

DICTAMEN JURÍDICO NUEVO FUTURO SIRIO

Clínica Jurídica 21/22

Eugenia Hernanz, Elba León Lopez, Gonzalo Villarías y Claudia Vivas

Tutor: Pablo Montalvo

Universidad Pontificia de Comillas

Dictamen que emiten Eugenia Hernanz, Elba León, Gonzalo Villarías y Claudia Vivas, alumnos de la Universidad Pontificia de Comillas, como voluntarios de la Clínica Jurídica de la universidad.

OBJETO

El objeto del presente dictamen es dar respuesta a la cuestión planteada por la asociación Nuevo Futuro Sirio sobre el panorama normativo actual de los centros de atención a menores con trastornos de conducta, y sus posibles mejoras.

ANTECEDENTES

- I. El panorama del Derecho del Menor ha vivido cuantiosas modificaciones a lo largo de las últimas cuatro décadas en nuestro país. Fruto de ello, cuantiosos han sido los esfuerzos legislativos y administrativos realizados para adaptar su situación a esta nueva realidad.
- II. Pese a lo anterior, son todavía muchas las cuestiones en las que resulta preciso un impulso. En la línea de la creciente preocupación en nuestra sociedad por la salud mental, especialmente en relación con colectivos vulnerables como los menores, cabría plantearse si esta perspectiva está siendo tenida en cuenta, a la hora de dotar de normativa y medios al problema de los menores con trastornos de salud mental.
- III. La cuestión que nos ocupa atañe al esfuerzo realizado por parte del legislador y las distintas Administraciones Públicas, de cara a dotar de normativa y recursos a los centros encargados de atender la situación de menores de edad en situación de desamparo, a cuya situación se añade el padecimiento de un trastorno de salud mental, fruto del cual, resulta idóneo que reciban una atención específica y diferente de la dispensada a la generalidad de menores en situación de desamparo.
- IV. De cara a abordar esta materia, han surgido una serie de asociaciones (ejemplo de las cuales es Nuevo Futuro), que entre sus proyectos han incorporado la atención de esta problemática. Es precisamente, a estas asociaciones, a quienes se dirige el presente trabajo, que tendrá por fin clarificar sus inquietudes acerca de la problemática ante la que se hallan, y hacer una serie de proposiciones de *lege ferenda*, de cara a la mejora del panorama presente.

NORMATIVA

- I. España. Constitución Española. BOE. 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
De la Constitución Española cabría destacar su artículo 96.1, el cual establece la integración de los Tratados internacionales en el OJ español. También debemos tener en cuenta el art. 39.4 de la misma el cual establece que, en España, los niños podrán gozar de la protección prevista por dichos Tratados internacionales.
Además, el art. 148.1.20 CE, establece la competencia de las CCAA en la guarda de menores en situación de desamparo.
- II. España. Real Decreto de 24 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.
Los artículos 172 y ss. recogen el procedimiento a seguir en caso de una situación de desamparo del menor.
- III. España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE, 17 de noviembre de 1996, núm. 15.
Si bien es cierto que esta Ley sienta las bases de la Protección del Menor en España, hay ciertos artículos de la misma que nos gustaría destacar para responder a la cuestión planteada. De la LOPJM cabe destacar, entre otros, su artículo 17.1, el cual define la situación de riesgo, así como el art. 17.4 LOPJM que establece la consecuencia jurídica para los menores en situación de desamparo. En relación con dicha situación de desamparo, el art. 18.2 de la misma ley, incluye la causa de la misma. Por otro lado, el art. 25, observa el acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.
- IV. España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, 23 de julio de 2015, núm. 175.
- V. España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, 2 de agosto de 1995, núm. 183.
- VI. España. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. BOE, 29 de julio de 2015, núm. 180.
Su artículo 65 incluye una habilitación reglamentaria para la elaboración de un Estatuto de Centros Residenciales.

VII. España. Decreto 88/1998, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y Adolescencia. BOCM, 29 de mayo de 1998, núm. 189.

De este Decreto, posterior a la Ley mencionada anteriormente, cabe destacar especialmente el art. 3, el cual recoge la tipología de las distintas residencias de menores de la Comunidad de Madrid.

VIII. España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989. BOE, 31 de noviembre de 1990, núm. 313.

JURISPRUDENCIA

- I. STC 298/1993, 18 de Octubre de 1993: El Tribunal Constitucional en su Sentencia 298/1993, de fecha 18 de octubre de 1993, manifiesta que la situación de desamparo debe entenderse como una situación fáctica, querida o no en la que se encuentra un menor, viene determinado por la falta o privación de la asistencia y protección necesarios de los padres, es decir, un incumplimiento de los deberes de los padres para con los menores.
- II. STC 141/2012, 2 de julio de 2012: Con el fin de proceder al internamiento de una persona, es necesario el cumplimiento de tres condiciones recogidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de julio de 2012. Estas condiciones son: i) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; ii) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; iii) no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo”.
- III. STC 182/2015, 7 de Septiembre de 2015: En función de los plazos establecidos por el art. 763.1 de la LEC para el internamiento urgente, el TC, en el fundamento tercero de esta sentencia, ha determinado, que el plazo de 24 horas “ no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las 24 horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad”.

- IV. STS 384/2005, 23 de Mayo de 2005: Es importante destacar que el interés superior del menor se configura como la base de cualquier tipo de actuación que se realice respecto a ello, obligando tanto a las instituciones públicas como privadas y a los tribunales a tener en consideración este interés por encima de cualquier otro. Por lo que se configura como un principio rector en los procesos de medidas de protección de menores, prevaleciendo este interés sobre cualquier otro, como manifiesta el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 23 de mayo de 2005.
- V. SAP Cádiz 47/2007, 26 de Enero de 2007: Establece que la situación de desamparo, como elemento de hecho, puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres, que aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo.

DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

- I. Resolución del Parlamento Europeo sobre los derechos de la infancia a la luz de la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño (2021/2523(RSP))
- II. ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577.
- III. Informe sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, 25 de noviembre de 1996. Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos.

DOCTRINA

- I. Defensor del Pueblo. *Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*. Informes, estudios y documentos. Recuperado el 23 de marzo de 2022 de:
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2009-01-Centros-de-protección-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situación-de-dificultad-social.pdf>
- II. De Montalvo Jääskeläinen, Federico. (2018) *Los derechos y libertades individuales*. En Álvarez Vélez, Ma Isabel (coord.). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 357-387.

- III. Lasarte Álvarez , C.; Ruiz Jiménez, J.; Díaz-Ambrona Bajardí, Ma.D.; Pous de la Flor, Ma.P.; Leonseguí Guillot, R.A.; Tejedor Muñoz,L.; Serrano Gil, A. (2017) *Protección pública del menor*. Edición 1a, Valencia, Tirant lo Blanch.
- IV. López Azcona, A. (2016). *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. Estudio doctrinal, Ministerio de Justicia, año LXX, núm. 2185.
- V. Núñez Zorrilla, C. (2016). *El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Revista Persona y Derecho, (73), 1-343. Recuperado el 21 de marzo de 2022 de: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/5286>
- VI. Ramón Fernández, Francisca. (2011) *Menores, discapacidad, embarazo y esterilización. La reforma del Derecho de Familia orientada a su protección*. Revista Internacional Consinter de Derecho”, Vol. III, núm. V.
- VII. Ruiz Jiménez, Juana. (2006) *La incapacitación de menores con discapacidad*. En Yáñez Vivero, Fátima; Donado Vara; Araceli y Moretón Sanz, Ma Fernanda (coord.). Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI. Madrid: UNED-IDAFE-EI Derecho, p. 231-240.
- VIII. Vega Vega, C; Bañón González, R.M; Fajardo Agustín, A. (2010) *Internamientos psiquiátricos. Aspectos medicolegales*. Atención Primaria. Volumen 42, 2010, pp. 176-182.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SALUD MENTAL

La salud mental es un componente integral y esencial de la salud, que está directamente relacionado con el bienestar cognitivo, conductual y emocional. Tal y como describe la Constitución de la OMS, «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.». Esta definición implica que la salud mental es, por tanto, un estado de bienestar en el que la persona realiza sus capacidades y es capaz de hacer frente al estrés normal de la vida, de trabajar de forma productiva y de contribuir a su

comunidad. En este sentido positivo, la salud mental es el fundamento del bienestar individual y del funcionamiento eficaz de la comunidad.

Además, la salud mental y el bienestar son fundamentales para nuestra capacidad colectiva e individual de pensar, manifestar sentimientos, interactuar con los demás, ganar el sustento y disfrutar de la vida. Sobre esta base se puede considerar que la promoción, la protección y el restablecimiento de la salud mental son preocupaciones vitales de las personas, las comunidades y las sociedades de todo el mundo.

II. TRASTORNOS MENTALES

Hay una gran variedad de trastornos mentales, cada uno de ellos con manifestaciones distintas. En general, se caracterizan por una combinación de alteraciones del pensamiento, la percepción, las emociones, la conducta y las relaciones con los demás. Entre ellos se incluyen la depresión, el trastorno afectivo bipolar, la esquizofrenia y otras psicosis, la demencia, las discapacidades intelectuales y los trastornos del desarrollo, como el autismo.

Hay estrategias y tratamientos verdaderamente eficaces para prevenir algunos trastornos mentales, como la depresión, sin embargo muchos de estos trastornos no tienen tratamientos tan desarrollados. De acuerdo con la OMS, los pacientes con trastornos mentales “deben tener acceso a la atención médica y los servicios sociales que les puedan ofrecer el tratamiento que necesitan. Además, es fundamental que reciban apoyo social”

Dentro de los trastornos mentales, identificamos los tipos más comunes:

- i. Depresión mayor y distimia
- ii. Trastorno de ansiedad generalizada
- iii. Trastorno de la personalidad
- iv. Psicosis
- v. Trastornos alimenticios

En cuanto a la actuación en materia de salud mental, la ley ha ido evolucionando poco a poco, mostrándose cada vez más completa y dejando atrás los vacíos legales con los que contaba hace relativamente poco.

En sus inicios, este tema presentaba lagunas tanto en un plano administrativo, pues varias comunidades autónomas carecían de plan de salud mental, como en un plano normativo, al no haber sido desarrollado todavía un marco legal en esta materia.

Este vacío legal motivó, a lo largo de los años, numerosas quejas presentadas ante la Institución del Defensor del Pueblo, que dieron lugar a varias actuaciones ante las Cortes Generales, denunciando la falta de formación de los profesionales sanitarios en materia de salud mental, y la necesidad de la implantación de programas de atención a la salud mental de los niños y adolescentes. Es por ello por lo que el Defensor del Pueblo elaboró otro informe (**“Estudio y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la Situación Jurídica y Asistencial del Enfermo Mental en España”**) en los años 90, que sirvió de base para la reforma legal producida por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil, reforzando las garantías de los menores de edad.

Sin embargo, si bien es cierto que en materia de salud mental se han conseguido grandes avances desde 1996, en 2003 se hizo notable que este proceso de reforma había sido desigual en las distintas Comunidades Autónomas, desembocando en la falta de profesionales expertos en materia de salud mental. Por otro lado, a pesar de haber conseguido, entre otros, la integración de la salud mental en materia de salud general, siguen haciéndose notorias las lagunas que hay en la legislación relativa a la salud mental, de manera que son comunes los casos en los que los menores con enfermedades mentales son **erróneamente ingresados** en centros de trastorno de conducta, pues ambos trastornos tienden a confundirse, en parte debido a que los centros de salud mental suelen ser privados y minoritarios, de tal manera que solo una parte mínima de la población menor con salud mental puede acceder a ellos.

Por ello, y a modo de resumen, ciertas instituciones han denunciado los siguientes puntos por la falta de actuación de las administraciones públicas: en primer lugar, la completa inexistencia de estudios relacionados con los trastornos mentales de la

infancia y la adolescencia, así como la falta en determinadas comunidades autónomas de programas dirigidos a estos pacientes. Por otro lado, y a pesar de encontrarse la salud mental como una rama de la salud general, es necesaria la distinción entre la psicología clínica, la pediatría y la psiquiatría, para así poder precisar cada vez más el diagnóstico realizado a cada menor. En la misma línea, se encuentra la escasa existencia o incluso inexistencia de unidades comunitarias de intervención en crisis, así como de profesionales formados específicamente para este tipo de trastornos.

Además, no solamente el Defensor del Pueblo ha denunciado este vacío legal. Es bien sabido que el **Grupo de Investigación en Infancia y Familia (GIFI)**, ha realizado un estudio similar al informe mencionado anteriormente, en el que exigen la creación de un sistema que proteja los recursos educativos especializados, con el fin de envolver a los menores en un ambiente terapéutico que les ayude a superar sus dificultades.

III. TRASTORNOS DE CONDUCTA

De acuerdo con Stanford's Children Hospital, el trastorno de la conducta es un trastorno del comportamiento, algunas veces diagnosticado en la infancia, que se caracteriza por comportamientos antisociales que violan los derechos de otros y los estándares y reglas sociales apropiados a la edad. Los comportamientos antisociales pueden incluir:

- i. La irresponsabilidad
- ii. Comportamientos delincuentes (como ausentismo escolar y escaparse)
- iii. Violar los derechos de otros (como robo)
- iv. Y/o agresión física contra animales u otros (como asalto y violación).

Estos comportamientos generalmente ocurren juntos; sin embargo, uno o varios pueden ocurrir sin el otro.

Además, según la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Adolescente, los jóvenes con desórdenes de la conducta tendrán problemas de continuo si ellos y sus

familias no reciben un tratamiento comprensivo a tiempo. Sin el tratamiento, muchos no lograrán adaptarse a las demandas que conlleva el ser adulto y continuarán teniendo problemas en sus relaciones sociales y manteniendo un empleo debido a que a la continua realización de actos ilegales o sus comportamientos antisociales.

Por otro lado, el tratamiento de niños y adolescentes con trastornos de conducta, muchas veces es difícil y complejo, debido a la falta de cooperación de dichos niños y adolescentes y la falta de confianza de los adultos. Este tratamiento suele incluir, desde terapia de comportamiento y psicoterapia, hasta educación especial en algunos casos o medicamentos para otros. En muchos casos es necesaria la intervención de expertos incluso, como ya hemos mencionado, el internamiento en centros especializados.

La situación de los menores con trastornos de conducta y de salud mental ha dejado un gran vacío legal todavía sin resolver. Las administraciones y los legisladores autonómicos han establecido un sistema de protección que tiene tendencia a confundir ambos trastornos, dando lugar a ingresos en centros erróneos e inadecuados de los menores.

A lo largo de los años se han ido presentando diferentes propuestas legales a las administraciones públicas, algunas de las cuales fueron incluidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que, a pesar de algunos avances conseguidos en las últimas décadas, sigue teniendo numerosas lagunas respecto a los ingresos de los menores

Si bien es cierto que existen cada vez más recursos y proyectos relativos al ingreso de menores en centros de trastorno de conducta, la realidad reside en que ninguno de estos planes responde a la necesidad de los menores. Estos recursos presentan todavía insuficiencias, mientras que el número de jóvenes con trastornos va creciendo, lo que supone un ingreso o un diagnóstico erróneo del menor. Es más, incluso siguen existiendo discrepancias relativas a la denominación de los propios centros por parte tanto de las administraciones públicas como de las propias entidades encargadas de

los ingresos de los menores. Este vacío legal encuentra su origen en la inexistencia de una especialización en psiquiatría infantil en nuestro país, disciplina a la que otros países, como Francia o Reino Unido, dotan de gran importancia. En consecuencia, cada vez es más común la contratación de psiquiatras que no tienen la preparación necesaria para tratar a menores con trastornos mentales. Por si aquello fuera poco, cada vez son más comunes casos de menores con graves trastornos que no están diagnosticados o cuyo diagnóstico no es el adecuado.

Son tantas las quejas que la administración pública ha recibido por parte de las familias de los menores con trastornos de conducta y de salud mental, que el Defensor del Pueblo ha redactado un informe (“**Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social**”) denunciando las condiciones de estos centros, así como la falta de legislación en esta materia, que implica ingresos en centros que no corresponden, y la salvaguardia de los derechos de los menores.

IV. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA

Para abordar la temática que nos ocupa, hemos de comenzar haciendo un análisis general de cuál es la regulación española de protección de la infancia, para posteriormente centrarnos en el tema específico de los menores en situación de desamparo en los que además concurren trastornos mentales que precisan de un tratamiento específico.

Partiendo de nuestra Constitución de 1978, vemos como su artículo 39.4 señala que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Como se ha podido leer *supra*, entre estos acuerdos internacionales, encontramos de manera preeminente la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989, y ratificada por España en 1990. Aunque en nuestro ordenamiento, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno sin necesidad de transposición (cfr. art. 96.1 CE), su ratificación supuso el inicio de una nueva concepción del sistema de protección del menor. Una

nueva concepción que impregnaría toda la acción legislativa posterior, así como actuación de los poderes públicos, y que, sobre todo, determinaría la construcción de un nuevo sistema de protección del menor que trasciende su mera guarda o protección, y que pone el énfasis en su desarrollo personal y, sobre todo, el progresivo reconocimiento de esferas de autonomía, de acuerdo con su desarrollo, y una participación en la sociedad, también in crescendo de acuerdo con su grado de madurez (De Montalvo Jääskeläinen, 2018).

La primera piedra en la implantación en nuestro ordenamiento de este nuevo paradigma en relación con el menor, fue, sin lugar a dudas, la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aquí en adelante, LOPJM). En relación con esta ley, supuso el reconocimiento y la materialización del contenido de muchos derechos fundamentales para con la casuística de un colectivo de muy singular idiosincrasia como es el de los menores de edad, pero sobre todo, supuso la inclusión del principio de interés superior del menor como principio central a la hora de vertebrar la aplicación, por parte de los poderes públicos, del sistema de protección de los menores de edad. Precisamente para adecuar este sistema de protección a la infancia a los cambios vividos en las relaciones de familia en los últimos años, para reforzar la convicción de que debe dotarse a los menores de autonomía, e incluso deberes, de acuerdo con su grado de madurez, y para dar una mayor concreción y primacía a ese principio de interés superior del menor, se aprobaron en 2015 dos nuevas leyes al respecto: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Núñez Zorrilla, 2016).

Si analizamos el contenido de esta legislación con relación a la protección de los menores, vemos que son dos las situaciones en que pueden encontrarse los menores, y que suponen un riesgo para su desarrollo, reclamando su interés superior una intervención por parte de los poderes públicos: la situación de riesgo y la situación de desamparo (Ramón Fernández, 2011)

La situación de riesgo supone, en términos del art. 17.1 LOPJM, que el menor de edad se perjudicado en su desarrollo, en su bienestar o en sus derechos, de modo que,

aunque no se alcancen la entidad, intensidad o persistencia de la situación de desamparo, sea precisa una intervención de los poderes públicos para atajar dicha situación en la que el menor se encuentra y evitar que se produzca una situación de desamparo (Ramón Fernández, 2011). La consecuencia jurídica que el art. 17.4 LOPJM establece para los menores en situación de desamparo es, precisamente, la elaboración de un proyecto de intervención social y educativo familiar que, elaborado de la manera más consensuada posible entre la Entidad Pública competente y el núcleo familiar del menor, establezca pautas para la corrección de la situación existente y evite la aparición de una situación de desamparo.

En relación a la situación de desamparo, esta se produce, según el art. 18.2 LOPJM, como consecuencia de un incumplimiento de los deberes derivados de la guarda de los menores, estos quedan privados de la necesaria asistencia moral y/o material. En estos casos, el procedimiento a seguir aparece recogido en los arts. 172 y ss. del Código Civil. Según este, cuando la Entidad Pública correspondiente conociere y constatare que un menor se encuentra en situación de desamparo, asumirá automáticamente su guarda, dando lugar a una suspensión de la patria potestad o la tutela. Esta guarda, además, se realizará preferentemente a través del modelo de acogimiento familiar, aunque cuando el interés superior del menor lo aconsejara, o este simplemente no fuera posible, se realizaría a través del modelo de acogimiento residencial (Ruiz Jiménez, 2006).

V. LOS CENTROS DE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL DE MENORES EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Y es aquí donde, precisamente, se centra el interés del presente informe: en los menores en situación de desamparo cuya guarda se realiza a través de un modelo de acogimiento residencial, y en los que además, concurre la circunstancia adicional de un trastorno de la salud mental.

Analizando la guarda de menores en situación de desamparo, vemos que esta no es, en España, competencia del Estado, sino de las Comunidades Autónomas, en virtud del art. 148.1.20º CE (asistencia social). Centrando nuestro análisis en el marco de la Comunidad de Madrid (CAM), vemos como la principal ley al respecto es la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, que, entre muchas cuestiones, recoge

precisiones sobre la adecuación del ejercicio de diversos derechos y actividades a la realidad de la minoría de edad, así como una concreción del sistema de protección de la infancia y la adolescencia en el ámbito de la Comunidad de Madrid (Núñez Zorrilla, 2016). De esta ley, resulta especialmente relevante, para la cuestión que estamos tratando, el artículo 65, que incluye una habilitación reglamentaria para la elaboración de un Estatuto de Centros Residenciales, que defina la tipología de centros, los principios fundamentales de actuación, objetivos, criterios de organización y reglas esenciales de funcionamiento (Ruiz Jiménez, 2006).

Esta habilitación reglamentaria fue, finalmente, ejercida por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que aprobó el Decreto 88/1998, de 21 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Estatuto de las Residencias de Atención a la Infancia y Adolescencia. En este, se recogen tanto el papel que aspiran a desempeñar estas residencias, como la estructura funcional y organizacional de las mismas. No obstante, para la cuestión que nos atañe, resulta especialmente significativo el art. 3 de este reglamento, que recoge la tipología de las distintas residencias de menores de la Comunidad de Madrid.

Contra lo que pudiera parecer, es esta una cuestión de máxima relevancia, ya que, siendo “La individualización de la atención educativa en función de las necesidades y características de cada uno” el primero de los mencionados principios que el presente Decreto recoge en relación con el rol que han de desempeñar estos centros de acogimiento residencial, parecería más que razonable que se estableciera una tipología diferenciada de centros, en función a las necesidades que estos pretenden cubrir. Así, el art. 3 del citado Decreto 88/1998 recoge siete tipos de residencias:

- a. Residencias de primera acogida: orientadas al acogimiento de los menores que ingresan por el procedimiento de urgencia, con carácter provisional, a la espera que se determine la tipología de centro más adecuado para ellos.
- b. Residencias de primera infancia: orientadas al acogimiento temporal de menores de seis años a la espera de que se les dote de un acogimiento familiar.
- c. Residencias infantiles: orientadas al acogimiento temporal de menores a la espera de que se les dote de un acogimiento familiar.

- d. Residencias y pisos juveniles: orientadas al acogimiento de adolescentes mayores de 14 años, en tanto adquieren la formación personal necesaria para su autonomía e incorporación social.
- e. Hogares: orientados a menores sobre los que se prevé una larga estancia en acogimiento residencial, por la enorme dificultad de lograr un acogimiento familiar.
- f. Residencias especializadas: orientadas a la acogida de menores que, por sus necesidades especiales, exigen una atención profesional especializada.
- g. Residencias para el cumplimiento de medidas judiciales: orientadas a la acogida de menores a los que se ha impuesto la medida judicial de internamiento.

Por la problemática que nos ocupa, de aquí en adelante, centraremos nuestra atención en las residencias especializadas.

VI. LAS RESIDENCIAS ESPECIALIZADAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID. PROBLEMÁTICAS EN RELACIÓN CON LOS MENORES CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

En relación con el tema de las residencias especializadas o específicas en la Comunidad de Madrid, es significativo que, más allá de la breve mención en el art. 3, no vuelven a ser objeto de referencia a lo largo de todo el Decreto 88/1998 de la CAM, ni tampoco de ninguna otra ley, decreto, orden o resolución, de cuantas aparecen publicadas en el BOCM. Como consecuencia de esto, resulta patente la gran insuficiencia normativa que pesa sobre esta materia en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Este problema de insuficiencia normativa, probablemente tenga como consecuencia una falta de idoneidad de estos centros con respecto a la función de especialización que cumplen. O dicho de otra manera: dentro de esta tipología de centros, probablemente concurren menores con problemas que impiden su inserción en hogares u otros centros “ordinarios”, sí, pero problemas muy diversos entre sí, de modo que no sean susceptibles de un tratamiento homogéneo por parte de los servicios del centro, y sea preciso, probablemente, un desarrollo más profuso de la normativa, que permita el desarrollo de esta tipología de centros, y asegure que no se entremezcle el tratamiento, por ejemplo, de menores con trastornos de salud mental,

menores con trastornos de conducta, menores con drogadicciones u otras adicciones, o menores discapacitados.

Paralelamente a este problema, nos encontramos también con un problema de insuficiencia de medios y plazas. Según la información que los propios servicios sociales de la Comunidad de Madrid ofrecen a través de sus servicios sociales, actualmente existen en toda la región quince residencias especializadas, de las que seis se orientan a menores con trastornos de conducta, trastornos de salud mental y adicciones de diversa índole; y otros nueve se dedican a menores discapacitados. Si a esto añadimos que muchas de estas residencias no son estrictamente públicas, sino que pertenecen a organismos privados acreditados *ex post* por la Administración, tenemos que la dotación de recursos de esta red de asistencia social parecería, a priori, insuficiente.

VII. INTRODUCCIÓN A LA SITUACIÓN DE LOS CENTROS

Como se ha venido señalando en repetidas ocasiones a lo largo de este dictamen, el Derecho de Menores ha atravesado una etapa de profundo cambio cuantitativo y cualitativo a lo largo de los últimos 40 años. Tras la firma de la Convención de los Derechos del Niño en 1989, y su ratificación por parte de España en 1990, nuestra regulación sobre la materia ha experimentado un viraje de 180 grados, transitando desde una óptica en la que el menor era un mero sujeto vulnerable al que el Ordenamiento Jurídico debía dispensar protección, hasta un nuevo paradigma en el que se concibe al menor como un sujeto con una voluntad y una personalidad propias, que se van desarrollando de acuerdo con su madurez, y que, por ende, merecen una máxima atención, de acuerdo con el estado de madurez del menor en cada etapa (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2020; Bartolomé Tutor, 2021).

Sentado esto, y como consecuencia de ello, desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990, se ha producido en nuestro país una auténtica vorágine legislativa sobre esta materia, que, como hemos venido señalado, ha revolucionado el panorama normativo en nuestro país, y nos ha situado en la vanguardia mundial de la protección de los derechos de la infancia. Sin ir más lejos, podríamos destacar como principales hitos la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 1996; las leyes ordinaria y orgánica de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, de 2015; y más recientemente, la Ley

Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia (2021).

No obstante, como es relativamente frecuente que ocurra en el Derecho, si bien esta regulación resulta novedosa, tanto desde el punto de vista histórico como desde una perspectiva del Derecho Comparado, lo cierto es que no ha atendido con la profusión que requeriría la situación de determinados actores dentro del marco de la infancia. De entre todos estos, el presente dictamen se centra en los menores con trastornos mentales. Sobre este asunto, el principal elemento que atenaza su situación es el vacío normativo existente, que se traduce, por un lado, en el desconcierto de los centros que atienden esta suerte de problemáticas (que acaban sin encontrar a qué atenerse); y por otro lado, en una inefectiva tutela de los derechos fundamentales de estos menores con trastornos mentales, derechos que habitualmente se ven vulnerados como consecuencia de la escasa e inespecífica regulación que los protege.

Profundizando en esta última cuestión de los derechos fundamentales de los menores con trastornos mentales, tenemos la fortuna de contar con un antecedente ilustrativo acerca de una cuestión similar. En el año 2009, el Defensor del Pueblo emitió un informe en el que se hacía eco de las manifiestas violaciones de derechos fundamentales de los menores alojados en Centros de Internamiento para menores con trastornos de conducta. Unos derechos fundamentales que se veían lesionados, fundamentalmente, como consecuencia de que había un gran vacío normativo en esta cuestión, como consecuencia del cual, se producían continuas violaciones de derechos fundamentales en estos centros, a todas luces inadmisibles a la luz de nuestra Constitución. Fruto de la denuncia hecha en este informe, en la citada reforma del Derecho de Menores de las leyes orgánica y ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, se introdujo una regulación específica acerca de estos centros y su régimen disciplinario, la cual ha permitido paliar, en la mayoría de los casos, estas violaciones de derechos fundamentales.

Como vemos, son notables los paralelismos que podemos encontrar entre la situación de los Centros de Internamiento de menores con trastornos de conducta en el año 2009, y la situación en la que actualmente se encuentran los Centros de Internamiento de menores con trastornos mentales, en especial, en lo relativo al vacío normativo y la necesidad de una regulación a la que atenerse.

A nuestro juicio, las principales cuestiones que precisarían regulación, en lo relativo a esta problemática, serían, en primer lugar, el procedimiento de internamiento en los menores; y, en segundo lugar, la tutela de los derechos fundamentales de los menores durante el propio internamiento, en especial, en lo relativo al régimen de administración de tratamientos farmacológicos. Serán, por ello, las principales cuestiones que se aborden a continuación.

No obstante, y como resulta evidente, su plena implantación y desarrollo queda en manos, por supuesto, de los centros, pero sobre todo y primariamente, de las distintas autoridades públicas, tanto el Estado (en lo relativo a la legislación sobre tutela de los derechos fundamentales de los menores internos en estos centros), como las Comunidades Autónomas (en relación con la debida dotación presupuestaria de estos centros, a través de sus Consejerías de Servicios Sociales).

VIII. EL INTERNAMIENTO DE MENORES EN CENTROS PARA MENORES CON TRASTORNOS MENTALES

Como se ha venido señalando a lo largo de este dictamen, el target de menores a los que se dirigen estos centros de internamiento para menores con trastornos mentales, son (i) Menores que (ii) Se encuentran en situación de desamparo, y que (iii) Sufren alguna patología psíquica que hace desaconsejable su internamiento en un centro ordinario para menores en situación de desamparo. Analizaremos pormenorizadamente estos presupuestos de ingreso.

(i) MINORÍA DE EDAD

En primer lugar, aunque pueda parecer una perogrullada, hemos de reseñar que estos centros irían dirigidos a menores de edad. Esto tiene dos implicaciones importantes, en primer lugar, en relación con los menores emancipados; y en segundo lugar, en relación con los menores que alcanzan la mayoría de edad cuando aún se encuentran internos en estos centros.

En relación con los menores emancipados, hemos de reseñar que esta es una categoría que recoge nuestro Código Civil en sus artículos 239-248, de la que son potencialmente beneficiarios los menores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, y que les habilita a regir su persona y bienes como si fueran mayores, con la excepción de determinados actos patrimoniales de gran envergadura, que no podrán

realizar sin el consentimiento de sus progenitores o un defensor judicial. Por ello, se hace preciso reseñar que la presente regulación se referiría, en todo caso, a los menores no emancipados, y no a los menores emancipados, en tanto que estos pueden regir su persona y bienes como si fueran mayores.

En segundo lugar, en relación con los menores que alcanzan la mayoría de edad cuando aún se encuentran internos en alguno de estos centros, ciertamente existe una problemática, ya que, al igual que los demás centros de internamiento de menores en situación de desamparo, estos centros buscan la protección del menor. No obstante, dada su particularidad, a esta finalidad genérica se une otra específica, que es la pretensión de dispensar un tratamiento médico-psiquiátrico al menor, que le ayude a superar la patología que sufre. Por ello, si en el momento de alcanzar la mayor edad, el joven se encontrara todavía en un estadio intermedio del tratamiento, su interrupción como consecuencia del abandono del centro podría resultar, cuanto menos, desaconsejable desde una perspectiva estrictamente clínica.

Esta problemática se traduce en que se haría preciso dispensar de alguna solución, por parte de las autoridades públicas, a los menores que eventualmente puedan encontrarse en esta situación. Una solución que, por cómo se configura el Derecho de Menores, difícilmente podría pasar por su permanencia en el centro de internamiento una vez alcanzada la mayor edad. Por ello, si bien es una cuestión cuya exploración requeriría un análisis más pormenorizado del que aquí se esboza, tal vez la solución debiera pasar por la estancia (estrictamente voluntaria, eso sí) de estos jóvenes en centros análogos para adultos de corta edad, o alternativamente, la habilitación por parte de las Consejerías de Servicios Sociales de las distintas Comunidades Autónomas, de programas específicos para la reinserción plena de estos jóvenes en la sociedad, teniendo, en todo caso, estos programas que ir acompañados de una dotación presupuestaria suficiente.

(ii) SITUACIÓN DE DESAMPARO

En relación con la segunda condición, eso es, que los menores se encuentren en situación de desamparo, simplemente reseñar de lo anteriormente desarrollado *in extenso*, que la situación de desamparo es una situación del menor que la administración autonómica competente declara al amparo de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y otra normativa aplicable. Según esta regulación,

resulta procedente declarar la situación de desamparo cuando se produzca un “incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Además, como se señala en esta Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, así como en el artículo 172 del Código Civil, cuando la Administración autonómica competente hubiera declarado a un menor en situación de desamparo, procederá automáticamente a asumir su guarda, por ministerio de la Ley, lo cual significa, en primer lugar, que la consecuencia jurídica de la declaración de desamparo es que la Administración autonómica competente asume la guarda del menor; y, en segundo lugar, que para que la Administración Autonómica asuma dicha guarda, no resulta necesaria ni una resolución judicial previa, ni tampoco una resolución judicial posterior que la convalide (sin perjuicio de que, como todo acto administrativo, la declaración de desamparo de un menor es susceptible de control y recurso).

A este respecto, es, no obstante, muy importante, diferenciar la declaración de desamparo de un menor, que, como hemos visto, es el acto puramente administrativo por el que una Administración Pública con competencias para ello asume la guarda de un menor; del internamiento de un menor en situación de tutela administrativa en un Centro para Menores con Trastornos de Conducta, decisión que se adopta sobre menores que ya han sido objeto de declaración de desamparo, y que, sobre todo, desde la aprobación de la Ley Orgánica de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia (2015), es una decisión que se adopta judicialmente (artículo 26 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor). Sobra decir que estas dos situaciones tampoco han de ser confundidas con el internamiento de menores en centros de internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, como consecuencia penal aplicable a menores mayores de catorce años que cometen delitos, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

Así, una cuestión que nos surge es si el internamiento de menores de edad en situación de desamparo en centros especializados para menores con trastornos mentales, debería realizarse fruto de una mera resolución administrativa (como ocurre en la actualidad, al no haber norma especial al respecto); o si, por el contrario, debiera

hacerse, al igual que el ingreso en centros de internamiento para menores con trastornos de conducta, mediante resolución judicial.

Para la resolución de esta cuestión, a nuestro juicio, habremos de atender a la diversa naturaleza de estas dos tipologías de centros.

En relación con los centros para menores con trastorno de conducta, para analizar correctamente cuál es su naturaleza, hemos de atender a la descripción que se ofrece de los mismos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Así, se señala que estarán dirigidos a menores “diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada”. Además, se señala que el internamiento en estos centros “tendrá como finalidad proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo”.

De lo anterior deducimos que el internamiento en esta tipología de centros no responde a un reproche hacia la conducta del menor, por la que este debiera ser sancionado, sino que se busca, fundamentalmente, la protección del menor y de los demás menores internos en centros ordinarios de menores en situación de desamparo (Salinas Íñigo y Mayoral Narros, 2021). La protección del menor, porque se entiende que a través de esta tipología de centros, se puede dar una mejor solución socio-educativa a su situación. Y la protección de los otros menores, porque se entiende que la permanencia del menor conflictivo en los centros ordinarios puede tener efectos nocivos sobre el desarrollo de los demás menores, o incluso ser peligroso para su seguridad. Y en efecto, la intervención judicial se justificaría en que, para dar solución a la situación de estos menores conflictivos, se haría necesaria cierta restricción de sus derechos fundamentales, medida que en nuestro Estado de Derecho precisa de la intervención de un juez.

Sentado esto, vemos que la naturaleza de los centros de internamiento para menores con trastornos mentales es radicalmente distinta, habida cuenta de que su objetivo sería dispensar de una atención educativa más adecuada a sus circunstancias

particulares, a aquellos menores en situación de desamparo pacientes de distintas dolencias psíquicas. Por ello, aunque eventualmente pueda haber conflictos con su esfera de derechos fundamentales (en especial, su derecho a la integridad física, vinculado con el derecho a rechazar tratamientos farmacológicos), no parece que estas hipotéticas intromisiones puntuales tengan el mismo grado de alcance general que las que apreciamos en los centros de internamiento para menores con trastornos de conducta, y por ello, habida cuenta de que estas podrían ser objeto de autorizaciones judiciales puntuales, y dada la sobrecarga de trabajo en los juzgados, no parece razonable que el internamiento de un menor en esta tipología de centros para menores con trastornos psíquicos debiera requerir una autorización judicial, más allá de la mera reclasificación de orden administrativo.

(iii) PADECIMIENTO DE TRASTORNO PSÍQUICO QUE HAGA DESACONSEJABLE LA PERMANENCIA EN CENTRO ORDINARIO PARA MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

De entre las condiciones de idoneidad para el ingreso en centros de internamiento para menores con trastornos mentales que hemos señalado *supra*, mientras que la regulación de la situación de desamparo, aunque discutible, resulta profusa y suficiente, no es posible decir lo mismo acerca de la regulación acerca de qué es un trastorno mental cuya idiosincrasia haga desaconsejable el ingreso en un centro ordinario de internamiento de menores en situación de desamparo.

La primera cuestión que aquí surge es, evidentemente, la delimitación de qué es un trastorno de conducta, qué es un trastorno psíquico *strictu sensu*, y qué es un mero comportamiento socialmente disruptivo. No obstante, habida cuenta de que ya hemos dedicado a esta cuestión buena parte del primer epígrafe de este dictamen, no parece necesario dedicar más tiempo a esta cuestión.

Sentados estos términos, tenemos que serían varios, a nuestro juicio, los criterios que habría de seguir la Administración, a la hora de determinar el ingreso de un menor en un centro de esta tipología:

a. Fundamento biopsíquico. Hace referencia a que el menor haya sido diagnosticado por un facultativo de una enfermedad mental, en los términos en que este concepto ha sido precisado al inicio de este informe.

b. Criterio de idoneidad. Hace referencia a que el internamiento del menor en un centro de esta tipología comprenda un pronóstico favorable respecto de la recuperación del menor de su dolencia, y su desarrollo como individuo. Esta idea comprende, por un lado, que la atención médica y educativa dispensada por el centro sea la adecuada para permitir la recuperación del menor y su desarrollo; y por otro lado, que la permanencia del menor en un centro de esta tipología no tenga efectos colaterales que puedan resultar nocivos, y que ponderados respecto de los posibles beneficios del internamiento, determinen que dicho internamiento sea contrario al interés superior del menor.

c. Criterio de necesidad. Hace referencia a que el padecimiento psíquico del menor no pueda ser razonablemente reconducido por alguno de los servicios ofrecidos en los centros ordinarios de internamiento de menores en situación de desamparo.

En resolución, satisfechos estos tres requisitos, unidos a los presupuestos que hemos señalado anteriormente respecto de la minoría de edad y la situación de desamparo, la Administración debería acordar el ingreso del menor en un centro de internamiento para menores en situación de desamparo con trastornos psíquicos. No obstante, para que esto resultase posible, nuevamente, sería necesario proveer a los centros que ofrecen esta suerte de servicios de la debida dotación presupuestaria, para que puedan ofrecer todas las plazas necesarias para atender la demanda existente, así como proporcionar a quienes las ocupan la atención que verdaderamente necesitan.

IX. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR DURANTE SU ESTANCIA EN CENTROS PARA MENORES CON TRASTORNOS PSÍQUICOS

Como se ha señalado, la segunda gran cuestión que debe abordar una regulación acerca de los centros de internamiento para menores con trastornos psíquicos es la de la tutela de los derechos fundamentales de los internos. Y es que, como se ha señalado anteriormente, se corre el riesgo de que, fruto de la ausencia de regulación específica sobre la materia, los centros no tengan a qué atenerse en el desarrollo de su actividad, y terminen por lesionar los derechos fundamentales de sus internos.

Así, dada la naturaleza y fines de estos centros, que también anteriormente hemos expuesto, las principales cuestiones que deberían abordarse en una hipotética futura regulación serían la cuestión del seguimiento que por parte de la Administración se

realiza acerca de la idoneidad de la permanencia de los menores en el centro, las garantías respecto de la integridad física de los menores, en relación con el suministro de tratamientos farmacológicos; y el papel que en todas estas decisiones deben asumir la Dirección del Centro, sus facultativos, y el Ministerio Fiscal. Así, serán estas las cuestiones que a continuación se traten pormenorizadamente.

(i) GARANTÍA DE SEGUIMIENTO DE LOS MENORES EN EL CENTRO

Como hemos señalado anteriormente, a nuestro juicio, el internamiento de menores en centros para menores con trastornos psíquicos, solamente se justificaría de acuerdo con unos criterios de fundamento biopsíquico, idoneidad y necesidad.

Eso sí, a nuestro juicio, estos criterios no deberían ser criterios exclusivamente *ab initio*, sino criterios continuos, en el sentido de que la regulación que se estableciera sobre la materia no debería dejar de tomarlos en consideración una vez producido el ingreso, sino que debiera constantemente reevaluarlo, para valorar si se siguen cumpliendo las condiciones que determinaron el ingreso.

Por ello, sería aconsejable que la nueva regulación sobre centros de internamiento de menores con trastornos psíquicos acogiera en su seno un deber de la Administración de reevaluar con una periodicidad frecuente (bimestral o trimestral) la situación cada uno de los menores internos en centros para menores con trastornos psíquicos, para evitar, en la medida de lo posible, aquellas situaciones en las que un menor se encuentra interno en uno de estos centros, pese a no ser ya ni idóneo ni necesario.

En cierto sentido, esta idea de que los menores no deben permanecer internos en el centro para menores con enfermedades mentales más tiempo del estrictamente necesario es análoga a la que prevé la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en relación con el internamiento en centros para menores con trastornos de conducta, y busca justamente minimizar los efectos que dicho internamiento pudiera tener en el desarrollo del menor.

(ii) GARANTÍAS RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE TRATAMIENTOS FARMACOLÓGICOS

Habida cuenta de que los menores internados en los centros cuyo marco estamos tratando son, en su totalidad, menores con trastornos psíquicos, es previsible que uno de los mayores problemas que puedan surgir en estos centros, en lo relativo a

derechos fundamentales, sean cuestiones relativas a la dispensa de tratamientos farmacológicos y el consentimiento de los menores sobre los mismos.

A este respecto, la regulación aplicable es la contenida en el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente. En lo relativo a los menores de edad, siempre que estos sean mayores de doce años, con arreglo al artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, tienen derecho a ser oídos, y su opinión tenida en cuenta y ponderada de acuerdo con su grado de madurez. Por otro lado, el consentimiento será por representación (en este caso, del ente administrativo que ejerza la guarda de los menores), siempre y cuando no se cumplan tres condiciones, cuyo cumplimiento determinará que no proceda el consentimiento por representación, y que sea simplemente el menor el que decida. Estas condiciones son (i) Que el menor sea mayor de dieciséis años, (ii) Que el menor tenga la madurez suficiente para comprender el alcance de la intervención, y (iii) Que la intervención no suponga un grave riesgo para la vida o la salud del menor (de Montalvo Jääskeläinen, 2021; Montalvo Rebuerta, 2022).

Además, el quid de la cuestión reside en que la Administración deberá siempre adoptar la decisión que estime pertinente, de acuerdo con el interés superior del menor, de acuerdo con los criterios de determinación del interés superior del menor que la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 2. Así, cuando el facultativo encargado de practicar la intervención estimase que el consentimiento prestado por la Administración fuere disconforme con el interés superior del menor (del cual forma parte, no lo olvidemos, la opinión del menor acerca de la intervención, de acuerdo con su grado de madurez), deberá remitir la situación al juez, ya directamente, ya vía Ministerio Fiscal, para que decida sobre la cuestión. Siempre y cuando, eso sí, que no se trate de una intervención que no admita demora, en cuyo caso, el facultativo podrá obrar según estime conveniente, amparándose en el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad.

En otro orden de cosas, y ya entrando en el plano normativo, tal vez pudiera resultar planteable que, habida cuenta de que resultan distintas en cuanto a su naturaleza las facultades emanadas de la institución de la patria potestad y la guarda administrativa, habida cuenta de que de la primera emanan también derechos, mientras que de la segunda no (de Montalvo Jääskeläinen, 2021), de cara a la elaboración de una

regulación más profusa acerca de los centros de internamiento de menores con trastornos psíquicos, tal vez podría resultar interesante la atribución de facultades más amplias al Ministerio Fiscal a este respecto, especialmente, en relación con la salvaguarda de la adecuación del tratamiento médico dispensado a los internos.

(iii) ACTORES ENCARGADOS DE LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS: DIRECTORES DE CENTROS, FACULTATIVOS Y MINISTERIO FISCAL

Naturalmente, si pretendemos una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los menores internos en centros para menores con trastornos psíquicos, hemos de designar con precisión los agentes encargados de su salvaguarda, habida cuenta de que, dado el incompleto proceso de madurez de los menores, resulta más difícil que estos ejerzan por sí mismos esa defensa de sus derechos fundamentales, debiendo, entonces, designarse otros agentes para que velen por ellos.

Hablamos, en primer lugar, de los directores de los centros de internamiento para menores con trastornos psíquicos. En la regulación sobre centros para menores con trastornos de conducta, introducida en el año 2015, encontramos ya un importante papel que juegan los directores de estos centros, en tanto en cuanto son los encargados de tomar las decisiones en relación con las restricciones de derechos fundamentales más duras, como podrían ser las relativas a las medidas de seguridad, o en relación con el régimen de visitas.

De manera análoga, el papel que los directores podrían jugar en los centros para menores con trastornos mentales podría ser, por ejemplo, el relativo a prestar el consentimiento por representación, en los casos en que esto se exija, conforme a lo que hemos expuesto anteriormente.

Paralelamente, y habida cuenta de que los menores internos en estos centros serían menores con trastornos mentales, sería también muy relevante el papel que habrían de jugar los facultativos encargados de tratarlos. Sobre todo, hablaríamos de un rol como el que se prevé en el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente, con relación a determinar si el consentimiento por representación prestado responde, efectivamente, al interés superior del menor, tal y como este aparece definido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Incluso se podría plantear un papel más activo de los facultativos, que pudiera incluir funciones específicas, de manera análoga a lo que se prescribe en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor en sede de centros de internamiento para menores con trastornos de conducta (con relación, por ejemplo, a que la inmovilización de menores, en los casos en que ello resulte estrictamente necesario, deba realizarse por un facultativo especialista).

Finalmente, hemos de concluir hablando del papel que, en relación con los centros de internamiento de menores con problemas mentales, habría de jugar el Ministerio Fiscal, como órgano que tiene encomendada por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (Artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Naturalmente, y de manera análoga a procesos en los que ocupa un papel relevante la posición de un menor de edad, corresponde al Ministerio Fiscal asumir un rol activo en la salvaguarda y tutela de dichos derechos e intereses del menor, haciendo las comprobaciones pertinentes para cerciorar que toda actuación que se lleva a cabo se realiza en cumplimiento de la más estricta legalidad.

Así, con carácter genérico, el Ministerio Fiscal deberá, en todo caso, estar presente en todas y cada una de las actuaciones que se lleven a cabo, para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores. No obstante, a nuestro juicio, resultaría también conveniente que se asumieran una serie de funciones específicas, relacionadas con la salvaguarda de los momentos más críticos de la labor de estos centros.

Así, en primer lugar, en relación con el ingreso en estos centros, corresponderá al Ministerio Fiscal corroborar que el ingreso en centro de internamiento para menores con trastornos mentales responde, efectivamente, a los mencionados criterios de trastorno biopsíquico subyacente, idoneidad y necesidad, y en caso de tener conocimiento de que la Administración no ha obrado conforme a ellos, poner los hechos en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, para que adopte las medidas pertinentes.

De igual manera se entiende que habría de proceder el Ministerio Fiscal en relación con la permanencia de los menores en los centros de internamiento para menores con

trastornos psíquicos, ya que, como hemos señalado *supra*, esta quedará igualmente sujeta a los citados criterios.

Otrosí, resultaría también aconsejable que se atribuyesen al Ministerio Fiscal funciones en relación con la supervisión de los centros, en lo relativo a su funcionamiento diario, y el cumplimiento por parte de sus directores de los requisitos que la normativa aplicable establezca que deban cumplir los centros, en términos de cualificación del personal, seguridad, higiene etc. Es, de hecho, esta, una competencia que ya se atribuye al Ministerio Fiscal en relación con los centros para menores con trastornos de conducta (Huete Nogueras, 2021).

Finalmente, podría también remarcarse en la legislación que se cree acerca de los centros para menores con trastornos psíquicos el papel que habría de jugar el Ministerio Fiscal en relación con el consentimiento por representación para la dispensa a los menores de tratamientos farmacológicos, ora replicando la legislación dispuesta en la Ley de Autonomía del Paciente, ora otorgando funciones especiales de supervisión al Ministerio Fiscal, como se esbozó *supra*.

Finalmente, convendría reseñar que, si bien se hace referencia en este dictamen al papel supervisor de los directores de los centros, los facultativos y el Ministerio Fiscal, esta labor se entiende sin perjuicio de la competencia que eventualmente pudieran desempeñar otras instituciones el Estado, primariamente el Defensor del Pueblo, u otras figuras análogas a nivel autonómico.

CONCLUSIONES

- I. Como se ha señalado, *supra*, concluimos que es necesaria la adopción de medidas legislativas que desarrollen el contenido de la presente regulación de los centros para menores con trastornos mentales, por cuanto que la regulación actual resulta insuficiente, y pone en tela de juicio los derechos fundamentales de los menores, y la seguridad jurídica en la actuación de la dirección de los centros.
- II. En segundo lugar, hacemos también un llamamiento a las distintas Administraciones Públicas, para que doten a los centros de los recursos necesarios que permitan llevar a cabo una atención adecuada a la situación de estos menores.