreto planteado en este expediente de queja, y adopte las medidas oportunas para dar respuesta a los escritos y solicitudes que le han dirigido los interesados.

2.- Que el Ayuntamiento de Zaragoza estudie la conveniencia de elaborar una Ordenanza que establezca un protocolo y tipifique las situaciones que podrían ser atendidas en las ludotecas de titularidad municipal con los recursos ordinarios, así como aquellos casos que, en función de la discapacidad del menor y del grado de afectación,

precisarían disponer de recursos humanos adicionales de apoyo.

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

Zaragoza, 27 de diciembre de 2016

EL JUSTICIA DE ARAGÓN E.F.

FERNANDO GARCÍA VICENTE