

LA PROTECCIÓN DE MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, CON CONDUCTAS DISRUPTIVAS, INADAPTADAS O ANTISOCIALES

(Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)

HELENA DÍEZ GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

Recepción: 12/07/2010
Aceptación después de revisión: 29/09/2010
Publicación: 10/12/2010

I. INTRODUCCIÓN. II. LA AMBIGÜEDAD POLIÉDRICA DE LOS TÉRMINOS *MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, CON CONDUCTAS DISRUPTIVAS O CON TRASTORNOS DE CONDUCTA*. EXAMEN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA. III. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, CON CONDUCTAS ANTISOCIALES O DISRUPTIVAS COMO MENORES CON DEFICIENCIAS PSÍQUICAS O ALTERACIONES PSIQUIÁTRICAS: 1. *Los trastornos sociales como trastornos mentales*. 2. *El tratamiento de los trastornos psíquicos en menores de edad*. 3. *La intervención subsidiaria de la entidad pública de protección en la atención psíquica o psicológica a menores con trastornos de conducta social*. IV. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL O CON TRASTORNOS SOCIALES Y MENORES INFRACTORES. PROTECCIÓN VS REFORMA: 1. *La diferenciación entre menores con trastornos psíquicos y psicológicos y menores en conflicto social en algunas leyes autonómicas. El confuso panorama legislativo*. 2. *La parcial confusión entre menores en conflicto social o con comportamientos antisociales y menores infractores en algunas leyes autonómicas de protección*. 3. *Los propósitos de algunos legisladores autonómicos. ¿Proteger o reformar? La competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.6.^a CE*. V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL CONFLICTO SOCIAL: 1. *La articulación de medidas preventivas ante el conflicto social. La delimitación de situaciones de riesgo por las Comunidades Autónomas ex art. 148.1.20.^a CE*. 2. *El discutible desamparo del menor en conflicto social y la asunción de su guarda por la entidad pública de protección*. 3. *El acogimiento residencial de menores en conflicto social, con conductas inadaptadas o disruptivas o con graves problemas de desajuste social*: 3.1. *Regulación autonómica y afectación de derechos fundamentales del menor*. 3.2. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de legalidad*. 3.3. *Medidas restrictivas de la libertad personal: vigilancia educativa y legalidad*: 3.3.1. *Planteamiento de la cuestión*. 3.3.2. *Vigilancia educativa y derecho de corrección. Pedagogía y sanción*. 3.3.3. *La legalidad del internamiento*. 3.4. *Medidas alictivas del derecho a la libertad personal y competencias autonómicas: los arts. 149.1.1.^a y 81 CE como límites de la potestad normativa autonómica*. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La gran mayoría de las leyes autonómicas de protección de menores ofrecen atención a los menores en conflicto social, con conductas inadaptadas o disruptivas. La ambigüedad del concepto permite entender incluidos en esta definición a menores con trastornos psíquicos, por cuanto que algunos de este tipo de desórdenes provocan anomalías en el comportamiento social. Sin embargo, su atención tan sólo precisa de la intervención subsidiaria de la entidad pública de protección. Algunas leyes autonómicas equiparan expresamente al menor en conflicto social con el menor infractor. No obstante, la competencia exclusiva del Estado en materia penal veta a las Comunidades Autónomas la posibilidad de prever o regular consecuencias jurídicas frente a la peligrosidad manifestada por la comisión de hechos delictivos. Las Comunidades Autónomas tienen competencia *ex art. 148.1.20.^a CE* para delimitar las situaciones de peligrosidad o de riesgo que exijan una actuación preventiva, pero su potestad normativa se ve limitada a la hora de regular acogimientos residenciales susceptibles de generar una aflicción de los derechos fundamentales del menor.

PALABRAS CLAVES: protección de menores; Constitución; derechos fundamentales; competencias legislativas

ABSTRACT

A lot of Regional Acts offer attention to minors with social dispute, with social maladjustment or with disruptive behavior. This ambiguous term permits to include the minors with psychological disorders, because some of these are social disorders. However, its therapy only needs a subsidiary intervention of the public power. Some Regional Acts clearly put on the same level minors with social dispute and criminal minors. Nevertheless, the State's exclusive competence on criminal legislation impedes to regional legislator the possibility to sanction the dangerous conducts when these behaviors are criminal offences. The regional legislators have competence *ex art. 148.1.20.^a CE* to delimit the dangerous situations that demand a preventive action, but its legal competence is limited to legislate about the children's residential centers when the protection can originate an eventual infraction of the minor's human rights.

KEY WORDS: protection of the childhood; Constitution; human rights; legislative competences.

I. INTRODUCCIÓN

Dos recientes informes monográficos evacuados en el año 2009 por dos organismos diversos, uno, por el Defensor del Pueblo¹ y otro, por Amnistía Internacional-España², han coincidido en denunciar la quizá desconocida problemática que rodea a los menores ingresados en centros en los que, bajo diversas denominaciones³, se pretenden ar-

¹ Informe monográfico «Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social», 2009. Este informe se puede descargar en formato zip desde la página web del Defensor del Pueblo (www.defensordelpueblo.es).

² *Menores en centros de protección terapéuticos «Si vuelvo, me mato»*, Amnistía Internacional-España, diciembre 2009 —informe disponible en su página web (www.es. Amnesty.org)—.

³ Como se tendrá la oportunidad de examinar más adelante, las Comunidades Autónomas arbitran mecanismos específicos para atender en régimen de acogimiento residencial a estos menores y también utilizan términos heterogéneos para denominar, bien a los centros donde éstos quedan ingresados, bien a las mismas medidas a utilizar. Así, en Andalucía se utiliza el término de *acogimiento residencial en centros específicos* (arts. 38 y 39 de la Ley 1/1998, de 28 de abril). En Aragón se acude a la denominación de *centros terapéuticos* (art. 79 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia). En Castilla y León se hace referencia a un *acogimiento residencial en «dispositivos especiales»* (art. 96.7 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia y art. 60 del D. 131/2003, de 13 de noviembre, que regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarlas a cabo). En Castilla-La Mancha se alude a *centros especializados* (art. 53 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de protección de menores). En la Comunidad Valenciana los centros son denominados *unidades educativo-terapéuticas* (art. 61 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia). En Galicia, en cambio, son llamados *centros de reeducación o centros de atención específica* (arts. 40 a 43 de la Ley 37/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia y arts. 14 y 15 del Decreto 329/2005, de 28 de julio, que regula los centros de menores y los centros de atención a la infancia). En Baleares, *centros residenciales de acción educativa especial* (art. 91.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Ley integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia). En Navarra, *centros especializados* en la atención socioeducativa o terapéutica (art. 84 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia). En Asturias, *unidades de alojamiento de menores de régimen especial* (art. 9 del Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores). En La Rioja, *centros especiales* (art. 91.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores). Por su parte, en el País Vasco se recurre, para calificar a la medida jurídica de protección a adoptar, al término de *acogimientos residenciales con programas especializados de atención a adolescentes con problemas de conducta o con programas de apoyo intensivo a adolescentes con graves problemas de conducta entre 13 y 18 años* (art. 4.2 del Decreto 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social). Y, por último, el art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña, utiliza el quizá eufemístico término de *centros o unidades de educación intensiva*.

bitrar en su interés *medidas de protección* (y no de reforma) de especiales características.

También resultan recurrentes las informaciones que periódicamente difunden los medios de comunicación social⁴ denunciando la situación en la que se encuentran los menores *con trastornos de conducta* cuya guarda es ejercida por la correspondiente entidad pública mediante un acogimiento residencial.

Estas denuncias e informes, además de poner de manifiesto la eventual existencia en algunos centros de un maltrato institucional que debería investigarse (lo que, en su caso, habría de dar lugar a las correspondientes pesquisas para así depurar las pertinentes responsabilidades en el ámbito penal y administrativo⁵), y de evidenciar que algunas de las prácticas seguidas —descritas y denunciadas— pueden quizá cruzar la línea de lo que puede definirse como trato inhumano o degradante en los términos perfilados por el TEDH⁶ y por el TC⁷, denotan también la existencia de un cierto halo de oscurantismo —aunque no sólo jurídico— en torno a estos menores situados en una especie de «limbo» normativo en el que ha tenido a bien colocarlos no el legislador estatal —que los ha obviado—, sino el autonómico.

En efecto, no pocas leyes autonómicas de protección de menores, tal y como se expone a lo largo del presente estudio, han creado una

⁴ Vid., por ejemplo, la información aparecida en el diario *El País* el día 4 de junio de 2010 acerca de la denuncia formulada por unas menores acogidas en un centro privado subvencionado por la Xunta de Galicia respecto a los castigos vejatorios y degradantes con las que eran sancionadas; llegando incluso sus educadoras, según su testimonio, a obligarlas a comerse sus propios vómitos. Por otra parte, el mismo periódico publicaba el 24 de marzo de 2010 la noticia acerca de los indicios apreciados por el Defensor del Pueblo en una visita realizada a un centro de menores con «trastornos de conducta» de la CA de Madrid, como consecuencia de la denuncia policial formulada por dos ex internos, de inmovilizaciónes (según anotó, «había cuerdas en las camas») y de una medicación excesiva. Estos indicios, según noticia aparecida en el mismo diario el 25 de marzo de 2010, fueron desmentidos por el Defensor del Menor de la CA de Madrid. Sin embargo, la investigación y la correspondiente instrucción penal siguen en marcha.

⁵ En relación con la prevención del maltrato institucional, vid. art. 21 de la Ley 1/1998, de 21 de abril, que regula los derechos y la atención al menor de la CA de Andalucía.

⁶ Sobre la interpretación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y acerca del concepto de «trato degradante», vid., entre otras, SSTEDH de 25 de abril de 1978 (TEDH 1978, 3) —asunto *Tyler contra Reino Unido*—; 10 de febrero de 1983 (TEDH 1983, 1) —asunto *Albert y le Compte contra Bélgica*—; 16 de septiembre de 1997 (TEDH, 1997, 103) —asunto *Raninen contra Finlandia*—; 27 de septiembre de 1999 (TEDH 1999, 37) —asunto *Smith y Grady contra Reino Unido*—; 20 de octubre de 2000 (TEDH 2000, 163) —caso *Kudla contra Polonia*—; 19 de abril de 2001 (TEDH 2001, 297) —asunto *Peers contra Grecia*—; 11 de junio de 2009 (TEDH 2009, 3) —asunto *S.D. contra Grecia*—.

⁷ Respecto a un menor de edad, vid. ATC 333/1997, de 13 de octubre (RTC 1997, 33).

circunstancia fáctica habilitante de la intervención de la correspondiente entidad pública; circunstancia *híbrida* de perfiles borrosos que se sitúa a caballo entre las situaciones de *riesgo* y de *desamparo* y de aquellas otras *circunstancias graves* que permiten a los representantes legales del menor solicitar que aquélla asuma su guarda en los términos que en su momento fueron definidos por la LO 1/1996, de 15 de enero, y que pone el acento de esa injerencia administrativa en las circunstancias de inadaptación social, en las conductas antisociales o disruptivas del propio menor y no de su familia.

De otra parte, y de forma poco definida y sin perjuicio de otro tipo de actuaciones públicas de tipo preventivo, algunas normas autonómicas han arbitrado, como medio de ejercer la guarda de los menores sujetos a su tutela o a su guarda, *acogimientos residenciales especiales* en los que, tal y como se indica en sus preceptos reguladores, pueden llegar a resultar comprometidos los derechos fundamentales de sus receptores, al arbitrarse medidas restrictivas o *limitaciones*⁸ de su derecho a la libertad personal y a su integridad física y moral. De este modo, se llega a regular el ingreso de menores en centros *con restricción o supresión de salidas*; se prevé el establecimiento de *medidas de contención o de inmovilización, medidas de aislamiento*, así como otras medidas de *corrección*⁹ y, en algunos casos, un *tratamiento farmacológico*

⁸ Éste es el eufemístico término que utilizan tanto el legislador de Castilla y León como el de Navarra. Vid., así, art. 86.7 de la Ley 41/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia de la CA de Castilla y León y art. 60.5 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra.

⁹ Vid., en Castilla y León, el art. 6.i) del D. 37/2004, de 1 de abril, que regula los requisitos mínimos y específicos para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección, que autoriza, en los acogimientos *en dispositivos especiales*, la adopción de *medidas de segregación, contención y restricción de la libertad personal*. Igualmente, vid. art. 8.3 del Decreto 203/2000, de 28 de septiembre (modificado por el D. 42/2004, de 29 de abril), que aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambrana. En la Comunidad Valenciana, el art. 112.2 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia, admite que los centros de acogimiento residencial puedan incorporar a sus normas internas de funcionamiento y convivencia *medidas restrictivas de movilidad de entrada y salida* de sus usuarios y *medidas de control activas y pasivas* (en igual sentido, vid. art. 10.8 de la Orden de 17 de enero de 2008 de la Consejería de Bienestar Social de la CA Valenciana, que regula la organización y funcionamiento de los centros de protección y el acogimiento residencial y de estancia de día a menores). Por su parte, en el País Vasco, el D. 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social, permite, en ciertos programas de atención, la realización de *registros personales y en sus enseres* a los menores ingresados —art. 15.i)—, la adopción de *medidas de inmovilización física personal* (arts. 98 y 100) y de *aislamiento* (arts. 98 y 101). En Asturias, el D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los

que, según informa el Defensor del Pueblo, no parece adecuarse a las previsiones del art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹⁰. Medidas todas ellas cuya adopción se rige por procedimientos diversos y que, en la mayoría de los casos, depende de la dirección de los centros y de sus normas de régimen interno; sin que, por otra parte, exista tampoco un régimen jurídico diáfano acerca del ingreso y de la permanencia de los menores en este tipo de centros, pues no faltan las normas autonómicas al respecto que parecen conformarse con una resolución administrativa de la correspondiente entidad pública.

En este orden de cosas y ante las denuncias formuladas, entiendo que la vía primaria para prevenir situaciones de maltrato y preservar los derechos fundamentales de los menores debe partir de un marco normativo adecuado que, amén de garantizar la seguridad jurídica, elimine todo atisbo de arbitrariedad. Porque su inexistencia impide, dada la dispersión legislativa, tal y como se expondrá a continuación, conocer con precisión cuáles son las circunstancias fácticas justificativas para que un menor pueda ser sujeto a una medida de protección o, más bien, a una medida *correctora* educativa que puede llegar a implicar una restricción de sus derechos fundamentales —circunstancias fácticas que, como se verá, no son iguales para todos los menores del territorio del Estado—, ni el concreto alcance del *internamiento* que puede revestir la modalidad de acogimiento residencial que, según cada entidad pública de acuerdo con su normativa rectora, sea idónea para ejercer la guarda, ni, por supuesto, el concreto régimen jurídico del procedimiento a seguir para el ingreso y la permanencia de un menor en uno de estos centros.

De otra parte, a la ausencia de un mínimo marco normativo unitario debe unirse el dato de que la gran mayoría de estos centros son de

centros de alojamiento de menores, a la hora de regular el proyecto educativo de las *unidades de alojamiento de menores de régimen especial* (art. 9.2), expresamente alude a que en él se ha de contemplar la existencia de *medidas de contención y de restricción de la libertad personal de los menores usuarios*, tales como la *prohibición de toda salida del centro* (art. 12) o el *aislamiento* (art. 60). En Cataluña, el art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y de las oportunidades en la infancia y la adolescencia, admite que en los denominados *centros o unidades de educación intensiva* puedan existir elementos constructivos de *protección*; puedan restringirse las entradas y salidas y puedan utilizarse *medidas de contención y aislamiento*.

¹⁰ *Informe...*, pág. 24. El Defensor del Pueblo constata la tendencia en estos centros de protección a medicar profusamente los trastornos psicosociales de los menores sin que exista un diagnóstico previo claro. Asimismo, aprecia que esa medicación no es suministrada por profesionales sanitarios, sino por los educadores. Además, expresa que, al parecer, no se ofrece ninguna información al respecto al propio menor, contraviniéndose así, en su opinión, en la mayoría de los centros, el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (vid. también, *Informe...*, pág. 396).

titularidad privada¹¹, con su propio proyecto educativo y su propio reglamento de régimen interno. Por tanto, esta situación fáctica coadyuva también a la diversidad de los programas de intervención¹². Además, las entidades públicas pueden carecer de recursos o de centros en su propio ámbito territorial; lo que les conduce, en ocasiones, a derivar menores sujetos a su guarda a centros existentes en otra Comunidad Autónoma¹³. Esta circunstancia, además de entorpecer enormemente el desarrollo adecuado de esa guarda y el ejercicio idóneo de sus potestades fiscalizadoras¹⁴ y de dejar un tanto indeterminada la normativa que ha de regir la protección del menor¹⁵, pueda impedir, llegado el caso, la relación del menor con su entorno familiar, obstaculizando, por tanto, su reinserción familiar¹⁶ y, evidentemente, distorsionando la

¹¹ En su informe monográfico, el Defensor del Pueblo pone de manifiesto que de los 58 centros visitados, sólo tres eran de titularidad y gestión públicas (vid. *Informe...*, pág. 254). Además, revela que el coste medio plaza ocupada/día en régimen de acogimiento residencial viene a ser aproximadamente de 127,01 €, aunque existen centros en los que se pueden alcanzar los 230 € (vid. *Informe...*, pág. 255); advirtiéndose «que los centros que mantienen sistemas más restrictivos de la libertad y con mayores medidas de contención, son generalmente los que perciben más dotación económica, al tener mayores costes» (vid. *Informe...*, pág. 259). Estos centros privados reciben de la entidad pública una cantidad media por menor al mes de 3.810,30 € (vid. *Informe...*, pág. 260). A pesar de que esa cantidad se considera suficiente para garantizar una adecuada atención, no debe desdeñarse el dato de que el gasto por menor/día en los centros públicos es mayor (300/350 €); lo que, evidentemente, puede justificar, desde el punto de vista del gasto público, la derivación de menores a centros privados y la inacción de la Administración en la creación y gestión de centros residenciales para niños sujetos a medidas de protección. Cuestión distinta es que se considere que toda inversión bien realizada en este ámbito previene o puede prevenir gastos futuros si el menor alcanza luego su plena autonomía y consigue alcanzar una plena reinserción social.

¹² *Informe...*, pág. 254.

¹³ Algunas normas autonómicas así lo prevén expresamente. Vid., por ejemplo, art. 111.3 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; art. 96.8 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia de Castilla y León y art. 91.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja.

No obstante, debe advertirse que a los menores infractores el art. 46.3 de la LO 5/2000, de 12 de enero, les reconoce el derecho a que la medida judicial de internamiento que en su caso se adopte se desarrolle en alguno de los centros más cercanos a su domicilio en el que existan plazas disponibles.

¹⁴ El Defensor del Pueblo describe en su *Informe* (pág. 246) el curioso caso del centro «El Seranil», ubicado en Málaga, que recibe menores de distintas Comunidades Autónomas pero no de Andalucía, que, además, no lo tiene catalogado como centro específico para menores en situación de dificultad social y con trastornos de conducta.

¹⁵ La duda que surge, evidentemente, es la de determinar qué concreta normativa autonómica se aplica a tales menores. Si atendemos al criterio de territorialidad que adoptan las leyes autonómicas, la ley que se les aplicó cuando la entidad pública asumió su tutela ya no resulta de aplicación extramuros de esa Comunidad Autónoma.

¹⁶ Recuérdese que la STEDH de 12 de julio de 2001 (TEDH 2001, 467) —asunto *K. y T. contra Finlandia*— estimó vulnerado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

superior vigilancia que incumbe al Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 174 CC.

No obstante, aunque la lectura de estas primeras líneas pudiera dar a entender otra cosa, quisiera manifestar que las anteriores consideraciones no empecen ni el encomiable trabajo que se desarrolla en algunos de estos centros de acogimiento residencial, especialmente, por parte de sus trabajadores (generalmente, profesionales de alta vocación altruista, mal pagados¹⁷, con poco reconocimiento social y sometidos a un profundo *stress* emocional quizá por su necesaria implicación en el desarrollo de su trabajo¹⁸), así como por parte de las entidades públicas (desbordadas y, a veces, sin recursos suficientes y adecuados), ni la realidad de la coyuntura fáctica de conflictividad y agresividad¹⁹ que rodea a estos menores y que, evidentemente, puede justificar la adopción de medidas de corrección de su conducta.

Tampoco debe aquí desdeñarse la alarma que suscita en los momentos actuales cualquier tipo de delito cometido por un menor de edad²⁰; lo que, lógicamente, obliga a los poderes públicos a potenciar

Humanos, por entender que las medidas adoptadas en ejecución de la tutela pública de un menor, consistentes en su ingreso en hogares familiares distantes del de origen y con restricción del derecho de visitas, resultaban desproporcionadas e insuficientes para favorecer la reinserción familiar del niño.

¹⁷ Según el *Informe* del Defensor del Pueblo (pág. 361), los salarios rondan los 800 € de media.

¹⁸ Según el estudio «Síndrome de *burnout* y afrontamiento en trabajadores de acogimiento residencial de menores» (*International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 7, n.º 1, 2007, págs. 107-121), en los trabajadores que prestan sus servicios en centros de acogimiento residencial de menores se han detectado altas tasas de presencia del denominado síndrome *burnout*. Entre las causas posibles que se citan como desencadenantes de dicho síndrome se mencionan: la implicación física y psíquica inherente a su trabajo; el agotamiento emocional; la insatisfacción laboral (sobre todo en los profesionales más cualificados); el trabajo a turnos (con pernociaciones en el centro residencial); los bajos salarios; el escaso reconocimiento social, etc. Ello también provoca en estos trabajadores la búsqueda de conductas alternativas que les permitan «sobrevivir» al trabajo; fundamentalmente, a partir de la distancia y de la despersonalización para así evitar toda implicación emocional.

Y, en efecto, según relata el Defensor del Pueblo en su *Informe* (pág. 360), los trabajadores de estos centros consideran que el trabajo conlleva un gran desgaste personal; siendo calificado como de «alto riesgo», pues, en ocasiones, han de vivir situaciones límite. Algunos relataron que, algunas veces, habían sido agredidos deliberada o inconscientemente por algún menor; habían sido insultados verbalmente o habían sufrido daños materiales en sus vehículos y en otras pertenencias personales.

¹⁹ A título de ejemplo, vid. SAP de Madrid de 19 de mayo de 2008 (JUR 2008, 322265) que se refiere a una menor de 16 años internada en un centro de acogida que esgrimió un cuchillo contra su educador al tiempo que le amenazaba («hoy no vas a dormir») y a quien mordió en una pierna; conducta que fue calificada de falta castigada con seis meses de libertad vigilada.

²⁰ Según el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el

las medidas de prevención adecuadas²¹, pero que también les puede incitar a ser propensos a sucumbir a la tentación de separar temporalmente de la sociedad a menores que, según un sentir que se percibe como mayoritario, resultan o pueden resultar «peligrosos» y a los que resulta conveniente, de otra parte, según ese mismo parecer, *castigar* ejemplarmente, aunque *todavía* resulten exentos de toda responsabilidad penal.

Sin embargo, y tal y como resulta de las denominadas *Directrices de Riad*²², hay también que reconocer que «el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta». Asimismo, hay que admitir «la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente” a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable». Por eso mismo y tal y como disponen esas mismas *Directrices*, de una parte, «y a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de

papel de la justicia del menor en la Unión Europea» (*DOCE C 110/75*, de 9 de mayo de 2006), aprobado en sesión celebrada los días 15 y 16 de marzo de 2006, «independientemente del resultado que las estadísticas arrojen en cada momento, lo cierto es que está ampliamente extendida en los países europeos la percepción de que se está produciendo un incremento de la delincuencia juvenil y de que los delitos que cometen los jóvenes son cada vez de mayor gravedad. Ante dicha situación, los ciudadanos demandan mecanismos de control más eficaces, lo que está llevando en muchos países a un endurecimiento de sus legislaciones de menores. Todo ello abunda en la necesidad de medidas de coordinación y orientación que faciliten una gobernanza europea del fenómeno, pero también de políticas de información adecuadas que contribuyan a desdramatizar y situar en sus justos términos la percepción exageradamente negativa».

²¹ Iniciativas de prevención que se instan desde las instancias europeas. Vid., por ejemplo, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa n.º R (87) 20, «Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil», adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, 410.ª reunión; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea» (*DOCE C 110/75*, de 9 de mayo de 2006) o la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil, el papel de las mujeres, la familia y la sociedad [2007/2011 (INI)] —*DOCE C 146 E/344*, 21 de junio de 2007—.

²² *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* adoptadas por la Asamblea General de la ONU, Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

sanción cuando es cometido por un joven», y, de otra, desde una perspectiva de política social, «sólo deberá recluírse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven». Los criterios para autorizar una intervención pública de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a situaciones excepcionales; por ejemplo, «cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven *un grave peligro físico o psicológico para el niño o el joven mismo* y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución».

De esta forma, sobre ciertos menores sujetos a la guarda de una entidad pública se cierne una línea de nebulosa sobre la que convergen líneas de actuación ambivalentes entre *corrección* y *amparo*; pedagogía y derecho punitivo o, más sencillamente, entre *reforma* y *protección*, pero sin las garantías jurídicas que, en su interés, establece la LO 5/2000, de 12 de enero. Tendencias confluyentes herederas, sin duda, de la concepción paternalista o estrictamente correccional con la que se vino tratando al niño o al adolescente en una ya superada visión de la justicia de menores. Y a ello, desde luego, nada favorece el hecho de que desde aquel texto legal se acuda, en ocasiones, como criterio recurrente de actuación, a la intervención *protectora* de las entidades públicas.

Como puede apreciarse, son muchas las aristas —y, desde luego, no sólo jurídicas— desde las que afrontar la tarea de analizar la situación de los menores a los que se va a dedicar el presente estudio. Sin embargo, mi labor únicamente se va a ceñir al análisis de la actual legislación existente en la materia y a examinar si la misma supera o no el canon de su constitucionalidad. Al tiempo, se planteará la necesidad o la conveniencia de establecer, como recomendaran tanto el Defensor del Pueblo²³ como Amnistía Internacional²⁴ en sus informes, un marco jurídico general para esta categoría de menores.

²³ *Informe...*, págs. 404-405.

²⁴ Explícitamente se propone y se recomienda (*Menores...*, págs. 96-97): «modificar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 para que establezca unos estándares claros sobre la situación jurídica de los menores internados en centros de protección terapéuticos»; «definir en esta ley los requisitos generales para el internamiento o derivación de los menores a los centros de protección terapéuticos, exigiendo la necesidad de una resolución judicial motivada», y «definir en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996 una tipología de los centros residenciales, terapéuticos y de asistencia especializada, claramente diferenciada de los centros de reforma» (vid. *Menores...*, pág. 97).

Considero que éste es únicamente un primer paso para garantizar una debida atención a niños con unos problemas muy específicos y para evitar que una indebida asistencia impida su «recuperación» y eludir así el evocar la afirmación del capellán de *La naranja mecánica*: «Dios prefiere al hombre que elige hacer el mal, antes que al hombre que es obligado a hacer el bien».

II. LA AMBIGÜEDAD POLIÉDRICA DE LOS TÉRMINOS *MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, CON CONDUCTAS DISRUPTIVAS O CON TRASTORNOS DE CONDUCTA.* EXAMEN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA

Como ya se advirtió, la normativa estatal no contempla ninguna otra situación fáctica que habilite la injerencia de la entidad pública que no sea la de *riesgo* (art. 17 LO 1/1996), el *desamparo* (arts. 172.1 CC y 18 LO 1/1996) y las *circunstancias graves* que impiden el cuidado del menor por sus padres o tutores (art. 172.2 CC).

Sin embargo, no faltan las normas autonómicas que añaden a estos supuestos de hecho otros eventos que autorizan la actuación pública; los cuales suelen poner el acento en la *dificultad social* del menor; en *su inadaptación al entorno familiar y educativo*; en sus conductas de *inadaptación* o de *alto riesgo social*. Surge así, aparentemente, una especie de *tertium genus* entre el riesgo, el desamparo y las circunstancias que posibilitan que una entidad pública pueda asumir la guarda de un niño²⁵. No obstante, debe advertirse, de otra parte, que, como se tendrá la oportunidad de analizar más adelante, esa intervención administrativa tiene distinta intensidad en el panorama legislativo de las distintas Comunidades Autónomas.

Tampoco faltan en diversas leyes autonómicas reconocimientos genéricos del derecho del menor *a su inserción social*²⁶, bien marcando

²⁵ Éste parece ser el criterio del legislador navarro. Así, en el art. 34 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia, se afirma expresamente, en su apartado 1, que en el sistema de protección se encuadran los menores que se encuentren en *situación de desprotección o conflicto social*; concretándose, en el apartado 2, que «constituyen situaciones de desprotección las de riesgo y las de desamparo». Por tanto, esta toma de postura legislativa denota clarísimamente que la situación de los menores *en conflicto social* resulta ser distinta de la de los menores desprotegidos y evidencia que la *ratio* de la intervención no radica estrictamente en la necesidad de *amparar* al menor.

²⁶ Vid. arts. 17.2 y 34 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón; art. 23 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los meno-

cuál haya de ser el principio de la actuación administrativa; bien reconociendo el derecho del menor a acceder a los servicios sociales; o bien fijando como claro objetivo de intervención el de proscribir la discriminación de colectivos especialmente desfavorecidos, tales como, menores emigrantes, discapacitados, menores de alguna minoría cultural o de otros menores con *riesgo de exclusión social*.

No obstante, parece ser que, en el sentir de los distintos legisladores autonómicos, existen unos menores en los que evidentemente su misma dificultad entorpece ese derecho.

En efecto, una somera lectura de la legislación autonómica de protección de menores permite apreciar la inexistencia de un término unitario con el que referirse a menores que presentan dificultades de adaptación social, que adoptan conductas antisociales o disruptivas, ni, y esto es lo que entiendo más importante, tampoco se aprecia una noción unívoca acerca de la situación fáctica que habilita la intervención pública, pues, en unos casos, se pone el acento únicamente en su misma conducta²⁷ y, en otros, además, se exige que esa conducta sea peligrosa²⁸. Pero ni siquiera la concepción de peligrosidad resulta uniforme,

res de la CA de Canarias; art. 19 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia de la CA de Castilla y León; art. 20 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor de la CA de Castilla-La Mancha; art. 3.c) de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana; art. 6 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; art. 24 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; arts. 24 a 26 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la CA de Madrid; art. 26 de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CF de Navarra; art. 40 de la Ley 3/2005, de atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CA del País Vasco; art. 19 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de los menores de La Rioja.

²⁷ El legislador valenciano recurre al empleo del término de *menores con conductas inadaptadas* (art. 57 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección y atención integral a la infancia y a la adolescencia) y, apartándose de lo que establecen otros legisladores autonómicos, admite incluir en esa categoría tanto a los menores cuyas conductas alteran de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento generalmente aceptado cuanto a los menores que pueden provocar un *riesgo evidente para sí o para terceras personas*; sin que, por tanto, se exija una relación de causa-efecto entre conducta y riesgo, tal y como exigen otros precedentes autonómicos.

Igualmente, el art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña, admite también el acogimiento residencial en centros específicos para atender a menores con «*alteraciones de conducta que requieren un sistema de educación intensiva*».

²⁸ Éste es el caso del legislador andaluz (vid. art. 40 de la Ley 1/1998, de 28 de abril) y del navarro (art. 34.5 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia).

ya que, en unos casos, viene referida al riesgo de que el menor pueda causarse daños a sí mismo o a terceros; en otros, se atiende al peligro de perjudicar sólo a terceros y, en otros más, se refiere más bien al riesgo de menoscabar la convivencia²⁹. Además, tampoco existe un míni-

²⁹ Así, refiriéndose a la *población adolescente*, el art. 43 de la Ley catalana 37/1991 utilizaba el término de *conductas de alto riesgo social* y se refería a «menores *adolescentes* cuya conducta altera de forma grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas de forma que provocan un riesgo evidente de causarse daños a ellos mismos o perjudicar a terceras personas»; menores para los que, de forma residual, podía precaverse un acogimiento residencial (art. 45).

Esas dos mismas situaciones fácticas de la Ley catalana 37/1991 —la existencia de *conductas particularmente disruptivas* y un *riesgo evidente de daños o de perjuicios graves a sí mismo o a terceros*— posibilitan, para el legislador del País Vasco, la regulación por vía reglamentaria de las características que deben reunir los centros donde pueden ser ingresados estos menores (art. 78 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia); desarrollo reglamentario que ha visto la luz con el D. 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social y en el que se diferencia entre el desarrollo en estos centros de programas especializados de atención a *adolescentes con problemas de conducta* —menores de entre 13 y 18 años con *conductas particularmente disruptivas* que hagan inviable su atención en el marco del programa básico general (arts. 4.2 y 5)— y de atención a *adolescentes con graves problemas de conducta entre 13 y 18 años* —que presenten *conductas reiteradas y gravemente disruptivas o antisociales que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves a sí mismos o a terceros*—.

En la CA de Madrid, y a través de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia, también se presta especial atención, siguiendo el ejemplo catalán de la Ley 37/1991, a los *adolescentes en conflicto social*; conceptuándose como tales a los menores cuya conducta «*altera de manera grave las pautas de la convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, con riesgo, al menos, de causar perjuicios a terceros*» (art. 67). Como puede apreciarse entonces, la gran diferencia con el legislador andaluz y el catalán de 1991 radica en que el madrileño ha puesto el acento en el comportamiento antisocial, pero especialmente en la *peligrosidad del menor para terceros* (y no sólo en la peligrosidad para sí mismo). Asimismo y en contraste con ellos, delimita la edad en que cabe reputar al menor como *adolescente*: los 12 años; y recuerda que cuando se redacta la Ley madrileña regía la LO 4/1992, de 5 de junio, que establecía en esa misma edad la «responsabilidad penal» de los menores.

Idéntica edad —12 años— se marca en el D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores del Principado de Asturias, para definir a los niños que han de ser atendidos en las denominadas *unidades de alojamiento de menores de régimen especial* previstas para prestar especial atención a menores mayores de 12 años y «*que, debido a su conducta reiterada y gravemente disruptiva o antisocial y contraria a normas básicas de convivencia pongan en serio riesgo su desarrollo integral o su salud e imposibiliten la atención adecuada a sus compañeros de alojamiento*». Aquí, como puede apreciarse, se recalca la necesidad de intervenir específicamente ante conductas antisociales y la peligrosidad que justifica la actuación pública lo es para el propio menor o para la convivencia.

En Castilla y León, a la hora de fijar el legislador los criterios generales para el desarrollo de las medidas que pueden acordarse por la entidad pública para «*casos de inadaptación o desajuste social*» —art. 1.e) de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promo-

mo consenso acerca de la edad en la que cabe que la entidad pública pueda intervenir por este supuesto título de atribución, pues mientras que la mayoría de las leyes autonómicas no exigen una edad mínima, otras, en cambio, circunscriben el concepto a «adolescentes»; mientras que otras tienen a bien fijar esa edad en los 12 años (y, en algún caso, entre los 13 y los 18 años).

No obstante, y pese a esa falta de univocidad del concepto, las referencias normativas a aspectos conductuales y a un concepto ambiguo de peligrosidad quizá permitan reconducir la fijación de la noción al ámbito psiquiátrico. Igualmente, resulta posible pensar que las alusiones reflejadas en la regulación autonómica a la inadaptación social acaso impliquen una implícita referencia al contexto de la delincuencia juvenil. A todo ello me referiré a continuación.

III. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL, CON CONDUCTAS ANTISOCIALES O DISRUPTIVAS COMO MENORES CON DEFICIENCIAS PSÍQUICAS O ALTERACIONES PSIQUIÁTRICAS

1. *Los trastornos sociales como trastornos mentales*

En la *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la salud*, 10.^a ed. (CIE-10), elaborada por la OMS³⁰, y sin perjuicio de otros trastornos psíquicos que pueden ya iniciarse en la etapa de la niñez (y, sobre todo, en la adolescencia), se incluyen como *trastornos del comportamiento y de las emociones de comienzo habitual en la infancia y la adolescencia (F90-F98)*, entre

ción, atención y protección a la infancia— se admite la adopción de *limitaciones* respecto de aquellas situaciones, actividades o conductas del menor que puedan ser «*perjudiciales o para él mismo o para otros*» (art. 86.7 de la Ley 14/2002, de 25 de julio). Y al referirse a los acogimientos residenciales admite que en éstos pueden adoptarse dispositivos especiales «*para menores con graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social*» (art. 96.6 de la Ley 14/2002, de 25 de julio), que habrán de adoptar mayor especificidad cuanto los problemas que presenten supongan «*un riesgo evidente de daño o de perjuicios graves a sí mismos o a terceros*» (art. 96.7 de la Ley 14/2002). También se prevén *limitaciones* en el ejercicio de la guarda en el art. 60.5 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CF de Navarra, ante situaciones, actividades o conductas que puedan ser perjudiciales para el mismo menor.

³⁰ Se puede consultar esta clasificación en la página web de la World Health Organisation (ICD, 2007 version) en apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/.

otros, una serie de desórdenes que resultan susceptibles de provocar anomalías en el comportamiento social, tales como los *trastornos hipercinéticos*, los *trastornos sociales*, los *trastornos disociales* y de las *emociones mixtos*, los *trastornos del comportamiento social de comienzo habitual en la infancia* y los *trastornos de tics*³¹. Esta misma referencia a *trastornos sociales* puede también hallarse en el DSM-IV-TR³² dentro de la clasificación de los trastornos de inicio en la infancia, la niñez o la adolescencia, que incluye, entre otros, a los siguientes: *trastornos por déficit de atención y comportamiento perturbador*³³, *trastorno disocial*, *trastorno negativista desafiante* y *trastorno de comportamiento perturbador no especificado*.

En consecuencia, desde el punto de vista estrictamente psiquiátrico, existen enfermedades que, en mayor o menor intensidad, provocan *anomalías del comportamiento social* o *conductas disociales* o *antisociales*. Por eso mismo, el menor debiera ser tratado como enfermo afectado por un trastorno psíquico y psicológico; lo cual únicamente habría de dar lugar a la adopción de las medidas terapéuticas adecuadas específicas y disponibles en la red sanitaria pública, de acuerdo con el art. 20 de la Ley General de Sanidad —Ley 14/1986, de 25 de abril—; los arts. 12.2.h) y 13.2.g) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud³⁴, y con el RD 1030/2006, de 15 de septiembre. Por tanto, habría de ser atendido en los centros o unidades específicas de atención primaria y especializada y, llegado el caso en que fuera necesario su internamiento, por razón de su peligrosidad, en un centro psiquiátrico especial; en cuya hipótesis, se aplicaría el art. 763 LEC.

³¹ F95. Téngase en cuenta que los tics complejos más frecuentes incluyen las *autoagresiones*.

³² El *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* publicado por la *American Psychiatric Association* (www.psych.org), IV, 2000, pretende ofrecer una clasificación de los trastornos mentales, así como de las categorías diagnósticas.

En la página web (www.dsm5.org), y aunque se advierte que el nuevo DSM-V no se publicará hasta el año 2013, ya están disponibles algunos de los trabajos, revisiones y discusiones que darán lugar al DSM-V.

³³ Que comprende el *trastorno por déficit de atención con hiperactividad tipo combinado*; el *trastorno por déficit de atención con hiperactividad tipo con predominio del déficit de atención* y el *trastorno por déficit de atención con hiperactividad tipo con predominio hiperactivo-impulsivo*.

³⁴ Según estos preceptos, la atención primaria y la atención especializada han de comprender la atención a la salud mental.

2. El tratamiento de los trastornos psíquicos en menores de edad

Debe advertirse que esa posible terapia se enfrenta a dificultades de distinta naturaleza. Genéricamente —pero sin concreciones profundas—, los poderes públicos han venido mostrando su preocupación por el tratamiento de la salud mental de los menores, tal y como revela el propio art. 20 LGS e, incluso, el mismo art. 763 LEC, y en particular por el diagnóstico y seguimiento de los *trastornos de conducta*, según prevé el punto 8.4 del Anexo II (Cartera de servicios comunes de atención primaria), así como el punto 7.5, relativo a la salud mental, del Anexo III (Cartera de servicios comunes de atención especializada) del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Igualmente, ese mismo interés también se manifiesta en el «Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009», aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006³⁵, en el que se constata que, según algunas estimaciones, alrededor de un 20% de los menores de 18 años se encuentran afectados por algún problema de salud mental, y a los que «la red pública debe ofrecer respuestas sobre todo en aspectos como la accesibilidad a los servicios y la continuidad de los tratamientos, especialmente para la población adolescente». Al tiempo que, como objetivo, se fija el de «intensificar las actuaciones en los colectivos de infancia y adolescencia estableciendo mecanismos preventivos y de rehabilitación ante *situaciones de conflicto social*».

No obstante, y al margen de la inexistencia de una especialización reconocida en psiquiatría infantil³⁶ en nuestro Estado, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno³⁷ y de que la atención

³⁵ Disponible en formato pdf (www.observatoriodelainfancia.msp.es).

³⁶ En efecto, en el Anexo I del RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en ciencias de la salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, únicamente se incluyen como tales a la «Pediatria y sus Áreas específicas», a la «Psiquiatría» y a la «Psicología clínica».

³⁷ Si atendemos al Anexo V de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, de 30.9.2005, pág. 22), en todos los países de la Unión Europea existe la especialización profesional en psiquiatría infanto-juvenil con una formación mínima de cuatro años, salvo en Estonia, España, Malta, Holanda y Austria. El Ministerio no reconoce el título de especialista a los médicos españoles que se han formado en el extranjero, por lo que muchos de ellos acaban trabajando en el ámbito público y privado de la psiquiatría adulta. Existe incluso una plataforma de familias que reivindica la creación de una especialidad de psiquiatría infanto-juvenil (www.plataformafamilias.org).

sea facilitada en una primera fase fundamentalmente por pediatras³⁸, existe una carencia notable de centros específicos en la red asistencial pública. En efecto, aunque no cabe ninguna duda de que la atención ambulatoria de la salud mental de niños y adolescentes ha mejorado considerablemente en los últimos años, pues la mayoría de las Comunidades Autónomas han establecido dispositivos específicos³⁹, aunque no con criterios de homogeneidad⁴⁰, existe un importante déficit⁴¹ en lo que atañe a la hospitalización de los menores en centros públicos *ad hoc*⁴², a pesar de las previsiones que, en su momento, estableció el art. 20 LGS; la LO 1/1996, de 15 de enero, cuando dio nueva redacción al art. 211 CC y que hoy refleja el art. 763 LEC.

A estas dificultades de tipo organizativo debe añadirse el hecho de que, en todo caso, el tratamiento —primariamente ambulatorio⁴³— a seguir tras el oportuno diagnóstico médico debe realizarse con el consentimiento del propio menor o, en su caso, con el de sus representantes legales y, en última instancia, con la autorización judicial, en virtud, entiendo, del art. 158.4 CC⁴⁴ (vid. también art. 216 CC).

³⁸ De acuerdo con la Orden SCO/3148/2006, de 20 de septiembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Pediatría y sus Áreas específicas, entre los objetivos docentes, en su n.º 17, se marcan contenidos propios de Psicología fundamental y en su n.º 18, de *Psiquiatría de la infancia y de la adolescencia*; incluyéndose una mención expresa a los trastornos que provocan alteraciones en la conducta social incluidos en la clasificación ofrecida por el DSM-IV-TR.

³⁹ Se pueden consultar estos datos a fecha de 2009 en el informe *Atención a la salud mental*, disponible en formato pdf (www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/salud_mental/Salud_Mental_2009.pdf), elaborado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Política Social a partir de la información remitida por las Comunidades Autónomas.

⁴⁰ Así se reconoce en el informe *Observatorio de salud mental de la Asociación Española de Neuropsiquiatría: Análisis de la situación de la atención a la salud mental en las Comunidades Autónomas a diciembre de 2005*, disponible en su página web (www.observatorio-aen.es).

⁴¹ Vid. informe *Observatorio...*

⁴² Según el informe *Atención a la salud mental* (www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/salud_mental/Salud_Mental_2009.pdf), sólo ofrecen unidades de hospitalización infanto-juveniles —casi siempre de carácter breve— las siguientes Comunidades Autónomas: Cataluña, Andalucía, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Madrid. En la página web de la Junta de Castilla y León, www.jcyl.es/sanidad, se destaca —y se presume— que con la unidad de hospitalización psiquiátrica infanto-juvenil del Hospital Clínico Universitario de Valladolid se ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 20 LGS y en el art. 763 LEC.

⁴³ Vid. art. 20 LGS.

⁴⁴ En Aragón, vid. arts. 7, 17 y 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. En Cataluña, vid. arts. 236-3 y 221-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia.

No son pocas las leyes autonómicas de protección de menores que reconocen expresamente el *derecho a la salud* de los menores⁴⁵; incluyendo algunas de ellas un reconocimiento a la protección de su salud mental⁴⁶. Tampoco faltan las leyes autonómicas que regulan la capacidad precisa para prestar el consentimiento informado⁴⁷ (preceptos es-

⁴⁵ Vid., en Andalucía, art. 10.3 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor. En Aragón, vid. arts. 32 a 35 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia. En Cantabria, vid. art. 20 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia. En Castilla y León, vid. art. 20 de la Ley 14/2002, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia. En la Comunidad Valenciana, vid. arts. 36 a 45 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. En Galicia, vid. art. 8.h) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. En Baleares, vid. arts. 30 y 31 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia. En Madrid, vid. arts. 11 y 12 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, normas reguladoras de la infancia y la adolescencia. En Navarra, vid. art. 23 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia. En el País Vasco, vid. arts. 18 a 21 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En Extremadura, vid. art. 9 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia. En La Rioja, vid. art. 15 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores. En Cataluña, vid. arts. 44 a 48 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Específicamente, en Andalucía, vid. art. 6 del D. 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores; y en la Comunidad Valenciana, vid. Ley 8/2008, de 20 de junio, de derechos de salud de niños y adolescentes (desarrollada por la Orden de la Consejería de Sanidad de 29 de julio de 2009).

⁴⁶ Vid., así, art. 41 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la CA Valenciana; art. 20.4 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CA del País Vasco y art. 45 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña.

⁴⁷ En Aragón, vid. arts. 12 a 14 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud. En Baleares, vid. art. 12 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud. En Cantabria, vid. arts. 30 a 32 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria. En Castilla y León, vid. arts. 28 y 29 de la Ley 8/2003, de derechos y deberes de las personas en relación con la salud. En Cataluña, vid. arts. 6 y 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de derechos concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica. En Extremadura, vid. arts. 15 y 16 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. En Galicia, vid. art. 8 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud y arts. 3 a 12 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. En La Rioja, vid. art. 6 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud. En Madrid, vid. art. 27 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria. En Murcia, vid. arts. 41 a 47 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario. En Navarra, vid. arts. 6 a 8 de la LF 11/2002, de 6 de mayo, de los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica. En la Comunidad Valenciana, vid. arts. 8 a 16 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente.

tos cuya constitucionalidad resulta cuando menos dudosa⁴⁸, al regular, en definitiva, el acto de ejercicio de un derecho fundamental y un aspecto de la capacidad de obrar de las personas; lo cual, por tanto, entra de lleno en la órbita de la competencia legislativa civil del Estado *ex art. 149.1.8.ª CE*⁴⁹, sin perjuicio, en su caso, de la competencia de las Comunidades Autónomas en la materia y, no obstante, en todo caso, de los títulos competenciales del art. 149.1.1.ª y 16.ª CE⁵⁰).

⁴⁸ Evidentemente, si se parte de que el consentimiento informado no es sino un acto de ejercicio de derechos fundamentales, cabe pensar, en principio, que su regulación debería haberse realizado mediante Ley Orgánica (art. 81 CE).

Sin embargo, PLAZA PENADES, J. («La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *AJA*, n.º 562, 2002 —BIB 2002\2341—) considera que el objetivo de la Ley 41/2002 era regular el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), por lo que, en su opinión, bastaba una ley ordinaria. Igualmente, vid. PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español»; *Aranzadi Civil*, 2/2003 —BIB 2003\284—, pág. 2.

No obstante, las dudas pueden surgir si se tiene en cuenta que el Convenio de Oviedo declara como propósito el de «garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona» y, al efecto, regula el consentimiento informado. De otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) —DOCE C 83/391, 30 de marzo de 2010— proclama, en su art. 3.2, el respeto a un consentimiento libre e informado dentro del reconocimiento que merece el derecho a la integridad física y psíquica. De ahí que cabría entender entonces incluido el *consentimiento informado* en el ámbito sanitario dentro del art. 15 CE, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Por otra parte, si se parte de que esa regulación es una manifestación del derecho de la persona, y en concreto de la capacidad de obrar, y que también puede afectar a las instituciones de guarda y protección, habría que afirmar la inconstitucionalidad de las leyes de las Comunidades Autónomas que regulan estas cuestiones sin competencia legislativa civil en la materia. Además, dado que la mayoría de estas leyes autonómicas acuden al criterio de territorialidad para delimitar su ámbito de aplicación —criterio diferente al de la vecindad civil—, cabría sostener que ni siquiera esas Comunidades Autónomas con competencia legislativa civil estarían autorizadas para introducir una regla sobre conflicto de leyes, que, conforme al art. 149.1.8.ª CE, es materia reservada al Estado. Sobre el particular, vid. PARRA LUCÁN, M. A., págs. 3-4.

⁴⁹ Téngase en cuenta que la STC de 28 de junio de 2010, al resolver el recurso de inconstitucionalidad n.º 8045-2006 contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha acogido la doctrina formulada por la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993, 88).

No obstante, en Aragón, vid. arts. 17 y 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. En Cataluña, vid. arts. 212-1 y 212-2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia.

⁵⁰ Por eso mismo, la Ley 41/2002 tiene naturaleza *básica*, de acuerdo con su Disp. Adic. 1.ª. Según PARRA LUCÁN, M. A. («La capacidad...», pág. 4), y aun admitiendo que este texto legal se pudiera enmarcar en el ámbito estrictamente sanitario, en el caso de que se reputara que es básico que queden delimitados de forma unitaria para todo el Estado los presupuestos de la capacidad para prestar consentimiento para la asistencia sanitaria, «ni siquiera las Comunidades con competencia sobre Derecho civil estarían legitimadas para dictar normas sobre esta materia que no fueran desarrollo de la legislación estatal».

Cabe considerar que el denominado *consentimiento informado* del paciente constituye un acto de ejercicio de su autonomía personal y, por tanto, de sus derechos básicos, tal y como implícitamente reconoció el Tribunal Supremo, al admitirlo como un «nuevo derecho fundamental», y como hoy reconoce expresamente la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁵¹.

Por tanto, y en principio, atendiendo a los arts. 162 CC y 9.3.c) de la Ley 41/2002⁵², será el propio menor si tiene suficiente capacidad

⁵¹ En ese sentido, vid. PLAZA PENADÉS, J., «La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *AJA*, 23 enero 2003, pág. 2; GALÁN CORTÉS, J. C., *El consentimiento informado del usuario de servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 20; GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento de los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 102.

Vid. art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) —DOCE C 83/391, de 30 de marzo de 2010— y SSTs de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3) y de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197).

⁵² Por eso mismo debe reputarse contrario a la legislación civil lo preceptuado por el art. 10 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de la CA de Andalucía, que regula los derechos y la atención al menor, y por tanto inconstitucional, pues esta CA carece de competencias en este ámbito, ya que exige, en todo caso, el previo consentimiento de los padres o tutores, quienes, además, deben ser siempre informados. A menos que se interprete que, en realidad, lo que quiso el legislador era transcribir el art. 10 LGS y que el consentimiento de los representantes legales —necesario como manifestación de su deber de velar por sus hijos— no excluiría el de los menores cuando éstos tuvieran suficiente juicio. No obstante, esa regulación parece haber sido corregida por vía reglamentaria, tal y como puede verse en el art. 6 del D. 24672005, de 8 de noviembre, de la Junta de Andalucía, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad; lo cual, evidentemente, de admitirse la competencia legislativa exclusiva de esa Comunidad Autónoma, determinaría una clara vulneración del principio de jerarquía normativa. No obstante, también debe advertirse que esta nueva regulación reglamentaria sigue exigiendo, en cualquier caso, el derecho de los representantes legales a ser informados (art. 5).

Idénticas previsiones se contenían en el art. 20.5 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León. Sin embargo, este precepto ha de entenderse derogado por lo establecido en el art. 28.3 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

El mismo reproche merece la regulación del consentimiento informado contenida en los arts. 31 y 32 de la Ley 7/2002, de ordenación sanitaria de Cantabria; la cual, en todo caso, tratándose de menores de edad, exige el consentimiento de los representantes legales, sin perjuicio de tener en cuenta su opinión siempre que así lo admitan sus condiciones de madurez. Como también puede resultar dudosa la regulación contenida en el art. 46 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, pues únicamente parece excluir del consentimiento por sustitución al menor mayor de 16 años. O la que refleja el art. 12.6 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares, pues, aunque la CA tiene competencia legislativa civil, cabe entender que su título competencial no le autoriza a intervenir en un ámbito en el que el legislador estatal ha fijado las condiciones básicas de ejercicio de los de-

natural o juicio y, en todo caso, si tiene más de 16 años —entiendo también que siempre que tenga la capacidad natural para entender y querer la decisión [arg. ex. art. 9.1.a) de la Ley 41/2002]— quien deba prestar su consentimiento⁵³.

Evidentemente, en ese caso, el principal escollo para que se ofrezca un tratamiento adecuado al menor afecto a un trastorno psíquico que no entorpece su capacidad natural para emitir un consentimiento informado radica en la posibilidad de que éste se niegue a recibirlo, pese a que la terapia pudiera redundar en su interés según dictamen médico. Pues bien, en principio, no cabrá imponerlo contra su voluntad⁵⁴. Así parece entenderlo la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, cuando, al regular las medidas a imponer al menor infractor y prever que algunas de ellas pueden consistir o bien en un *internamiento terapéutico* —art. 7.d)— o bien en un *tratamiento ambulatorio* —art. 7.e)—⁵⁵, dispone que si el método terapéu-

rechos (y de los deberes) de los ciudadanos —art. 149.1.1.^a y 16.^a CE—, de acuerdo con la Disp. Adic. 1.^a de la Ley 41/2002.

Las mismas consideraciones se pueden formular respecto al art. 8.2.b) de la LF 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y documentación clínica de la CF de Navarra. Vid. la crítica que a esta regulación formula PARRA LUCÁN, M. A. («La capacidad...», pág. 10); regulación que tampoco refleja el específico reconocimiento de cierta capacidad de obrar a los menores a partir de los 14 años (vid. Ley 50 de la Compilación navarra).

⁵³ Evidentemente, los representantes legales del menor obligados a velar por su interés pueden no estar conformes con la decisión adoptada. En ese caso pudiera pensarse que, en caso de conflicto, debería decidir la autoridad judicial ex art. 158 CC. Ahora bien, si el titular del derecho fundamental es el menor y su válido ejercicio depende de su capacidad natural, cuando ésta exista no podrá ese derecho ser ejercitado o ser suplido su ejercicio por terceros, ya sean los representantes legales, ya sea la autoridad judicial o el facultativo médico.

En Aragón, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, reconoce expresamente la capacidad del menor mayor de 14 años para autorizar intromisiones en sus derechos de la personalidad (vid. art. 21) si cuenta con la aptitud natural para decidir por sí. No obstante, si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica necesitará la *asistencia* prevista en el art. 20. De otra parte, se aclara expresamente que «contra su voluntad sólo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor». En el caso de que el menor no pudiera decidir por sí, sólo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el juez.

Indirectamente, éste es el criterio que cabe deducir del art. 16 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de derechos de salud de niños y adolescentes de la CA Valenciana (desarrollada por la Orden de la Consejería de Sanidad de 29 de julio de 2009), al remitirse a la legislación civil existente en la materia para el caso de conflicto.

⁵⁴ No obstante, PARRA LUCÁN, M. A. («La capacidad...», pág. 6) advierte que podría instarse la correspondiente autorización judicial ex art. 158.4 CC.

⁵⁵ Vid., además, arts. 16.4 y 27.3 del RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000.

tico consiste en un *tratamiento de deshabitación*, la autoridad judicial no lo puede imponer en contra de su voluntad⁵⁶, por lo que, en ese caso, ha de decretar cualquier otra medida que reputé adecuada.

Ahora bien, tratándose de una decisión que puede entrañar un *grave riesgo* según criterio médico⁵⁷, entonces la decisión parece hacerse recaer sobre el facultativo, pues para esa hipótesis el art. 9.3.c) *in fine* de la Ley 41/2002 previene que los padres deben ser informados⁵⁸; en cuyo caso, su opinión será tenida en cuenta para la adopción de la decisión que se estime más conveniente⁵⁹. Evidentemente, la voluntad del menor puede no coincidir con la de sus padres o con la del facultativo. Pero nunca cabrá prescindir de su voluntad. En esa hipótesis, parece que lo más conveniente —para la seguridad jurídica de todos los implicados, incluido para el facultativo— sea instar la correspondiente autorización judicial *ex art.* 158.4 CC (*vid.* art. 216 CC)⁶⁰.

No obstante, debe advertirse que este apartado se enfrenta a una serie de dificultades. En primer lugar, el precepto únicamente se refiere a los padres y no a otros representantes legales. Pues bien, si parte de que aquí los progenitores intervienen en orden a cumplir su deber de

⁵⁶ La explicación que se ofrece por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, es que si bien para un internamiento terapéutico cabe prescindir de la voluntad del menor, puesto que su patología le impedirá prestar un verdadero consentimiento, para el tratamiento de adicciones se requiere, para resultar eficaz, el concurso voluntario del menor en el programa de deshabitación.

⁵⁷ Lo que dependerá a su vez del tipo de trastorno que afecte al menor. *Vid.* las consideraciones que al respecto formula DE LAMA AYMA, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, págs. 344 y ss.

⁵⁸ Esa información puede resultar desaconsejable en el supuesto en que de la confidencialidad del tratamiento dependa el éxito de la terapia; por ejemplo, cuando los problemas aparecen en el ámbito familiar. Sobre el particular, *vid.* DE LAMA AYMA, A., *La protección...*, pág. 345.

Sin embargo, SÁNCHEZ-CARO, J./SÁNCHEZ-CARO, J. (*El consentimiento informado en psiquiatría*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2003, pág. 148) consideran que cuando se pretenda la administración de psicofármacos resulta conveniente obtener tanto el consentimiento del menor como el de sus representantes legales, debido a los efectos físicos adversos que producen y a que pueden provocar una posible alteración de las actividades ordinarias del menor.

⁵⁹ GARCÍA GARNICA, M. C. (*El ejercicio...*, pág. 126) critica esta previsión de la Ley 41/2002 pues, a su entender, parece dejar al criterio del facultativo la decisión a adoptar, sin tener en cuenta la opinión del menor o de sus representantes legales. A su juicio, resultaría más satisfactorio, *de lege ferenda*, exigir el concurso del consentimiento del menor o incapacitado con suficiente juicio y su representante legal o, en su defecto, autorización judicial.

⁶⁰ PARRA LUCÁN, M. A., («La capacidad...», pág. 6), considera que la última palabra acabará teniéndola, en caso de conflicto, el juez.

velar por el interés de sus hijos (art. 154 CC), la misma intervención debe reconocerse, bajo el mismo fundamento, evidentemente, a los tutores (art. 216 CC), pero incluso a los acogedores (art. 173 CC; sin perjuicio, en este caso, de la concurrencia de otras potestades superiores sobre el menor: patria potestad o tutela⁶¹), en cuanto que a ellos el legislador les ha impuesto idéntico deber.

En segundo lugar, la dificultad en este caso vendrá dada además por la concreción, la determinación y la cuantificación del *riesgo* que

⁶¹ Como ya expliqué en otro lugar (*El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 141), en la esfera personal los acogedores ejercen su cometido en los términos que se hubiera fijado en el acto constitutivo del acogimiento, pero, como mínimo, con el contenido previsto en el art. 173 CC, que comprende la educación y la formación integral del menor, su salud, etc. Se produce entonces una situación similar a la que se verifica en la tutela, cuando se desdobra en dos cargos tutelares diferentes el cuidado de la persona y el del patrimonio. En ese contexto, y dada la dificultad de escindir los dos campos de actuación de los tutores, se hace necesaria la actuación conjunta o la decisión judicial que determine cuál debe ser lo más adecuado en atención al interés del tutelado. Por tanto, cabe defender entonces que, en su propio y estricto ámbito, los acogedores pueden actuar adoptando las decisiones que reputen más adecuadas. Para el caso de que haya que tomar un acuerdo cuya legitimación no esté clara, se puede aplicar la solución antes expuesta para la tutela. Y si la tutora del menor (la entidad pública) estima perjudicial una concreta decisión acordada por los acogedores, podrá adoptar o instar las medidas que estime adecuadas (entre ellas, el cese del propio acogimiento), además de impugnarla judicialmente precisamente con fundamento en el perjuicio del propio menor (vid. arts. 216.2 y 158 CC). Idéntico criterio debe seguirse para el caso de que aquéllos no sigan las instrucciones formuladas por la entidad. En definitiva, la actividad de los acogedores puede desarrollarse de forma autónoma, pero dado que su potestad es restringida y es sirviendo de otras superiores queda sujeta a un eventual control *ex post*, sin perjuicio además de su eventual responsabilidad. De ese ejercicio queda excluida la representación del menor en el ámbito en el que, precisamente, son competentes los propios acogedores. En tal supuesto deben intervenir los representantes legales (la entidad pública, si es tutora del menor, o los padres o tutores ordinarios, si existe tan sólo una guarda asistencial). Si en esta concreta esfera o en la patrimonial esos acogedores llegaran a «representar» al acogido, el acto así realizado debería estimarse nulo (art. 1259 CC). Semejante consecuencia puede parecer desorbitada teniendo en cuenta la necesidad de amparar al menor, por lo que podría admitirse que el acto así realizado es meramente anulable. Pero cabe pensar que no necesariamente le ha de perjudicar, sino que incluso puede resultarle ventajoso. Teniendo en cuenta esta posibilidad cabe defender la aplicación analógica del art. 306 CC, relativo al guardador de hecho, y entender que no será impugnabile si hubiera comportado utilidad para el acogido (cfr. art. 1893 CC). Sin embargo, hay también que reconocer que cuando se trate de actos ligados estrictamente a la guarda del menor, principalmente cuando se trate de actos usuales o cotidianos que hayan de realizarse en atención a su cuidado, puede parecer excesiva la tesis expuesta, sobre todo desde el punto de vista de los terceros de buena fe, que no tienen por qué conocer las vicisitudes jurídicas ni la mayor o menor extensión de la potestad de los acogedores. Y tal vez aquí, salvando las distancias, pueda acudirse al art. 156.3 CC y entender respecto a ellos que aquéllos estaban legitimados para actuar en relación con actos en los que usual u ordinariamente se manifiesta el ejercicio de la guarda de los menores.

legítima la intervención de las personas obligadas a proveer el interés del menor, pues el precepto no lo relaciona, por lo que por este motivo bien podrá referirse al propio menor (vgr., riesgo de autolesiones, suicidio, efectos secundarios graves asociados al consumo de la medicación recetada, etc.) o a terceros (*peligrosidad*).

Si el menor carece de esa capacidad natural —y puede ser que, tratándose de menores afectos a un trastorno psíquico, no dispongan de ella, aunque tengan ya 16 años, si bien ello no siempre será necesariamente así⁶²—, el acto médico será autorizado por sus representantes legales, quienes, a mi entender, intervendrían no para sustituir la voluntad del menor⁶³, no obstante la deficiente concepción legal⁶⁴, sino como obligados a proveer el interés del menor⁶⁵. Por esta razón, estos representantes legales únicamente estarían legitimados para autorizar actos o tratamientos médicos que redunden en su beneficio. Por este motivo, si adoptaran una decisión, como la de negar la terapia siendo ésta necesaria, o no realizaran ninguna actividad encaminada a procurar la sanidad del menor⁶⁶, cabrá entonces instar la autorización judi-

⁶² Sobre este extremo, vid. SÁNCHEZ-CARO, J./SÁNCHEZ-CARO, J., *El consentimiento informado...*, págs. 143 y ss.

⁶³ Vid. GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio...*, pág. 103. Vid. también STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154). Igualmente, vid. SSTC 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215) y 206/2007, de 24 de septiembre (RTC 2007, 206).

⁶⁴ El art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, utiliza la expresión «*consentimiento por representación*». Igualmente, vid. art. 31 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria; art. 28.3 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León; art. 25 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la CA de Extremadura; art. 6 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud de La Rioja. En cambio, otras leyes autonómicas aluden a un *consentimiento por sustitución*. Vid., así, art. 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica de la CA de Cataluña; art. 46.4 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; art. 14.2 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón; art. 6 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la CA de Galicia; art. 8 de la LF 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y documentación clínica de la CF de Navarra.

Vid. la crítica que al respecto realiza PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente...», pág. 5. Por eso mismo, quizá técnicamente resulte mucho más adecuado el texto del art. 6.2 del Convenio de Oviedo (Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4 de abril de 1997), que simplemente utiliza el término *autorización* para referirse a la intervención de los representantes legales del menor.

⁶⁵ GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio...*, pág. 136.

⁶⁶ Vid. art. 17 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de derechos de salud de niños y adolescentes de la CA Valenciana.

cial *ex art.* 158 CC⁶⁷, incluso por los mismos facultativos que atienden al niño⁶⁸. Esta actuación no es óbice para que, en su caso, quepa apreciar una posible situación de riesgo o de desamparo, en la medida en que los obligados a proveer su cuidado han privado al menor de la necesaria atención, ni tampoco para que la autoridad judicial pueda decretar como medida en su interés un cambio de la potestad de guarda (art. 158 CC). De otra parte, en ese proceso de toma de decisiones se debe tener en cuenta la opinión del menor si tiene suficiente juicio y, en todo caso, a partir de los 12 años (art. 9 de la LO 1/1996). Pero el consentimiento parece que podría otorgarse válidamente contra su opinión, de acuerdo con la literalidad del art. 9.3.c) de la Ley 41/2002; sin perjuicio de que éste pueda recabar la intervención judicial por aplicación del art. 158 CC si no está de acuerdo con la decisión.

Ahora bien, como requisito añadido a lo preceptuado en el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002, cabría pensar en que puede resultar preciso exigir siempre la previa autorización judicial aplicando analógicamente el art. 271.1 CC⁶⁹, pues, al fin y a la postre, la *ratio* para exigir la autorización judicial para internar a un menor en un centro de salud mental o de educación especial y para requerirla cuando se somete a un menor a un tratamiento ambulatorio que puede comprometer su salud y su integridad física y psíquica es la misma: fiscalizar el ejercicio de una potestad cuando pueden resultar comprometidos los derechos fundamentales del sujeto a la misma⁷⁰.

⁶⁷ Recuérdese que el TEDH, en la S. de 9 de marzo de 2004 (TEDH 2004, 22) —asunto *Glass. contra Reino Unido*—, consideró, en atención a las circunstancias del caso, que la decisión de las autoridades sanitarias de hacer caso omiso a la oposición de la madre de un menor a un tratamiento médico, en ausencia de autorización judicial, vulneraba el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸ Así parecen darlo a entender el art. 46.4 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; el art. 6.1.d) de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la CA de Galicia, y el art. 25.3 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la CA de Extremadura.

Por su parte, el art. 18.3.b) de la Ley 3/2005, de atención y protección de la infancia y la adolescencia de la CA del País Vasco, exige, a falta de consentimiento de padres, tutores o guardadores legales de los menores cuando éste resulte preciso, autorización judicial, previa prescripción facultativa.

⁶⁹ En Cataluña, vid. art. 222-37.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia

⁷⁰ Precisamente para el incapacitado (no para el menor), el art. 219.1.b) del Código de Familia de Cataluña exigía la previa autorización judicial para «aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica» Actualmente, vid. arts. 212-2 y 212-4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

No obstante, puede también pensarse que, precisamente, puesto que se puede partir de que los representantes legales actuarán acatando su deber de velar por sus representados y en su interés, su decisión será la razonable. De otra parte, la propia necesidad de agilizar la toma de decisiones en el ámbito de la asistencia sanitaria y la confianza en la actuación de esos representantes pueden aconsejar⁷¹ prescindir de esa autorización judicial previa. En cualquier caso, entiendo que siempre cabría recurrir al art. 158.4 CC para posibilitar el control judicial de la decisión. Y todo ello sin perjuicio de que el menor deba ser informado del tratamiento⁷² de forma adecuada y suficiente a sus propias circunstancias personales.

El tratamiento *ambulatorio* debe tener carácter prioritario, tal y como establece el art. 4.a) de la *Carta Europea sobre los derechos de los niños hospitalizados*⁷³, por lo que su hospitalización o su internamiento en centros adecuados por razón de su trastorno psíquico sólo podrá acordarse «en el caso de que no pueda recibir los cuidados necesarios en su casa o en un ambulatorio». Ahora bien, en la hipótesis en que éste se presentara como necesario, no cabrá otro recurso que

⁷¹ PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad...», pág. 7.

⁷² Vid., así, en la CA del País Vasco, art. 18.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En Andalucía, vid. art. 10 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor. En Aragón, vid. art. 32.2.e) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia. En Castilla y León, vid. art. 20 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. En Castilla-La Mancha, vid. art. 16.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras de protección del menor. En la Comunidad Valenciana, vid. art. 13 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de derechos de salud de niños y adolescentes y arts. 36.2.c) y 43 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. En Baleares, vid. art. 30.5 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia. En Navarra, vid. art. 23.2 de la LF 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. En La Rioja, vid. art. 15.3 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

⁷³ Carta Europea sobre los derechos de los niños hospitalizados (Resolución del Parlamento Europeo Doc. A 2-25/86, *DOCE* de 13 de mayo de 1986). Igualmente, vid. art. 20 LGS. Idéntica previsión puede encontrarse en nuestras leyes autonómicas. Vid., así, art. 12 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, de la Junta de Andalucía, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir asistencia sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de las Personas Menores de Edad; art. 33 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; art. 11 de la Ley 8/2008, de 20 de junio, de derechos de salud de niños y adolescentes de la CA Valenciana; art. 36.2.d) de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la CA Valenciana; art. 20 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CA del País Vasco; art. 46 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña.

acudir a lo dispuesto en el art. 763 LEC cuando el menor no pudiera consentirlo; precepto aplicable, tal y como expresamente prevé, al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico de las personas, aunque estén sujetas a patria potestad y, por supuesto, de quienes estén sujetas a tutela (art. 271.1 CC).

Pudiera pensarse, de otra parte, que estos menores que presentan dificultades sociales no precisan de una intervención médica, sino que tan sólo exigen una terapia educativa, por lo que el procedimiento marcado por la Ley 41/2002 o por el art. 763 LEC no resultaría de preciso cumplimiento. No obstante, conviene tener presente que, por una parte, una psicoterapia sí puede afectar a la integridad psíquica del individuo⁷⁴ y, por tanto, a su salud; fundamentalmente, cuando la terapia va acompañada, porque así lo exige el trastorno en cuestión, de la administración de psicofármacos (en cuyo caso puede resultar comprometida también su integridad física⁷⁵). Y, de otra, el Código Civil —art. 271.1 CC—, pero también el art. 222-37 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, o el art. 33 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, vienen a equiparar los centros psiquiátricos a otros centros *de educación especial*, exigiendo la previa autorización judicial para que el tutor pueda ingresar en ellos al pupilo. Luego, para el legislador no es lo mismo el ingreso de una persona, de un menor, en un internado «normal» que en otro «especial»; pensando, sin duda, en que la *especialidad* ha de venir marcada por una cierta peculiaridad en el proyecto educativo del centro de que se trate, y, por supuesto, resulta del todo *especial* una específica *terapia educativa* que pretenda *corregir la conducta social* del menor.

3. *La intervención subsidiaria de la entidad pública de protección en la atención psíquica o psicológica a menores con trastornos de conducta social*

Hasta aquí, como se ha visto, no resulta precisa la intervención de la entidad pública de protección, salvo que fuera ella quien ostentara

⁷⁴ SÁNCHEZ-CARO, J./SÁNCHEZ-CARO, J., *El consentimiento informado...*, págs. 230 y 234. En igual sentido, acogiendo su opinión, vid. DE LAMA AYMÁ, A., *La protección...*, pág. 345.

⁷⁵ Además de sus efectos secundarios, no conviene obviar, de otra parte, que dichos fármacos son frecuentemente utilizados en numerosos intentos de suicidio. Vid. SÁNCHEZ-CARO, J./SÁNCHEZ-CARO, J., *El consentimiento...*, págs. 225 y ss.

la tutela o la guarda del menor. Sin embargo, no cabe descartar que, con ocasión del necesario tratamiento del niño por razón de su trastorno, se detecte una situación de riesgo o de desamparo. Tampoco resulta posible obviar que las personas obligadas a procurar su cuidado pueden llegar a solicitar el auxilio de la Administración (art. 154 *in fine* CC) incluso para que el ente público asuma su guarda. Y esta última posibilidad será más factible cuanto menores sean los recursos económicos de las familias, pues el déficit de centros públicos puede conducirles al ámbito de los servicios sociales con el fin de que el menor sea correctamente atendido.

De este modo, tal y como observan en sus informes tanto el Defensor del Pueblo⁷⁶ como Amnistía Internacional⁷⁷, algunas entidades públicas sólo atienden a este tipo de menores con trastornos *sociales* cuando están sometidos a su guarda. Tal y como se relata, los progenitores, impotentes ante el trastorno de sus hijos, acuden a la entidad pública de protección; la cual les exige asumir la guarda para que el niño sea tratado. Incluso la Administración, en tal caso, puede llegar a declarar su desamparo. Esa actuación provoca, de una parte, que esos progenitores pierdan de hecho todo control sobre la terapia que se aplicará a sus hijos (aunque entiendo que sin perjuicio de la posibilidad de que éstos luego puedan acudir al art. 158.4 CC para que judicialmente se revise toda intervención administrativa si las decisiones terapéuticas no son las adecuadas, pues mantienen su deber de velar por ellos, aunque la patria potestad esté suspendida —arg. *ex art.* 110 CC—) y, por otra, se origina o se puede originar un indebido alejamiento del menor de su familia, privándole de su derecho a crecer en el seno familiar.

Conviene tener presente que la «preferencia por la familia propia del menor debe presidir la actuación de los poderes públicos» (art. 11.2 de la LO 1/1996); principio que, por otra parte, es sancionado igualmente en nuestras leyes autonómicas de protección de menores⁷⁸.

⁷⁶ Vid. *Informe...*, págs. 66-67.

⁷⁷ Vid. *Informe...*, págs. 41 y 44-49.

⁷⁸ Vid., así, arts. 3.b) y 14 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de la CA de Extremadura, de protección y atención de los menores; arts. 6.2 a), f) y g) y 18, 24, 25, 26, 27 y 28 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de la CA del Principado de Asturias, de protección del menor; arts. 4, 12 y 18 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la CA de la Región de Murcia, de la infancia; arts. 3 y 48 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la CA de Madrid, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia; arts. 4.2 y 16.1 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de la CA de Canarias, de la atención integral de los menores; arts. 3.3 y 4 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la CA de Galicia, de la infancia y la adolescencia; arts. 3.3, 20 y 27 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de la CA de An-

A través de este reconocimiento legislativo se consagra en los ordenamientos internos lo que en el ámbito internacional se encuentra ya reflejado explícitamente en la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (cuyo Instrumento de ratificación fue publicado en el *BOE* el 30 de noviembre de 1990)⁷⁹, así como en las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de niños*, aprobadas por la Resolución 64/142 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 2009⁸⁰.

Ese derecho del menor a crecer y ser educado por su propia familia, al que se le califica como derecho subjetivo perfecto ejercitable *erga omnes* o como derecho fundamental⁸¹ subordinado a su interés, permite afirmar la ilegitimidad de cualquier procedimiento judicial o administrativo dirigido a privarle de su propia familia fuera de los casos previstos por la ley. Pero también admite reconocer que el derecho de los padres de tener consigo al menor —cualificable como derecho de la personalidad (art. 13 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950)⁸²— se halla igualmente afecto al mismo límite.

De este modo, este eventual derecho de los padres se configura como un principio general que informa toda normativa protectora; el cual sólo debe ceder en atención a un principio superior, como es el interés del propio menor, pero sólo en la medida en que con ello se asegure su bienestar. En este orden de cosas, sólo cabrá acordar el alejamiento del niño de su núcleo familiar en los supuestos excepcionales en que su permanencia en él le sea perjudicial.

dalucía, de los derechos y la atención al menor; arts. 4.1.e), 8 y 26 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de la CA de Cantabria; art. 3.3.d) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la CA de Aragón, de la infancia y la adolescencia; arts. 43, 44.b), 45.h) y 76 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de la CA de Castilla y León, de promoción, atención y protección de la infancia; arts. 57.f), 58.f) y g) y 76.1.a) de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; arts. 5.a) y b), 32, 36, 56 y 75.1.b) y c) de la Ley 1/2006 de la CA de La Rioja, de protección de menores; arts. 31, 32, 38.b), c) y d), 39.f), 57 y 69.c) de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de la CF de Navarra, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia; arts. 46.3, 47 y 48.b), c), e) y f) de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de la CA del País Vasco, de atención y protección a la infancia y la adolescencia; arts. 37, 38 y 84 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de la CA de Cataluña, de normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

⁷⁹ Vid. art. 9.1.

⁸⁰ Vid. especialmente las directrices n.ºs 3 a 9.

⁸¹ Vid. BIANCA, C. M., en *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, coords. C. M. Bianca/L. Rossi Carleo, *Le nuove leggi civili comentate*, IV, V, 2002, pág. 910.

⁸² Vid. BIANCA, C. M., en *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, pág. 909.

Éste es el criterio que igualmente cabe deducir de la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸³ que ha realizado el Tribunal de Estrasburgo⁸⁴. Se ha venido considerando que la intervención del poder público en el ejercicio de la patria potestad (vgr., mediante la privación a los padres de la guarda de sus hijos) supone una injerencia en la vida familiar que puede determinar una infracción de ese art. 8, salvo si, prevista por la ley, persigue uno o varios fines legítimos y es necesaria en una sociedad democrática. Pues bien, para apreciar la «necesidad» de una medida de alejamiento del menor de sus padres se ha de examinar, a la vista del conjunto de las circunstancias, si los motivos invocados para justificarlas son pertinentes, suficientes y proporcionados para autorizar la referida intromisión, teniendo en cuenta la obligación que tiene el Estado de permitir el mantenimiento del vínculo entre los padres y sus hijos. De ahí que haya apreciado la vulneración de ese art. 8 cuando las autoridades nacionales han retirado indebidamente a un menor de su hogar familiar⁸⁵; en el supuesto de que se haya alejado a un niño de su ámbito doméstico habiendo bastado para solucionar su situación la adopción de medidas de apoyo a la familia⁸⁶ o en la hipótesis de que, considerándose adecuado ese alejamiento, se hubiesen restringido injustificadamente las relaciones del menor con su familia impidiendo una futura reagrupación familiar⁸⁷.

⁸³ Vid. art. 8.

⁸⁴ Para un exhaustivo estudio acerca de la jurisprudencia del TEDH al respecto, vid. SALANOVA VILLANUEVA, M., «Tutela y protección de menores en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Aranzadi Civil*, n.º 4, mayo 2003. Más recientemente, vid. FERRER I RIBA, J., «Principles and prospects for a European System of Child Protection», *Indret*, abril 2010, págs. 1-31.

⁸⁵ Vid., por ejemplo, la doctrina de las SSTEDH de 10 de mayo de 2001 (TEDH 2001/331) — asunto *T.P. y K.M. contra Reino Unido*—; 10 de octubre de 2002 (TEDH 2002, 54) — asunto *D.P. y J.C. contra el Reino Unido*—; 17 de diciembre de 2002 (TEDH 2002, 75) — asunto *Venema y Venema-Huizing contra Países Bajos*—; 14 de enero de 2003 (JUR 2003, 50027) — asunto *K.A. contra Finlandia*—; 18 de febrero de 2003 (JUR 2003, 244793) — asunto *Schaal contra Luxemburgo*—; 9 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 223) — asunto *Covezzi y Morselli contra Italia*—; 21 de septiembre de 2006 (TEDH 2006, 50) — asunto *Moser contra Austria*—; 26 de octubre de 2006 (JUR 2007, 252587) — asunto *Wallová y Walla contra República Checa*—; 21 de junio de 2007 (TEDH 2007, 42) — asunto *H. y otros contra República Checa*—; 25 de septiembre de 2008 (TEDH 2008, 65) — asunto *K.T. contra Noruega*—; 30 de septiembre de 2008 (TEDH 2008, 69) — asunto *R.K. y A.K. contra Reino Unido*—; 24 de febrero de 2009 (TEDH 2009, 26) — asunto *Errico contra Italia*—; 26 de noviembre de 2009 (TEDH 2009, 126) — asunto *Vautier contra Francia*—; 16 de marzo de 2010 (TEDH 2010, 50) — asunto *A.D. y O.D. contra Reino Unido*—.

⁸⁶ Vid., así, STEDH de 26 de febrero de 2002 — asunto *Kutner contra Alemania*— (JUR 2002, 90046).

⁸⁷ Vid., así, STEDH de 12 de julio de 2001 (TEDH 2001, 467) — asunto *K. y T. contra Finlandia*—.

En esa línea, se ha defendido que ese derecho del menor de crecer en el ámbito de la propia familia sin sufrir injerencias de otros ha de ser configurado como un derecho fundamental de respeto a la personalidad. Este derecho se configura ulteriormente como un derecho fundamental de solidaridad que reclama la cooperación de otros. Precisamente, se trataría de un derecho a reclamar que el Estado intervenga para remover las dificultades personales y económicas que impiden su efectividad⁸⁸. En consecuencia, también este derecho exige el respeto, pero también requiere la ayuda del poder público. Con este argumento, se postula⁸⁹ que la inercia de la Administración que omite culposamente ayudar o auxiliar a la familia puede resultar determinante para que se impute su responsabilidad, que puede ser hecha valer en sede judicial a través de la responsabilidad civil extracontractual, cuando esa falta de ayuda determina el alejamiento de los niños de su hogar familiar⁹⁰.

En consecuencia, entiendo que el mero trastorno *social* entendido como trastorno psíquico de un menor no podrá erigirse por sí solo en causa de la intervención pública propiciando la separación del niño de su núcleo familiar. Por eso mismo, puede llamar la atención que algunas leyes autonómicas de protección, al referirse a estos menores con conductas disruptivas, lo hagan bajo el criterio de que éstos se encuentran bajo su guarda. Si bien, como se examinará más adelante, éste no es tampoco un criterio uniforme en el panorama legislativo de las Comunidades Autónomas.

IV. MENORES EN CONFLICTO SOCIAL O CON TRASTORNOS SOCIALES Y MENORES INFRACTORES. PROTECCIÓN VS REFORMA

1. *La diferenciación entre menores con trastornos psíquicos y psicológicos y menores en conflicto social en algunas leyes autonómicas. El confuso panorama legislativo*

Tal y como se ha visto, la imprecisión en la definición de los perfiles que delimitan el concepto de *menores en conflicto social* permiti-

⁸⁸ Vid. BIANCA, C. M., en *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, pág. 910.

⁸⁹ Vid. BIANCA, C. M., en *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, pág. 912.

⁹⁰ Vid. STEDH de 10 de mayo de 2001 —asunto *T.P. y K.M. contra Reino Unido*— (TEDH 2001/331).

ría entender incluidos en esa situación a aquellos que sufren algún tipo de trastorno psíquico que provoca una anomalía en su comportamiento *social*.

Esta conclusión puede alcanzarse de la lectura de algunas normas autonómicas, pues dentro del confuso panorama legislativo autonómico no faltan, ciertamente, las Comunidades Autónomas, como es el caso de la CA de Canarias o de la de Murcia, que prescinden de ofrecer cualquier mención a estos menores *en conflicto social o con comportamientos antisociales*, aunque sí estimen que merecen una atención explícita —con el fin de arbitrar la existencia de centros específicos de protección donde desarrollar un acogimiento residencial— los *menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas*⁹¹, así como los *menores toxicómanos*⁹².

Sin embargo, también conviene tener presente que otras leyes autonómicas omiten realizar cualquier referencia a cualquiera de estos menores⁹³. Asimismo, existen otras que, aun conteniendo una regulación expresa de los menores con conductas disruptivas o en conflicto social, no ofrecen una normativa específica respecto a la protección que merecen los menores con trastornos psíquicos⁹⁴.

De otra parte, algunas leyes autonómicas, desconociendo en principio la inclusión de algunos desórdenes psicosociales en el ámbito de la psiquiatría y de la salud mental, diferencian —de manera más o menos clara— la protección que ha de brindarse en sede de acogimiento residencial a *menores con trastornos psíquicos* y a *menores toxicómanos*, respecto al modo en que ha de ampararse a los *menores en conflicto social o con conductas disruptivas*⁹⁵.

⁹¹ Vid. art. 71 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la CA de Canarias. Igualmente, vid. art. 29.5 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la CA de Murcia.

⁹² Vid. art. 72 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la CA de Canarias.

⁹³ Éste es el caso de la CA de Cantabria (vid. Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia), el de Extremadura (vid. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de normas reguladoras de la protección de menores) o el de Murcia (vid. Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia).

⁹⁴ Así sucede en Navarra, en el País Vasco y en Asturias. Vid. LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia y Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco. En la CA de Asturias, el D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores, sí regula el acogimiento residencial especial para menores con conductas disruptivas (art. 9).

⁹⁵ Vid., en Aragón, arts. 60 y 78 de la Ley 1/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia y art. 69 del D. 190/2008, de 7 de octubre, que aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo. En Castilla y

No obstante, también conviene advertir que en algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía⁹⁶ o Baleares⁹⁷, el mismo carácter difuso del concepto de menores en conflicto social o con problemas de conducta no permite excluirlos de la categoría de menores afectos a un trastorno psíquico, pero, y esto es lo más relevante, implícita —como en el caso de Andalucía— o explícitamente —como en Baleares— se admite que, de seguirse un acogimiento residencial, un mismo centro puede acoger a menores con características muy diversas.

De este modo, y como advierte el Defensor del Pueblo en su informe, esta dispersión provoca consecuencias indeseables, pues la realidad es que niños con graves trastornos no cuentan con un diagnóstico

León, vid. arts. 1.e), 37, 38, 96.5 y 96.6 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; arts. 40 y 60 del D. 131/2003, de 13 de noviembre, que regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarlos a cabo y art. 6 del D. 37/2004, de 1 de abril, que regula los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección. En la CA Valenciana, vid. arts. 30, 41, 51 a 57, 59 y 111 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral a la infancia y la adolescencia y art. 10.8 de la Orden de 17 de enero de 2008, de la Consejería de Bienestar Social, que regula la organización y funcionamiento de los centros de protección y el acogimiento residencial y de estancia de día a menores. En la CA de La Rioja, vid. art. 91.1 y 2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

⁹⁶ En efecto, la Ley 1/1998, de 28 de abril, de la CA de Andalucía presta especial atención a la regulación del acogimiento residencial de menores *con deficiencias físicas o psíquicas o alteraciones psiquiátricas* (art. 38), así como del correspondiente a *menores toxicómanos* (art. 39). En cambio, para los *menores en conflicto social* (art. 40) sólo se prevé un *tratamiento educativo individualizado y, con carácter preferente, en su entorno sociocomunitario*. No obstante, el art. 4 de la Orden de 23 de octubre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, permite que cada centro de acogimiento residencial pueda delimitar cuál ha de ser su *programa de actuación a la diversidad*, comprendiendo en esa *diversidad* a menores con *graves problemas de conducta, discapacidades u otros*; lo que, evidentemente, autoriza a que en un mismo centro se desarrollen diversos programas permitiendo la atención de menores con diferentes características sin que quede garantizada la debida separación entre niños de perfiles harto heterogéneos, tal y como cabe colegir de lo dispuesto en el Anexo 4.d) de la Orden de 9 de noviembre de 2005 de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

⁹⁷ La Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de la CA de las Islas Baleares, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia, a la hora de regular la tipología de los centros de acogimiento residencial, califica como *centros residenciales de acción educativa especial* [art. 91.2.g)] aquellos centros previstos para atender a *«menores con discapacidad, con problemas de salud mental o problemas graves de conducta que precisen de una atención residencial por motivo de guarda o tutela»*. No obstante, la misma Ley contiene previsiones específicas para la prevención de *conductas de conflicto social* (arts. 105 a 107) incluidas sistemáticamente, de forma harto curiosa, en el Capítulo II del Título V, cuya rúbrica es la siguiente: *«Actuaciones en Materia de Personas Menores de Edad Infractoras»*.

apropiado ni, por tanto, reciben el tratamiento psicoterapéutico que requieren. Asimismo, otra consecuencia indirecta de lo que se reputa como una deficiente gestión es que hay menores que están siendo atendidos con recursos que no son los más adecuados para ellos⁹⁸.

No obstante, tal y como resulta en la mayoría de las leyes de protección autonómica, parece colegirse que en la mente de los respectivos legisladores late la idea de que el tratamiento de estos menores en conflicto social debe diferenciarse del que ha de prestarse a niños afectados por trastornos psíquicos o alteraciones psiquiátricas, pese a que, como se ha advertido, algunos trastornos sociales son reputados como trastornos mentales. Siendo esto así, cabría preguntarse entonces qué menores podrían ser incluidos dentro de la primera categoría.

2. *La parcial confusión entre menores en conflicto social o con comportamientos antisociales y menores infractores en algunas leyes autonómicas de protección*

La referencia incluida en la Ley balear⁹⁹ (así como en aquellas otras leyes autonómicas que delimitan y diferencian la protección entre menores inadaptados socialmente y menores con trastornos psíquicos) permite quizá intuir que la pretensión legislativa no explicitada ha sido atender a niños o adolescentes con *riesgo de delinquir o que han delinquido*; lo cual, evidentemente, determina una relativa equiparación entre los menores infractores sujetos al ámbito de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, y los que son objeto del presente estudio.

Tal y como se verá, la concepción del *conflicto social* como concepto unido al de delincuencia no es ajena a algunas leyes autonómicas de protección de menores. El problema que se plantea deriva de la inexistencia de una definición uniforme que permita perfilar exactamente qué menores deben ser incluidos dentro de esta categoría. En consecuencia, existe el riesgo de incluir en el tratamiento *resocializador* del menor infractor delincuente al *predelincente* o al sujeto considerado *peligroso* porque no se adapta a las pautas de la convivencia; sin que se determine exactamente quién puede dictaminar su condición de tal y en función de qué procedimiento y con qué valoración, por

⁹⁸ Informe..., pág. 19.

⁹⁹ Vid. arts. 105 a 107 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, de la CA de las Islas Baleares, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia.

cuanto que parece que se deja al libre arbitrio de la entidad pública su cualificación de tal.

De otra parte, esa misma idea de *prevención de la peligrosidad delictual* —si ésta se entiende como general— parece chocar frontalmente con los principios del sistema de protección del menor. Asimismo, resulta posible pensar que si al menor no infractor se le pudiera someter a las mismas *medidas de corrección* que al infractor, se estaría autorizando la aplicación de lo que quizá puedan reputarse auténticas *medidas de seguridad* decretadas en virtud de una simple resolución administrativa (vid. art. 25.3 CE) sin observancia del principio de legalidad y con contravención del derecho a la presunción de inocencia¹⁰⁰, pues, en definitiva y aunque no quepa reputarlas estrictamente como sanciones, esas medidas, en cuanto pueden provocar una privación o una restricción coactiva de bienes jurídicos, como puede ser la libertad personal, y que se adoptan bajo el fundamento de la *peligrosidad criminal o precriminal*, no pueden quedar al margen del respeto al principio de legalidad y a los demás principios con él conectados¹⁰¹.

En efecto, esta intención¹⁰² —*prevención de la delincuencia*—

¹⁰⁰ Recuérdesse que el Tribunal Constitucional, en relación con las medidas de seguridad previstas en la Ley de 1970 (Ley de peligrosidad social), y por tratarse de medidas predelictuales que pretendían actuar frente a una peligrosidad social más que criminal, había estimado que las mismas, en cuanto restrictivas de la libertad personal, sólo podrían imponerse en los casos y en las formas definidos por la ley (SSTC 16/1981, de 18 de mayo —RTC 1981, 16—; 159/1985, de 27 de noviembre —RTC 1985, 159—; 21/1987, de 19 de febrero —RTC 1987, 21—). De este modo se vino afirmando, conforme al art. 25.1 CE, que no cabían «medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal» (SSTC 23/1986, de 14 de febrero —RTC 1986, 23—; 21/1987, de 19 de febrero —RTC 1987, 21—; 131/1987, de 20 de julio —RTC 1987, 131—). Igualmente, vid. STC 107/1989, de 8 de junio (RTC 1989, 107).

Por su parte, la STC 24/1993, de 21 de enero (RTC 1993, 24), respecto a las medidas de seguridad entonces previstas en el art. 8.1 CP vigente en ese momento para los enajenados, entendió que éstas no vulneraban el art. 24.2 CE, pues, en suma, «probada con todas las garantías procesales la enajenación, la peligrosidad social en un primer momento se deduce del hecho de haber realizado una acción calificada como delictiva». Asimismo, consideró que no podían reputarse como sanciones, al suponer únicamente reacciones contra la peligrosidad manifestada por la comisión de un hecho delictivo. Vid. también ATC 83/1994, de 14 de marzo; SSTC 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104), y 24/1993, de 21 de enero (RTC 1993, 24).

Actualmente, de acuerdo con los arts. 6 y 95 y ss. CP, la realización de la conducta típica actúa como evidencia de la peligrosidad criminal que justifica la adopción de medidas de seguridad, pero su fin primordial ha de ser la prevención especial.

¹⁰¹ En ese sentido, vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Peligrosidad criminal y Constitución», *Indret*, 3/2008, pág. 20.

¹⁰² Aunque no de una forma expresa, ésta es igualmente la *ratio* de la regulación del conflicto social en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la CA de Madrid, pues al definir, en su art. 67, a los *adolescentes en conflicto social* se pone el acento en la edad —menores-mayores

subyace en la regulación de La Rioja. Así, en esta Comunidad Autónoma los menores en situaciones de *inadaptación* se identifican con aquellos —menores pero mayores de 14 años— sometidos a alguna de las medidas cautelares del art. 28 de la LO 5/2000, de 12 de enero, o afectos a la ejecución, por sentencia firme, de alguna de las medidas previstas en los apartados a) a k) del art. 7 del mismo texto legal¹⁰³. No obstante, también se contempla la posibilidad de llevar a cabo actuaciones de protección específicas destinadas a menores «*con conductas que hagan temer razonablemente que puedan llegar a incurrir en el futuro en una situación de inadaptación*»¹⁰⁴.

La equiparación con los menores delincuentes es total y explícita en algunas leyes autonómicas, como es el caso de Aragón¹⁰⁵. Por su parte, Castilla-La Mancha y Galicia limitan esa asimilación a los menores de 14 años que hubiesen cometido un hecho tipificado como delito o falta¹⁰⁶.

Esta equivalencia puede conllevar el riesgo primario de atender, llegado el caso, a estas dos categorías de menores en los mismos centros; mezclando la atención de menores infractores y de otros cuyo único pecado, por decirlo así, es su *peligrosidad*; sin que se sepa exac-

de 12 años— y en el riesgo de que el menor, con su conducta, pueda *causar perjuicios a terceros* y que, por tanto, pueda delinquir, aunque esté exento de responsabilidad criminal (pues recuérdese que cuando se redacta la Ley madrileña regía la LO 4/1992, de 5 de junio, que establecía en esa misma edad —12 años— la «responsabilidad penal» de los menores).

¹⁰³ Vid. art. 57 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja.

¹⁰⁴ Vid. Disp. Adic. 2.ª del D. 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones públicas de La Rioja en la protección y guarda de menores.

¹⁰⁵ El art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón define a los menores *en conflicto social* como «aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse *en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquellos a los que les fuera aplicable la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*».

¹⁰⁶ El art. 62 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor de la Comunidad Autónoma castellano-manchega, reputa como *menores en conflicto social* aquellos que por su «*situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otras personas, así como los menores que, aun no teniendo la edad requerida para exigirles responsabilidad penal, cometiesen hechos tipificados como delitos o faltas por las leyes penales*». Similar tenor acoge el art. 37 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia, al ofrecer su definición de menores *en conflicto social* («aquellos que por su situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como los mayores de 12 años que, aun no teniendo la edad requerida para exigirles responsabilidad criminal, cometiesen hechos tipificados como delitos o faltas por las leyes penales»).

tamente por qué cabe declarar que un niño puede resultar *peligroso* ni cuál es el procedimiento que ha de conducir a dicha declaración. Y que, por tanto, en un mismo centro se apliquen idénticas medidas *sancionadoras*, aunque tengan carácter educativo o *terapéutico*, esto es, auténticas *medidas de seguridad*, a niños excluidos, en principio, del ámbito de aplicación de la LORPM y a los que, por lo tanto, cabría aplicar el régimen jurídico inherente a estos centros que pueden restringir sus derechos fundamentales sin las garantías jurídicas que acompañan a los sujetos afectos a una responsabilidad criminal.

Sin embargo, el parecer del legislador penal resulta contrario, en principio, a este proceder. Así, el art. 54.1 de la LO 5/2000, de 12 de enero, exige que las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se decreten de acuerdo con la Ley deben ejecutarse en *centros específicos para menores infractores*, sin perjuicio de que, tal y como establece el apartado 2, cuando la naturaleza de la medida así lo requiera —cuando se trate de un internamiento terapéutico— la misma pueda ejecutarse, *previa autorización judicial*, en un centro *sociosanitario*.

En consecuencia, y tal como ha ordenado la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2007, de 26 de noviembre¹⁰⁷, ante la detección de casos en los que en los centros destinados a la protección habían sido ingresados menores para el cumplimiento de medidas impuestas en la LORPM, los fiscales deben oponerse a cualquier decisión que determine el ingreso de menores infractores en centros de protección, y a la inversa. Únicamente, como excepción, se autoriza el *internamiento terapéutico* en centros sociosanitarios (art. 54.2 LORPM). Como también admite la concurrencia «*cuando exista en el centro una completa y total separación de módulos dedicándose éstos al tratamiento de unos y otros menores*»¹⁰⁸, aunque en este caso advierte que esta confluencia debe evitarse en la medida de lo posible y «*habrá de motivar una especial vigilancia de los Sres. Fiscales para asegurar que la separación sea total*».

¹⁰⁷ JUR 2007, 339335.

¹⁰⁸ Esa concurrencia está expresamente prevista en el D. 203/2000, de 28 de septiembre (modificado por el D. 42/2004, de 29 de abril), de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambrana. Así, en su art. 2.1 se prevé su estructuración en dos áreas: el *Área de intervención de reforma* que comprende dos unidades: la unidad de reforma y la unidad de intervención terapéutica y el *Área de intervención para la socialización*, que incluye también dos unidades: la unidad de educación especial y la unidad de atención inmediata en régimen especial. Según prevé su art. 2.2, «las cuatro Unidades dependerán de una misma Dirección, pero contarán con normativa de régimen interno, organización y funcionamiento diferenciados».

Evidentemente, no cabe minusvalorar la apreciación de que puede existir un *continuum* psicológico y social entre los menores que se hallan en situación de desprotección y aquellos que luego van a cometer actos que perturban la convivencia¹⁰⁹, así como que la *inadaptabilidad social* puede ser una causa o un factor desencadenante de la delincuencia¹¹⁰.

No obstante esta configuración del menor en conflicto social como delincuente o predelincente o como sujeto peligroso, conviene destacar que distinta de la delincuencia juvenil es la denominada conducta *desviada o comportamiento desviado*, que abarca la violación de las normas culturales y sociales o la comisión de simples infracciones administrativas¹¹¹ (absentismo escolar, consumo de alcohol o drogas, fugas del domicilio de los padres o del centro de acogida, etc.¹¹²), pues en estos casos el menor «no es aún delincuente»¹¹³. De otra parte, no debe despreciarse la importancia que ofrece la denominada «cifra oscura» o «cifra negra» en las estadísticas sobre la delincuencia juvenil, en cuanto que muchos delitos o faltas no llegan al conocimiento de los

¹⁰⁹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 27-28.

¹¹⁰ Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 92. Incluso se llega a afirmar, no sin exageración a mi parecer, que «actos de indisciplina pueden ser un factor de riesgo determinante en futuras conductas delictivas, por ejemplo, el absentismo y el bajo rendimiento escolar reiterado como antesala de delincuencia juvenil» (vid. *Menores: victimización, delincuencia y seguridad —Programas formativos de prevención de riesgos—*, coord. E. Orts Berenguer, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 105).

¹¹¹ Por eso mismo, GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S. (*La delincuencia juvenil ante los Juzgados de menores*, Ed. Tirant lo Blanch/Instituto Andaluz de Criminología, Valencia, 2008, pág. 49) critican el estudio de RECHEA, BARBERET, MONTAÑÉS y ARROYO (*La delincuencia juvenil en España*, Universidad de Castilla-La Mancha/Ministerio de Justicia e Interior, 1995) que arrojó el resultado, en encuestas realizadas a jóvenes de entre 14 y 21 años, de que el 81,1% de los entrevistados admitió haber cometido algún delito en su vida, puesto que en ese estudio se había contemplado el consumo de drogas —que no es un delito—. De otra parte, en esa cifra no se incluían las denominadas conductas problemáticas (consumir alcohol o faltar al colegio) por considerar que no eran delictivas, aunque, como expresan estos autores, según muchas teorías psicosociales, se consideran pre-delictivas y, por lo tanto, pueden ser un buen índice de otro tipo de conductas de mayor trascendencia en épocas futuras.

¹¹² GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S. (*La delincuencia juvenil...*, pág. 99) observan que un importante porcentaje de menores que llegan a los Juzgados presentan problemas de fracaso escolar, absentismo y conducta conflictiva. Asimismo, hacen notar la estrecha relación entre la situación económica familiar y el absentismo, el fracaso escolar o la conducta en clase (vid. *ob. cit.*, págs. 100-105); denotando que a menores ingresos familiares existe un mayor índice de fracaso escolar, un mayor absentismo y una mayor presencia de conductas conflictivas.

¹¹³ HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho Penal...*, pág. 81.

Juzgados de menores por motivos diversos. Por tanto, una gran parte de esta delincuencia queda sin detectar, pues a veces no alcanza las instancias de control social porque los delitos tienen una escasa gravedad y/o tienen un carácter aislado y/o los menores se han «recuperado por sí solos al no haber sido detenidos y no haber pasado por ningún internado de la jurisdicción de menores»¹¹⁴. A ello debe unirse la falta de denuncia de los hechos, el archivo o el sobreseimiento de las causas o, en definitiva, la utilización de las *técnicas de diversión*¹¹⁵ o los cauces de no judicialización previstos en la propia LORPM¹¹⁶ en virtud del principio de oportunidad¹¹⁷.

Ahora bien, no debe obviarse que, conforme a las denominadas *Directrices de Riad*¹¹⁸, «deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven», tal y como hoy refleja en nuestro ordenamiento la LO 5/2000 (art. 1.1). En consecuencia, a ningún menor se le debería aplicar una medida, aunque tenga naturaleza educativa, si la ley no ha tipificado la conducta que permite su adopción y si la autoridad judicial no ha apreciado o bien su culpabilidad o bien su peligrosidad manifestada en la comisión de un hecho ilícito.

¹¹⁴ La cursiva es mía. Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho Penal...*, págs. 82-83.

¹¹⁵ Con este peculiar término se agrupan las técnicas por las que el Estado, en el ámbito de la delincuencia de baja o mediana intensidad, renuncia a un proceso penal y a la imposición de sanciones penales formales. Por tanto, estas técnicas tienden a poner fin a un proceso penal antes de que se llegue a constatar la culpabilidad del menor con la finalidad de evitar su estigmatización. Sin embargo, se advierte ya del peligro de que estas técnicas de desjudicialización pueden dar lugar a la «adopción de medidas de mayor intensidad que las que se hubieran impuesto en un procedimiento formal». Vid. PÉREZ MACHÍO, I., *El tratamiento...*, pág. 76.

Por su parte, GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, págs. 141-151) señalan que el porcentaje de las medidas desjudicializadoras depende, en gran medida, de la edad de los menores (mayor cuanto menor es la edad) y del volumen o de la carga de trabajo de los respectivos Juzgados (mayor cuanto mayor sea la carga).

¹¹⁶ Vid. *Menores: victimización, delincuencia y seguridad...*, pág. 107.

¹¹⁷ Vid. GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, pág. 47.

Destaca PÉREZ MACHÍO, A. I. [*El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores —LO 8/2006— (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 67] que en el modelo estrictamente *educativo*, dirigido al tratamiento de la delincuencia juvenil desde una perspectiva pedagógica y sociológica y no punitiva, se intervenía también frente a «conductas anómalas e irregulares, previas a la infracción de un proceso penal».

¹¹⁸ *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* adoptadas por la Asamblea General de la ONU, Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Los mismos términos utilizados por los distintos legisladores autonómicos para perfilar el concepto que ha de definir a estos menores —*conflicto social, conductas disruptivas, desajuste social*, etc.— ciertamente evocan nociones que parecen arrastrar resabios de la antigua legislación tutelar. Ese modelo *tutelar* se encontraba muy influenciado por las ideas de la Escuela correccionalista¹¹⁹. El menor atendido era considerado como un *enfermo social*. Por tanto, se estimaba que si el niño cometía una infracción, ésta no debía ser verdaderamente castigada, sino que debía servir de indicio de una situación de peligro social y de su necesidad de ayuda, de asistencia, de reforma. De este modo, se procuraba hacer salir al menor de esa coyuntura para así orientar su comportamiento futuro hacia acciones útiles y conformes con la ética social¹²⁰. De igual manera, y bajo esa misma concepción, los Tribunales Tutelares asumían toda la responsabilidad en las decisiones sobre los menores, por lo que el juez podía cumplir las funciones de defensor, de juzgador e incluso, de acusador, sin necesidad de respetar las más mínimas garantías jurídicas¹²¹. Bajo estos criterios, los delincuentes jóvenes debían ser tratados de un modo análogo a todos los demás menores que, sin haber cometido delito alguno, se hallaban en situación de desvalimiento por cualquier causa. Desde esta toma de posiciones, resultaba del todo lógico que la facultad reformadora de los Tribunales Tutelares de Menores (vid. art. 9 LTTM) se extendiera a las *infracciones* cometidas por menores de 16 años que estuviesen consignadas en leyes municipales y provinciales, a los menores de 16 años *prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos*, y a los menores *indisciplinados* que eran denunciados por sus padres. Por tanto, a menores no delincuentes¹²². La evolución del Derecho penal de menores vino

¹¹⁹ A partir de las doctrinas de Giner de los Ríos, Dorado Monteo y Albó Martí. Una buena síntesis histórica de estas doctrinas puede hallarse en MOREU, A. C., «La recepción de las doctrinas correccionalistas en España. Políticas educativas y metodologías psicopedagógicas», *Revista de Educación*, 340, mayo-agosto 2006, págs. 755 y ss.; DÁVILA BALSERA, P./URIBE-ETXEBERRIA FLORES, A./ZABALETA IMAZ, I., «La protección infantil y los tribunales tutelares de menores en el País Vasco», *Historia de la Educación: Revista Interuniversitaria*, n.º 10, 1991, págs. 227 y ss. Vid. también COY, E./TORRENTE, G., «Intervención con menores infractores: su evolución en España», *Anales de Psicología*, vol. 13, n.º 1, 1997, págs. 39 y ss.; HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho Penal...*, pág. 185.

¹²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El abandono del sistema tutelar: Evolución del Derecho español en materia de protección y tratamiento de los menores delincuentes y en peligro», *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 37-1/2, 1999, págs. 101 y ss.

¹²¹ COY, E./TORRENTE, G., «Intervención con menores infractores...», págs. 39-40.

¹²² Según CUELLO, «proteger y tutelar a todos los niños abandonados, maltratados, a todos los menores viciosos, desprovistos de apoyo moral, sean o no delincuentes en el

marcada por la STC 36/1991, de 14 de febrero¹²³, que declaró la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores. A raíz de esta resolución judicial surgió la LO 4/1992, de 5 de junio. A partir de ese momento, ya quedaban excluidos de la nueva regulación las conductas o comportamientos no delictuales.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, cabría pensar que la pretensión última de algunos legisladores autonómicos haya sido sustituir la función que antaño desplegaban estos Tribunales Tutelares por la labor *protectora* de las entidades públicas para así prevenir *la peligrosidad social o criminal* de ciertos menores manifestada a través de su misma conducta antisocial, disruptiva o inadaptable.

No obstante y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, resulta también posible formular la hipótesis de que esta equiparación —menores infractores y menores en conflicto social— puede venir motivada por el hecho de que algunos trastornos disociales pueden conllevar la comisión de hechos delictivos más o menos graves¹²⁴.

Sin embargo, no cabe obviar que los trastornos disociales o del comportamiento pueden no resultar determinantes para la inimputabili-

sentido legal. El hecho de que el niño haya delinquirido, en la mayor parte de los casos no es más que un accidente; muchos menores que aún no han infringido las leyes son más peligrosos y se hallan más necesitados de asistencia reformadora que otros que ya han cometido delitos. Así pues, la acción paternal del juez no debe limitarse tan sólo a los delincuentes; si así sucediera, quedarían fuera de su esfera de acción precisamente aquellos más necesitados de su benéfica intervención». De este modo, en su opinión, «el acusado —dice Henderson— debe tener un defensor, porque su vida, su libertad, están en peligro. En cuanto al niño, ¡el juez es su padre, su maestro, su protector, su amigo! ¿Para qué tener un abogado?». Vid. en MOREU, A. C., «La recepción...», págs. 758-759.

¹²³ El TC consideró, de acuerdo con los arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que el procedimiento penal contra menores debía respetar los derechos humanos y las garantías legales. También estimó preciso, de acuerdo con la normativa internacional, establecer una edad mínima por debajo de la cual el menor no tendría capacidad para infringir leyes penales. De otra parte, expresamente se manifestó a favor de que el legislador debía respetar el principio de tipicidad (aun admitiendo cierta flexibilización en función de las circunstancias personales y sociales del menor en orden a procurar su reinserción social). Asimismo, en esta sentencia ya se parte de que las sanciones no deben tener la condición de penas retributivas, sino la consideración de medidas correctoras.

¹²⁴ Así, en el punto 2.1.7 del *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea»* [2006/C 110/13, DOCE de 9 mayo 2006 (C-110/75)] y al analizarse las posibles causas de la delincuencia juvenil, se expresa que de modo asociado o independiente al consumo de sustancias tóxicas y drogas por parte de los menores, «se sitúan los trastornos de la personalidad y del comportamiento, normalmente unidos a otros factores sociales o ambientales, que hacen que el joven actúe de modo impulsivo o irreflexivo sin dejarse motivar por las normas de conducta socialmente aceptadas».

dad del sujeto, pues, como ha venido admitiendo el Tribunal Supremo para el caso de adultos, estos desórdenes psíquicos no son considerados, en principio, enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del individuo¹²⁵. Por eso mismo, como regla general, ha venido entendiendo que no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad criminal¹²⁶, sino a su atenuación y sólo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido¹²⁷. En definitiva, no basta con la diagnosis de una alteración psíquica, sino que es necesario que a ese desorden mental se sume un determinado efecto, «consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos»¹²⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia *penal* de menores parece ser menos exigente al respecto. Así, la SAP de Sevilla de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 181489), tras reconocer que los trastornos antisociales de la personalidad merecen en principio la atenuación de la pena que, como norma general, debe dar lugar a la aplicación de una atenuante análoga, acordó aplicar la circunstancia modificativa de responsabilidad —atenuante analógica de enfermedad mental— para luego decretar una medida de internamiento terapéutico¹²⁹; medida de seguridad que, curiosamente, el Código Penal sólo prevé para inimputables o para aquellos en los que cabe apreciar una eximente incompleta¹³⁰ de

¹²⁵ Vid., por ejemplo, entre otras, SSTS de 11 de junio de 2002 (RJ 2002, 7930); 22 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7630); 23 de junio de 2005 (RJ 2005, 5412) y 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7408).

¹²⁶ Y ha reservado la aplicación analógica para los casos en que el trastorno es de especial gravedad y profundidad o está acompañado de otras anomalías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la histeria, la toxicomanía, etc. (vid. un buen resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto en la STS de 3 de diciembre de 2009 —RJ 2010, 2016—).

¹²⁷ SSTS de 22 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7630); 26 de febrero (RJ 2004, 2245) y 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3798). Vid., para casos en que se aplica como atenuante, ATS de 28 de octubre de 2009 (JUR 2009, 474911); SSTS de 12 de noviembre de 2009 (JUR 2009, 482155) y 12 de abril de 2010. Como eximente incompleta, vid. STS de 22 de junio de 2009 (RJ 2009, 6668).

¹²⁸ STS de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2016).

¹²⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I. (*El tratamiento...*, págs. 146-147) sostiene que la construcción de un sistema de responsabilidad de menores que acoja la dualidad entre penas —inspiradas en la culpabilidad— y medidas —que responden a la peligrosidad del autor puesta de manifiesto en la comisión del hecho delictivo— permitiría una menor confusión terminológica que la que existe actualmente. De este modo, en su opinión, la elección de la concreta consecuencia jurídica dependería únicamente del análisis de los dos presupuestos de cada una de ellas: la culpabilidad en la pena y la peligrosidad en la medida. En igual sentido, vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 19.

¹³⁰ Vid. así, por ejemplo, SAP de Zaragoza de 28 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 265321) y SAP de Alicante de 17 de julio de 2007 (JUR 2007, 336529).

los números 1 a 3 del art. 20 CP (arts. 101 a 104 CP)¹³¹. No obstante, este proceder judicial parece ser conforme con los criterios manifestados por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero. Por tanto, no debe extrañar tampoco que, en atención a la flexibilidad reconocida al juez de menores¹³² a la hora de decretar la medida que estime más idónea, se defienda también su aplicación a los casos en que el menor sufre alguna alteración psíquica o alguna adicción, aunque la infracción no esté directamente relacionada con tales circunstancias¹³³. Sin embargo, conviene advertir que el principio general

¹³¹ La STC 61/1998, de 17 de marzo (RTC 1998, 61) entiende que una adecuada tutela del derecho fundamental a la legalidad penal hace legítimo el contraste de la medida de internamiento en un centro de régimen semiabierto con la pena de privación de libertad. A pesar de la declaración en contra de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, el principio de *proporcionalidad* está presente en el mismo art. 7.3 LORPM; precepto que obliga al juez a elegir la medida a aplicar teniendo en cuenta, entre otros criterios, «la gravedad de los hechos» (en ese sentido, vid. PÉREZ MACHÍO, I., *El tratamiento...*, pág. 85).

¹³² El juez, tal y como prevé el art. 7.3 LORPM, tiene un amplio margen de manobra, sujeto a ciertos límites, para decidir cuál es la medida más adecuada. De otra parte, el Ministerio Fiscal, tal y como resulta de los arts. 18 y 19 LORPM, puede desistir del procedimiento en los supuestos previstos en estos dos preceptos.

Se advierte que esa amplia discrecionalidad de la que gozan los órganos de la Administración de Justicia puede conducir a implantar muy diferentes estrategias con respecto a los menores que están acusados de la comisión de un delito, por lo que existe el peligro evidente de que el recurso a las vías desjudicializadoras y a las medidas alternativas a la privación de libertad se realice de forma muy desigual ante hechos delictivos similares. Vid. GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, F./GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, pág. 21.

¹³³ Para un caso en que no se aprecia expresamente la vinculación entre los hechos delictivos y la toxicomanía del menor y, pese a ello, es decretada la medida de internamiento terapéutico para la deshabitación de drogas tóxicas, vid. SAP de Alicante de 2 de octubre de 2002 (JUR 2002, 283077). Vid. también SAP de Guadalajara de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003, 85044). En relación a un trastorno disocial grave, vid. SAP de Sevilla de 9 de octubre de 2003 (JUR 2003, 276202). Incluso en la SAP de Barcelona de 4 de julio de 2006 (JUR 2007, 64251) se llega a afirmar lo siguiente: «es cierto que en la sentencia *no se da ninguna explicación respecto a la medida de internamiento terapéutico, pero consta en las actuaciones un informe psiquiátrico (...)* en el que se recoge que *el menor abusa del alcohol y del cannabis y tiene trastorno del estado de ánimo y de comportamiento*», para entender procedente un internamiento terapéutico. Igualmente, vid. SAP de Orense de 1 de octubre de 2009 (JUR 2009, 459936).

Incluso cabe que se decrete el internamiento terapéutico aunque no se infiera ninguna circunstancia eximente de la responsabilidad penal del menor. Vid. SAP de Murcia de 15 de mayo de 2009 (JUR 2009, 47993).

También puede observarse que esta medida puede adoptarse ante la necesidad de procurar un tratamiento adecuado a un trastorno *disocial* de personalidad porque el menor puede necesitar «unos medios de contención, por su peligrosidad social» y para así «evitar las fugas de los centros, con la consiguiente reiteración de hechos delictivos» (vid. SAP de Salamanca de 26 de noviembre de 2003 —JUR 2004, 8826—).

de peligrosidad previsto en el art. 6 CP impediría imponer un internamiento en régimen cerrado de carácter terapéutico¹³⁴ si el menor comete una infracción no prevista en los supuestos en los que la LORPM permite imponerlo (art. 10 LORPM). Por otra parte, la imposición de algunas de estas medidas *de seguridad*, dado el silencio al respecto de la LORPM, debería ir precedida de la declaración de peligrosidad del menor de acuerdo con lo establecido en el Código Penal —en cuanto norma supletoria—, por lo que se exigiría la comisión de un delito y un pronóstico de probabilidad de cometer delitos en el futuro (art. 95.1 CP)¹³⁵.

Cabe colegir entonces que si los menores con trastornos disociales o con conductas disruptivas cometieran hechos delictivos quedarían ya incluidos en la órbita de la LORPM y, por tanto, aunque luego la medida judicial que se les aplicara fuera una medida de seguridad de las previstas en el art. 7 de este texto legal, no se estaría sino adoptando, por decisión judicial, la consecuencia jurídica que la Ley penal ha previsto respecto a la comisión de un ilícito. De otra parte, la intervención de las correspondientes entidades públicas quedaría limitada a la ejecución de una medida (art. 45 LORPM) decretada en sentencia firme por un juez de menores en el procedimiento establecido legalmente (art. 43 LORPM).

Por tanto, podría ya apuntarse la absoluta falta de sentido de que los legisladores autonómicos hayan acuñado la categoría de *menores en conflicto social* en el sentido que se ha venido tratando hasta el momento, porque, o bien se trataría de menores afectados por un trastorno psíquico¹³⁶ cuya atención desde el punto de vista jurídico, como se vio, no precisaría de este nuevo concepto, o bien, para el caso de que fueran menores infractores y hubieran cometido algún delito o falta, esa

¹³⁴ Acerca de la escasez de centros terapéuticos para ejecutar la medida de internamiento y de las deficiencias existentes en la Administración de Justicia al respecto, vid. MONTERO HERNANZ, T., *La justicia juvenil en España*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 212-213; GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, pág. 189.

¹³⁵ MORILLAS CUEVA, L./CRUZ BLANCA, M. J., «Del menor delincuente y de las medidas a aplicar», en *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, dirs. L. Morillas Cueva/J. Náquira Riveros, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 232.

¹³⁶ No obstante, no hay que obviar, como consideran BARROSO BENÍTEZ, I./DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, M./GREEN, G. (*El laberinto social de la delincuencia. Jóvenes adolescentes en la encrucijada*, dir. F. Morente Mejías, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 187), que la conducta inadaptada en la adolescencia y primera juventud no se puede considerar a priori como un trastorno grave de conducta. Esto es, el delincuente juvenil «no es un enfermo ni un retrasado mental, aunque pueda serlo igual que otro joven cualquiera e incluso es comprensible que lo pueda ser con mayor facilidad, habida cuenta de las circunstancias sociales en las que viven».

concepción resultaría igualmente superflua, en cuanto que éstos ya quedarían afectos a la LORPM.

3. *Los propósitos de algunos legisladores autonómicos. ¿Proteger o reformar? La competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.6.ª CE*

Sin embargo, parece que la intención de algunos legisladores autonómicos es ir más allá de donde alcanza o permite la LORPM. Tal y como se ha visto, el propósito legislativo en algunas de las leyes autonómicas de protección (en concreto y de forma explícita, en los casos de Galicia y Castilla-La Mancha) es equiparar el tratamiento de los menores en conflicto social a los de aquellos menores que, aun no teniendo la edad para exigirles responsabilidad penal, hubiesen cometido hechos tipificados como delitos o faltas.

Esto es, todo apunta a que se pretende que dentro de la categoría de estos menores en conflicto social queden incluidos los menores de 14 años, a los que la LORPM exige de responsabilidad penal¹³⁷. Ahora bien, para éstos únicamente se prevé la probable adopción de medidas de protección, de acuerdo con el art. 3 de la LORPM. Además, debe advertirse que éstas sólo se han de aplicar cuando se dé una auténtica situación que justifique la intervención pública¹³⁸; esto es, cuando concurra una circunstancia de riesgo o de desamparo o cuando se solicite la asunción de la guarda en los términos previstos por el art. 172.2 CC o en el caso de que así se decrete judicialmente por la vía del art. 158 CC (lo que permitiría, en mi opinión, al Ministerio Fiscal o al propio juez de menores promover el correspondiente procedimiento para que la entidad pública se hiciera cargo de la guarda del menor).

El legislador, por razones de seguridad jurídica, ha establecido por debajo de la edad de 14 años la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad¹³⁹, con fundamento, tal y como expresa la Exposición de Mo-

¹³⁷ Vid. art. 40.3 de la Convención de Derechos del Niño, sobre la obligación de los Estados parte de fijar una edad mínima antes de la cual se supondrá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

¹³⁸ Así se entiende en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

Igualmente, vid. art. 36.2 del Decreto 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha; art. 154 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña.

¹³⁹ Para un análisis doctrinal al respecto, vid. PÉREZ MACHÍO, I., *El tratamiento...*, págs. 41-56.

tivos de la LORPM, en el convencimiento de que las infracciones cometidas por los niños menores de esa edad son normalmente irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, «son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada *los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado*»¹⁴⁰. Decisión ésta que, de otra parte, la doctrina penalista la funda en el todavía escaso nivel formativo o educativo de los afectados por debajo de los 14 años¹⁴¹ y, por tanto, en su inimputabilidad. Y es que el inimputable (que carece de la capacidad de culpabilidad) no puede responder penalmente de sus actos, aunque los mismos constituyan un ilícito penal¹⁴².

En consecuencia, cuando un menor de 14 años comete un hecho criminal, el legislador penal postula su inimputabilidad y reputa que la atención y, si se quiere, su *corrección, reeducación o su reinserción social* deben procurarse desde las instituciones tuitivas jurídicociviles o desde los servicios sociales. En modo alguno se autoriza a que se estigmatice al menor mediante su reconducción a un nuevo concepto —menor en conflicto social— que no está presente en la legislación estatal con la finalidad de que la Administración de protección pueda eventualmente desplegar su potestad coactiva o sancionadora ante hechos tipificados como delitos o faltas, pues de ser así, evidentemente, se estaría no sólo vulnerando la LORPM, sino también infringiendo el principio de legalidad (exponente del principio de seguridad jurídica en el ámbito sancionador) y, sobre todo, invadiendo la competencia exclusiva del Estado en materia penal (art. 149.1.6.^a CE), aunque la correspondiente Comunidad Autónoma exhiba su título competencial exclusivo derivado del art. 148.1.20.^a

¹⁴⁰ Este recurso del legislador a un criterio de prevención general es criticado por PÉREZ MACHÍO, I., *El tratamiento...*, pág. 43.

En el estudio de GARCÍA PÉREZ, Ó./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J.L./GARCÍA RUIZ, S. (*La delincuencia juvenil...*, pág. 88) respecto a la LO 4/1992, se observa cómo la mayoría de los casos de los que se ocupaban los Juzgados de menores se situaban en la franja de edad entre los 14 y 16 años (70%). De ellos, el 32% correspondía a los de 14 años y el 38% a los de 15. Los de 13 años suponían el 20% y, los de 12, un 10%.

¹⁴¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Ed. Reppertot, Barcelona, 2008, pág. 591. Igualmente, vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «La impropriadamente denominada eximente de minoría de edad en Derecho penal español», en *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, dirs. L. Morillas Cueva/ J. Náquira Riveros, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 138.

¹⁴² Sobre el concepto de *imputabilidad*, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, págs. 563-564.

CE, ya que, como declaró la STC 243/2004, de 16 de diciembre¹⁴³, frente a este título competencial se erige el que ostenta en exclusiva el Estado en virtud del art. 149.1.6.^a CE, que actúa como límite de su acción normativa.

La posible inconstitucionalidad de ciertos preceptos de las leyes de protección quedaría corroborada si al analizar las medidas jurídicas de protección previstas por los legisladores autonómicos para los menores en conflicto social, aquéllas adoptaran un carácter sancionador o coactivo¹⁴⁴; tarea que se desarrollará más adelante. Únicamente adelantar que, como plantean algunos ilustres penalistas, la realidad es que los niños menores de 14 años —que cometen algún ilícito penal— quedan sujetos a las leyes de protección promulgadas por las distintas Comunidades Autónomas, cuya lectura atenta ofrece un panorama bien distinto al de una supuesta irresponsabilidad, en cuanto que a los *menores en conflicto social* se les van a aplicar prácticamente las mismas medidas que la LO 5/2000 prevé para los mayores de 14 años; sin que, en contrapartida, exista el mismo nivel de garantías en su adopción¹⁴⁵. De este modo, se sostiene que para estos menores «se ha configurado una especie de sistema sancionador administrativo tutelar que carece de reconocimiento constitucional y que lesiona derechos funda-

¹⁴³ El Tribunal Constitucional consideró que la CA de las Islas Baleares carecía de competencia para regular el contenido de las medidas correctoras a aplicar a los menores infractores, en cuanto que las mismas «representan las consecuencias jurídicas diseñadas por el legislador para el menor infractor»; «resultando indiscutible la incardinación constitucional de la definición de su contenido en el ámbito de la legislación penal». De ahí que estimara parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de medidas judiciales.

¹⁴⁴ BERNUZ BENÍTEZ, M. J./FERNÁNDEZ MOLINA, E./PÉREZ JIMÉNEZ, F. («El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006-4, págs. 5-6) consideran que algunas leyes autonómicas han ampliado las competencias protectoras de las entidades públicas a través del concepto de *menores en conflicto social*. Sin embargo, entienden que no parece nada claro que todo menor de 14 años que haya cometido un ilícito penal pueda encontrarse en una situación de riesgo social. Asimismo, advierten de las dificultades prácticas de atender desde las instituciones de protección a estos menores, en cuanto que sus recursos se destinan prioritariamente a la atención de los supuestos tradicionales de desprotección. Por este motivo, concluyen que esta distinción tan neta entre las instituciones de protección y las de reforma hace surgir «el interrogante de qué hacer con los menores que han cometido un delito antes de los 14 años pero que no necesariamente se encuentran en situación de “desprotección”».

¹⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVÉ, J. C./SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R./GARCÍA RIVAS, N./TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2005, págs. 335-336.

mentales del menor»¹⁴⁶; sistema cuya falta de garantías jurídicas conduce a que doctrinalmente se postule, o bien la elaboración de un nuevo Derecho *correcional* de menores¹⁴⁷, o bien la disminución de la edad penal, porque la elevación del límite mínimo a los 14 años genera «un peligroso déficit garantista y cierra el paso a una intervención sancionadora pronta y oportuna, capaz de evitar a tiempo la consolidación de unos patrones conductuales delictivos que manifiestan algunos jóvenes a temprana edad»¹⁴⁸.

Esa interacción entre el sistema de protección y el de reforma no sólo está presente en relación a los menores de 14 años, tal y como prevé el art. 3 LORPM, sino también, tal y como se ha señalado, en el art. 54.2 —en relación con el internamiento terapéutico en centros sanitarios normalizados—.

Asimismo, el art. 7.7.^a LORPM prevé que cuando la obligación impuesta como medida, «implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores», el Ministerio Fiscal debe remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección y ésta debe promover las medidas adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996. Idéntico criterio —necesidad de solventar una situación de desprotección que puede surgir en la ejecución de una medida— adopta el art. 7.i) cuando ésta consiste en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de los familiares u otras personas que determine el juez. De otra parte, dentro del elenco de medidas previstas en el art. 7 LRPM, existen algunas que resultan más cercanas a los sistemas de protección que a los de reforma¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVÉ, J. C./SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R./GARCÍA RIVAS, N./TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Curso...*, págs. 335-336.

¹⁴⁷ CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica...*, págs. 13-14.

¹⁴⁸ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «Reflexiones criminológicas al modelo de responsabilidad (penal), de la L.O.R.P.M. 5/2000, de 12 de enero», en *Los menores ante el derecho*, Madrid, 2005, págs. 126 y ss. Vid. también BERNUZ BENÍTEZ, M. J./FERNÁNDEZ MOLINA, E./PÉREZ JIMÉNEZ, F. («El tratamiento institucional...», pág. 23), quienes manifiestan que la insuficiencia de la actuación desde la protección puede legitimar estas pretensiones.

¹⁴⁹ Como puede ser la medida que consiste en la convivencia del menor con una familia ajena o su integración en un grupo educativo —art. 7.1.j) LORPM—. ORNOSA FERNÁNDEZ, R. M. (*Derecho penal de menores...*, págs. 213-214) considera que, en ese caso, si se considera idónea esta medida es porque se ha detectado un problema de protección. Por tanto, ante esa situación, lo que deben hacer las entidades públicas es actuar y no esperar a hacerlo a través de una medida de carácter penal cuando el menor ya ha cometido un delito, puesto que, además, «el menor va a vivir como una sanción lo que no es más que un intento de solucionar un problema de convivencia familiar».

Por su parte, esa misma correlación se observa en el art. 18 LORPM cuando admite, en los casos en que, en razón del principio de oportunidad, el Ministerio Fiscal se encuentre autorizado para desistir de la incoación del expediente, que se dé traslado de lo actuado a la entidad pública de protección a fin de que ésta adopte las medidas convenientes¹⁵⁰. O en el art. 29, que también permite al Ministerio Fiscal, en su caso, promover la incapacitación del menor. O en el art. 50, que autoriza a que el Ministerio Fiscal, el juez o el letrado del menor puedan instar de las entidades públicas la adopción de las medidas adecuadas de protección una vez liquidada y cumplida la medida de que se trate.

Por tanto, pudiera pensarse que, a través de la configuración del concepto de menores en conflicto social (o con conductas disruptivas), las Comunidades Autónomas estarían dando cumplimiento, en orden a la protección del menor y dentro del ámbito de sus competencias legislativas *ex* art. 148.120.^a CE, a las previsiones *de protección* de la LORPM. Sin embargo, el obstáculo viene dado porque, de acuerdo con esa misma Ley Orgánica, la competencia lo es para la ejecución de medidas de corrección (art. 45), para arbitrar las medidas de protección ya previstas legalmente, pero no para la *creación de nuevas medidas* que supongan una reacción frente al ilícito penal.

Esto es, si se considera que las medidas a adoptar *ante el conflicto social* se fundan en la *peligrosidad criminal* manifestada a través de conductas penalmente típicas y antijurídicas y que, por tanto, son las consecuencias jurídicas ante un estado de *peligrosidad*, no cabe duda de que nos moveríamos en el ámbito penal y, por ende, en la órbita de la competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.6.^a CE. De otra parte, debe tenerse presente que en todos los casos en que la LORPM admite una interacción con los sistemas de protección, puede no existir una declaración judicial expresa de la peligrosidad derivada de la comisión de una conducta antijurídica, pues el correspondiente expediente penal puede no haberse incoado —vgr., en el caso de menores de 14 años o en el supuesto del art. 18 LORPM— o puede ya haber culminado con la ejecución de la correspondiente medida (art. 50). En estos casos, todo apunta a que la intención legislativa es salir ya de la órbita penal, impidiendo cualquier reacción coactiva frente a la peli-

¹⁵⁰ La Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2000, de 18 de diciembre, entendiéndose expresamente que «no toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO 1/1996 citados en el art. 3 de la Ley».

grosidad manifestada por la comisión de hechos delictivos. Lo cual no es óbice para que el Derecho civil se ocupe, en su caso, de ciertos estados *peligrosos*, como manifiesta, por ejemplo, el art. 763 LEC o el mismo art. 17 LO 1/1996.

Hay que tener presente que, cuando la LORPM acude a los recursos ofrecidos por las entidades públicas, lo hace porque entiende que pueden existir situaciones de desprotección que merecen ser atendidas, pero no prevé en modo alguno que su intervención sea una necesaria consecuencia jurídica de la conducta típica y antijurídica. Corolario lógico de lo expuesto es que el concepto de conflicto social (acuñado por algunos legisladores autonómicos) sólo puede definirse, para salvar su constitucionalidad, desde la perspectiva jurídico-civil o asistencial.

Acaso se pueda entender que las Comunidades Autónomas que han prestado especial atención a los menores en conflicto social, lo único que han pretendido es desarrollar medidas específicas de protección destinadas a un grupo específico de menores con el loable y nada despreciable propósito de prevenir futuras conductas delictuales. No cabe desconocer que la familia puede tener una fuerte influencia en el desarrollo de comportamientos antisociales. Así, algunos estudios han puesto de manifiesto que muchos niños que desarrollan tales conductas han vivido en un ambiente de violencia doméstica, en situaciones familiares hostiles o conflictivas, o bien han tenido padres que no han asumido sus responsabilidades para la crianza de sus hijos. Y entre los factores de mayor riesgo para el desarrollo de estas actitudes se suelen citar tres: la violencia en el seno de la familia, una escasa supervisión por parte de los padres y el hecho de que los progenitores u otros miembros de la familia ejecuten conductas desviadas¹⁵¹. De este modo, se pone de manifiesto que bajo la LORPM el porcentaje de menores que llega a los juzgados con un entorno familiar problemático es del 35,2%. En definitiva, si bien es cierto que los comportamientos delictivos «están distribuidos en todos los estratos sociales, también lo es que, en la mayoría de los casos, las situaciones de desamparo y abandono propician la comisión de conductas infractoras de menores y jóvenes»¹⁵².

En consecuencia, cabría admitir que el concepto de *menores en conflicto social o con conductas disruptivas* no es sino una concreción es-

¹⁵¹ GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, págs. 117-118.

¹⁵² BARROSO BENÍTEZ, I./DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, M./GREEN, G., *El laberinto social...*, pág. 71.

pecífica de otros títulos habilitantes de la intervención de la entidad pública y que las Comunidades Autónomas pueden definir y concretar en orden al desarrollo de estrictas funciones de protección *ex art. 148.1.20.^a CE*, aunque la finalidad última sea prevenir futuras conductas delictuales.

Por tanto, si las medidas *de protección* ligadas al concepto de *menores en conflicto social* aparecen circunscritas al mero ámbito asistencial y no suponen sino la aplicación concreta de las circunstancias habilitantes previstas en la LO 1/1996 para su intervención ante una situación de *riesgo*, la ley autonómica correspondiente sería perfectamente constitucional. Ahora bien, si aun desde el mismo punto de vista —jurídico-civil o asistencial— este concepto autorizara a que una entidad pública, con absoluta discrecionalidad, pudiera aplicar, en el ejercicio de la guarda del menor, medidas coactivas o restrictivas de derechos fundamentales del menor, mucho nos tememos que las mismas no podrían superar el filtro de su constitucionalidad. Conviene, pues, examinar las medidas arbitradas para estos menores ante dicha situación de conflicto.

V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL CONFLICTO SOCIAL

1. *La articulación de medidas preventivas ante el conflicto social. La delimitación de situaciones de riesgo por las Comunidades Autónomas ex art. 148.1.20.^a CE*

El art. 12 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ordena que su protección por parte de los poderes públicos se realice, entre otras actuaciones, mediante la prevención y reparación de situaciones de *riesgo*. Por su parte, el art. 17 establece que «en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el *desarrollo personal o social* del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley», la actuación de las entidades públicas debe orientarse a disminuir los factores de riesgo y de dificultad que incidan en la situación *personal y social* en la que se encuentre y a promover los factores de protección del niño y de su familia sin merma de los derechos que le asisten. Una vez apreciada esta situación, la Administración competente debe entonces poner en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y ha de realizar el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

La amplitud de los términos utilizados por el legislador estatal para perfilar la situación de riesgo permitiría entender incluidos en esta circunstancia fáctica a aquellos menores que hubieran desarrollado conductas antisociales o disruptivas —derivadas o no de un trastorno psíquico— y/o con *peligro* de causar perjuicios a sí mismos o a terceros, pues, al fin y a la postre, en tales casos existe un factor negativo para su inserción en la sociedad y, por ende, para su desarrollo personal.

Por tanto, nada impide que las distintas leyes de protección puedan perfilar el concepto de riesgo habilitador de la intervención protectora-preventiva de las distintas entidades públicas. Además, nada obsta para que incluso concreten esa definición de riesgo o esa intervención mediante la determinación de las actuaciones pertinentes a desarrollar, pues en ese caso la Comunidad Autónoma no estaría sino ejercitando su competencia exclusiva *ex art.* 148.1.20.^a CE, ya que, tal y como reconoce el mismo legislador estatal en el apartado 1 de la Disposición Final 21.^a de la LO 1/1996, los arts. 12 y 17 constituyen legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social.

En esta línea argumentativa, cabría defender perfectamente la constitucionalidad de aquellos preceptos de las leyes autonómicas que perfilan un concepto de la situación de los menores en conflicto social que sea una concreción, una manifestación específica o una derivación del concepto de riesgo del art. 17 de la LO 1/1996 que justifique una intervención en el mismo entorno social y familiar del niño o del adolescente para así corregir sus mismas actitudes. Al igual que entiendo factible que en aquellas Comunidades Autónomas que no han perfilado o definido aquel concepto cupiera recurrir a la noción de riesgo que hubieran definido sus leyes correspondientes y, en último término, para reaccionar frente al *conflicto social*, siempre cabría aplicar, como norma supletoria, ese art. 17 de la LO 1/1996.

Y, ciertamente, no faltan las leyes autonómicas que han parecido concebir la situación del menor en conflicto social como una circunstancia de riesgo o que la han perfilado para posibilitar una actuación protectora preventiva¹⁵³.

¹⁵³ En Andalucía, vid. art. 40.2 de la Ley 1/1998, de 28 de abril, en relación con su art. 22. En Aragón, vid. arts. 56 y 79 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia y en relación con los «programas de preservación familiar», vid. arts. 24 a 27 del D. 190/2008, de 7 de octubre, que aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo. En Castilla y León, vid. arts. 38.5.d), 47 y 48 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia y art. 40.1 del D. 131/2003, de 13 de noviembre, que regula la acción de pro-

A nadie se le escapa que dicha intervención pública preventiva no podrá tener carácter coactivo. Tampoco lo hacen la mayoría de las normas autonómicas, que parten, como ya hizo el art. 15 de la LO 1/1996, del principio de colaboración del menor y de su familia con los servicios sociales¹⁵⁴. Colaboración que, desde el punto de vista práctico, resulta lógica pues si de lo que se trata, por ejemplo, es de someter al menor y/o a su familia a un tratamiento, a una terapia social o a un proceso educativo, ningún resultado relevante va a alcanzarse si la Administración no cuenta con su voluntad de implicación. Desde el prisma jurídico, ante situaciones que pueden reconducirse a la circunstancia de *riesgo*, ninguna potestad sobre el menor se atribuye a la entidad pública, por lo que su intervención no provoca alteración alguna de la potestad de guarda a la que previamente estuviera sometido el niño. Ello no es óbice para que quien tome la iniciativa de la intervención pública *preventiva* sean los propios guardadores del menor bajo el fundamento que actualmente proporciona el art. 154 *in fine* CC¹⁵⁵.

tección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo. En Castilla-La Mancha, vid. art. 63 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor y arts. 35.2 y 37 del D. 4/2010, de 26 de enero, de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha. En Cataluña, vid. arts. 37 y 102 a 104 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. En la Comunidad Valenciana, vid. arts. 57 a 60 y 88 y ss. de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. En Galicia, vid. art. 37.2 y 3 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. En Navarra, vid. arts. 84.c) y 88.2 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia. En Baleares, vid. arts. 3.d) y 105 a 107 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Ley integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia. En Madrid, vid. arts. 67 y 68 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia. En La Rioja, vid. arts. 44, 45 y 60 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la CA de La Rioja.

¹⁵⁴ Vid., así, art. 79.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia de la CA de Aragón; art. 63.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor de la CA de Castilla-La Mancha; art. 103.4 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña; art. 38.2 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de la CA de Galicia; art. 84.3 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CF de Navarra. Asimismo, cfr. art. 60.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja y Disp. Adic. 2.^a del Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

¹⁵⁵ Vid. art. 60.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de la Rioja y Disp. Adic. 2.^a del Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el

Ahora bien, lo anterior no excluye que el incumplimiento del compromiso alcanzado o la misma falta de implicación de la familia del niño puedan dar lugar a que se ocasione una auténtica situación de desamparo¹⁵⁶. Asimismo, tampoco cabe eliminar absolutamente la posibilidad de que la entidad pública recurra al art. 158 CC, puesto que la amplia legitimación admitida por este precepto así lo permite, para instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas adecuadas para proveer al interés del menor¹⁵⁷; medidas que, desde luego, pueden llegar a implicar un cambio de la potestad de guarda (arts. 158 CC y 172.2 CC).

2. *El discutible desamparo del menor en conflicto social y la asunción de su guarda por la entidad pública de protección*

Fuera de estos concretos supuestos antes expuestos, podría cuestionarse la posibilidad de declarar el desamparo del menor. Me explicaré. Si se atiende estrictamente a la definición que de esta circunstancia justificadora de la asunción de la tutela *ex lege* de la entidad pública ofrece el art. 172.1 CC, lo determinante es la existencia de una situación en la que el niño se ve privado de la necesaria asistencia moral y/o material por causa del imposible o del inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes. La dificultad estriba en

Reglamento sobre intervención de las Administraciones públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

¹⁵⁶ En ese sentido, vid. art. 103.6 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña.

También éste es el criterio que puede verse en algunas resoluciones judiciales. Vid. así, por ejemplo, Auto de la AP de Vizcaya de 3 de febrero de 1999 (AC 1999, 3911); SAP de Las Palmas de 1 de julio de 2002 (JUR 2003, 146534); SAP de Barcelona de 28 de junio de 2004 (JUR 2004, 216298); SAP de Granada de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005, 135141); SAP de Granada de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 138407); SAP de Barcelona de 6 de abril de 2005 (JUR 2005, 172690) y SAP de Cádiz de 3 de septiembre de 2009 (JUR 2010, 12716).

Conviene advertir que el art. 8 de la Ley italiana n.º 184, de 4 de mayo (modificada por la Ley n.º 149, de 28 de marzo de 2001), considera que no existe causa de fuerza mayor y, por tanto, existe abandono, cuando quienes tienen una potestad sobre el menor rechazan las medidas de ayuda ofrecidas por los servicios sociales locales siempre que tal rechazo sea considerado injustificado por el juez. Sobre la interpretación de este precepto, vid. UBALDI, P., en *Comentario alla L. 28 marzo 2001 —sub. art. 8—*, coords. C. M. Bianca/L. Rossi Carleo, *Le nuove leggi civili comentate*, IV, V, 2002, págs. 987-988.

¹⁵⁷ Así parece darse a entender en el art. 63.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor de la CA de Castilla-La Mancha, así como en el art. 84.3 LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CF de Navarra.

determinar si una circunstancia que afecta en sí al propio menor como puede ser su misma conducta antisocial o disruptiva resulta equivalente a esa desasistencia absoluta en el ámbito moral y/o educativo. Asimismo, la práctica totalidad de las leyes autonómicas¹⁵⁸ que concretan el concepto jurídico-civil de desamparo ponen el acento en las actitudes, aptitudes y habilidades de los titulares de la potestad de guarda,

¹⁵⁸ No todas ellas, puesto que la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de normas reguladoras de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la CA de Madrid, no contiene ningún pronunciamiento al respecto. Pero es la excepción. Vid., en Andalucía, art. 23 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención del menor y art. 20 del D. 42/2002, de 12 de febrero, de régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa. En Aragón, vid. art. 104 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona; art. 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia y art. 28 del D. 190/2008, de 7 de octubre, que aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o de desamparo. En Canarias, vid. art. 46 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de normas reguladoras de la atención integral a los menores. En Cantabria, vid. art. 29 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia y art. 9 del D. 58/2002, de 30 de mayo, que desarrolla los procedimientos relativos a la protección de menores y la adopción y regula el Registro de protección de la infancia y la adolescencia. En Castilla y León, vid. art. 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. En Castilla-La Mancha, vid. art. 36 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección del menor. En Cataluña, vid. art. 228.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia y art. 105 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. En la Comunidad Valenciana, vid. art. 99 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. En Extremadura, vid. arts. 5 y 6 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de normas reguladoras de protección de menores. En Galicia, vid. art. 7 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil y art. 17 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. En Baleares, vid. art. 63 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia. En Navarra, vid. arts. 34 y 50 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia.

Me parece conveniente advertir que la regulación del desamparo, la tutela, la guarda o el acogimiento compete en exclusiva al Estado en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.8.^a CE; sin perjuicio de la competencia legislativa civil de algunas Comunidades Autónomas en los confines que este precepto constitucional precisa (vid. Disp. Final 21.^a de la LO 1/1996). Ciertamente es que la mayoría de los preceptos de las leyes de las Comunidades Autónomas sin competencia legislativa civil que regulan estas cuestiones se remiten a la ley estatal o acatan lo dispuesto en el CC, por lo que, en definitiva, no harían sino concretar las circunstancias habilitantes de la intervención pública (art. 148.1.20.^a CE). Sin embargo, también lo es que la regulación pretendidamente autónoma no deja de resaltar un tanto superflua o innecesaria, amén de que, correspondiendo esa materia a la competencia del legislador estatal, aunque el legislador autonómico se limite a reproducir lo dispuesto en la ley del Estado, como dijo la STC 162/1996, de 17 de octubre (RTC 1996, 162), acogiendo la doctrina de las SSTC 10/1982, 35/1983, 62/1991 y 147/1993, convierte esta operación en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia.

pero en modo alguno parecen concebir que la misma conducta del menor posibilite su desamparo, salvo que a la misma se añadan otras circunstancias relevadoras o indicativas de la imposibilidad de cumplir los deberes de protección impuestos legalmente a los guardadores¹⁵⁹. De otra parte, la causa de la conducta *antisocial* puede no resultar imputable estrictamente a quienes han venido ejerciendo la guarda, por lo que acaso pueda resultar desproporcionado que la entidad pública asuma su tutela¹⁶⁰. Asimismo, no debe obviarse que la situación puede resultar meramente coyuntural, pues puede suceder que la desatención así lo sea, sin que se prevea una imposible reagrupación familiar.

¹⁵⁹ Vid., por ejemplo, en la Ley andaluza (Ley 1/1998, de 20 de abril, que regula los derechos y la atención al menor), su art. 23, que, al enunciar las circunstancias que permiten a la correspondiente entidad pública emitir una declaración de desamparo, alude a: «e) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores». Igualmente, vid. art. 6.d) de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de la CA de Extremadura; art. 17.d) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de la CA de Galicia; art. 50.f) la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia de la CF de Navarra. En el País Vasco, vid. art. 56 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En Asturias, vid. art. 31 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de normas reguladoras de la protección de menores. En Murcia, vid. art. 22 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia. En La Rioja, vid. art. 49 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores y art. 19 del D. 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

Debe advertirse, no obstante, que el art. 56.f) de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, considera como situación habilitante de una declaración de desamparo, «la inducción a la *delincuencia o a las conductas antisociales o desviadas*, así como el consentimiento de su desarrollo por el menor».

No obstante, no debe descartarse que, en algunos casos, los mismos problemas que afectan al menor pueden por sí imposibilitar la atención por parte de sus guardadores. Así puede suceder con los trastornos psíquicos graves [vid. SAP de Barcelona de 6 de abril de 2005 (JUR 2005, 172690)]. Sin embargo, en ese caso entiendo que lo procedente es que el ejercicio de la potestad de guarda cuente con el auxilio de los poderes públicos, no su eliminación.

¹⁶⁰ Parece descartar la existencia de una situación de desamparo en tales hipótesis la SAP de Álava de 25 de enero de 2005 (JUR 2005, 77364). En este caso, y tras ocho años de acogimiento familiar satisfactorio, los acogedores de un menor de 15 años recabaron el auxilio de la correspondiente entidad pública, en atención, según se relata, a los problemas del menor acogido («parecidos a los que suelen presentar los adolescentes»), puesto que se sentían desbordados por su conducta. Pues bien, a pesar de reconocer que en momentos determinados se había adoptado una práctica educativa incorrecta (considerando la Audiencia como tal, al parecer, el castigo físico —sobreentendemos que de pequeña entidad—), estimó que no había lugar al cese del acogimiento instado por la entidad pública, pues no había resultado acreditado el desamparo, esto es, a juicio del Tribunal, no había resultado probado «un relevante o suficiente inadecuado ejercicio de los deberes de protección por parte de los acogedores ni que se haya visto privado de la necesaria asistencia moral o material, ni mucho menos una situación de desprotección».

Evidentemente, puede entonces resultar chocante (y puede hasta reputarse materialmente injusto) que, a pesar de no existir una conducta culposa o dolosa por parte de las personas que tienen potestad sobre el menor, la situación, que además es circunstancial, pueda conducir a la tutela automática; supuesto éste que ha sido foco de la preocupación doctrinal¹⁶¹.

No obstante, también debe advertirse que el desamparo es un concepto jurídico indeterminado —que debe ser objeto de concreción por los Tribunales cuando procedan a decidir acerca de la corrección o no de una intervención administrativa protectora— definido mediante una circunstancia *objetiva* que excluye toda idea o causación culpabilística¹⁶², pues para el legislador lo relevante es la real y neutral situación de desatención del menor¹⁶³, aunque ésta resulte meramente temporal o coyuntural¹⁶⁴.

¹⁶¹ Vid., entre otros, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», I, *AC*, n.ºs 2 y 3, 1988, pág. 63; FELIÚ REY, M. I., *Comentarios a la Ley de adopción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 32-33; VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, págs. 2065-2067; FERRER VANRELL, M. P., «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la “potestad” de guarda», *ADC*, 1993, pág. 172; LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 80-81; DE LA HAZA DÍAZ, P., «Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español», *RGLJ*, 1987, pág. 990.

¹⁶² Vid. STS de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4139).

¹⁶³ Su carácter objetivo se manifiesta por el hecho de que quepa apreciar la concurrencia de esta situación fáctica por la mera circunstancia de que se verifique esa real desprotección, aunque la privación de la necesaria atención hubiera sido causada sin la culpa de quienes tienen potestad sobre el menor. En ese caso, no falta quien haya postulado para esos casos que la entidad pública sólo pudiera asumir su guarda y no su tutela (en ese sentido, vid. VALLADARES RASCÓN, E., «La tutela...», págs. 2065-2067). Incluso se ha sostenido (GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono...*, págs. 96-97) que el art. 172.1 CC, al referirse al término de imposible ejercicio, da a entender que el incumplimiento de los deberes de protección debe ser forzoso o culpable, por lo que no entraría en juego en el caso de que la desatención fuera provocada por la causa de fuerza mayor de carácter transitorio a que se refiere la Ley italiana [arts. 2.1 y 8 de la Ley n.º 184, de 4 de mayo de 1983 (en redacción dada por la Ley n.º 149, de 28 de marzo de 2001)].

Así se preveía en el art. 165 del Código de Familia de Cataluña. Actualmente, tanto la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (art. 228-1), como la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (art. 105), ponen el acento en la existencia de una situación de hecho en la que el menor carece de los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad

En esa misma línea objetivista, vid., por ejemplo, SSAP de Granada de 21 de diciembre de 2007 (AC 2008, 1829), 22 de junio de 2007 (JUR 2008, 17374) y 19 de octubre de 2007 (JUR 2008, 21800). No obstante, tampoco faltan las resoluciones judiciales que exigen expresamente la concurrencia de un necesario nexo causal entre el

En consecuencia, no parece que deba haber dudas de que un menor puede quedar inmerso en una situación de desamparo cuando queda privado de la necesaria asistencia moral y/o material, aun por una causa meramente coyuntural no imputable directamente a quienes están obligados legalmente a proveerla. Sin embargo, el art. 172.2 CC permite evitar tal situación y sus efectos si quienes tienen potestad sobre él instan de la entidad pública la correspondiente asunción de su guarda¹⁶⁵. De acuerdo al tenor literal de los párrafos 1 y 2 del art. 172 CC, claramente cabe deducir que, en su ausencia, resulta procedente la declaración de desamparo¹⁶⁶. Esta solución se revela inadecuada, sobre todo porque la exigencia de la solicitud del art. 172.2 CC¹⁶⁷ se puede entender únicamente como un medio para demostrar que los padres o tutores no tienen intención de abandonar al menor y que el incumplimiento de los deberes paternos o tutelares se debe a causas graves objetivas ajenas a su voluntad¹⁶⁸.

Hay que tener en cuenta que en la hipótesis que se está examinando la entidad pública, si así lo estima conveniente, puede emitir una resolución en la que constate la existencia de una situación de desamparo y en la que, en consecuencia, asuma la tutela del menor. Si la cuestión se traslada al ámbito judicial¹⁶⁹ por la oposición que se suscite a dicha declaración *ex art. 780 LEC*, el juez debe limitarse, en principio, a apreciar si concurre o no en el caso concreto la circunstancia descrita en el art. 172.1 CC. Puede parecer dudoso entonces que exis-

incumplimiento de los deberes tuitivos y la privación de asistencia al menor. Vid., por ejemplo, AAP de Guadalajara de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 239537) y SAP de Castellón de 15 de mayo de 2006 (JUR 2006, 260269).

¹⁶⁴ En contra, vid. GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 93, n. 8; VARGAS CABRERA, B., «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (interpretación sistemática de la Ley 21/1987)», *ADC*, II, abril-junio 1991, pág. 631.

¹⁶⁵ DE LA HAZA DÍAZ, P. («Notas...», pág. 990) se mostraba crítica con este precepto ya que, en su opinión, debía reputarse necesaria la intervención judicial.

¹⁶⁶ Vid., en ese sentido, GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono...*, pág. 97; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «La tutela *ex lege*...», pág. 63; FELIÚ REY, M. I., *Comentarios...*, págs. 32-33.

¹⁶⁷ La SAP de Granada de 22 de junio de 2007 (JUR 2008, 17374) entendió que el art. 172.2 CC exige «una imposibilidad de atención unida a una voluntad constatada en los padres o tutores de cumplir sus deberes legales de protección, pero que por circunstancias graves no pueden cumplirse adecuadamente». En similar sentido, vid. SAP de Granada de 19 de octubre de 2007 (JUR 2008, 21800).

¹⁶⁸ GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono...*, pág. 97.

¹⁶⁹ Además de los casos en que la cuestión trasciende al ámbito judicial por la oposición suscitada directamente a una declaración de desamparo, puede acontecer que tal cosa suceda por la negativa de la entidad a asumir la guarda del menor cuando así se haya solicitado por quienes tienen su potestad legal.

tiendo una real situación de desatención, aunque sea por una causa involuntaria y temporal, el juez pueda resolver estimando que no existe el desamparo. Ahora bien, en estas circunstancias, la autoridad judicial puede entender que el interés del niño aconseja que éste no deba quedar sometido al régimen jurídico de la tutela, siendo suficiente para su amparo el previsto para la guarda en el art. 172.2 CC¹⁷⁰; el cual puede surgir, como indica expresamente este precepto, cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda como puede resultar de la aplicación del art. 158 CC¹⁷¹.

Parece claro que a la autoridad administrativa le está vedado atribuirse la guarda del menor a menos que exista una petición de quienes ejercen una potestad legal sobre él o una decisión de la autoridad judicial; lo que no deja de ser chocante puesto que si se le permite lo más — asumir la tutela — se le debería haber permitido lo menos — asumir la guarda —. Sin embargo, nada obsta tampoco para que la propia entidad, cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 172.2 CC y a falta de petición, pueda solicitar ella misma que el juez le asigne sólo la guarda del menor absteniéndose de declarar su desamparo. Idéntica actuación podría incluso seguir el Ministerio Fiscal por aplicación del art. 174 CC en relación con el art. 158 CC¹⁷².

Ahora bien, la principal dificultad práctica deriva precisamente del hecho del propio desamparo objetivo en que se ve incurso el menor,

¹⁷⁰ Vid. Auto de la AP de Soria de 7 de octubre de 1998 (AC 1998, 7899).

¹⁷¹ Igualmente, vid. arts. 221-5, 233-10 y 236-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y en Aragón, vid. arts. 7 y 146 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona.

¹⁷² Sin embargo, a veces, esta vía de actuación del Ministerio Fiscal puede ser rechazada por la autoridad judicial si entiende que la medida solicitada no parece la más idónea para satisfacer el interés del menor. En el caso que contempla la SAP de Málaga de 6 de mayo de 2005 (JUR 2006, 31548) resulta un tanto incomprensible el modo en que la Audiencia entiende cuál haya de ser ese interés. En este supuesto, una menor de 13 años se había visto implicada en unas diligencias penales incoadas por la venta de estupefacientes en su domicilio familiar. Además, la menor presentaba altos índices de absentismo escolar. El Ministerio Fiscal solicitó *ex art.* 158 CC que su guarda fuera asumida por la entidad pública. Pues bien, la Audiencia entendió que, en aras a satisfacer el interés del menor, debían tenerse en cuenta otras circunstancias valorables para desaconsejar la medida instada: el hecho de que la menor hubiera sido madre («por cuanto ese menor de meses, tiene derecho a estar con su madre, situación que difícilmente podría cumplirse en un centro de protección de menores»), unido a la circunstancia de que conviviera de forma estable con el progenitor de su hijo («lo que aunque desde una perspectiva cultural y social mayoritaria puede suponer un auténtico disparate, e incluso legalmente», pero que «dentro de las costumbres gitanas, etnia a la que pertenece la menor, parece ser algo que no asombra y que incluso puede ser considerado como en cierto modo normal»).

que desencadena la atribución automática de la tutela a favor de la entidad pública. En consecuencia, aunque la vía de solución propuesta sería la más adecuada en orden sobre todo a la transitoriedad de la situación que hace inexigible la protección que aquélla brinda, en la práctica resulta muy dudoso que esa entidad proceda de oficio del modo antes expuesto precisamente debido a que la regulación del Código Civil no admite que un desamparo pueda dar lugar directa o automáticamente a una guarda y sí a una tutela.

En todo caso, no conviene obviar que la declaración de la situación de desamparo debe tener siempre un carácter subsidiario¹⁷³. De este modo, semejante circunstancia ha de enjuiciarse con una *interpretación restrictiva*¹⁷⁴, de tal manera que únicamente deba estimarse cuando *no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común*¹⁷⁵. De ahí que se exija que la asistencia moral y material de los menores, en orden a la citada declaración, haya de merecer una interpretación estricta, buscando un equilibrio entre el beneficio del niño y la protección de las relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se debe apreciar la existencia de esta situación de hecho cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de esos mínimos de atención al menor¹⁷⁶.

Por eso mismo, tal y como se examinó en su momento, este derecho del menor a ser mantenido en el medio familiar de origen siempre que sea conveniente a su interés —art. 11.2.b) de la LO 1/1996— y a su integración familiar y social —art. 11.2.c) de la LO 1/1996— impone a los poderes públicos la obligación de garantizarlo; procurando disminuir, en el ámbito doméstico, los factores que pueden incidir en su adecuada atención¹⁷⁷ e intentando que, cuando fuera necesaria esa se-

¹⁷³ Vid. SSTC 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143) y 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 298). Este carácter subsidiario del desamparo y de la tutela automática que encuentra su reflejo en el art. 17 de la LO 1/1996 aparece claramente definido en la STC 260/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 260).

¹⁷⁴ Vid. SSTC 143/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 143) y 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 298).

¹⁷⁵ Vid. SSTC 143/1990 (RTC 1990, 143), de 26 de septiembre y 298/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 298).

¹⁷⁶ En ese sentido, vid. AAP de Burgos de 22 de julio de 2002 (JUR 2002, 233517) y SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 5232).

¹⁷⁷ A un sentido de la oportunidad —ausencia de necesidad de declarar el desamparo para atender a la problemática de tres menores— y de subsidiariedad hace referencia la SAP de Asturias de 16 de marzo de 2005 (JUR 2005, 138873). En este caso, tanto el Ministerio Fiscal como la Letrada de la entidad pública se mostraron partidarios de dejar sin efecto una declaración de desamparo, en atención a que el equipo psicossocial judicial había puesto de manifiesto que «las menores residen en compañía de su madre en una vivienda que presenta buenas condiciones de higiene y habitabilidad y que es muy buena

paración, la medida jurídica que pueda adoptarse procure esa misma reinserción, tal y como actualmente postulan las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en sesión celebrada el 18 de diciembre de 2009¹⁷⁸. Y a ese fundamento responde el concepto de *riesgo*¹⁷⁹ —introducido por la LO 1/1996—¹⁸⁰.

Sin embargo, no conviene obviar que una de las causas que coadyuvan al desarrollo de conductas disociales es el mismo entorno familiar que rodea al menor¹⁸¹. Es más, atendiendo a la descripción de los contextos familiares que rodean a menores declarados en desamparo que ofrecen algunas resoluciones judiciales, resulta hasta extraño que los niños o los jóvenes no desarrollen más trastornos psíquicos o de conducta. Desde otro punto de vista, en muchos casos se puede hallar la raíz del comportamiento o de las deficiencias sociales del niño en la misma deficitaria atención de las personas obligadas a proveer su cuidado o en sus actitudes o en sus mismas aptitudes¹⁸².

la vinculación afectiva entre las hermanas y su madre. El problema radica en que *no admiten las normas sociales, no quieren estudiar* —salvo la menor de ellas— *y cometen pequeños hurtos y robos*, pero, según manifestó el Psicólogo en el acto del juicio la adopción de una medida de internamiento sería *contraproducente, ya que llega tarde, es muy difícil modificar sus pautas de conducta y las relacionaría con otras menores problemáticas*. Si a ello añadimos que la mayor va a cumplir 18 años dentro de tres meses y la segunda está próxima a los 16 la solución de declararlas en situación legal de desamparo no parece adecuada, por lo que debe estimarse el presente recurso. Lo hasta aquí expuesto no es óbice para que la Consejería pueda adoptar otras medidas de protección y seguimiento en relación a las menores, mientras no alcancen la mayoría de edad, a fin de modificarles las pautas de conducta que se consideren inadecuadas» (la cursiva es mía).

¹⁷⁸ Publicadas con fecha de 24 de febrero de 2010 (A/RES/64/142).

¹⁷⁹ En ese sentido, vid. SAP de Asturias de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004, 81455).

¹⁸⁰ De ahí que, en función de ese carácter subsidiario de la declaración de desamparo, la SAP de Valencia de 30 de abril de 2002 (JUR 2002, 185690) entienda que el enjuiciamiento de tales situaciones exigirá «un control de la proporcionalidad de la medida adoptada si responde a una situación de desamparo o de riesgo y si se han agotado las medidas establecidas en la ley de protección de menores sobre ayudas a la familia biológica del menor a la que se da preferencia como lugar de normal desarrollo del menor».

¹⁸¹ Sobre las causas y factores de la delincuencia juvenil, vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., *Derecho Penal...*, págs. 85 y ss. Que, lógicamente, incluyen la disgregación de la vida familiar, la falta de vigilancia del padre o de la madre o de ambos, la educación deficitaria, etc. Además, se aprecia (*ob. cit.*, pág. 87) que un 75% de los menores delinquentes pertenecen a familias de clase baja y mísera.

¹⁸² Por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP de Cuenca de 3 de julio de 2009 (AC 2009, 1797), todo apunta a que la causa de la «ansiedad, retraso escolar, confusión de roles, agresividad, carencias emocionales y afectivas» de unos menores era la misma problemática familiar.

Tampoco hay que descartar que a esa problemática familiar se le añadan las propias circunstancias personales del menor para justificar una declaración de desamparo. Vid. así, entre otras, SAP de Barcelona de 28 de junio de 2004 (JUR 2004, 216298); SAP de

De otra parte, no cabe desconocer tampoco la realidad de que los titulares de la potestad de guarda se vean absolutamente impotentes para controlar las conductas de los menores y decidan proveer a su cuidado. En ese caso, podrán solicitar el auxilio de los servicios públicos y, evidentemente, la entidad pública puede atender ese riesgo mediante las medidas preventivas que estime adecuadas, como ya se vio. Incluso cabe la posibilidad de que soliciten que aquélla asuma la guarda del menor *ex art.* 172.2 CC, previniendo así un eventual desamparo. En esa hipótesis, la Administración protectora habrá de valorar si concurren las circunstancias habilitantes exigidas por aquel precepto, aunque evidentemente cabe entender que las conductas disruptivas del menor que sus guardadores se ven impotentes de corregir pueden quedar incluidas en esas *circunstancias graves* a las que se refiere la norma codificada. Incluso tienen esos guardadores la posibilidad de solicitar el auxilio judicial *ex art.* 158 CC, y entonces será el juez quien podrá adoptar cualquier medida de protección que estime idónea; incluso, podrá decretar que la guarda sea asumida por la entidad pública, pero también podrá confiar su cuidado a un tercero o a una institución idónea (arg. *ex art.* 103 CC).

Asumida la tutela *ex lege* o la guarda por la entidad pública, ésta podrá ser ejercida mediante un acogimiento familiar o residencial. Aunque la primera modalidad de ejercicio de la guarda debe ser la opción prioritaria, tal y como postulan la mayoría de las leyes autonómicas¹⁸³, el art. 21 de la LO 1/1996 y, en el ámbito internacional, hoy re-

Granada de 7 de abril de 2005 (JUR 2005, 138407); SAP de Castellón de 22 de junio de 2005 (JUR 2005, 207437); SAP de Guipúzcoa de 2 de diciembre de 2005 (JUR 2006, 83027); SAP de Orense de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009, 106057).

De otra parte, la atención de un menor con ciertas limitaciones (psicomotrices, de lenguaje y de relación) puede resultar imposible si los padres, por sus trastornos psíquicos, se muestran incapaces de procurar su cuidado, como así entendió la SAP de Barcelona de 30 de enero de 2007 (JUR 2007, 205506).

La conflictividad entre los progenitores puede resultar, a juicio del AAP de Valladolid de 6 de febrero de 2009 (JUR 2009, 276213), indicativa de la falta de idoneidad de unos padres para hacerse cargo de una menor cuya «ingesta de drogas», según se indica, había provocado la asunción de su tutela por la Junta de Castilla y León.

¹⁸³ Vid. así, en Andalucía, art. 27 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y de la atención al menor. En Aragón, vid. art. 66 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia. En Canarias, vid. art. 68 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores. En Cantabria, vid. art. 50 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de protección de la infancia y la adolescencia. En Castilla y León, vid. arts. 76.4 y 96 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia. En Castilla-La Mancha, vid. art. 44 de la Ley 3/1999, de normas reguladoras en materia de protección del menor. En Cataluña, vid. art. 120.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. En la Comunidad Valenciana, vid. art. 109.2 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la in-

flejan las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*¹⁸⁴, las mismas circunstancias que rodean al menor pueden desaconsejar su constitución. Y, en ese caso, el único recurso resulta ser el acogimiento residencial.

Precisamente, éste es el modo de ejercicio de la guarda que parece ser el que se estima más idóneo para el menor en *conflicto social*, con conductas inadaptadas o disruptivas para algunos legisladores autonómicos, los cuales han prestado especial atención a su regulación. Y es desde esa normativa desde donde acechan las sospechas de su posible inconstitucionalidad, pues, tal y como se tendrá la oportunidad de comprobar a continuación, algunos derechos fundamentales pueden resultar seriamente comprometidos.

3. *El acogimiento residencial de menores en conflicto social, con conductas inadaptadas o disruptivas o con graves problemas de desajuste social*

3.1. *Regulación autonómica y afectación de derechos fundamentales del menor*

En un principio pudiera pensarse, en atención a las previsiones que el legislador estatal estableció en la Disposición Final 21.^a de la LO 1/1996 en relación a su art. 21 y a la omisión de toda regulación al respecto por parte del Código Civil, que, en atención a su naturaleza asistencial o administrativa, las Comunidades Autónomas resultan competentes para regular el régimen jurídico del acogimiento residencial *ex art. 148.1.20.^a CE*.

Indudablemente, resulta obvio que hay aspectos implicados en el desarrollo de esa modalidad de acogimiento de indudable naturaleza

fancia y la adolescencia. En Galicia, vid. art. 25.2.a) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia. En Baleares, vid. art. 87 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia. En Navarra, vid. art. 69 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. En el País Vasco, vid. art. 76.1 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En Murcia, vid. art. 29.1 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia. En Asturias, vid. art. 44.a) de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de normas reguladoras de la protección de menores. En La Rioja, vid. art. 63.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores.

¹⁸⁴ Vid. especialmente las *Directrices* n.ºs 20 a 22.

administrativa, como puede ser la regulación de la acreditación o habilitación que cabe conceder a determinadas entidades para que sus centros acojan a los menores sometidos a su guarda o la normativa que atañe al desarrollo de sus funciones de supervisión o inspección. Asimismo, parece claro que las Comunidades Autónomas han de poder ordenar u organizar los servicios y medios disponibles del modo que estimen más oportuno para procurar una debida atención, por lo que también podrán determinar los requisitos precisos para proceder a la asignación de menores a los recursos existentes.

Sin embargo, no cabe soslayar que el acogimiento, aunque sea residencial, es una forma de ejercicio de la guarda de los menores sujetos a su tutela o, valga la redundancia, a su mera guarda asistencial, tal y como expresa el art. 173 CC. Por este motivo, parece cuando menos dudoso que una Comunidad Autónoma pudiera incidir o modular el contenido de esa potestad que un precepto de naturaleza civil, como el art. 172 CC, le ha otorgado (salvo que tuviera competencia legislativa *ex art. 149.1.8.ª* CE). También puede resultar de problemática constitucionalidad una regulación que incidiera en los derechos fundamentales del menor, pues, amén de una posible inconstitucionalidad material, en ese caso una normativa dispersa no garantizaría las condiciones básicas en el ejercicio de tales derechos, tal y como el art. 149.1.1.ª CE pretende asegurar al atribuir su eventual regulación a la reserva competencial estatal¹⁸⁵.

Pues bien, las primeras sospechas acechan cuando se procede a dar lectura a algunos preceptos de algunas leyes autonómicas. Aun sin concretar y a pesar de los eufemismos utilizados, llama inmediatamente la atención el contenido del art. 87.6 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia de la CA de Castilla y León, así como el del art. 60.5 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la ado-

¹⁸⁵ La STC de 28 de junio de 2010 que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad n.º 8045-2006 planteado contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, al referirse a la impugnación del apartado 3 del art. 166 EAC (que atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, «en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso, la legislación penal»), por desconocer, a juicio de los recurrentes, las competencias del Estado *ex art. 149.1.1, 2, 5, 6 y 8*, sostiene, acogiendo la STC 234/2004, de 2 de diciembre, que «el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas (art. 149.1.6, 7 y 17 CE, entre otros)».

lescencia de la CF de Navarra. Ambos preceptos, de tenor idéntico, al regular el ejercicio de la guarda, y al margen de otras consideraciones —como la competencia legislativa autonómica en materia civil (inexistente en el caso de Castilla y León)—, admiten que se puedan imponer al menor *limitaciones o restricciones* sin precisar claramente la circunstancia fáctica que las puede justificar, el procedimiento o la autoridad que sería competente para acordarlas. Sin embargo, todo indica que cabe adoptar unas medidas que, según se dice, tienen naturaleza pedagógica, pero que al tiempo que constituyen limitaciones al menor, se han de decretar evitando lesionar sus derechos básicos; lo cual es tanto como admitir que, con una justificación educativa, cabe restringir de alguna forma tales derechos.

Si ya descendemos al examen de estas dos leyes autonómicas, la sospecha queda confirmada. En el caso de la CA de Castilla y León, el art. 96.7 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, admite que para los acogimientos residenciales de estos menores *conflictivos* pueden disponerse «*dispositivos especiales*» con una finalidad educativa en la forma que reglamentariamente se determine¹⁸⁶. Esos *dispositivos especiales* pueden llegar a consistir, de acuerdo con el art. 6.i) del D. 37/2004, de 1 de abril, que regula los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección, en los centros denominados de *educación especial*, en *medidas de contención y de restricción de la libertad personal*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Este precepto ha sido objeto de desarrollo por el art. 60 del D. 131/2003, de 13 de noviembre, que regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desamparo y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, para determinar en concreto qué circunstancias justifican esta intervención. Éstas son las siguientes: a) Que se trate de menores con expediente de protección. b) Que hayan cumplido 12 años. c) Que presenten graves problemas de socialización, inadaptación o desajuste social en grado tal que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves a sí mismos o a terceros, ya sean éstos los menores que con ellos convivan, las personas encargadas de su atención u otros. d) Que los dispositivos o recursos alternativos disponibles no resulten adecuados a sus necesidades o no permitan desplegar la intervención educativa prevista en el art. 96.7 de la Ley 14/2002. e) Que la intervención no pueda o no deba demorarse, so pena de que los riesgos descritos en la letra c) de este precepto puedan producirse con carácter inmediato. f) Que, cuando el menor tenga representante legal, conste el consentimiento expreso de éste para que la intervención se lleve a cabo.

¹⁸⁷ En idéntico sentido, vid art. 8.3 del D. 203/2000, de 28 de septiembre (modificado por el D. 42/2004, de 29 de abril), por el que se aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambra, que admite, en la Unidad para la Atención Inmediata en Régimen Especial, la adopción, en un ambiente de *seguridad*, de «*medidas de segregación, contención y restricción de su libertad personal*, dirigida a menores que presenten los problemas

En la CF de Navarra, la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, no contiene más concreciones respecto a esas *limitaciones al menor*, aunque llama la atención que, al regular el régimen de los centros de acogimiento residencial y precisar los derechos y deberes de los menores acogidos, se admita expresamente en el art. 95 que, ante el incumplimiento del régimen disciplinario de estos centros, se puedan acordar las mismas *medidas correctoras* que ha previsto la LO 5/2000, de 12 de enero, en su art. 60, para los menores infractores y que pueden consistir, por ejemplo, en la *privación de salidas* o en la separación del menor del grupo mediante su aislamiento en una habitación.

Debe observarse que la adopción de tales *medidas* debe decretarse a través de un procedimiento cuya concreción el art. 96 remite a una vía reglamentaria que todavía no se ha visto materializada¹⁸⁸ y en el que únicamente se garantiza al menor su derecho de audiencia (pero sólo si tiene más de 12 de años o tiene suficiente juicio), a aportar pruebas y a ser «asesorado por la persona que el centro designe» (lo cual, evidentemente, no asegura la imparcialidad del asesor y compromete su derecho de defensa). Las medidas deben ser comunicadas al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial, pero esta última comunicación sólo procederá en el supuesto de que el internamiento hubiera sido autorizado judicialmente —puntualización ésta que, evidentemente, permite colegir que podrán existir menores ingresados en cen-

descritos en el apartado número 3 del artículo tercero, *internados en virtud de resolución administrativa motivada comunicada al Ministerio Fiscal*» (la cursiva es mía).

Pero, es más, en su art. 18 *bis*, y a la hora de delimitar la intervención en la denominada *Unidad de Educación Especial*, se concretan medidas de seguridad y control que implican restricciones y aflicciones al derecho a la libertad personal del menor (para impedir que puedan los menores abandonar el centro) y a su intimidad, a través, por ejemplo, de medidas como «*la prohibición o limitación de la utilización o posesión de objetos de uso cotidiano, la ordenación y supervisión de la vida diaria y las limitaciones en las actividades en común, con carácter general o de forma individual, el control de las pertenencias personales o la separación del menor del grupo por el tiempo necesario para que adopte una actitud que permita la convivencia adecuada, tiempo durante el que permanecerá en su habitación o en su caso en otra de similares características adaptada y acondicionada para evitar daños para el menor*». «Cuando la separación del grupo se prolongue por un período de tiempo superior a veinticuatro horas deberá ser comunicado al Juzgado que autorizó el ingreso, acompañando informe motivado de las circunstancias que aconsejan dicha medida». De otra parte, se admite que los menores «*podrán ser corregidos razonable y moderadamente*, en los términos establecidos en el artículo 154 del Código Civil».

Y por lo que atañe a la intervención en la llamada *Unidad para la Atención Inmediata en Régimen Especial*, el art. 18 *ter* fija, entre otras, idénticas medidas en sus apartados c), d) y e).

¹⁸⁸ El DF 7/2009, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, no contiene ninguna previsión al respecto.

tros con un régimen disciplinario cuya aplicación puede afectar sus derechos básicos sin una autorización judicial previa y sin que el juez, en ningún caso, realice seguimiento alguno de ese acogimiento—. Por otro lado, llama la atención toda omisión de una posible comunicación de la decisión a los padres del menor, exigible aunque la entidad pública tuviera la tutela del niño (puesto que la suspensión de la patria potestad no comporta que se les exima del deber de velar por sus hijos —arg. *ex art.* 110 CC—). Por tanto, el principio de legalidad, los derechos a la presunción de inocencia, el de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva pueden verse seriamente comprometidos. Además, dicho procedimiento *disciplinario* no cumple las previsiones que sobre el particular exigen las reglas 66 a 70 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad¹⁸⁹. En esa medida, habría que postular la inconstitucionalidad material de una regulación semejante.

Tal y como puede intuirse, se verifica una disminución de las garantías jurídicas de los menores sujetos a una medida de protección internados en un centro residencial respecto a las que corresponden a los menores infractores ingresados en un centro para la ejecución de medidas, pues, al fin y al cabo, al menos, para estos últimos, queda asegurada la vigilancia judicial de la ejecución de las medidas impuestas (art. 44 LORPM) y, para el caso en que se ejercite la potestad sancionadora, el art. 60.7 LORPM reconoce al menor sancionado la posibilidad de presentar un recurso ante el director del establecimiento, quien, en el plazo de veinticuatro horas, debe remitir dicho escrito o testimonio al juez de menores, quien, oído el Ministerio Fiscal, debe dictar auto confirmando, modificando o anulando la sanción.

Ese mismo riesgo puede acechar, lógicamente, a aquellos menores *en conflicto social* cuya situación resulta asimilada de forma expresa en algunas leyes autonómicas —sin otra regulación más detallada—¹⁹⁰ a los menores infractores, según se examinó con anterioridad¹⁹¹.

¹⁸⁹ Especialmente el principio de legalidad, previsto en la regla 68 y la tutela del derecho de defensa, regulada en la regla 70.

¹⁹⁰ Recuérdese que esa equiparación resultaba manifiesta en el art. 78 de la Ley 12/2001, de la infancia y la adolescencia de la CA de Aragón. Vid. también art. 37 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia de la CA de Galicia. De igual modo, como se vio, esa asimilación resultaba implícita en el art. 67 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, reguladora de las garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la CA de Madrid y en los arts. 105 a 107 de la Ley 17/2006 de la CA de las Islas Baleares, integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia.

¹⁹¹ También resulta llamativa la regulación contenida en la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección de menores de la CA de Castilla-

Sin embargo, la regulación de los centros o unidades *de educación intensiva* que brinda el art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña, resulta mucho más clarificadora¹⁹². Evidentemente y de forma diáfana, esta normativa indica que el ingreso en estos centros puede provocar una restricción de la libertad personal sin delimitar de forma meridiana qué menores pueden ser ingresados en estos centros, quién decide el ingreso y de acuerdo con qué procedimiento. En todo caso, resulta claro que no parece exigirse una autorización judicial previa. También posibilita la utilización de medios de contención, pero, a diferencia del art. 59.2 LORPM, no define taxativamente los supuestos en que éstos van a resultar admisibles ni concreta, como hace el art. 55 RLORPM, quién es el órgano competente que ha de autorizar su utilización, si resulta o no necesaria la comu-

La Mancha, que, a la hora de regular la tipología de los centros en los que cabe desarrollar un acogimiento residencial, en su art. 59 distingue nítidamente entre unos *centros de carácter abierto* frente a otros *centros especializados* destinados a «menores que precisen de un programa de asistencia terapéutica y educativa *más controlado e intensivo*».

Idénticas o similares previsiones se contienen en el art. 112 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana. Este precepto, en su apartado 2, prevé la existencia de *centros o unidades de formación especial o terapéutica* donde desarrollar un acogimiento residencial de menores. Pues bien, con el fin de posibilitar su *función educativa*, estos centros pueden contar con *elementos constructivos de seguridad y contención* y pueden incorporar a sus normas internas de funcionamiento y convivencia, *medidas restrictivas de entrada y salida y de ordenación de medidas de control activas y pasivas*. Aunque la Ley guarde silencio al respecto, el art. 10.8 de la Orden de 17 de enero de 2008 de la Consejería de Bienestar Social aclara que los destinatarios de este acogimiento residencial tan específico son *menores con conductas inadaptadas o de alto riesgo*.

¹⁹² Según este precepto, estos centros tienen como objetivo ofrecer una respuesta educativa y asistencial a «*adolescentes que presentan alteraciones de conducta que requieren una educación intensiva*» (ap. 2). A tal fin, tales centros pueden incorporar en su configuración arquitectónica «*elementos constructivos de protección*» (ap. 1). Asimismo, para que se desarrollen programas individuales, «*pueden restringirse o suprimirse las salidas por un tiempo máximo de un mes*»; bastando una comunicación al Ministerio Fiscal en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a su adopción y sometiéndose la medida a una revisión administrativa semanal. Igualmente, en estos centros, de acuerdo con su apartado 4, pueden adoptarse *medidas de contención* —cuya concreta regulación se remite a la vía reglamentaria que habrá de velar porque se respeten los derechos de los menores—. Además, se prevé que ese futuro reglamento «debe limitar los usos de las salas y de las demás medidas de *contención y aislamiento físico* de los niños y los adolescentes en los centros de tipo terapéutico o de educación intensiva, para que se haga un uso limitado y extraordinario de las mismas para proteger al niño o al adolescente de sí mismo en episodios de violencia, y en ningún caso pueden utilizarse como medidas de sanción o corrección. El *suministro de psicofármacos* a los menores por parte del personal de los centros debe tener un seguimiento médico y en ningún caso puede convertirse en una *metodología de contención habitual*».

nicación al juez o si éste va a poder desplegar alguna vigilancia en su desarrollo. Tampoco resulta aclarado cuáles son los medios de contención que pueden ser utilizados¹⁹³ ni su misma excepcionalidad. En definitiva, no resulta respetada ninguna de las garantías que prevé la regla 64 de las *Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad*¹⁹⁴ ni, por supuesto, el principio de legalidad que nuestra Constitución garantiza (art. 25.1 CE) y todos los demás principios constitucionales con él conectados. En esa medida, habría que postular también su inconstitucionalidad material.

Igualmente, en esta regulación resulta un tanto sorprendente la referencia que se realiza a un posible tratamiento con psicofármacos. Evidentemente, su administración nunca puede utilizarse como un medio de contención. Así lo prohíbe tajantemente en el ámbito de los menores privados de libertad la regla 55 de las Reglas antes citadas, por lo que tampoco es admitido como tal en el art. 55.2 RLOPM. Pero, además, dicho suministro farmacológico, de ser necesario según criterio médico, al constituir una clara afectación a la integridad física y psíquica del menor y, por tanto, a su salud, habría de respetar las exigencias previstas en la Ley 41/2002 y, en el ámbito catalán, las establecidas tanto en los arts. 212-1 y 212-2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, como en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de derechos concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica.

Una normativa sumamente detallada de estos acogimientos residenciales ofrece la legislación autonómica del País Vasco. Ciertamente, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia, se limita, en su art. 78.2, a remitir a una futura norma reglamentaria la regulación de los requisitos y características de los centros residenciales, pero, ya como directriz, exige que ésta ha de precisar «las características que deberán reunir los centros, *en términos de recursos educativos, terapéuticos o de seguridad*, en aquellos casos en los que deban atender a personas menores de edad que presenten *conductas particularmente disruptivas que supongan un riesgo evidente de daños o de perjuicios graves a sí mismos o a terceros*». Pues bien, el D. 131/2008, de 8 de julio, que regula los recursos de acogimiento

¹⁹³ El art. 55.2 RLOPM únicamente admite: a) la contención física personal; b) las defensas de goma; c) la sujeción mecánica; d) el aislamiento provisional.

¹⁹⁴ Adoptadas por la Asamblea General mediante la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social, detalla con minuciosidad los programas *especializados* a desarrollar con estos menores¹⁹⁵ (art. 4.2.2) en los que pueden resultar seriamente comprometidos derechos básicos del menor¹⁹⁶.

3.2. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de legalidad*

A la vista de esta exhaustiva regulación reglamentaria y dejando de lado algunas otras cuestiones que se analizarán más adelante, cabe interrogarse, dada la parquedad de la Ley habilitante, hasta qué punto cabe que sea una norma de rango reglamentario quien pueda autorizar la adopción de semejantes medidas aflictivas de los derechos de los menores en el desarrollo de un acogimiento residencial. Idénticas objeciones merece la regulación prevista en la CA del Principado de Asturias¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Su art. 1.3 explicita su ámbito de aplicación, aclarando que del mismo queda excluida la atención a los menores sujetos a medidas judiciales que consistan en un internamiento [arts. 7.1.a), b), c) y d) LORPM] o en la medida de convivencia con un grupo educativo en los términos previstos por el art. 7.1.j) LORPM. En cambio, queda incluida la atención residencial de menores que, siendo objeto de una medida de prohibición de acercamiento o de comunicación con alguno de los miembros de su familia [art. 7.1.i) LORPM], se vieran, como consecuencia de la misma, en una situación de desprotección.

¹⁹⁶ Así, se prevé, de una parte, un programa de atención a adolescentes *con problemas de conducta* y, de otra, un programa denominado de *apoyo intensivo a adolescentes con graves problemas de conducta de entre 13 y 18 años*. Asimismo, el art. 5 regula también la asignación de menores a estos centros, entendiendo que este recurso debe reputarse como la última alternativa aplicable para atender sus necesidades. Pero es a la entidad pública a quien corresponde la elección de estos programas (art. 7), si bien se exige notificación expresa al Ministerio Fiscal (art. 5.3) y se prevé una duración máxima de dicho internamiento (dieciocho meses) prorrogable mediante resolución motivada (art. 5.3). De otra parte, al regularse el contenido de esos *programas*, se prevén ya expresamente ciertas restricciones de los derechos de los menores, como su derecho a la intimidad, al permitir el art. 15.i) en este tipo de acogimientos tanto *registros en sus enseres* cuanto *registros personales* que únicamente deben ser comunicados a la entidad pública. Asimismo, su art. 96 describe las conductas que los reglamentos de régimen interno pueden tipificar para dar lugar a *medidas correctoras educativas* que se describen en el art. 97 y que se pueden adoptar mediante el procedimiento previsto en el art. 98 —que, como regla general, autoriza a que éstas sean acordadas por la dirección del centro o por sus trabajadores—, incluyendo entre ellas *la separación del grupo*. También se autoriza la posibilidad de que se impongan a los menores residentes *medidas de contención* que el personal del centro puede decretar, previa autorización de la dirección, en idénticos supuestos a los previstos en el art. 55 RLORPM y que pueden consistir en la *inmovilización física personal* (art. 100) y en el *aislamiento* (art. 99) —medida esta última que implica la estancia del menor en una habitación *ad hoc* «de la que se impida su salida» (art. 101)—.

¹⁹⁷ En efecto, a salvo de la escueta habilitación que concede el art. 66 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de normas reguladoras de la protección de menores, para que un

Y, evidentemente, las mismas consideraciones resultan extrapolables a todas aquellas leyes autonómicas que, tal y como se ha visto, han diferido a posteriores reglamentos la regulación detallada del régimen jurídico de estos peculiares centros, admitiendo genéricamente una posible restricción de tales derechos fundamentales¹⁹⁸.

Evidentemente, si tales medidas las pudiéramos reputar como sanciones cabría reconducir el problema al ámbito del art. 25.1 CE. Recuérdese que el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que el principio de legalidad contenido en este precepto resulta aplicable en el

reglamento delimite el contenido de los reglamentos de régimen interior de los centros de alojamiento de menores, lo cierto es que en la reglamentación prevista en el D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores, de nuevo se incide tanto en la admisión de medidas restrictivas de la libertad personal cuanto de medidas denominadas de «protección» o contención. Así, el art. 8 admite la *corrección* del menor en los supuestos en que éste incumpla algunos de los deberes establecidos en el art. 3, en el reglamento de régimen interior del centro o «elementales normas de conducta imprescindibles para la convivencia» (por tanto, además de no determinarse esas conductas típicas, tampoco se describen las medidas a adoptar ni el procedimiento o la autoridad o persona que las puede adoptar). Pues bien, y por lo que atañe a los menores que son objeto del presente estudio, el art. 9.1 prevé la existencia de *unidades de alojamiento de menores de régimen especial* previstas para «la atención a menores que hayan cumplido doce años y que, debido a su conducta reiterada y gravemente disruptiva o antisocial y contraria a normas básicas de convivencia, pongan en serio riesgo su desarrollo integral o su salud e imposibiliten la atención adecuada a sus compañeros de alojamiento». En particular, el mismo art. 9, pero en su apartado 2, permite que los proyectos socioeducativos de cada centro contemplen la existencia de «medidas de contención y de restricción de la libertad personal de los menores usuarios de los mismos tendentes a hacer viable la intervención educativa con los mismos». Pues bien, para el ingreso en tales centros basta una resolución administrativa que ha de ser notificada al menor, al Ministerio Fiscal y a los «demás interesados» (art. 10). Por su parte, ya el art. 12 regula detalladamente y con este epígrafe las «restricciones a la libertad personal de los menores alojados en unidades de régimen especial», limitaciones acordadas por la dirección del centro por las que se puede prohibir la salida del menor del mismo en los siete días siguientes a su ingreso, aunque, posteriormente, también cabe restringir tales salidas mediante una resolución administrativa. Además, y como medida de corrección específica para estos menores, cabe la posibilidad de adoptar la *medida de separación del grupo* consistente, según el art. 13, en que el menor permanezca solo en su habitación o en otra habitación específica construida y amueblada con material antivandálico (art. 13). Ese aislamiento puede prolongarse hasta un máximo de veinticuatro horas. La única garantía establecida consiste en comunicar al Ministerio Fiscal su adopción cuando su duración supere las cuatro horas.

¹⁹⁸ Tal y como se examinó con anterioridad, éste era el caso de Castilla y León (art. 96.7 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia); de Navarra (arts. 60.5, 95 y 96 de la LF 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia); de Castilla-La Mancha (art. 59 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, de normas reguladoras en materia de protección de menores) y de Cataluña (art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia).

ámbito del Derecho administrativo sancionador¹⁹⁹. Este principio impone la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes²⁰⁰, así como la exigencia de la existencia de una norma de adecuado rango que el intérprete constitucional ha identificado con la ley formal, lo que imposibilita la remisión al reglamento²⁰¹. Ciertamente, esta garantía formal ha sido objeto de una menor exigencia tratándose de las situaciones de *especial sujeción* —en la que cabría reputar incluidos a los menores acogidos—, pero incluso en dicho ámbito no resulta admisible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley²⁰². En consecuencia, la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y la precisión de los tipos de infracciones previamente establecidas por la ley²⁰³. Por eso mismo, la pura remisión a reglamentos, sin más acotaciones que alguna referencia genérica, dificulta de tal manera el conocimiento de lo prohibido que «permite afirmar ya que desde la norma de remisión no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del art. 25.1 CE»²⁰⁴. Por eso mismo cabría postular, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad material de los preceptos de las leyes autonómicas que remiten a la vía reglamentaria la concreción de medidas aflictivas de los derechos del menor (disfrazadas de corrección educativa) que cabe imponer en el desarrollo de estos acogimientos residenciales por inobservancia de dicho precepto constitucional y, en cualquier caso, la ilegalidad del reglamento correspondiente.

De otra parte, y dado que algunas de las conductas descritas para dar lugar a la imposición a una medida correctora educativa, como es el caso previsto en el art. 96 del D. 131/2008, de 8 de julio, del País Vasco, por ejemplo, podrían ser constitutivas de una infracción penal

¹⁹⁹ Vid., por ejemplo, entre otras muchas, SSTC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77); 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61); 242/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 242); 162/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 162); 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 81).

²⁰⁰ Vid., entre otras, SSTC 242/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 242); 162/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 162); 181/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 181) y 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 81).

²⁰¹ Vid., entre otras muchas, SSTC 29/1989, de 6 de febrero (RTC 1989, 29); 69/1989, de 20 de abril (RTC 1989, 69); 150/1989, de 25 de septiembre (RTC 1989, 150); 219/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 219); 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61).

²⁰² Vid., así, SSTC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987, 2); 3/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 3); 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61).

²⁰³ STC 242/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 242).

²⁰⁴ STC 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 81).

(vgr., en ese precepto entre las conductas muy graves se mencionan: «agredir, amenazar o coaccionar a cualquier persona» o la sustracción de objetos), y en función de que, además, algunas conductas pueden vulnerar las mismas normas de convivencia del centro, cabría preguntarse hasta qué punto no se podría también infringir el principio *non bis in idem*²⁰⁵. Asimismo, también habría que valorar, en relación con menores, la posibilidad de aplicar un régimen disciplinario a personas que acaso no tengan la aptitud de comprender el alcance de lo ilícito²⁰⁶.

Resulta evidente que las respuestas a estos interrogantes dependerán en gran medida de la previa contestación a la pregunta de si tales medidas pueden ser reputadas como *sanciones*. No obstante, aunque no quepa atribuirles estrictamente esta naturaleza, no hay que obviar que, en definitiva, las mismas implican la imposición de un mal como consecuencia de la realización de una conducta prohibida, ya se trate del comportamiento que al efecto se hubiera previsto en los reglamentos de régimen interno, ya se trate de la misma *peligrosidad* que justifica que la guarda del menor se realice bajo un régimen jurídico que compromete sus derechos básicos. En consecuencia, esas *medidas afflictivas de derechos fundamentales* que hoy no cabe entender fundadas en un eventual derecho de corrección ejercido por los guardadores del menor no pueden quedar sustraídas al cumplimiento del principio de legalidad y a la observancia de todos los demás principios con él conectados²⁰⁷.

²⁰⁵ Principio que deriva del mismo art. 25.1 CE. Últimamente, vid. STC 91/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 91).

Ahora bien, comoquiera que, según el TC (vid., por ejemplo, SSTC 154/1990, de 15 de octubre —RTC 1990, 154—; 234/1991, de 16 de diciembre —RTC 1991, 234—; 270/1994, de 17 de octubre —RTC 1994, 270—; 204/1996, de 16 de diciembre —RTC 1996, 204— y ATC 197/2009, de 20 de junio), este principio sólo veda la imposición de una dualidad de sanciones cuando se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento, podría defenderse que una misma conducta pudiera dar lugar a dos consecuencias distintas, una propiamente sancionadora y otra educativa.

Ésta es la tesis que se defiende para justificar la inexistencia de una vulneración del art. 25.1 CE en el ámbito de la ejecución de medidas judiciales a menores infractores en lo que concierne a la aplicación del art. 30 RLORPM; diferenciándose las *correcciones educativas* de las sanciones propiamente dichas. Vid., así, MONTERO HERNANZ, T., *La justicia juvenil...*, págs. 248 y ss.

²⁰⁶ Téngase en cuenta que, de acuerdo con el art. 59.3 RLORPM, en los centros terapéuticos no rige el régimen disciplinario para los menores que, como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción, no puedan «comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado».

²⁰⁷ En ese sentido, vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Peligrosidad...*, pág. 20.

Es necesario recordar que el ingreso de una persona en un centro sujeto a una relación de *sujeción especial* no implica en modo alguno que quede despojada de la titularidad de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce²⁰⁸. Tampoco éste es un ámbito en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa que le permita ejercitar un «poder normativo carente de habilitación legal»²⁰⁹. Por tanto y precisamente dadas las limitaciones derivadas de esa sujeción, éstas deberían, en todo caso, ser perfectamente reguladas en una norma de rango legal. Asimismo, el ejercicio de dichas restricciones debería poder ser fiscalizado por la autoridad judicial, como así sucede en el ámbito penitenciario (art. 51 LOGP) o en el de la responsabilidad penal de los menores (art. 44 LORPM).

De otra parte, tampoco cabe desconocer que, conforme a la doctrina del TC²¹⁰, las Comunidades Autónomas, aunque pueden elaborar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, deben acomodar las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales previstas en el art. 25.1; no pudiendo introducir «divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» del Estado (art. 149.1.1.ª CE). En consecuencia, ha entendido el máximo intérprete constitucional que la regulación que aquéllas lleguen a materializar estará limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal²¹¹, al igual que el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al «administrativo común», cuya configuración compete al Estado (art. 149.1.18.ª CE).

De todo lo anteriormente expuesto cabe colegir que para este tipo de menores con problemas de conducta social se han previsto unos acogimientos residenciales sumamente específicos en los que, bajo el criterio de la necesidad de someter al menor a un proyecto *educativo*

²⁰⁸ Vid., entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120); 137/1990, de 19 de junio (RTC 1990, 137); 129/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 129) y 141/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 141). Asimismo, vid. AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles...*, pág. 97.

²⁰⁹ Vid., por ejemplo, SSTC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987, 2); 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61); 26/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 26); 229/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 229); 162/2008, de 15 de diciembre (RTC 2008, 162); 81/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 81).

²¹⁰ Vid., por ejemplo, SSTC 87/1985, de 16 de julio (RTC 1985, 87); 48/1988, de 22 de marzo (RTC 1988, 48); 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227); 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102); 96/1996, de 30 de mayo (RTC 1996, 96); 196/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996, 196); 124/2003, de 19 de junio (RTC 2003, 124); STC 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004, 157); 100/2005, de 20 de abril (RTC 2005, 100).

²¹¹ STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988, 227).

intenso, terapéutico o socializador, el niño o el adolescente queda ingresado en un centro del que, como se ha visto, no puede salir libremente; quedando sometido a un específico régimen disciplinario o cuasi-disciplinario que puede dar lugar a medidas que pueden vulnerar no sólo su libertad personal²¹², sino también su derecho a la integridad física y moral, e incluso a su intimidad²¹³, sin que, correlativamente, se respeten las más elementales garantías jurídicas.

3.3. *Medidas restrictivas de la libertad personal: vigilancia educativa y legalidad*

3.3.1. *Planteamiento de la cuestión*

El art. 17 CE garantiza el derecho de toda persona (también un menor, aunque haya desarrollado *conductas disruptivas o disociales*) a su libertad y a no ser privada de ella, salvo en los casos y en la forma previstos por la ley. Por su parte, el art. 25.3 CE impide a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen una privación de libertad. Pues bien, dado que el art. 10.2 CE establece que los derechos y las libertades fundamentales que la Constitución reconoce se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español en las mismas materias, quizá convenga recurrir a dichos textos para profundizar en el análisis de esta problemática.

Aunque estrictamente no revista este carácter, quizá pueda servir de guía de orientación o como punto de partida en la materia la definición contenida en las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General [regla 11.b)]: «por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el *internamiento en un estableci-*

²¹² Curiosamente, el apartado 4 del art. 12 del D. 48/2003, de 5 de junio, de la CA de Asturias dispone lo siguiente: «4. En ningún caso las condiciones de los menores usuarios de las unidades de alojamiento de menores en régimen especial serán más restrictivas y negativas que las de los menores internos en centros de responsabilidad penal de menores destinados al cumplimiento de medidas privativas de libertad» (luego, pueden ser iguales o equivalentes).

²¹³ En relación al derecho a la intimidad de los internos de establecimientos penitenciarios, téngase en cuenta, salvando las distancias, la STC 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57). Vid. también, STC 196/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 196); STEDH de 6 de julio de 2006 (JUR 2006, 219160) — asunto *Salah contra los Países Bajos*—.

miento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública».

Ya se ha examinado que, aunque no de forma absolutamente explícita, la regulación autonómica incide en aspectos que pueden resultar indicativos de la existencia en ciertos centros de acogimiento residencial de una privación de la libertad personal de los menores acogidos. Desde el momento en que, por ejemplo, ya se nos indica que estos centros pueden incorporar «elementos constructivos de *seguridad y contención*»²¹⁴, se nos está ofreciendo la idea de que, puesto que tales componentes existen, los menores pueden ser obligados a permanecer en los mismos (así como que tales edificios o centros ya no pueden reputarse como simples alojamientos alternativos a un hogar familiar). Asimismo, como ya se vio, en algunos casos expresamente se autoriza la aplicación de *medidas restrictivas de libertad* y, en otros, directamente se permite «*la supresión de salidas*»²¹⁵. En consecuencia, entiendo que debe parecer meridiano que el ingreso del menor en uno de tales centros comporta una clara limitación de su libertad de movimientos²¹⁶.

Por su parte, el tenor del art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos parece autorizar, cuando se trata de menores, ciertas priva-

²¹⁴ Vid. art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la CA de Cataluña; art. 112 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana.

²¹⁵ Vid., en Castilla y León, art. 6.i) del D. 131/2003, de 13 de noviembre, que regula la acción de protección de los menores de edad en situación de riesgo o de desaparición y los procedimientos para la adopción y ejecución de las medidas y actuaciones para llevarla a cabo, así como el art. 8.3 del D. 203/2000, de 28 de septiembre (modificado por el D. 42/2004, de 29 de abril), por el que se aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambrana. En Cataluña, vid. art. 133 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de normas reguladoras de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. En la Comunidad Valenciana, vid. art. 112 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia. En el País Vasco, vid. arts. 15 y 97 a 101 del D. 131/2008, de 8 de julio, por el que se regulan los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social. En Asturias, vid. arts. 9.2, 12 y 13 del D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores.

²¹⁶ Recuérdese que el TC considera que la libertad protegida en el art. 17 CE es la libertad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio —RTC 1990, 120— y 132/1990, de 19 de julio —RTC 1990, 132—). Por su parte, éste es el criterio que se desprendía en la Consulta 2/1993, de 15 de octubre, de la Fiscalía General del Estado respecto a la interpretación del art. 211 CC: internar es sinónimo de recluir, y recluir equivale a «ingresar a alguien en un sitio en donde esté privado de libertad de movimientos». En consecuencia, se entendía que «lugares idóneos para el internamiento serán todos aquellos centros de régimen cerrado o que no permiten el libre movimiento de los internos, en los que se cumplen medidas asistenciales, sanitarias y educativas».

ciones o restricciones de su libertad personal cuando las mismas hubiesen sido dictadas en virtud de una *orden legalmente acordada* que persiga «*vigilar su educación*»²¹⁷. Por tanto, dos son los requisitos exigidos: *legalidad* de la privación y *finalidad educativa* de la misma. Conviene, pues, analizar estos dos requisitos por separado.

3.3.2. *Vigilancia educativa y derecho de corrección. Pedagogía y sanción*

Ciertamente, son pocas las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hayan incidido en la interpretación de este apartado del art. 5. No obstante, en el supuesto contemplado por la STEDH de 28 de noviembre de 1988 (TEDH 1988, 24) —asunto *Nielsen contra Dinamarca*—, el demandante alegaba la vulneración de ese art. 5 del Convenio por cuanto que había sido ingresado en el departamento de psiquiatría infantil de un hospital por decisión de su madre; a la sazón, titular de la patria potestad. El Tribunal tuvo en cuenta que esa hospitalización no había supuesto una privación estricta de la libertad del interesado, en la medida en que el menor había dispuesto de la misma libertad de movimientos que cualquier otro niño ingresado en otras unidades del mismo centro sanitario y porque las «condiciones del pabellón eran lo más similares a un hogar»²¹⁸. De otra parte, estimó que el art. 5 del Convenio no resultaba aplicable, ya que este precepto sólo afecta a las privaciones de la libertad decretadas por los órganos estatales, pero no a las restricciones de libertad adoptadas por una madre en ejercicio de una potestad que le correspondía ejercitar en interés de éste.

Evidentemente, puede discutirse esta decisión pues también, como ha venido entendiendo el mismo TEDH, la diferencia entre privación y mera restricción de libertad «es una cuestión de grado o intensidad, y no de naturaleza o sustancia»²¹⁹. Ahora bien, esta interpretación parece su-

²¹⁷ Este precepto reconoce que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos previstos en el mismo convenio y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley». Ahora bien, en su apartado d) se regula uno de esos supuestos excepcionales: «si se trata de la privación de libertad 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».

²¹⁸ Cfr., asimismo, STEDH de 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 9) —asunto *H.M. contra Suiza*—.

²¹⁹ SSTEDH de 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985, 7) —asunto *Ashingdane contra Reino Unido*— y 26 de febrero de 2002 (TEDH 2002, 9) —asunto *H.M. contra Suiza*—.

gerir una cierta admisibilidad de restricciones de la libertad de los menores cuando éstas han sido acordadas por quien tiene la potestad de guarda, siempre que esa decisión pueda reputarse como una medida idónea que satisface plenamente la educación y, por tanto, el interés del menor.

Es más, parece subyacer la idea de que, en el fondo, todo menor, por su condición de tal, puede sufrir limitaciones de mayor o de menor intensidad, incluso en su derecho a la libertad personal, precisamente por estar sujeto a una potestad. Correlativamente, los titulares de esa potestad, que la deben ejercitar en su interés, pueden acordar una restricción de su libertad siempre y cuando esta decisión se funde en su beneficio; decidiendo, por ejemplo, porque así entienden que mejor se atiende su bienestar, su ingreso en un internado *educativo* o, como era el caso, en un centro sanitario.

La doctrina civil ha venido admitiendo que los padres, temporalmente y en interés del hijo, puedan, por ejemplo, internarle con una finalidad educativa, sanitaria o de otro tipo²²⁰, siempre que ello no implique una dejación de las funciones inherentes a la patria potestad (velar por él o tenerle en su compañía). Por otra parte, no conviene olvidar que postulados constitucionales, como el art. 27.3 CE, permiten a los padres optar por la educación que deseen para sus hijos, aunque siempre con el límite del propio orden público constitucional²²¹. Incluso así parece darlo a entender el art. 236-17 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al admitir que los progenitores, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que sus hijos residan en un lugar diferente al domicilio familiar. Por su parte, también el tutor (e incluso los acogedores *ex art.* 173.1 CC) está obligado a proveer la educación del menor (arts. 269 y 173 CC) y, en cumplimiento de esta obligación, también podría acordar restringir su libertad personal mediante su ingreso en un centro educativo²²² *ordinario*.

²²⁰ Sobre esta problemática, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los arts. 154 a 161 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1050; DíEZ-PICAZO, L., «La reforma del CC en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, págs. 3 y ss.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentarios a los arts. 154 a 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III, vol. 2.º, Ed. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 87-88 y 113.

²²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario...», pág. 1053.

²²² En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, el art. 222-39.2, a diferencia del Código Civil, impone al tutor el deber de convivir con el pupilo que sea menor. No obstante, admite que la autoridad judicial, si existe motivo suficiente, pueda autorizar que resida en un lugar diferente.

Por tanto, teniendo en cuenta este punto de vista doctrinal, podríamos quizá sostener que, cuando una entidad pública acuerda el acogimiento residencial de un menor que implica una restricción o privación de su libertad personal, no está sino adoptando una decisión justificada en ejercicio de la potestad de guarda de la que es titular, por lo que, si así procediera, estaría adoptando la decisión que en su criterio mejor se acomoda al cumplimiento de su deber de procurar la educación y, en definitiva, el bienestar del menor.

La STEDH de 16 de mayo de 2002 (TEDH 2002, 26) —asunto *D.G. contra Irlanda*— contempló un supuesto en que una autoridad judicial consideró que un menor de edad aquejado de un serio desorden de personalidad (aunque no mentalmente enfermo), y puesto que representaba *un peligro para sí mismo y para los demás*, fuera recluido en una unidad de seguridad donde pudiera ser atendido. Dada la inexistencia de un centro público adecuado, el juez acordó su ingreso en una institución penal²²³ con ciertas condiciones: el menor debía quedar sujeto a la disciplina normal de dicha institución, pero debía recibir un tratamiento psiquiátrico completo. En este caso, el TEDH consideró que el menor sí había sido privado de su libertad. A la hora de interpretar este apartado d) del art. 5.1, estimó que este precepto exige que esa privación, además de ser legal, sea acordada con el fin de *ejercer una vigilancia educativa*. A su entender, la expresión «vigilancia educativa» no debe equiparse rígidamente a la noción de una enseñanza en las aulas, pues en el contexto de un menor bajo la tutela de la autoridad pública la supervisión educativa debe abarcar muchos de los aspectos que contiene el ejercicio de los derechos paternos. En el caso, puesto que el centro era una institución penal y se había sometido al menor a su régimen disciplinario, la medida no cumplía, en el parecer del Tribunal, con esa «vigilancia educativa». Y es que, a este respecto, tampoco cabe obviar que, en cualquier caso, debe existir un «cierto vínculo entre, por un lado, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, por otro, el lugar y el régimen de internamiento»²²⁴.

²²³ En esa sentencia se formula un serio reproche al Estado. A juicio del TEDH, «si el Estado irlandés elige un sistema constitucional de vigilancia educativa puesto en marcha a través de mandatos de los tribunales para hacer frente a la delincuencia, tiene también como obligación el poner en marcha las instalaciones institucionales adecuadas para poder cumplir así con las exigencias del art. 5.1.d)».

²²⁴ Por este motivo, «la detención» de un enfermo mental sólo será regular, a juicio del TEDH, si se realiza en un hospital, una clínica o en otro establecimiento apropiado. Vid. SSTEDH de 30 de julio de 1997 (TEDH 1998, 32) —asunto *Aerts contra Bélgica*— y 16 de mayo de 2002 (TEDH 2002, 26) —asunto *D.G. contra Irlanda*—.

En esa línea de pensamiento, quizá podamos incluso entender que no existe una conculcación del art. 25.3 CE. Este precepto prohíbe a la Administración imponer *sanciones* que impliquen una privación de libertad. Pues bien, resulta posible interpretar entonces que, cuando una entidad pública acuerda el acogimiento residencial de un menor en un centro *educativo*, aunque éste sea especial y con un particular régimen jurídico, no está imponiendo ninguna sanción en rigor al menor, sino adoptando una decisión que procura su educación²²⁵.

Precisamente, la naturaleza —sancionatoria, penal o no— de las medidas previstas en el art. 7 LORPM ha sido objeto de una abigarrada discusión por parte de la doctrina penalista²²⁶. No obstante, el mismo legislador admite expresamente, en su Exposición de Motivos, la naturaleza *sancionadora* de la Ley Orgánica, en cuanto que las medidas a adoptar suponen una reacción jurídica frente a la comisión de hechos ilícitos penales por el menor infractor, aunque aquéllas cumplan una *finalidad esencialmente educativa*. Además, siempre cabe entender que si la educación o la reeducación fuera el último objetivo de tales medidas, para el menor, «no podría darse algo mejor que ser aprehendido por las “sanciones” educativas de una ley penal de menores»²²⁷.

Mutandis mutandi, quizá pudiéramos defender que el tipo de acogimientos residenciales que algunos legisladores autonómicos han previsto constituyen una reacción jurídica frente a *la peligrosidad* manifestada en el desarrollo de unas conductas disruptivas o disociales por parte del menor que permitirían la aplicación, con misión terapéutica,

²²⁵ En opinión de MARÍN LÓPEZ, J. J. (*DPyC*, 13, 1999, pág. 203, n. 23), literalmente interpretado el art. 25.3 CE, resultan admisibles las privaciones de libertad decretadas por la Administración que no sean sanciones.

²²⁶ Vid. así, por ejemplo, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «La impropriadamente denominada eximente de minoría de edad...», pág. 141, n. 19; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. (dir.), *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 21 y 118-119; MAPPELLI CAFFARENA, B., «Las recientes reformas de la Ley de responsabilidad penal del menor», en *Actas del Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales*, I, Sevilla, 2008, pág. 338; MORILLAS CUEVAS, L./CRUZ BLANCA, M. J., «Del menor delincuente y de las medidas a aplicar», págs. 212 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., «La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, 2000-IV, pág. 6; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Ley de responsabilidad penal de los menores*, Madrid, 2001, págs. 52-53; GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Actualidad Penal*, 2001, págs. 163-166; PÉREZ MACHÍO, A. I., *El tratamiento...*, págs. 145-146; SIMONS VALLEJO, R., «Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor», *La Ley*, 2002-II, pág. 27.

²²⁷ ALBRECHT, P., *El derecho penal de menores*, Barcelona, 1990, págs. 95 y 108.

de medidas aflictivas de sus derechos. Por tanto, pudiera afirmarse que, si bien encierran un matiz de reproche hacia ciertos comportamientos, su finalidad es esencialmente *educativa*, en cuanto que pretenden *corregir* la conducta social del menor. Sin embargo, aunque la finalidad sea *pedagógica*, puesto que la reacción jurídica provoca la restricción de algunos derechos básicos del niño, su naturaleza le acerca ya a una verdadera sanción.

No está de más recordar que a los titulares de la patria potestad o de la tutela no les está permitido *corregir* la conducta de sus hijos o pupilos²²⁸. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, procedió a modificar los arts. 154 y 268 CC con el objeto, según explicita su Exposición de Motivos, de dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que había mostrado su preocupación por la eventualidad de que la facultad de corrección moderada pudiera contravenir el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Pues bien, si padres o tutores, obligados a proveer la educación del menor, no pueden corregir sus conductas siquiera moderadamente, tampoco podrán hacerlo las entidades públicas, aunque tengan la potestad de guarda. Por eso mismo, en el régimen de estos centros ya no podrá justificarse la aplicación de unas medidas coercitivo-educativas en un eventual derecho de corrección ni podrá fundarse en él la misma existencia de estos acogimientos residenciales, pues este derecho, simplemente, ya no existe en nuestro ordenamiento para los titulares de una potestad de guarda. En consecuencia, disgregada la corrección de la educación, toda medida *de corrección* pasa ya a convertirse en una *sanción* en sentido estricto; lo que coincide ya con su significado gramatical pues, en definitiva, toda *corrección* no es sino la «reprensión o censura de un delito, de una falta o de un defecto». Por eso mismo, se puede pensar perfectamente que estos acogimientos no justifican una privación o una restricción de la libertad personal del menor, puesto que su fin no es la vigilancia educativa, tal y como exige el Tribunal de Estrasburgo. En esa medida, habría que reputarles contrarios al art. 17 CE.

Tal y como se ha tenido la oportunidad de analizar anteriormente, el régimen jurídico al que se somete al menor en conflicto social cuando es ingresado en un centro específico para desarrollar su acogimien-

²²⁸ Sin embargo, ese derecho de corrección se mantiene en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (arts. 222-36.2 y 236-17.4).

to residencial en poco o en nada difiere del que resulta aplicable al menor infractor. De este forma también, aunque quepa admitir que la medida tiene una finalidad *esencialmente* educativa, no deja de adquirir ciertos matices represivos, precisamente porque las medidas *correctivas* ya sólo pueden reputarse como sanciones, al haberse entendido por el legislador ordinario que la educación ya no comprende la *corrección*.

De otra parte, a nadie se le oculta que si unos padres aplicaran a sus hijos algunas de las medidas restrictivas que se prevén en la normativa autonómica para el menor en conflicto social, tales como la utilización de medidas de contención, el encierro del menor en una habitación, etc., incluso las mismas entidades públicas reaccionarían declarando su desamparo²²⁹, precisamente bajo el entendimiento de que la educación no justifica tales «castigos»²³⁰.

Al margen de estas consideraciones, debe también recordarse que el Código Civil (art. 271.1) diferencia claramente entre lo que deben ser centros e instituciones de *educación ordinaria*²³¹ y los que constituyen *centros o instituciones de educación especial*, en cuanto que sólo para el ingreso en estos últimos se exige al tutor la previa autorización judicial²³². Al igual que se exige en el art. 763 LEC cuando se trate del internamiento involuntario de una persona en un centro de salud mental por razón de su trastorno psíquico²³³. En consecuencia,

²²⁹ Vid., a título de ejemplo, las circunstancias que justifican una declaración de desamparo en la SAP de Navarra de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005, 87551) relativas a los castigos infringidos a un niño por su padre, consistentes, por ejemplo, en el encierro del menor en una habitación durante varias horas.

²³⁰ Vid. AAP de Ciudad Real de 15 de mayo de 2009 (JUR 2009, 268732) en el que se confirma la medida cautelar de alejamiento de unos padres respecto a su hija menor, a la que también se declara en desamparo, en atención a los castigos recibidos (agresiones con una zapatilla y con una cadena, inmovilizaciones, etc.).

²³¹ Por este motivo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *ADC*, vol. 37, n.º 4, 1984, pág. 957) entendía que el art. 211 CC no resultaba aplicable a los internamientos *con mera finalidad pedagógica normal*.

²³² También exige esa previa autorización judicial para internar al menor en un centro o en una institución de educación especial el art. 222-37 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Igualmente, vid. art. 33 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón.

Idéntica exigencia se requeriría también a los titulares de la patria potestad pues, atendiendo a la *ratio* de esa autorización, no se ve la razón por la que pudiera discriminarse a los menores sujetos a patria potestad frente a los sometidos a tutela.

²³³ Precisamente, el ámbito de aplicación de este precepto ha sido objeto de debate. Como señala SANTOS MORÓN, M. J. (*El supuesto de hecho del internamiento invo-*

todo ingreso de un menor en un centro que implique una privación de su libertad personal debe ser previamente autorizado por la autoridad judicial a través del procedimiento previsto en este precepto adjetivo; autorización previa que, en mi opinión, no cabría eludir, pues, atendiendo a su finalidad estrictamente *educativa*, resultaría de casi imposible suposición el que se planteara ninguna situación de urgencia.

3.3.3. *La legalidad del internamiento*

Tal y como se ha examinado anteriormente, los acogimientos residenciales específicamente destinados a menores con conductas disociales o disruptivas son configurados por las distintas normas autonómicas como especiales formas de ejercicio de la guarda que tienen por fin procurar un tipo de atención educativa *intensa, terapéutica o resocializadora*. En definitiva, un tipo de intervención *especial* tan particular que precisamente justifica ciertas restricciones o limitaciones al menor que claramente excede de lo que puede concebirse como una mera atención pedagógica normal u ordinaria. Es más, si atendemos a los términos en que se expresan los legisladores autonómicos, la razón de ser de estos específicos internamientos es prevenir la *peligrosidad* del menor para sí mismo y/o para terceros con una finalidad terapéutica²³⁴. De otra parte, conviene recordar que a través de esta modalidad de acogimiento no sólo se «recluye» al niño en un centro, sino que, además, se le somete a un peculiar régimen disciplinario que coarta, restringe o limita aún más, si cabe, su libertad personal y que puede comprometer otros derechos básicos, como su derecho a la integridad física y moral y su intimidad. Su connotación cuasi-sancionadora es, pues, innegable.

Pues bien, si la *ratio* de esa previa autorización judicial *ex arts. 271.1 CC y 763 LEC* radica en que, con ella, la autoridad judi-

luntario en el art. 763 LEC 1/2000, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 21-22 y 60), el art. 763 LEC es aplicable a todo tipo de ingresos, en régimen cerrado, de una persona que no tiene capacidad de decidir por sí misma, con independencia de la naturaleza (hospitalaria, asistencial o educativa) del establecimiento en que el internamiento tenga lugar. A favor de una interpretación extensiva del precepto, vid. igualmente AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y socio-sanitarios*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 29-49. Éste es, de otra parte, el criterio adoptado por el art. 33 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón.

²³⁴ Justificación terapéutica ésta que SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho...*, pág. 55, considera perfectamente constitucional.

cial fiscaliza el ejercicio de una potestad cuando un acto de su ejercicio puede comprometer la libertad personal del sometido a ella, parece obvio concluir que todo acogimiento residencial del tipo que se está examinando exigiría el cumplimiento de ese requisito legal; presupuesto normativo que las Comunidades Autónomas no podrían obviar pues, en definitiva, ni muchas de ellas tienen competencia legislativa civil —y ninguna la tiene en materia procesal— y resultaría más que dudoso que pudieran prescindir de las garantías implícitas al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de la persona, tal y como, de otra parte, ha postulado el Tribunal Constitucional²³⁵.

Pues bien, en el confuso panorama legislativo que las distintas regulaciones autonómicas ofrecen de estos acogimientos residenciales específicos, tan sólo, y de forma un tanto confusa, parece exigir esta autorización judicial previa la Comunidad Autónoma de Castilla y León. A pesar de la ambigüedad del art. 96.7 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección de la infancia, el art. 6.i) del D. 37/2004, de 1 de abril, que regula los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección, sí la exige con fundamento, precisamente, en el art. 271.1.º CC, aunque luego el estatuto del centro público destinado a estos menores parezca prescindir de esa autorización ni siquiera a posteriori cuando se trata de una actuación urgente²³⁶. En todas las demás regulaciones, o bien se admite expresamente que el ingreso puede tener lugar mediante una resolución administrativa²³⁷; en cuyo caso habría que postular simplemente la inconstitucionalidad material de una normativa de esta índole, o bien se guarda silencio sobre este punto; omi-

²³⁵ Recuérdese que, tal y como entendió la STC 129/1999, de 1 de julio, «la garantía personal de la libertad personal establecida en el art. 17.1 de la Constitución, alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 CC». Y que, en tanto constitutiva de una privación de libertad, ésta sólo puede ser acordada judicialmente en virtud de una norma previa que regule esa actuación. Sin duda, en ese caso el Tribunal Constitucional acogió el ya antiguo criterio manifestado en las SSTC 16/1981, de 18 de mayo y 112/1988, de 8 de junio, que admitieron que las medidas privativas de libertad sólo podían tener lugar en los casos previstos en las leyes y con las garantías que la protección de este derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y convenios internacionales sobre esta materia ratificados por España.

²³⁶ Vid. art. 13 *bis* del D. 203/2000, de 28 de septiembre (modificado por el D. 42/2004, de 29 de abril), por el que se aprueba el Estatuto del Centro Regional Zambrana.

²³⁷ Vid., en el País Vasco, arts. 5 y 7 del D. 131/2008, de 8 de julio, que regula los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social. En Asturias, vid. art. 10 del D. 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de los centros de alojamiento de menores.

sión que bien podría completarse aplicando directamente los arts. 271.1 CC y 763 LEC.

Sin embargo, la realidad práctica es otra. En su informe, el Defensor del Pueblo hace mención a que de la información remitida por las distintas Administraciones públicas, sólo Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, La Rioja, las ciudades de Ceuta y Melilla y los Consejos insulares de Menorca e Ibiza hacían referencia explícita a la exigencia de una autorización judicial previa al internamiento²³⁸.

Conviene tener presente que el TEDH, con reiteración, se ha manifestado que toda privación de libertad, aun cuando esté justificada por encajar en cualquiera de los supuestos que enumera el art. 5 del Convenio, exige que sea «legal»; lo cual obliga a que se respeten tanto las normas de fondo como las de procedimiento. En definitiva, se pretende que «toda privación de libertad ha de proteger al individuo contra la arbitrariedad»²³⁹. Sin embargo, estos términos no se limitan a remitir al Derecho interno; se refieren también a la calidad de la ley. Esta *calidad* implica que la ley ha de ser suficientemente accesible y precisa a fin de evitar todo riesgo de nepotismo²⁴⁰. De esta forma y en relación con el art. 5.1.e), no cabe considerar, a juicio del TEDH, que este apartado permita «la privación de libertad de una persona simplemente porque su punto de vista o su comportamiento se desvía de las normas que prevalecen en la sociedad»²⁴¹.

Ya se ha examinado antes cómo se ha venido entendiendo ese principio de legalidad y la imposibilidad de que la regulación fuera

²³⁸ Informe..., págs. 301-302.

²³⁹ SSTEDH de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4) —asunto *Winterwerp contra Países Bajos*—; 18 de diciembre de 1986 (TEDH 1986, 17) —caso *Bozano contra Francia*—; 2 de marzo de 1987 (TEDH 1987, 1) —caso *Weeks contra Reino Unido*—; 29 de diciembre de 1988 (TEDH 1888, 5) —asunto *Buoamar contra Bélgica*—; 30 de julio de 1997 (TEDH 1998, 32) —asunto *Aerts contra Bélgica*—; 16 de mayo de 2002 (TEDH 2002, 26) —asunto *D.G. contra Irlanda*—.

²⁴⁰ SSTEDH de 25 de junio de 1996 (TEDH 1996, 29) —asunto *Amuur contra Francia*— y 11 de junio de 2009 (TEDH 2009, 69) —asunto *S.D. contra Grecia*—. Por tanto, «cuando se trata de una privación de libertad, es especialmente importante cumplir el principio general de seguridad jurídica. Por consiguiente, es esencial que las condiciones para la privación de libertad en virtud de las leyes internas, estén claramente definidas y que la propia Ley sea previsible en su aplicación para que cumpla el criterio de conformidad a derecho que fija el convenio» [STEDH de 11 de junio de 2009 (TEDH 2009, 69) —asunto *S.D. contra Grecia*—]; «que exige que toda ley ha de ser lo suficientemente precisa como para permitir al ciudadano, en su caso, con el asesoramiento apropiado prever, hasta un grado razonable en las circunstancias de la causa, las consecuencias que pueden derivar de un acto determinado» [STEDH de 28 de marzo de 2000 (TEDH 2000, 107) —asunto *Baranowski contra Polonia*—].

²⁴¹ STEDH de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4) —asunto *Winterwerp contra Países Bajos*—.

diferida a la vía reglamentaria. Pues bien, si se examina la normativa autonómica, y amén de que la confusión y ambigüedad de términos utilizados no permiten conocer en verdad qué circunstancias habilitan a que una entidad pública decida acordar un acogimiento residencial del tipo que se está examinando, tampoco se ofrece con claridad una regulación detallada del procedimiento a seguir en tales casos. Asimismo, incluso resultando exigible la previa autorización judicial, no se somete a una vigilancia de idéntica naturaleza, sino meramente administrativa, el seguimiento de ese internamiento²⁴², la posible aplicación de medidas aflictivas de derechos como medidas correctoras educativas²⁴³, así como su eventual cese²⁴⁴. Tampoco se contiene previsión alguna que, de forma explícita, permita al menor o a otros interesados (sus padres o guardadores o el Ministerio Fiscal) oponerse judicialmente al ingreso en estos centros y/o a la aplicación de medidas restrictivas de sus derechos (aunque siempre cabría acudir a la vía del art. 158 CC o a la del art. 780 LEC).

Hay que tener en cuenta en ese sentido que el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige, para cualquier tipo de internamiento, que el interesado tenga la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial con el fin de que el juez se pronuncie en breve plazo acerca de su legalidad; lo cual implica, a juicio del TEDH, «no sólo que pueda ser oído personalmente, sino también que cuente con la asistencia efectiva de su abogado»²⁴⁵. Asimismo, ha entendido que, lógicamente, el derecho reconocido en este apartado del art. 5, esto es, el derecho de interponer un recurso para que el juez resuelva rápidamente sobre la legalidad o no de la privación de libertad, no podrá ser ejercido eficazmente por el interesado «si no se le informa, en el plazo más breve y de modo suficiente, de los motivos por los que se le priva de su libertad»²⁴⁶.

²⁴² Ese control periódico ha sido exigido por las SSTEDH de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4) —asunto *Winterwerp contra Países Bajos*— y 28 de mayo de 1985 (TEDH 1985, 7) —caso *Ashingdane contra Reino Unido*—. Vid. también SSTC 112/1988, de 8 de junio (RTC 1988, 112) y 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104).

²⁴³ Para un examen de esta problemática, vid. AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles...*, págs. 104 y ss. SANTOS MORÓN, M. J. (*El supuesto de hecho...*, pág. 103) considera, en los internamientos educativos, que cualquier otra decisión que implique una restricción ulterior (supresión de salidas, aplicación de medios coercitivos, etc.) exige también autorización judicial.

²⁴⁴ Vid. STC 112/1988, de 8 de junio (RTC 1988, 112).

²⁴⁵ Vid. STEDH de 29 de febrero de 1988 (TEDH 1988, 5) —asunto *Buoamar contra Bélgica*—.

²⁴⁶ Vid. STEDH de 28 de noviembre de 1988 (TEDH 1988, 24) —asunto *Nielsen contra Dinamarca*—. Sobre este apartado del art. 5, vid., además, SSTEDH de 27 de sep-

Tal y como se puede comprobar de la exposición que de la regulación de estos acogimientos residenciales se ha realizado con anterioridad, la normativa autonómica resulta claramente insuficiente para cumplir las exigencias de *legalidad* que ha venido requiriendo el TEDH a las privaciones de libertad. Siendo así, cabría concluir también afirmando que las previsiones contenidas en las leyes autonómicas respecto a estos acogimientos residenciales devienen materialmente inconstitucionales, al no respetar las garantías que derivan del art. 17 CE.

3.4. *Medidas aflictivas del derecho a la libertad personal y competencias autonómicas: los arts. 149.1.1.^a y 81 CE como límites de la potestad normativa autonómica*

Al margen de las anteriores consideraciones, cabe pensar que si estos acogimientos residenciales implican una limitación o una privación del derecho a la libertad personal del menor, su regulación sólo podría competir al Estado. En efecto, en virtud del art. 149.1.1.^a CE, y ante la necesidad de asegurar la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de ese derecho, resulta posible estimar que sólo una ley estatal podría determinar las circunstancias por las que un menor, mediante su acogimiento residencial, puede sufrir una privación o una restricción de sus derechos fundamentales. Y, evidentemente, sólo mediante ley estatal cabría regular los cauces procedimentales que darían lugar a dicha privación, en virtud del art. 149.1.6.^a CE. Sólo a partir de estas premisas cabría entonces valorar las leyes autonómicas de protección de menores cuando se esgrima su competencia *ex art.* 148.1.20.^a CE.

Evidentemente, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el art. 149.1.1.^a CE no puede actuar como una especie de título competencial horizontal²⁴⁷ apto para inmiscuirse en cualquier materia o sector del ordenamiento jurídico²⁴⁸. De otra parte, cabe pensar que, aun cuando el legislador estatal tuviera la exclusiva competencia para regular las condiciones básicas en que han de desarrollarse los acogimientos residenciales que implican limitaciones a derechos fundamen-

tiembre de 1990 (TEDH 1990, 23) — asunto *Wassnik contra Holanda*— y 25 de octubre de 1990 (TEDH 1990, 27) — asunto *Thynne, Wilson y Gunnell contra Reino Unido*—.

²⁴⁷ Vid. SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61); 239/2002, de 11 de diciembre (RTC 2002, 239) y 228/2003, de 18 de diciembre (RTC 2003, 228).

²⁴⁸ Vid. SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997, 61); 239/2002, de 11 de diciembre (RTC 2002, 239) y 228/2003, de 18 de diciembre (RTC 2003, 228).

tales del menor, en verdad ésta no ha sido ejercitada pues, como se ha examinado hasta el momento, ni la LO 1/1996 ni el Código Civil (ni siquiera la LORPM) contienen regulación alguna sobre el particular. En esa línea de pensamiento, siendo así, cabría entender que al no haber materializado el legislador estatal esa competencia exclusiva se estaría concediendo absoluta libertad al respecto al legislador autonómico, que únicamente se vería limitado en el momento en que el primero fijara esas condiciones *básicas*, en cuyo caso, la legislación autonómica se vería desplazada por la estatal²⁴⁹.

No obstante, como ya se ha tenido la oportunidad de examinar con anterioridad, la libertad legislativa autonómica no es omnímoda, en cuanto que el legislador autonómico habría de respetar, aun reputándosele exclusivamente competente, las garantías derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución. De otra parte, cabe también estimar que, aun cuando el legislador estatal no haya regulado los acogimientos residenciales destinados a *menores en conflicto social*, sí ha previsto, al menos, las condiciones básicas en que ha de tener lugar el ingreso en *centros de educación o formación especial* que impliquen una limitación de la libertad de una persona sujeta a una potestad (arts. 271.1 CC y 763 LEC); *condiciones básicas*²⁵⁰ éstas que el legislador autonómico no podría ignorar²⁵¹.

Cabe incluso sostener que la regulación de esas condiciones básicas (que, por supuesto, incluirían la misma definición del presupuesto fáctico habilitante del acogimiento —que, hoy por hoy, como se vio, no es uniforme—) corresponde en exclusiva al Estado *ex art. 81 CE*²⁵², por lo que únicamente el legislador estatal podría regular el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas²⁵³.

²⁴⁹ Vid., entre otras, SSTC 173/1998, de 23 de julio (RTC 1998, 173); 54/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 54) y 178/2004, de 21 de octubre (RTC 2004, 178).

²⁵⁰ Vid. STC 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004, 98), en relación a la definición de esas condiciones básicas.

²⁵¹ No conviene obviar que «la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas *ex art. 149.1.1 CE* para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute». Por tanto, «dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales» [STC 290/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 290)]; lo que permitiría afirmar la exclusiva del legislador estatal para regular el acogimiento residencial de estos menores en *conflicto social* en lo que atañe a todas aquellas circunstancias en que sus derechos básicos pueden resultar comprometidos.

²⁵² En relación con los internamientos involuntarios, vid., a favor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ADC*, vol. 37, n.º 4, 1984, pág. 983.

²⁵³ STC 173/1998, de 23 de julio (RTC 1998, 173).

Así lo entendió la STC 243/2004, de 16 de diciembre, acogiendo el criterio manifestado en la STC 118/1992, de 16 de septiembre, al estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad formulado contra algunos preceptos de la Ley 6/1995, de 21 de marzo, de la CA de las Islas Baleares, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, al afirmar que, «cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad entonces nos hallamos en el ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del art. 81.1 CE». Como también exigió que debía revestir este rango una norma que fijara los casos en los que una persona puede ser privada de su libertad (STC 129/1999, de 1 de julio, aunque después considerara que el art. 211.2 CC no debía tener dicha naturaleza, al no constituir un desarrollo directo del art. 17 CE²⁵⁴). Y como así lo ha venido entendiendo el mismo legislador estatal cuando procedió a regular, mediante Ley Orgánica, la *responsabilidad penal de los menores infractores* —cuya equiparación, como se vio, con los *menores en conflicto social* resulta expresa en algunas leyes autonómicas—.

En consecuencia, si razones de política legislativa aconsejan ofrecer un cauce de recuperación social a menores con conductas disruptivas o en conflicto social mediante su tratamiento *educativo* o *terapéutico* a través de un acogimiento residencial en cuyo desarrollo puede estimarse imprescindible coartar su libertad personal, resulta entonces indispensable el establecimiento de un nuevo marco jurídico unitario que delimite perfectamente sus garantías. Y si finalmente la opción escogida es la de protección, ese amparo debe eliminar cualquier atisbo de reproche que luego permita justificar una disminución de aquéllas. Sólo mediante este proceder podrá abordarse un tratamiento que tienda verdaderamente a la protección y no a la mera represión o corrección.

²⁵⁴ Tiene razón MARÍN LÓPEZ, J. J. (*DPyC*, 13, 1999, pág. 211) al evidenciar la absoluta falta de sentido de diferenciar entre desarrollo y mera afectación en lo que atañe al derecho del art. 17 CE. En su opinión, y a diferencia de otros derechos fundamentales, «el derecho fundamental a la libertad personal escapa por su propia naturaleza a cualquier intento de “desarrollo” en el sentido descrito». A su juicio, si se quiere dotar de sentido a la reserva de ley orgánica respecto al derecho a la libertad personal, «habrá que entender que constituyen un “desarrollo” del derecho fundamental a la libertad aquellas regulaciones que suponen una privación, limitación o supresión del mismo» ante la imposibilidad de un «desarrollo» positivo y directo de este derecho fundamental. Y, a su entender, éste es el motivo por el que desde la aprobación de la Constitución tienen el rango de ley orgánica todas las normas que inciden de ese modo en el derecho fundamental a la libertad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, P.: *El derecho penal de menores*, Barcelona, 1990.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION: *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, IV, 2000.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL-ESPAÑA: *Menores en centros de protección terapéuticos «Si vuelvo, me mato»*, diciembre 2009.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA: *Análisis de la situación de la atención a la salud mental en las Comunidades Autónomas a diciembre de 2005*, 2005.
- AZNAR LÓPEZ, M.: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y socio-sanitarios*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- BARROSO BENÍTEZ, I./DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, M./GREEN, G.: *El laberinto social de la delincuencia. Jóvenes adolescentes en la encrucijada*, dir. F. Morrente Mejías, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a los arts. 154 a 161 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *ADC*, vol. 37, n.º 4, 1984.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVÉ, J. C./SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R./GARCÍA RIVAS, N./TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Experiencia, Barcelona, 2005.
- BERNUZ BENÍTEZ, M. J./FERNÁNDEZ MOLINA, E./PÉREZ JIMÉNEZ, F.: «El tratamiento institucional de los menores que cometen delitos antes de los 14 años», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006-4.
- BIANCA, C. M.: *Commentario alla L. 28 marzo 2001, n. 149 (sub. art. 1)*, coords. C. M. Bianca/L. Rossi Carleo, *Le nuove leggi civili comentate*, IV, V, 2002.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: «Comentarios a los arts. 154 a 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III, vol. 2.º, Ed. EDESA, Madrid, 1982.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *La medida de internamiento en el Derecho Penal del menor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C.: *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: *La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea*.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Ley de responsabilidad penal de los menores*, Madrid, 2001.
- COY, E./TORRENTE, G.: «Intervención con menores infractores: su evolución en España», *Anales de Psicología*, vol. 13, n.º 1, 1997.

- DÁVILA BALSERA, P./URIBE-ETXEBERRIA FLORES, A./ZABALETA IMAZ, I.: «La protección infantil y los tribunales tutelares de menores en el País Vasco», *Historia de la Educación: Revista Interuniversitaria*, n.º 10, 1991.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe monográfico «Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social»*, 2009.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El abandono del sistema tutelar: Evolución del Derecho español en materia de protección y tratamiento de los menores delincuentes y en peligro», *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 37-1/2, 1999.
- DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanch, 2006.
- DE LA HAZA DÍAZ, P.: «Notas sobre el “affidamento” familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil español», *RGLJ*, 1987.
- DÍEZ GARCÍA, H.: *El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La reforma del CC en materia de patria potestad», *ADC*, 1982.
- FELIÚ REY, M. I.: *Comentarios a la Ley de adopción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- FERRER I RIBA, J.: «Principles and prospects for a European System of Child Protection», *Indret*, abril 2010.
- FERRER VANRELL, M. P.: «El acogimiento familiar en la Ley 11/1987, de 11 de noviembre, como modo de ejercer la “potestad” de guarda», *ADC*, 1993.
- GALÁN CORTÉS, J. C.: *El consentimiento informado del usuario de servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
- GARCÍA GARNICA, M. C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento de los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- GARCÍA PÉREZ, O./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./PÉREZ JIMÉNEZ, J. L./GARCÍA RUIZ, S.: *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de menores*, Ed. Tirant lo Blanch/Instituto Andaluz de Criminología, Valencia, 2008.
- GÓMEZ RIVERO, C.: «Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Actualidad Penal*, 2001.
- GONZÁLEZ LEÓN, C.: *El abandono de menores en el Código Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- JENARIO-RIO, C./FLORES-ROBAINA, N./GONZÁLEZ-GIL, F.: «Síndrome de burnout y afrontamiento en trabajadores de acogimiento residencial de menores», *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 7, n.º 1, 2007, págs. 107-121.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: «La impropriadamente denominada eximente de minoría de edad en Derecho penal español», en *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, dirs. L. Morillas Cuevas/J. Náquira Riveros, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- LANDROVE DÍAZ, G.: «La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, 2000-IV.

- LLEBARÍA SAMPER, S.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- MAPPELLI CAFFARENA, B.: «Las recientes reformas de la Ley de responsabilidad penal del menor», en *Actas del Symposium Internacional sobre Justicia Juvenil y del I Congreso Europeo sobre Programas de Cumplimiento de Medidas Judiciales*, I, Sevilla, 2008.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Los locos y su libertad: el art. 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)», *DPyC*, 13, 1999.
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y POLÍTICA SOCIAL: *Atención a la salud mental*, 2009.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Ed. Reppertot, Barcelona, 2008.
- MONTERO HERNANZ, T.: *La justicia juvenil en España*, Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- MOREU, A. C.: «La recepción de las doctrinas correccionalistas en España. Políticas educativas y metodologías psicopedagógicas», *Revista de Educación*, 340, mayo-agosto 2006.
- MORILLAS CUEVA, L./CRUZ BLANCA, M. J.: «Del menor delincuente y de las medidas a aplicar», en *Derecho penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, dirs. L. Morillas Cueva/J. Naquira Riveros, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la salud*, 10.^a ed. (CIE-10).
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R. (dir.): *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III, CGPJ, Madrid, 2001.
- ORTS BERENGUER, E. (coord.): *Menores: victimización, delincuencia y seguridad —Programas formativos de prevención de riesgos—*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, 2/2003.
- PÉREZ MACHÍO, A. I.: *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores —LO 8/2006— (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PLAZA PENADÉS, J.: «La Ley 41/2002 básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica», *AJA*, n.º 562, 2002.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: «Peligrosidad criminal y Constitución», *Indret*, 3/2008.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», I, *AC*, n.ºs 2 y 3, 1988.
- SALANOVA VILLANUEVA, M.: «Tutela y protección de menores en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Aranzadi Civil*, n.º 4, mayo 2003.
- SÁNCHEZ-CARO, J./SÁNCHEZ-CARO, J.: *El consentimiento informado en psiquiatría*, Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2003.

- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. A.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- SANTOS MORÓN, M. J.: *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el art. 763 LEC 1/2000*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SIMONS VALLEJO, R.: «Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor», *La Ley*, 2002-II.
- UBALDI, P.: *Commentario alla L. 28 marzo 2001 —sub art. 8—*, coords. C. M. Bianca/L. Rossi Carleo, *Le nuove leggi civili comentate*, IV, V, 2002.
- VALLADARES RASCÓN, E.: «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990.
- VARGAS CABRERA, B.: «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas (interpretación sistemática de la Ley 21/1987)», II, *ADC*, abril-junio 1991.

